

## CAPÍTULO IV

### ACCIONES DE DEFENSA DE LA HERENCIA

#### I. *Introducción*

202. Precedentes históricos .....	225
203. Acciones del heredero: sus diversos grupos .....	227

#### II. *Acción de petición de herencia*

204. Concepto y caracteres .....	228
205. Naturaleza jurídica .....	229
206. Sujeto activo .....	237
207. Sujeto pasivo .....	241
208. La acción de petición de herencia y la defensa de la legítima .....	251
209. La acción de petición de herencia y la acumulación de otras acciones .....	251
210. La acción de petición de herencia y el proceso sucesorio .....	253
211. La acción de petición de herencia y el proceso sucesorio terminado .....	257
212. Juez competente y fuero de atracción .....	257
213. Oportunidad del ejercicio de la acción .....	258
214. Renuncia de la acción .....	259
215. Carga de la prueba .....	259
216. Imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia .....	259
217. Efectos de la acción: restitución de los objetos hereditarios y de los subrogados .....	262
218. Poseedor de la herencia de buena o mala fe .....	263
219. Consecuencias de la buena o mala fe del poseedor .....	266
220. Medidas precautorias .....	267
221. Alcance de la cosa juzgada .....	269

#### III. *Acción posesoria hereditaria*

222. Precedentes históricos .....	269
223. Admisibilidad legal .....	269
224. Sujeto activo .....	270
225. Sujeto pasivo .....	271
226. Finalidad de la acción .....	271
227. Tesis que niega la acción posesoria hereditaria .....	271

## CAPÍTULO IV

### ACCIONES DE DEFENSA DE LA HERENCIA \*

#### I. INTRODUCCIÓN

##### 202. Precedentes históricos.

En el derecho romano, algunos medios de protección procesal amparaban al heredero civil, y otros, al *bonorum possessor*. Veamos:

a) El heredero civil podía ejercer las “acciones singulares” que correspondían al difunto respecto de los derechos transmisible que componían la herencia. Si el causante era propietario, acreedor, etc., el heredero lo era también y, como tal, disponía de la *reivindicatio* o de la particular acción ejercible para cada caso concreto.

Pero, aparte de estas acciones, el *ius civile* conoció una *vindicatio generalis*, la *hereditatis petitio*, mediante la cual el heredero podía reclamar la totalidad del haber hereditario, partes o cosas concretas de él, obtener el cobro de créditos y, en general, cualquier pretensión ligada a su calidad de heredero, invocando no su condición de titular de los derechos singulares sobre las cosas de la herencia, sino su condición de *heres*. En el derecho antiguo y en el clásico, la *petitio hereditatis* fue una *actio in rem*, en tanto que en el derecho justiniano fue una acción mixta, en consideración de las prestaciones y responsabilidades del demandado.

Su justificación —como dice Biondi<sup>1</sup>— aparece evidente. Las defensas fragmentarias del heredero unas veces no satisfacían, y otras resultaban demasiado molestas. Cuando el demandado no negaba el derecho del causante, sino la cualidad de heredero en

\* Ver modelos de escritos en el Apéndice, ps. 463 a 467.

<sup>1</sup> *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milano, 1954, p. 381.

el actor, si el heredero tenía que ejercer tantas acciones singulares cuantos derechos hereditarios hubieran sido transmitidos, el derroche procesal, las molestias y los gastos inútiles serían patentes. Pero, además, podría ocurrir que el heredero resultase vencedor en unas acciones y vencido en otras, pese a que la base del juicio hubiera sido en todos su cualidad de heredero, dándose el absurdo de que una misma persona, con un mismo título, podría ser heredero en cuanto a algunas relaciones sucesorias y no serlo en cuanto a otras, deviniendo incierto el título hereditario.

El demandante, en la *petitio hereditatis*, fue desde un principio el heredero civil, legítimo o testamentario, condición que debía probar. Pero más tarde se otorgó la *hereditatis petitio* como *utilis* a personas que, como el fideicomisario universal o el *fiscus* respecto de las cuotas *caducae*, se hallaban en situación análoga a la del heredero.

El demandado era el *possessor pro herede* (D. 5, 3, 11), es decir, quien poseyendo la herencia se negaba a entregarla por creer que el heredero era él. Más tarde —con el procedimiento formulario— también pudo ser demandado el *possessor pro possessore* (D. 5, 3, 12), es decir, el poseedor de cosas hereditarias que no alegaba la calidad de heredero ni invocaba título singular alguno, o, en otras palabras, aquel que no podía indicar la causa de su posesión por poseer de mala fe y sin título. Asimismo, se podía ejercer la acción contra cualquier deudor que se negaba a pagar un crédito —*possessor iuris*—, siempre que alegara como razón la de no considerar al demandante como heredero (D. 5, 3, 13, 15).

También se podía dirigir la acción contra el *pro herede possidens* que tenía el precio de las cosas hereditarias vendidas (D. 5, 3, 16, 1), o que sin tenerlo disponía de una acción para su consecución (D. 5, 3, 35); o contra quien, poseyendo *pro herede*, había sido despojado por la violencia, ya que pudiendo recuperar la posesión con el *interdictum de vi*, era considerado como si poseyese. En estas aplicaciones de la *hereditas petitio* —como dice Iglesias<sup>2</sup>— campeaba el concepto bizantino de la *possessio iuris*, cuyo enlace con la *possessio rerum* es, desde todo punto de vista, desafortunado.

b) El interdicto *quorum bonorum* fue la vía de amparo procesal de los *bonorum possessores*, similar a la *hereditas petitio* de los *heredes civiles*<sup>3</sup>.

El interdicto *quorum bonorum* tenía por objeto sólo las co-

<sup>2</sup> Juan Iglesias, *Derecho romano*, Barcelona, 1965, p. 602.

<sup>3</sup> Arias Ramos, *Derecho romano*, Madrid, 1947, p. 617.

sas corporales<sup>4</sup>. El demandante era el *bonorum possessor*, que era la persona a quien el pretor ponía en posesión del patrimonio hereditario —no siempre coincidía con quien resultaba heredero con arreglo a los puros preceptos del *ius civile*—, ya que el pretor no adjudicaba el título de *heres*. La demanda podía ser dirigida únicamente contra quien poseía las cosas corporales *pro herede* o *pro possessore*.

Justiniano, completando el proceso de unificación esbozado en la época posclásica, fundió el régimen de la *hereditatis petitio* con el interdicto *quorum bonorum*: éste fue hecho extensivo a la *hereditas*. La dualidad subsistió, pero cambió absolutamente de sentido: en tanto que la *petitio hereditatis* tenía carácter petitorio, el interdicto *quorum bonorum* era sólo un medio provisorio por el cual aquel que aparecía, *prima facie*, como heredero podía ser impuesto en la posesión de la herencia, dejando a salvo la afirmación definitiva para la *petitio hereditatis*. Así, el interdicto fue utilizado como trámite provisorio previo a la petición de herencia<sup>5</sup>.

### 203. Acciones del heredero: sus diversos grupos.

Si la sucesión hereditaria coloca al heredero en una situación compleja que no coincide con la del *de cuius*, al faltar parte de sus bienes, modificarse algunos derechos y nacer *ex novo* otros, se hace preciso discriminar las distintas acciones que le asisten, las cuales pueden ser clasificadas en dos grandes grupos:

a) acciones que correspondían al causante en vida y que el heredero ejerce como propias del difunto. Por ejemplo, las acciones en defensa de la propiedad o de los derechos reales, las de daños, las de nulidad, etc.; quedan también comprendidas en este grupo las acciones posesorias que pertenecían al causante (art. 3421, *in fine*).

b) acciones que surgen del título sucesorio y que ejerce el heredero, no como acciones del causante, sino como propias, a modo de consecuencia de su calidad de heredero. Pero aquí hay que hacer esta subdistinción:

1) De un lado se hallan las acciones particulares, que el heredero tiene en su favor en defensa de facultades concretas que

<sup>4</sup> Estas limitaciones del interdicto estaban subsanadas, porque para reclamar los créditos y, en general, toda clase de bienes y derechos pertenecientes al *de cuius*, tenía el *bonorum possessor*, como útiles, cuantas acciones correspondían al *heres*, incluso la *utilis petitio hereditatis*.

<sup>5</sup> Biondi, ob. cit., p. 383.

la ley le otorga, ya como legitimario (acción de reducción de donaciones, acción de suplemento de legítima, etc.), ya como beneficiario de la colación (acción de colación), ya como integrante de la comunidad hereditaria (acción de división), etc. Todas estas acciones implican pretensiones singulares que no sirven —como explica Binder<sup>6</sup>— para hacer valer la situación de heredero en cuanto tal, sino sólo los derechos singulares adquiridos por el heredero o las consecuencias del reconocimiento de aquella situación.

2) De otro lado están las acciones universales que protegen la herencia en su consideración unitaria. Estas acciones son dos: la acción de petición de herencia, que tiende, mediante el reconocimiento de la calidad de heredero, a hacer efectivas las titularidades contenidas en el caudal relicto (art. 3421, 1ª parte); y la acción posesoria hereditaria, que aparece como medio provisorio del heredero para ser mantenido o reintegrado en la posesión de los bienes hereditarios (art. 3421, 2ª parte).

## II. ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA

### 204. Concepto y caracteres.

Se ha formulado diversas definiciones de la acción de petición de herencia, cada una de las cuales responde a la concepción de su autor sobre la naturaleza del instituto.

Teniendo en cuenta los principios doctrinales que la delimitan, y tratando de abarcar todos los aspectos comprendidos en los arts. 3421, 3422 y 3423, podríamos definirla como "la acción en virtud de la cual el heredero reclama la restitución de todos los bienes hereditarios o de alguno en particular, sobre la base del reconocimiento de su calidad de heredero, contra quien en principio los posee a título de heredero o de simple poseedor"<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Binder, *ibídem*, p. 269.

<sup>7</sup> En nuestro derecho, Fornieles (t. I, n° 184) la define como "la acción que se concede al dueño de una herencia para reclamarla totalmente de aquellos que la poseen invocando el falso título de herederos, o parcialmente de aquellos que siendo herederos rehúsan reconocerle el mismo carácter". Y Borda (t. I, n° 463), como "la acción por la cual el heredero reclama la entrega de los bienes que componen el acervo sucesorio, de quien los detenta invocando también derechos sucesorios". Estas definiciones sólo contemplan como posibles demandados a aquellos que invocan título de herederos. En

De la definición surgen los siguientes requisitos: 1) es necesario que el reclamante invoque, para fundar la acción, su título de heredero; 2) la acción debe ser dirigida, en principio, contra quien posea todos los bienes hereditarios, o parte de ellos, a título de heredero o de simple poseedor; 3) es necesario que el reconocimiento de la cualidad de heredero tenga como finalidad obtener la restitución de tales bienes.

## 205. Naturaleza jurídica.

Desde muy antiguo se viene discutiendo sobre la naturaleza y el verdadero carácter de la petición de herencia.

En el propio derecho romano surgieron concepciones distintas, pues en tanto que en los períodos antiguo y clásico se calificó dicha acción como una *actio in rem*, en el derecho justinianeo se la consideró más bien como una *actio mixta tam in rem quam in personam*<sup>8</sup>.

En el derecho moderno se han agudizado las dudas acerca de este problema, cuya dificultad nace de los aspectos múltiples que ofrece la petición de herencia. Por un lado, se discute si es una acción universal o particular. Por el otro, se debate sobre su finalidad declarativa, vindicativa o mixta. Por último, se adopta posturas diferentes sobre su carácter real, personal o mixto, atendiendo a la naturaleza de los objetos vindicados:

A) *La petición de herencia como acción universal o como acción particular.* En torno de este problema se ha formulado diferentes tesis:

---

el derecho español, Roca Sastre (*Notas al "Derecho de sucesiones" de Kipp*, vol. I, p. 376) la define con precisión, diciendo que "esta acción es la que compete al heredero real contra quienes posean todos o parte de los bienes hereditarios a título de herederos del mismo causante o sin tener título alguno, a fin de obtener dicho heredero la restitución de tales bienes, a base de la comprobación o reconocimiento de que a él corresponde la cualidad de heredero". Digna de transcripción es también la definición de Polacco (*De las sucesiones*, Bs. As., 1950, p. 144), que dice: "Es la acción en virtud de la cual el heredero reclama el reconocimiento de la propia cualidad hereditaria, contra quien posee cosas hereditarias, aun singulares, a título de heredero o de simple poseedor, o contra quien posee la herencia como cosa universal aunque sea a título singular, o bien contra quien se arroga a sí mismo o le discute a él el ejercicio de derechos hereditarios; y esto, con el propósito de reivindicar la herencia o las cosas singulares pertenecientes a ella, o de conseguir el libre ejercicio de los derechos hereditarios discutidos".

<sup>8</sup> Iglesias, p. 604.

a) Una primera concepción, que tiene su origen en la glosa <sup>9</sup>, califica a esta acción de universal, sobre la base de admitir que el heredero adquiere, además de los derechos que componen la herencia, un derecho distinto sobre la herencia misma entendida unitariamente como *universitas*. Es acción universal —según esta concepción— porque tiende a conseguir el *universum ius defuncti*, como un todo unitario, distinto de los elementos que lo componen.

Esta concepción ha sido objeto de las más variadas objeciones, entre las cuales cabe señalar las siguientes <sup>10</sup>:

1) En la herencia no hay objeto unitario sobre el cual recaiga un derecho subjetivo único.

No hay objeto unitario. El hecho de que el heredero suceda en todas las relaciones del causante no quiere decir que tales relaciones formen una unidad orgánica; la unidad de la sucesión está en el título <sup>11</sup>.

Tampoco hay un derecho subjetivo unitario. La suma de derechos sobre una pluralidad de objetos no constituye nunca un derecho único sobre la suma de éstos. Aceptando los derechos sobre las cosas particulares que componen la herencia, resulta inadmisibles admitir un superderecho sobre el conjunto, independiente y distinto de los derechos sobre las cosas particulares <sup>12</sup>. ¿Para qué obstaculizar la relación directa, creando un ente intermedio que en nada es útil?

2) Si el objeto de la acción fuese la universalidad, el heredero no podría accionar sino para reclamarla en bloque. Pero he aquí que la acción de petición de herencia puede ser dirigida contra quien posee alguno o algunos de los bienes hereditarios. Su objeto puede consistir en un bien determinado, en el pago de una deuda, etc., o en una serie de bienes agrupados por el denominador común de pertenecer al caudal relicto, pero no conociendo éste como objeto único o cosa universal.

<sup>9</sup> En el derecho romano justiniano no se conoce la calificación de "universal" respecto de la *hereditatis petitio*.

<sup>10</sup> Francisco Sancho Rebullida, *Las acciones de petición de herencia en el derecho español*, Madrid, 1962, p. 17.

<sup>11</sup> Siendo así, las deudas pasan al heredero por imperativo de la ley, junto con los bienes, pero no trabadas en ellos unitariamente; por eso, cuando se cede la herencia a un tercero la transmisión sólo alcanza al activo relicto, y no al pasivo, que sigue pesando sobre el heredero, cualquiera que sea la voluntad de los contratantes. También es obra de la ley el paso de la posesión; si ésta pasase como integrante de la *universitas*, deberá dejar de existir si al disolverse ésta el heredero no hubiese tomado la posesión material de los bienes.

<sup>12</sup> Fornieles, t. 1, n.º 7; Trullunque, *La "actio petitio hereditatis"*, "R.G.D.", Madrid, 1948, p. 323; Pérez Lasala, *Derecho de sucesiones*, t. 1, n.ºs. 72 y 75.

3) No se puede pedir la entrega de un objeto o cantidad calificado como algo abstracto<sup>13</sup>.

Estas objeciones, que estimamos decisivas, impiden calificar de universal la acción de petición de herencia sobre la base de la *universitas*.

b) Muchos autores modernos, no obstante negar la tesis de la *universitas*, han buscado salvar el carácter universal de la acción basándose en otros aspectos:

Barbero<sup>14</sup>, después de rechazar la idea de la herencia como *universitas*, sostiene que la particularidad de la *petitio hereditatis* consiste en la consideración *sub specie universitatis*, que le hace posible al heredero, mediante una sola acción, demandar un complejo de cosas sin necesidad de indicar, como objeto de la demanda, ninguno específicamente, lo cual será cometido de la prueba.

Una posición más subjetiva, dentro de esta misma línea, la sostienen aquellos que cifran la universalidad de la acción en el carácter universal del título de heredero, sobre cuya base se acciona. Cicu<sup>15</sup> considera esta acción como universal porque tiende a conseguir, no un bien determinado, sino el *universum ius defuncti*, si bien ese *universum* no es considerado como una unidad orgánica, sino como un conglomerado de elementos unidos por la circunstancia de haber pertenecido a un mismo sujeto, el causante.

Roca Sastre<sup>16</sup> entiende que el juego unitario de la petición de herencia es consustancial en ella, por ser derivación del carácter universal de la condición de heredero.

Binder<sup>17</sup> sostiene que el objeto de la petición de herencia no es la *universitas iuris* como tal, sino sólo aquellos objetos singulares de la herencia que posee el demandado. La universalidad de la pretensión no se exterioriza en su objeto, sino en el fundamento de la acción, que es precisamente el derecho hereditario del demandante.

c) Una última concepción niega el carácter universal de la acción de petición de herencia. En nuestra doctrina se manifiesta así Borda<sup>18</sup>, basándose en la inexistencia de la universalidad de la herencia. Fornieles<sup>19</sup> niega igualmente ese carácter a la

<sup>13</sup> Antonio Cicu, *Derecho de sucesiones. Parte general*, trad. esp., Bologna, 1964, n° 76.

<sup>14</sup> Domenico Barbero, *L'universalità patrimoniali*, Milano, 1936, p. 244.

<sup>15</sup> Cicu, p. 474.

<sup>16</sup> Roca Sastre, *Notas al "Derecho de sucesiones" de Kipp*, vol. 1, p. 316.

<sup>17</sup> Binder, *Derecho de sucesiones*, ed. española, Barcelona, 1953, p. 270.

<sup>18</sup> Borda, n° 464.

<sup>19</sup> Fornieles, n° 185.



acción de petición de herencia, por entender que no hay universalidad hereditaria. Si yo he vendido —dice este autor— muchos objetos en un mismo acto y pretendo luego que ha habido error o vicio de consentimiento, y por eso los reclamo en conjunto, nadie sostendrá que hay una acción universal: lo mismo pasa con la petición de herencia.

En España, Sancho Rebullida<sup>20</sup> niega el carácter universal de la acción, por entender que su objeto no es universal. Acepta que el fundamento de la acción es el título de heredero, que es un título universal, pero entiende que las acciones no pueden ser calificadas por su fundamento, sino por su objeto.

De las tres concepciones expuestas nos inclinamos por la segunda, pues entendemos que la acción de petición de herencia es una acción universal, no porque tenga por objeto una *universitas iuris*, sino porque el actor puede reclamar la herencia en bloque, comprendiendo la totalidad de los bienes que la componen y sin necesidad de especificar los bienes singulares (esta especificación será objeto de la prueba), aunque a veces el reclamo se refiera a bienes concretos de la herencia. Ese conglomerado de bienes está unificado por el hecho de que todos han pertenecido a un solo titular, el causante, y ahora pertenecen al heredero o herederos, sucesores universales de él.

B) *La petición de herencia como acción meramente declarativa, como acción vindicativa o como acción de contenido mixto.* Veamos cada una de estas tesis:

a) *Acción de petición de herencia como acción meramente declarativa.* Dada la circunstancia de que en la petición de herencia se discute la calidad de heredero del actor, algunos autores la han considerado como una acción meramente declarativa de tal cualidad, y hasta ha habido quienes han sostenido que se trata de una acción de estado. Pillet<sup>21</sup>, en el siglo pasado, afirmó que la petición de herencia era una acción de reclamación de la cualidad de heredero, y nada más; terminada en su favor la controversia, el heredero obtenía la restitución de los bienes hereditarios que se hallaban en posesión del demandado con ayuda de las acciones singulares transmitidas por el causante.

La cualidad de heredero no constituye el objeto de la petición de herencia, sino que el objeto de ésta es vindicar bienes,

<sup>20</sup> Ob. cit., p. 22.

<sup>21</sup> Pillet, *Essai sur la nature de la pétition de hérédité en droit français*, "Revue Critique de Législation et de Jurisprudence", año XXXIII, nueva serie, t. 13, Paris, 1884, ps. 208/28.

aunque para ello juegue como presupuesto lógico el reconocimiento de dicha cualidad.

Con mayor motivo, la acción de petición de herencia no puede ser considerada como una acción de estado, porque la cualidad de heredero no constituye un *status* en sentido técnico. Como dice Cicu<sup>22</sup>, "el significado técnico de la palabra «*status*», tradicionalmente usada para poner de manifiesto la cualidad de miembro del Estado o de la familia, designa la posición particular que la persona tiene en el Estado o en la familia, posición no de autonomía, sino de subordinación a fines superiores, que determina una ligazón orgánica entre los sujetos, por lo que la relación jurídica tiene una estructura distinta como integrante de un fin superior unitario a cuyo servicio se ponen las voluntades. Por eso no es científicamente correcto ni útil hablar de un *status* de heredero".

Negar como objeto de la petición de herencia el reconocimiento de la cualidad de heredero no implica que dicho fin no pueda ser conseguido en forma única y exclusiva. El actor puede tener interés en obtener el simple reconocimiento de esa cualidad. Para ello dispondrá de la acción correspondiente, que la doctrina italiana llama "acción de declaración positiva de certeza"<sup>23</sup>, la cual sólo tendrá por fin obtener una sentencia puramente declarativa que reconozca la calidad de heredero. Pero esta acción no es la acción de petición de herencia.

En síntesis, la acción de petición de herencia no puede ser considerada, a nuestro juicio, como una acción meramente declarativa, pues el carácter vindicativo es consustancial en ella. La tesis declarativa ha sido prácticamente abandonada por la doctrina<sup>24</sup>.

*b) Acción de petición de herencia como acción vindicativa.* Ésta es la posición prevaleciente en la doctrina moderna. Borda<sup>25</sup> entiende que la finalidad de la acción es reclamar la entrega de los bienes que componen el acervo hereditario. Fornieles considera que la acción es concedida para reclamar la herencia, total o parcialmente<sup>26</sup>. Pero estos autores no alcanzan a explicar por qué falta en la acción el aspecto del reconocimiento de la calidad de heredero.

<sup>22</sup> Cicu, p. 45.

<sup>23</sup> Messineo, t. 7, p. 444.

<sup>24</sup> La ha seguido, sin embargo, el fallo del Superior Tribunal de Santa Fe, 2/4/46, "L.L.", 42-515.

<sup>25</sup> Borda, n° 463.

<sup>26</sup> Fornieles, n° 184. Conf.: Llerena, t. 6, p. 209; Segovia, t. 1, p. 462, nota 39.

Con mayor precisión, Sancho Rebullida<sup>27</sup> considera que la finalidad de la acción de petición de herencia es la restitución de los bienes que forman el caudal relicto. La petición de herencia es una acción de condena a una prestación (restitución de bienes), consecuente a la probanza de la condición de heredero. El reconocimiento de la calidad de heredero es fundamento que el actor ha de probar, pero no puede ser puesto al lado de la *vindicatio*. De la misma manera que en la acción reivindicatoria el titular ha de probar su cualidad de tal, a efectos de obtener la restitución de la cosa, en el juicio de petición de herencia el actor debe probar su derecho a la herencia, con el fin de obtener su entrega.

El reconocimiento del carácter de heredero juega, pues, como presupuesto o antecedente que, debiendo ser probado siempre, puede no exigir pronunciamiento, de la misma manera que en la acción reivindicatoria puede no existir ese pronunciamiento sobre la calidad de propietario del actor, con tal de que se ordene la restitución del bien<sup>28</sup>.

Nos adherimos a esta posición, que es la que cuenta con mayor apoyo legal. El art. 3422 revela esta finalidad vindicativa cuando dice que el heredero tiene acción para que le sean restituidas las cosas hereditarias. El art. 3421, 1ª parte, dice, en el mismo sentido, que "el heredero puede hacer valer los derechos que le competen por una acción de petición de herencia, a fin de que se le entreguen todos los objetos que la componen".

c) *Acción de petición de herencia como acción de contenido mixto (declarativo y vindicativo)*. Algunos autores, teniendo en miras la finalidad práctica de la acción de petición de herencia, que es la restitución de los bienes, pero sin olvidar la importancia que en ella tiene el reconocimiento de la calidad de heredero, la consideran como una acción de contenido mixto, dado su carácter declarativo y vindicativo a la vez.

En la doctrina francesa mantienen esta posición Baudry-Lacantinerie y A. Wahl<sup>29</sup>, para quienes la petición de herencia contiene, a la vez, una demanda de reconocimiento de la calidad de heredero y una reivindicación general del patrimonio.

Comparte esta posición Messineo<sup>30</sup>, para quien la acción de

<sup>27</sup> Ob. cit., ps. 31 y 38.

<sup>28</sup> Comúnmente, se requiere pronunciamiento sobre el carácter de heredero cuando a esta acción son acumuladas otras de naturaleza diferente, como la acción de nulidad de testamento, la acción de indignidad, etc.

<sup>29</sup> *Traité théorique et pratique de droit civil. Des successions*, 3ª ed., 1905, t. 1, p. 675.

<sup>30</sup> Messineo, t. 7, p. 444.

petición de herencia tiene por fin el reconocimiento de la cualidad de heredero, conduciendo de reflejo a obtener la restitución de los bienes.

En nuestra doctrina, Prayones<sup>31</sup> considera que la acción de petición de herencia participa de las acciones personales de estado, en cuanto requiere la justificación de la calidad hereditaria, y de las acciones reales, en cuanto, justificada esa calidad, se reclama la entrega de bienes.

Como una variante del carácter mixto se puede considerar la posición de los autores que ven en la petición de herencia un conglomerado de acciones: una que versa sobre el reconocimiento del título de heredero, otra u otras que tienden a la restitución de los bienes. Esta tesis la defiende, en España, Trullenque Sanjuan<sup>32</sup>, quien la califica como acción compleja integrada por dos acciones: comprobación de la cualidad de heredero y restitución de bienes y derechos. En nuestra doctrina, Lafaille<sup>33</sup> habla de un conglomerado de acciones, una 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.

Estas construcciones jurídicas tienen aspectos certeros; pero, a nuestro juicio, adolecen de tales inconvenientes que las hacen inaceptables. La acción de petición de herencia no tiene dos finalidades ni dos naturalezas, sino que constituye una acción homogénea con una finalidad específica: la restitución de bienes. Tampoco la forman varias acciones, pues entonces habría una super-acción y varias acciones integrantes de ella, todas con finalidades diferentes, lo cual nos parece inadmisibles.

C) *La petición de herencia según la naturaleza de los objetos vindicados.* Dentro de la posición que considera la petición de herencia como acción vindicativa, cabe distinguir los siguientes puntos de vista:

a) *La acción de petición de herencia como acción real.* La consideración de la acción de petición de herencia como acción real, que tiene su origen en el derecho romano clásico, ha prevalecido en la doctrina nacional y extranjera<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Prayones, p. 138.

<sup>32</sup> Trullenque, ob. cit., p. 397.

<sup>33</sup> Lafaille, p. 230.

<sup>34</sup> Llerena, t. 6, p. 209; Machado, t. 8, p. 638; Fornieles, n.º 188; Borda, n.º 466; y en la doctrina extranjera, entre otros, Dernburg, Aubry y Rau, Planiol y Ripert, Bonnecase, Jossierand, Pacifici-Mazzoni, Roca Sastre, Bonet.

La tesis de la acción real conduce a la concepción de la herencia como *universitas*, porque en su más pura expresión implica la titularidad directa e inmediata —al modo del derecho real— sobre el patrimonio hereditario considerado como unidad abstracta. Baudry-Lacantinerie y Wahl<sup>35</sup> afirman, en este sentido, el carácter real de la acción, explicando que aun en el caso de que el patrimonio sólo lo formaran objetos incorporales, no se podría decir que esta acción es solamente personal, pues los créditos no son reclamados contra el deudor, sino considerados como una “universalidad jurídica”, y la reclamación es dirigida al pretendido acreedor, y no al deudor.

Los autores que siguen esta orientación, pero que niegan la condición de *universitas iuris* de la herencia, extraen el carácter real de la acción de la circunstancia de que se la ejerce, no contra una persona determinada en virtud de un vínculo obligatorio, sino contra el detentador de los objetos hereditarios, cualquiera que sea<sup>36</sup>.

Esta concepción implica enmarcar la acción en el estrecho campo de la distinción de las acciones patrimoniales en reales y personales, olvidando que las acciones sucesorias tienen fisonomía propia<sup>37</sup>. La acción de petición de herencia —dice Cicu<sup>38</sup>— no puede ser encuadrada en la distinción entre acciones reales y personales. No obstante, es absoluta y ejercible *erga omnes* como las reales; pero no es real, porque no tiene como presupuesto un derecho real. Las acciones reales protegen los derechos reales, los cuales recaen siempre sobre cosas. Por eso no se puede hablar de una acción real para proteger derechos de crédito. Y como la acción de petición de herencia protege derechos de distinta naturaleza, reales y creditorios, no se la puede calificar de acción real. No obstante no ser real, comparte con las acciones reales el ser ejercible *erga omnes*, es decir, la facultad de poder dirigirla contra cualquiera que posea los bienes del caudal relicto.

b) *Una segunda posición, con muy pocos seguidores, sostiene que la naturaleza de la petición de herencia depende de los derechos reclamados*<sup>39</sup>. Así, podrá ser real, personal o mixta, si la acción tiende a proteger derechos reales, personales o ambos, respectivamente. Aquí, el término “mixta” no significa combina-

<sup>35</sup> Ob. cit., p. 675.

<sup>36</sup> Fornieles, n° 188; Borda, n° 466.

<sup>37</sup> Esta distinción la destaca con claridad Federico G. Quinteros, *Petición de herencia*, Bs. As., 1950, p. 26.

<sup>38</sup> Cicu, p. 474.

<sup>39</sup> Quinteros, ob. cit., p. 12.

ción del elemento declarativo y del vindicativo, sino del derecho real y del personal. Esta posición, cuyo origen se remonta a la época del derecho romano justiniano <sup>40</sup>, rompe la homogeneidad de la acción de petición de herencia, al hacer depender su naturaleza jurídica de la distinta naturaleza de los objetos de los derechos que corresponden al caudal relicto. Es una posición que consideramos insostenible.

Como síntesis de todo lo dicho sobre la naturaleza jurídica de la petición de herencia, podemos resumir nuestra posición diciendo que se trata de una acción universal, vindicativa, y absoluta y ejercible *erga omnes*.

## 206. Sujeto activo.

Conviene estudiar por separado los distintos casos que se pueden presentar, para analizar quiénes están legitimados para el ejercicio de la acción de petición de herencia. Veamos estos casos:

A) *El heredero*. Todo heredero, sea legítimo o testamentario, está activamente legitimado para ejercer la petición de herencia <sup>41</sup>.

La legitimación del heredero para ejercer la acción de petición de herencia en relación con la posición jurídica del demandado implica, unas veces, tener un derecho excluyente frente a él, en cuyo caso el resultado de la acción supone privar al demandado de la cosa objeto de la acción; otras veces supone un derecho concurrente, en cuyo caso el demandado no se verá privado de la cosa, sino que concurrirá con el actor en la proporción que determine la ley o la voluntad del causante.

La legitimación activa corresponde a todo heredero que no tiene la posesión material de los bienes de la herencia, con independencia de que goce de la posesión hereditaria (arts. 3410 y ss.) o de que en el ámbito procesal haya obtenido declaratoria de herederos o auto de aprobación de testamento.

Señalaremos como casos de mayor interés, en el campo de la legitimación activa, los siguientes:

1. *Caso de varios herederos*. Existiendo varios herederos, cuando todos ellos demandan mancomunadamente no hay duda acerca de su legitimación activa. Tampoco la hay, respecto de

<sup>40</sup> El pasaje en que se dice "*tam in rem quam in personam*" sólo tiene alcance ejemplificativo.

<sup>41</sup> No lo está, en cambio, el instituido bajo condición suspensiva hasta tanto ésta sea cumplida.

cada coheredero, por la parte que le haya correspondido en la partición de la herencia.

El problema surge con relación a la legitimación activa de uno de los coherederos durante el estado de indivisión. Teóricamente, caben dos posibilidades: que el heredero accione en beneficio de la comunidad, o que accione en beneficio exclusivo de su cuota.

La doctrina le reconoce al coheredero la facultad de accionar en beneficio de la comunidad, pidiendo la restitución integral de los bienes que componen el caudal hereditario o de alguno de ellos en particular<sup>42</sup>. Esta solución concuerda con la sostenida en materia de reivindicación en la comunidad hereditaria<sup>43</sup>.

Cuando, en este caso, la petición de herencia es ejercida respecto de uno de los varios objetos que componen el caudal relicto, el interés del accionante reside en su titularidad, en la comunidad que se forma, respecto de los objetos particulares de la herencia. Hemos sostenido en otra oportunidad que en la masa indivisa se forma una comunidad comprensiva de los objetos que la componen y tantas comunidades cuantos objetos haya. Si en la partición no le corresponde al accionante la cosa objeto de la acción, su actuación aprovechará directamente al coheredero que le corresponda, e indirectamente a toda la comunidad, que habrá visto acrecentado su patrimonio.

Más difícil es determinar si el coheredero tiene la facultad de actuar en beneficio de su propia cuota, es decir, si puede accionar *pro parte*. Entendemos que no hay inconveniente en que el heredero pueda ejercer la petición de herencia *pro parte* respecto de uno de los objetos que componen el caudal hereditario, o de todos ellos, por ser comunero en cada uno de esos objetos. En ese caso no puede pretender la restitución de los bienes hereditarios poseídos por la demandada, sino, como en el derecho romano, la *possessio pro indiviso* correspondiente a su cuota<sup>44</sup>, lo cual implica el reconocimiento de su calidad de coheredero respecto del objeto demandado. Esta solución es análoga a la sostenida por el codificador en la nota al art. 3450, sobre comunidad hereditaria.

2. *Caso de inactividad del heredero.* El art. 3424 se refiere a un supuesto en que el heredero con derecho excluyente permanece inactivo: "En caso de inacción del heredero legítimo o tes-

<sup>42</sup> Lacruz, *Notas a Binder*, p. 278; Roca Sastre, *Notas a Kipp*, p. 378; Borda, n° 468.

<sup>43</sup> Pérez Lasala, ob. cit., t. 1, n° 504.

<sup>44</sup> Idem Sancho Rebullida con referencia al derecho italiano, p. 36.

tamentario —dice el artículo—, 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”.

Ante la pasividad del pariente de grado más próximo o del heredero testamentario, la ley concede la acción de petición de herencia al heredero que está en grado ulterior o al heredero legítimo, respectivamente. En consecuencia, le niega al demandado el derecho de oponer como defensa la eventualidad del derecho del accionante.

El precepto tiene su explicación en los conceptos de vocación y delación, conforme los entiende la doctrina más moderna<sup>45</sup>. La vocación es el llamamiento a todos los posibles herederos en el momento de la muerte del causante: produce en cualquier pariente en línea recta, o en la colateral hasta el cuarto grado, o en la persona designada principal o subsidiariamente en el testamento, la condición de sucesor eventual. La delación es algo más, pues implica el llamamiento actual y efectivo, que lleva consigo la adquisición de la herencia. Ahora bien: esta adquisición de la herencia, en principio, es provisional, ya que el heredero puede renunciarla; tal posibilidad es la regla general después de la sanción de la ley 17.711, en virtud de lo dispuesto en el art. 3366, párr. 2º, del Código Civil. La provisionalidad de la adquisición se infiltra en la delación, haciéndola también provisoria.

Relacionando el art. 3424 con lo expuesto, el heredero de grado ulterior (ante la inactividad del heredero de grado más próximo) o el heredero legítimo (ante la inactividad del heredero testamentario) tienen vocación, aunque carecen de delación; pero dado que puede haber renuncia de la herencia del heredero más próximo o del testamentario, la delación aparece como posible. Esa posibilidad se transformará en definitiva si se produce la renuncia de la herencia.

La legitimación del accionante surge, pues, de su indiscutible vocación y de su eventual delación, máxime cuando se la hace valer frente a quien no tiene derecho sobre el bien o los bienes de la herencia<sup>46</sup>.

Circunscribiéndonos al caso de inactividad del heredero más próximo (sucesión intestada), la norma halla también su fundamento en la falta de necesidad de probar la inexistencia de herederos de grados más próximos. Al heredero accionante le basta

<sup>45</sup> Pérez Lasala, ob. cit., nos. 151 y 162.

<sup>46</sup> La explicación del derecho de accionar mediante la idea de la *saisine* colectiva es totalmente inaplicable a nuestro derecho. Y también es rechazada por la casi unanimidad de la doctrina francesa.



probar su parentesco con el causante, que le otorga derecho a la herencia, y la ley no le exige la prueba de un hecho negativo, cual es la inexistencia de herederos más próximos <sup>47</sup>.

El art. 3424 no obsta para que quienes tengan un derecho excluyente respecto del accionante puedan reclamarle más tarde el objeto recibido, salvo que se haya operado la prescripción en su favor. El mejor derecho sobre el accionante presupone la delación definitiva del heredero de grado más próximo o del heredero testamentario.

B) *Cesionario*. La cesión de la herencia es un contrato que versa únicamente sobre derechos patrimoniales (y las consiguientes obligaciones) contenidos en la herencia, y no sobre la calidad de heredero. De esto resulta que como en la cesión no se trasfiere la calidad de heredero —calidad que es el presupuesto de la petición de herencia—, el cesionario no puede ejercer una acción de petición de herencia en sentido propio.

Empero, como lo que se trasmite en la cesión hereditaria tiene un objeto idéntico al de la petición de herencia, el cesionario se ve asistido por una acción semejante a la petición de herencia. Esto ocurre cuando el demandado se opone negando la calidad hereditaria del cedente, no el título singular del cesionario, pues entonces el actor cesionario reclamará los bienes en cuanto pertenecientes a la herencia. Mas aun en este caso hay una importante diferencia con la acción de petición, ya que el demandante debe probar no sólo la calidad de heredero del cedente, sino su título singular de adquisición <sup>48</sup>.

No obstante, la doctrina, comúnmente, sin entrar en mayores profundidades, concede al cesionario la legitimación para ejercer la acción de petición de herencia, y lo mismo ocurre con la jurisprudencia <sup>49</sup>.

C) *Acreedores de los herederos*. Los acreedores de los herederos pueden ejercer la petición de herencia por vía de la acción subrogatoria, siempre que la petición de herencia no esté subordinada al ejercicio previo o concomitante de una acción personalísima, como es la de reclamación o impugnación de estado <sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Ripert y Boulanger, *Sucesiones*, t. X, vol. 2, n° 2305.

<sup>48</sup> Sancho Rebullida, ob. cit., p. 42; Lacruz, n° 442; Cicu, n° 77.

<sup>49</sup> Messineo, t. 7, p. 444; Barasi, Coviello, Butera; Borda, n° 469. Ver fallos citados por este autor, nota 725.

<sup>50</sup> Borda, n° 469.

D) *El Estado*. También está legitimado el Estado para ejercer la acción de petición de herencia, en el caso de vacancia de la herencia.

E) *Legatario de parte alícuota*. Consideramos igualmente legitimado para el ejercicio de esta acción al legatario de parte alícuota. Según hemos sostenido<sup>51</sup>, el legatario de parte alícuota forma parte de la comunidad hereditaria; de ahí su legitimación para ejercer la petición de herencia como los herederos. Las únicas modalidades son las que surgen de la concurrencia con otros herederos, siendo de aplicación lo dicho en el acápite A.

F) *Ausente con presunción de fallecimiento reaparecido*. La acción que entablara el reaparecido, que ha sido declarado fallecido, con el fin de obtener la restitución de su propio patrimonio, no sería de petición de herencia. No podría calificársela de petición de herencia por cuanto el patrimonio de una persona viva no constituye herencia.

No obstante ello, la estructura de la acción es la misma (hasta el punto de que el Código Civil alemán concede la acción de petición de herencia al reaparecido, en el art. 2031). Por eso podemos aceptar la legitimación activa del reaparecido para ejercer una acción semejante a la de petición de herencia con el propósito de lograr la restitución de su patrimonio<sup>52</sup>.

## 207. Sujeto pasivo.

Son posibles sujetos pasivos de la acción de petición de herencia los siguientes:

A) *Quien posee como heredero*. El sujeto pasivo por excelencia es el poseedor que invoca la calidad de heredero, el llamado comúnmente "heredero aparente". Cuando decimos "poseedor" nos referimos a la posesión material, con independencia de si tiene o no la posesión hereditaria<sup>53</sup>. Consecuentemente, la acción de petición de herencia jamás puede ser dirigida contra quien, aun teniendo la posesión hereditaria, no ha entrado en la posesión material de los bienes que componen la herencia.

<sup>51</sup> Pérez Lasala, ob. cit., n° 101.

<sup>52</sup> Roca Sastre, *Notas a Kipp*, p. 379; Sancho Rebullida, p. 43; Messineo, t. 7, p. 444.

<sup>53</sup> Por eso no es necesario que haya sido declarado heredero. Conf.: Borda, n° 471.

Los romanos llamaron a este poseedor, muy gráficamente, "*possessor pro herede*". A él se refiere el art. 3422, 1ª parte, cuando dice: "El heredero tiene acción para que se le restituyan las cosas hereditarias poseídas por otros sucesores universales del difunto".

La calidad de *possessor pro herede* puede tener su origen en diferentes causas: unas veces será por la ineficacia del título de heredero, como ocurrirá cuando se declare nulo el testamento, o cuando un testamento se vea revocado por otro posterior, o cuando se anule una declaratoria de herederos en virtud de la aparición de un testamento, o cuando se declare indigno o desheredado a un heredero, etc.; otras veces se deberá a que el poseedor se arroga la condición de heredero sin mediar título real (en forma absoluta o en forma relativa en cuanto a la pretensión del actor).

Desde otro punto de vista, la acción de petición de herencia puede ser ejercida contra el *possessor pro herede* en forma excluyente o en forma concurrente. En el primer caso, el heredero aparente será desplazado por el demandante por carecer de derechos hereditarios; en el segundo, el heredero aparente, que reúne en sí la cualidad de heredero real y la de aparente (tiene derechos hereditarios, pero pretende de la herencia una parte mayor que aquella que realmente le corresponde), tendrá que compartir la herencia con el actor. En todo caso, no juegan aquí las exigencias del art. 3430, pues, como ya hemos dicho, el heredero aparente, a estos efectos, es el que está en posesión de los bienes, atribuyéndose el carácter de heredero que no le corresponde (en forma total o en forma parcial), tenga o no la declaratoria de herederos o el auto de aprobación de testamento en su favor.

El art. 3423, 1ª parte, se refiere, en forma ejemplificativa, a supuestos en que el *possessor pro herede* se arroga la condición de heredero sin tener título real; no contempla los supuestos de invalidez de título. Abarca tanto el supuesto de que la acción sea ejercida con fuerza excluyente como el de que lo sea con fuerza concurrente. Dice así: "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".

La norma, aun aceptando su carácter ejemplificativo, adolece de precisión. Empieza refiriéndose al supuesto en que la petición de herencia la ejerce un pariente más próximo contra un pariente de grado más remoto que está en posesión de la herencia, para conseguir una finalidad excluyente. Pero, para ser exactos, la exclusión no se produce sólo teniendo presente la proximidad de grado, sino que hay que hacerla jugar con los órdenes

sucesorios. Por ejemplo, el padre, que está a un grado de parentesco con el causante, no excluye la acción con respecto al nieto del hijo premuerto que está en segundo grado; eso es así porque están en distintos órdenes.

La segunda parte del precepto es más confusa. Se refiere a la hipótesis de que un pariente de igual grado se niegue a concurrir a la herencia de la cual está gozando exclusivamente. Dice así: "La acción de petición de herencia se da (...) 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". La disyuntiva "que rehúsa reconocerle la calidad de heredero o que pretende ser también llamado a la sucesión en concurrencia con él" es redundante, porque su primer término —rehusar reconocer la calidad de heredero— no tiene relación lógica con la circunstancia de ser un pariente del mismo grado, salvo que esa negativa a reconocer la calidad de heredero se refiera a quien pretende concurrir con él a la sucesión (por ser pariente de igual grado). Sustituyendo "o que" por "a quien", la frase adquiere sentido dentro del contexto del artículo, porque hace referencia a la hipótesis de que la acción sea ejercida contra un pariente de un mismo grado, el cual rehúsa reconocerle la calidad de heredero a quien pretende ser llamado a la sucesión en concurrencia con él; es decir, el demandado le niega la calidad de heredero al demandante que no está en posesión de la herencia, que por eso pretende la concurrencia con él. La interpretación que acabamos de hacer, seguida por la mayoría de los autores argentinos<sup>54</sup>, responde al sentido de las fuentes<sup>55</sup>.

B) *El poseedor de los bienes hereditarios que, sin invocar el carácter de heredero, no justifique su posesión en título singular.* Es, como en el derecho romano justiniano, quien no manifiesta *animus heredis*, quien, interrogado, contesta "*possideo qui possideo*", "poseo porque poseo". Los romanos lo llamaron, por eso, "*possessor pro possessore*".

La figura del *possessor pro possessore* pasó del derecho ro-

<sup>54</sup> Segovia, t. 2, p. 488, nota 49; Rébora, t. 1, p. 242; Machado, t. 8, p. 648. No comparte esta opinión Quinteros, n° 23.

<sup>55</sup> Aubry y Rau, parágr. 616, ps. 181 y ss., de donde el codificador se inspiró, dicen: "La petición de herencia se da contra toda persona que detenta, en calidad de sucesor universal, todo o parte de la herencia; p.ej., contra un pariente de un grado más remoto, que ha entrado en posesión de ella en razón de la ausencia o 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 pretende llamado a esta última en concurrencia con él".

mano al derecho común, y de ahí a las legislaciones modernas (Código italiano, art. 533; arg. art. 1021, Código español; etc.). Excepcionalmente, el Código Civil alemán eliminó a este poseedor al considerar legitimado pasivamente sólo al *possessor pro herede* (art. 2018).

La figura de este poseedor aparece ampliamente justificada. Sería injusto obligar al actor a probar no sólo su título de heredero, sino también el dominio del causante, ante una persona que no basa su posición en título particular alguno o que se limita a negar la cualidad de heredero en el accionante, máxime cuando, frente a quien invoca la condición de heredero, al accionante sólo le basta probar su calidad de heredero. La postura que asume quien no invoca título alguno, sino sólo la posesión, para permanecer en poder de objetos hereditarios, debe merecer mucho menos consideración que quien invoca la calidad de heredero. De ahí que desde antiguo se ha permitido al actor accionar contra él por medio de la acción de petición de herencia, sin necesidad de recurrir a las acciones particulares.

Fornieles<sup>56</sup>, en este sentido, se pregunta: ¿Cómo explicar una petición de herencia contra quien no posee a título de heredero? Si el difunto viviese, habría tenido que accionar por reivindicación y suministrar la prueba de su derecho de propiedad para vencer en el pleito. ¿Por qué, entonces, producida su muerte, se dispensa al heredero de una prueba a la cual estaría obligado su autor?

“Muchas razones se han dado —dice el autor—, admitiéndose generalmente las que expuso Cujacio, que se resumen así: El poseedor *pro possessore*, que no tiene derecho alguno en que apoyar su posesión y se defiende con el solo hecho de tenerla, es un deshonesto que no merece ningún interés, y a quien hay que tratar sin miramientos. Ahora bien: es sabido que la posición del actor es más ventajosa cuando tiene sólo que probar su condición de heredero (petición de herencia) que cuando tiene que probar también el dominio del causante, sobre todo si son varios los bienes, en que ha de rendir para cada uno prueba distinta. Frente a un demandado que no sabe dar ninguna razón de su posesión, sería inocuo colocar al actor en condición peor que si invocara un derecho hereditario para apoyarla”.

Nuestro Código Civil, siguiendo la tradición romanista, acepta, a nuestro juicio, la figura del *possessor pro possessore* en el art. 3422, 2ª parte: “El heredero tiene acción para que se le restituyan las cosas hereditarias (...) o de los que tengan de ellas

<sup>56</sup> Fornieles, nº 187.

la posesión con los aumentos que haya tenido la herencia". La frase, expresada en forma más clara, dice que el heredero tiene acción para que le sean restituídas las cosas hereditarias contra quienes tengan la posesión de ellas, es decir, de las cosas hereditarias.

Ésos son, precisamente, los *possessores pro possessores* del derecho romano. Tales poseedores no tienen título singular alguno que justifique su posesión frente al accionante de la petición de herencia, o, simplemente, niegan el carácter de heredero en el actor <sup>57</sup>.

No obstante la claridad de los textos, un importante sector de la doctrina, basándose en el art. 164 del Código Civil de Chile, citado en la nota, y en la definición de petición de herencia contenida en la obra de Aubry y Rau <sup>58</sup>, pretenden negar la calidad de sujetos pasivos de la acción a estos poseedores <sup>59</sup>. Para ello alteran el texto del art. 3422, cambiando la expresión "de ellas" por "de ellos", basándose en un presunto error tipográfico. Con esta alteración queda, entonces, así el sentido de la frase: el heredero tiene acción para que le sean restituídas las cosas hereditarias poseídas por otros como sucesores universales o poseídas por quienes tengan "de ellos" la posesión; quienes tienen de los herederos (de ellos) la posesión son, para ese sector doctrinal, los cesionarios de derechos hereditarios.

Consideramos esta tesis equivocada, por las siguientes razones:

1) El art. 3422 no pretende unificar los criterios contenidos en la obra de Aubry y Rau y en el Código de Chile, sino que se separa deliberadamente de ambos. Aubry y Rau comprenden en su definición, como sujetos pasivos de la acción, a los sucesores universales del difunto y a los causahabientes de tales sucesores. El Código de Chile sólo permite dirigir la acción contra los poseedores que ostentan la calidad de herederos, para que sean restituídas las cosas hereditarias y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, etc.

2) El art. 3422 se refiere, separadamente de los sucesores universales, a quienes tienen aquellas cosas de que el difunto era mero tenedor. El texto no expresa que tales personas deban invocar el carácter de herederos. Incluso autores que sostienen la postura contraria, como Lafaille <sup>60</sup>, no reparan en esta circunstancia.

<sup>57</sup> Así lo aceptan, en general, Rébora, t. 1, p. 237, n° 4; Fornieles, n° 187; Bibiloni, *Anteproyecto de reformas al Código Civil. Sucesiones*, Bs. As., 1931, ps. 210 y ss.; Spota, "Prólogo" a *Petición de herencia*, de Quinteros.

<sup>58</sup> Parágr. 616, p. 181.

<sup>59</sup> Machado, t. 8, p. 644; Segovia, t. 2, p. 487; Lafaille, t. 1, n° 347; Borda, n° 472; Zannoni, t. 1, n° 444.

<sup>60</sup> Lafaille, n° 347.

3) Si el artículo dijera, como pretenden quienes sostienen la opinión contraria, que la acción puede ser dirigida contra quienes tienen la posesión de los herederos, se complicaría aún más el problema, porque las cosas pueden ser recibidas de los herederos mediante una cesión hereditaria o en virtud de negocios particulares, como venta, donación, etc. En este último caso —en el cual el adquirente puede invocar un título particular—, la acción de petición de herencia es improcedente. Y aún más: un importante sector de la doctrina, como veremos después, sostiene que el cesionario tampoco es sujeto pasivo de esta acción.

4) Nadie duda de que la acción de petición de herencia puede ser acumulada a otras acciones, como la acción de nulidad de testamento. Si se ejerciera conjuntamente ambas acciones, la declaración de nulidad de testamento llevaría consigo, además, la reivindicación de las cosas hereditarias. Pero si se interpusiera primero la acción de nulidad de testamento y el juez declarara su nulidad, el heredero no podría ejercer la acción de petición de herencia contra la misma persona por ser un simple poseedor que no podría invocar el título de heredero. En ese caso, el accionante se vería obligado a ejercer las acciones particulares que tenía el causante para obtener el goce de los bienes hereditarios, lo cual sería bastante incongruente, pues complicaría inútilmente la posición del heredero privado de la herencia.

5) La tradición romanista, seguida por la mayoría de los códigos latinos, acepta la figura del *possessor pro possessore* como útil y conveniente en el mecanismo de la acción. No se justifica, entonces, buscar argumentos en contra de lo que dice la ley, porque con esta postura no se está salvando ni la justicia ni la técnica de la institución.

De lo dicho en los puntos A y B surge claramente la notable amplitud de la legitimación pasiva. Está legitimado pasivamente quien invoca la calidad de heredero y quien no basa su posición ante los objetos hereditarios poseídos en un título singular, o simplemente niega la calidad de heredero en el actor. De ahí que podríamos resumir todas estas situaciones con un signo negativo: estará pasivamente legitimado para la acción de petición de herencia quien posea o tenga bienes hereditarios sin base en ningún título singular.

C) *Los tenedores de bienes hereditarios.* La acción de petición de herencia debe ser admitida también contra los meros tenedores, ya porque invoquen su carácter de herederos, ya porque lo nieguen en el demandante sin basarse en un título particular.

El Código, expresamente, admite como sujetos pasivos de la

acción a los tenedores, según surge de los arts. 3425, 3426 y 3422, *in fine*. En este sentido, la amplitud de la acción de petición de herencia es similar a la acción reivindicatoria (art. 2772).

D) *Los herederos del "possessor pro herede", poseedores materiales de los bienes.* La legitimación pasiva de los herederos del *possessor pro herede* aparece evidente, puesto que tales herederos subentran en las relaciones jurídicas del causante <sup>61</sup>.

E) *El "cuasi possessor" o "possessor iuris".* Es natural, por ejemplo, que si en la herencia no hay más que créditos, la acción de petición de herencia pueda ser dirigida contra quien está en posesión del crédito, ora invoque el carácter de heredero (podemos llamarlo "*cuasi possessor pro herede*"), ora niegue el carácter de heredero del demandante sin fundar su pretensión en un título particular (podemos denominarlo "*cuasi possessor pro possessore*"). Lo mismo cabe decir de ciertas servidumbres en las cuales el demandado es *cuasi* poseedor.

F) *Cesionario de la herencia.* El cesionario de la herencia no es un heredero aparente, puesto que en ningún caso el heredero cedente trasmite su condición de tal. De ahí que en este aspecto no se lo pueda considerar como *possessor pro herede*. Por otra parte, el cesionario es un adquirente a título particular, aunque el heredero le trasmita la totalidad o una parte alícuota de la herencia (en nuestro derecho no hay transmisión universal *inter vivos*). De ahí que tampoco pueda considerársele como *possessor pro possessore*, porque es condición esencial de éste no tener como base título particular alguno.

Estrictamente, corresponde negar la legitimación pasiva al cesionario de la herencia. Tal es el criterio de Gullón, que comparte Lacruz <sup>62</sup>; pero este último admite que se pueda dirigir la acción de petición de herencia contra el cesionario como *possessor pro possessore*, en el supuesto de que no le sea posible o no quiera ampararse en el título particular de su adquisición.

No obstante lo dicho, otros autores opinan que quien adquiere una herencia como cesionario está equiparado al heredero en cuanto al objeto transmitido. Adquiere el todo o una parte alícuota del patrimonio relicto impregnado de un sentido de universalidad, aunque estrictamente su título adquisitivo no sea

<sup>61</sup> La doctrina española acepta este temperamento, y también el Tribunal Supremo (Sancho Rebullida, p. 50).

<sup>62</sup> En España, Gullón, *La acción de petición de herencia*, "A.D.C.", 1959, p. 219; Lacruz, n° 443.



universal. Esta equiparación del cesionario al heredero en lo relativo al objeto transmitido, que es precisamente lo que va a ser objeto de la acción de petición de herencia, los lleva a admitir esta acción contra el cesionario. Polacco<sup>63</sup> alega que aunque el título es singular, es universal el objeto de su adquisición. Roca Sastre<sup>64</sup> entiende que hay base suficiente para admitir que quien adquiere por compra u otro título traslativo una herencia o cuota de ella, está equiparado al poseedor de la herencia a estos efectos, ya que si bien la compraventa y otros contratos análogos constituyen títulos singulares de adquisición, no obstante, cuando tienen por objeto el todo o una cuota de un patrimonio relicto, se impregnan de un sentido de universalidad, que se refleja, por ejemplo, en el art. 1531 del Código Civil español.

La legitimación pasiva del cesionario es aceptada por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia francesas. Nuestra doctrina no se ocupa en forma especial de la legitimación pasiva del cesionario de la herencia. Los autores que interpretan el art. 3423 considerando sujetos pasivos de la acción a quienes tienen la posesión de los herederos, se refieren explícita o implícitamente a los cesionarios de la herencia, que quedarían así legitimados por obra de la ley misma. La jurisprudencia de nuestros tribunales ha admitido la legitimación pasiva del cesionario<sup>65</sup>.

G) *El ex poseedor*. Ya vimos que en el derecho romano el *ex possessor* sólo podía ser sujeto pasivo de la *petitio hereditatis* en determinados casos, no admitiéndose en forma genérica su legitimación.

En el derecho moderno la cuestión es debatida, incluso en los ordenamientos jurídicos que han previsto esta hipótesis<sup>66</sup>. En nuestra opinión, cabe admitir en nuestro derecho una concepción amplia, en cuanto a la legitimación pasiva del ex poseedor en la acción de petición de herencia, basándonos en el concepto de la subrogación real.

Partimos de la idea de que la subrogación real es siempre especial, y de que es indispensable que el bien que entre en el patrimonio esté individualizado al mismo título que el que salió de él. En esta materia aceptamos las conclusiones de Bonnacase<sup>67</sup>.

63 Polacco, t. 2, p. 140.

64 *Notas a Kipp*, p. 278.

65 Borda, n° 472; "J.A.", 1948-I-121.

66 Sancho Rebullida, ps. 55 y ss.

67 Julien Bonnacase, *Elementos de derecho civil*, trad. mejicana, 1946, t. 3, ps. 28 y ss. Este autor define la subrogación real como "una institución jurídica esencialmente relativa a un patrimonio, considerado, en un

En nuestro derecho, la legitimación pasiva del ex poseedor está expresamente reconocida en el art. 32 de la ley 14.394, que representa un caso típico de subrogación real. Dicho artículo se coloca en el supuesto de que una persona declarada fallecida reaparezca después de cesada la preanotación, o de que se presenten otros herederos concurrentes o preferentes del presunto fallecido. Dice así: "Si el ausente reapareciese, podrá reclamar la entrega de los bienes existentes y en el estado en que se hallasen; los adquiridos con el valor de los que faltaren; el precio que se adeudase de los que se hubiesen enajenado y los frutos no consumidos. Si en iguales circunstancias se presentasen herederos preferentes o concurrentes preferidos, podrán ejercer la acción de petición de herencia. Regirá en ambos casos lo dispuesto respecto de las obligaciones y derechos del poseedor de buena o mala fe".

La norma admite expresamente el ejercicio de la acción de petición de herencia para reclamar los bienes adquiridos con el valor de los que faltaren y el precio que se adeudase de los que hubiesen sido enajenados. Estamos ante un supuesto típico de subrogación real, ya que los elementos que entran en lugar de los que salieron del patrimonio son perfectamente individualizados. Por esa razón se refiere al precio adeudado, que no se confunde con el conjunto de los bienes del enajenante. No vemos inconveniente en extender la hipótesis del artículo a otros supuestos en que el dinero fuese individualizable; por ejemplo, si es objeto

---

momento dado de su existencia, en sus elementos e individualizados; su función consiste, en los casos de enajenación o de pérdida de uno de estos elementos, en trasladar, salvo intereses de terceros, de pleno derecho o en virtud de la voluntad de los interesados, sobre el bien individualizado adquirido en sustitución, los derechos que gravaban al bien que dejó de formar parte del patrimonio". Para Bonnacese, los elementos distintivos de la subrogación real son los siguientes: a) la subrogación real es una institución jurídica esencialmente relativa a un patrimonio, considerado, en un momento dado de su existencia, en sus elementos concretos e individualizados; b) la subrogación real se aplica con motivo de la pérdida o enajenación de uno o varios de estos elementos individualizados, y aun todos ellos; c) para que la subrogación real se realice, exige que el bien que entre en el patrimonio esté individualizado al mismo título que el que salió de él; d) la subrogación real no se concibe sin la existencia de un lazo de filiación directa y cierta entre el bien enajenado o desaparecido y el que lo sustituye; e) la subrogación real trasmite al bien subrogado los derechos que existen sobre el bien enajenado o destruído, es decir, le atribuye la condición jurídica de éste; f) la subrogación real se produce, unas veces, de pleno derecho, y otras, conforme a una manifestación de voluntad de los interesados, salvo los derechos de los terceros. Ver, en nuestra doctrina: Quinteros, *Subrogación real*, Bs. As., 1942, ps. 139 y ss.; Héctor Lafaille, *Teoría de la subrogación real*, "J.A.", 1942-IV-3, sec. Doctr.

de un depósito judicial, o en casos en que con el dinero obtenido sean adquiridos otros bienes.

El art. 32 de la ley 14.394 presupone que el causante sea declarado presunto fallecido, pero no hay razón alguna para no extender esa regulación al caso de muerte natural del causante. La posibilidad de la presentación de otros herederos preferentes no es exclusiva —como dice Aráuz Castex<sup>68</sup>— del supuesto de fallecimiento presunto; puede ocurrir en cualquier sucesión. De ahí que arribemos a la conclusión de la admisión de la legitimación procesal pasiva del ex poseedor en la acción de petición de herencia, cuando medie el fenómeno de la subrogación con la extensión que le concede el art. 32 de la Ley de Ausencia.

También se aplica el concepto de subrogación, en la concepción de Bonnecase, que hemos aceptado, a los casos en que por enajenación, pérdida o deterioro de los bienes hay que pagar una indemnización. El derecho a la indemnización, representado por un derecho de crédito en contra de una persona determinada, es un bien concreto que no se funde en el patrimonio de su titular. En este caso, la extensión de la indemnización dependerá de la buena o mala fe del ex poseedor del bien hereditario. Unas veces, el límite o la medida será el precio; otras, todos los perjuicios causados, como sucede en el art. 3430, según que el poseedor de la herencia sea de buena o mala fe. Lo característico de este supuesto es que el derecho del heredero real consistirá en un derecho de crédito, representado por el derecho a indemnización, que abarcará una amplia gama de situaciones, en las cuales, sin duda, aparecerá incluido el supuesto de quien deja de poseer por dolo, el *qui dolo desiit possidere* de las fuentes romanas. La acción de petición de herencia tiene aquí un efecto resarcitorio del daño, en sustitución de los objetos salidos del patrimonio del demandado que pertenecieron a la herencia.

Aunque en nuestro derecho no está especialmente reconocido como sujeto pasivo, en estos últimos casos, el ex poseedor, creemos que tal reconocimiento surge del art. 3430. No dudamos de que la acción de petición de herencia pueda ser dirigida contra el poseedor de la herencia que ha enajenado un bien, a efectos indemnizatorios (su extensión variará según que haya buena o mala fe), pues de lo contrario bastaría la simple enajenación por parte del poseedor, aun después de interpuesta la demanda, para privar al heredero real de la acción de petición de herencia, con todas las ventajas que ésta lleva consigo.

<sup>68</sup> *Derecho civil*, Bs. As., 1974, t. I, p. 518.

Todo lo dicho vale para el caso de cesión de la herencia, quedando así legitimado pasivamente el cedente.

Para terminar, aclaramos una vez más que la amplitud que hemos admitido sólo se refiere al ex poseedor, pero jamás a quien nunca fue poseedor material de los bienes hereditarios. La acción de petición de herencia nunca puede ser ejercida contra quien no tuvo la posesión material de los bienes, aunque fuese poseedor hereditario (posesión civilísima).

#### **208. La acción de petición de herencia y la defensa de la legítima.**

La acción de petición de herencia puede proteger indirectamente la legítima. Esto sucede cuando el accionante es legitimario y obtiene el reconocimiento de su calidad de heredero, recibiendo como tal los bienes hereditarios. Si el demandado es excluido como heredero intestado o concurre en ese carácter con el actor, en la cuota hereditaria del reclamante va embebida la legítima. Lo mismo sucede si el demandado tenía en su favor un testamento nulo. La declaración de nulidad abre la sucesión intestada, y el reclamante, como heredero intestado, obtiene los bienes hereditarios. La acción de petición de herencia viene a proteger, así, la cuota de legítima, aunque su defensa abarque una porción mayor.

En cambio, cuando la ley sólo permite reclamar estrictamente la porción legítima, no cabe la acción de petición de herencia, sino la de reducción. Por ejemplo, si en un testamento válido se dispone de bienes que violan parcialmente la legítima de un legitimario, éste sólo podrá ejercer la acción de reducción para obtener el complemento faltante (arts. 3600 y 3601). Lo mismo sucederá cuando en un testamento el legitimario haya sido preterido (art. 2715) o desheredado injustamente (arg. art. 3600). En estos supuestos, el legitimario obtendrá los bienes suficientes para cubrir integralmente su porción de legítima. No cabe, en tales casos, el ejercicio de la acción de petición.

#### **209. La acción de petición de herencia y la acumulación de otras acciones.**

Es frecuente que sean acumuladas a la acción de petición de herencia otras acciones, de cuya resolución depende el reconoci-

miento del título de heredero. La doctrina<sup>69</sup> y la jurisprudencia así lo aceptan<sup>70</sup>.

Estas acciones son muy variadas. Podemos citar, entre otras, las siguientes:

1. *Acción de ineficacia del testamento.* Esta ineficacia testamentaria puede provenir de la nulidad, de la caducidad o de la revocación del testamento, siempre que las citadas causales lo priven de efectos jurídicos<sup>71</sup>. La declaración de ineficacia del testamento abrirá la sucesión intestada y posibilitará el reclamo de los herederos legítimos.

2. *Acción de indignidad.* Esta acción lleva consigo la exclusión del indigno de la herencia. La declaración de indignidad acumulada a la acción de petición de herencia implicará la exclusión del indigno y la consiguiente adquisición de los bienes hereditarios por el reclamante, en forma exclusiva o concurrente con otros beneficiarios. Recordemos que la declaración de indignidad no priva del derecho hereditario a los descendientes del indigno (art. 3301).

3. *Incapacidad para suceder por testamento.* Esta acción produce la exclusión del incapaz de la sucesión testamentaria que lo favorece (arts. 3736 a 3740, 3664, 3686). La acción de incapacidad acumulada a la acción de petición de herencia llevará consigo la exclusión del incapaz y la consiguiente admisión de otros herederos, que recibirán la herencia en forma excluyente o concurrente, según los casos.

4. *Acción de exclusión del cónyuge.* Esta acción, acumulada a la acción de petición de herencia, permitirá la adquisición de los bienes hereditarios por parte del accionante, ya en forma excluyente, ya en forma concurrente con otros herederos.

5. *Acción de filiación.* Esta acción incorporará como hijo, en el sucesorio, al reconocido judicialmente como tal. Acumulada a la acción de petición de herencia, producirá la vindicación de los bienes hereditarios en favor del reconocido, excluyendo a otros herederos de grado ulterior o concurriendo con ellos. Cuando la demandada tiene en su favor un testamento válido en el cual se ha dispuesto de todos los bienes, el hijo debe ejercer la acción de reducción, y no la de petición de herencia<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> Fornieles, n° 186; Lafaille, n° 342; etc.

<sup>70</sup> "G.F.", 91-281; C.Civ. 2° Cap., 22/2/32, "J.A.", 37-672.

<sup>71</sup> Pérez Lasala, t. 1, ps. 510 y ss.

<sup>72</sup> *Infra*, n° 210, a, 2.

El reconocimiento del carácter de heredero es presupuesto de la acción de petición de herencia. En principio, ese reconocimiento no requiere pronunciamiento expreso, pues la vindicación de los bienes ya implica tal reconocimiento. No obstante, comúnmente es necesario el pronunciamiento sobre el carácter de heredero cuando se dan estas acumulaciones de acciones.

La acumulación de estas acciones a la petición de herencia evitará promover un segundo juicio para obtener la devolución de los bienes<sup>73</sup>. Pero esta acumulación no siempre será conveniente; ello dependerá de las circunstancias del caso (p. ej., cuando se tenga la certeza de que, ganada la controversia sobre el carácter de heredero del reclamante, la devolución de los bienes hereditarios no será resistida). A veces, la inseguridad sobre la prosperidad de la acción antecedente (v. gr., acción de nulidad de testamento) aconsejará no acumular la de petición de herencia. Otras veces podrá entrar en juego la consideración del criterio regulador de honorarios, los cuales, cuando medie petición de herencia, serán regulados siempre por el valor de los bienes vindicados, cosa que puede no suceder si la acción precedente es ejercida sola, como en el caso de la citada acción de nulidad de testamento, etc.

## 210. La acción de petición de herencia y el proceso sucesorio.

En nuestra opinión, pueden darse distintos supuestos relacionados con el proceso sucesorio:

a) *El reclamante no tiene en su favor sentencia de declaratoria de herederos o de aprobación de testamento, y el demandado sí la tiene.* Éste es el caso típico, pues, comúnmente, quien ejerce la acción de petición de herencia lo hace careciendo de pronunciamiento judicial en su favor contra los herederos considerados judicialmente como tales. Cabe distinguir estas hipótesis:

1) Cuando se trata de una sucesión intestada y el actor reviste el carácter de heredero por tener vocación y delación según las mismas partidas del Registro Civil, bastará solicitar la revocación de la declaratoria de herederos por estar el actor en un grado sucesible que desplaza a los herederos declarados (p. ej., si la declaratoria de herederos fue hecha en favor de hermanos y un hijo reclama la herencia); o bastará la ampliación de esa

<sup>73</sup> Lafaille, n° 342.

declaratoria de herederos si actor y demandado tienen derecho a concurrir a la herencia (p. ej., si la declaratoria de herederos es hecha en favor de dos hijos y aparece luego un tercer hijo). Esta revocación o ampliación de la declaratoria de herederos, y la consiguiente adquisición de los bienes por parte del actor, no requerirá recurrir a la acción de petición de herencia si el demandado permite dicho disfrute excluyente o concurrente, según los casos. La acción de petición de herencia será necesaria, en cambio, cuando el demandado le niegue al actor la entrega de los bienes o el disfrute compartido.

Dentro del ámbito de la sucesión intestada, resulta más interesante el supuesto en que el actor carece de vocación y delación según las partidas del Registro Civil, y es necesaria la previa rectificación para obtener la calidad de heredero (p. ej., si el hijo debe probar su filiación para ser considerado como tal y tener la consiguiente vocación y delación hereditarias). Éste es un supuesto en el cual se acumulará la acción de filiación a la de petición de herencia.

2) Cuando se trata de una sucesión testamentaria (con testamento válido que abarca la universalidad de los bienes) y el actor, según las partidas del Registro Civil, aparece con derecho sobre la herencia por su carácter de legitimario, no corresponde ejercer la acción de petición de herencia, sino la acción de reducción, ya sea porque el legitimario no ha recibido toda su legítima, ya porque ha sido omitido, ya porque ha sido desheredado injustamente. Los legitimarios deberán probar el carácter de tales.

Esta solución sería aplicada también aunque el legitimario necesitara previamente el reconocimiento judicial de su filiación, a efectos de poder reclamar su legítima. En estos casos, los beneficiarios en el testamento verían disminuidas sus porciones o bienes hasta dejar a salvo los derechos de los legitimarios, pero el testamento no sería anulado.

El campo propio de la acción de petición de herencia lo constituye el caso en que el testamento es nulo por cualquiera de las causas previstas en la ley. En tal supuesto, los herederos legítimos, sean o no legitimarios, heredarán como sucesores intestados y podrán reclamar los bienes hereditarios. Éste es un caso en que también se acumula a la acción de petición de herencia otra acción, cual es la de nulidad de testamento. El actor que está en grado sucesible debe probar con las correspondientes partidas su parentesco con el causante, sin necesidad de la

previa declaratoria de herederos en su favor<sup>74</sup>. La acción de petición de herencia excluirá al demandado de los bienes hereditarios o declarará la concurrencia del actor con él, según los casos.

*b) El reclamante tiene en su favor declaratoria de herederos, y el demandado, declaratoria de herederos o auto de aprobación de testamento. Cabe distinguir estas hipótesis:*

1) Cuando se trata de una sucesión intestada, el actor deberá probar que la declaratoria efectuada en favor del demandado no es válida (p. ej., porque hay un error en la persona declarada heredera, o porque el demandado beneficiario no tiene el parentesco que se atribuye). El actor tendrá que probar estas circunstancias para conseguir la nulidad de la declaratoria y la consiguiente vindicación de los bienes hereditarios.

2) Cuando el actor ha sido declarado heredero intestado y hay otra sucesión testamentaria (con testamento válido en que se ha dispuesto de todos los bienes) en favor de otras personas con auto de aprobación de testamento, el actor, si es legitimario, sólo podrá ejercer la acción de reducción.

Si el testamento es nulo, a la acción de petición de herencia se acumulará la acción de nulidad. Las cosas suceden como se ha indicado en el acápite *a*, 2, con la diferencia de que el actor no necesitará probar su parentesco, ya que esa comprobación fue hecha en el juicio sucesorio, como etapa previa a la declaratoria.

Fassi<sup>75</sup> incurre, a nuestro juicio, en el error de negarle la acción de petición de herencia al heredero cuyo título está reconocido por una declaratoria de herederos o por un auto de aprobación de testamento. Olvida este autor que el reconocimiento judicial de herederos que hace el juez en el proceso sucesorio no tiene carácter definitivo, pues en principio no se lo hace en forma contradictoria. Nada impide que al ejercer la acción de petición de herencia, el demandado niegue el carácter de heredero del demandante y pruebe la inexactitud del reconocimiento judicial efectuado en el proceso sucesorio. De no ser así, ocurriría que el heredero reconocido como tal, con declaratoria de herederos o auto de aprobación del testamento, se hallaría en peor situación que quien no reúne esas circunstancias, perdiendo el beneficio que representa el ejercicio de la acción de petición de herencia, pese a estar en la misma situación de hecho (heredero y sin posesión material de los bienes).

<sup>74</sup> Quinteros, p. 85; Cám. Civ. 1<sup>o</sup> Cap., 13/4/31, "J.A.", 35-605; Cám. Civ. 2<sup>a</sup>, 2/3/33, "J.A.", 42-180.

<sup>75</sup> Fassi, *Prescripción de la acción de petición de herencia y de la partición hereditaria*, Bs. As., 1971, p. 15.



c) *El reclamante tiene en su favor auto de aprobación de testamento, y el demandado, declaratoria de herederos o auto de aprobación de testamento.* Se puede distinguir los siguientes casos:

1) Cuando el demandado tiene declaratoria de herederos en su favor, si el reclamante tiene en su favor un testamento válido que disponga de todos los bienes, prevalecerá su designación testamentaria y podrá reclamar los bienes del demandado. Pero si éste es legitimario, deberá dejar a salvo su legítima.

2) Cuando el demandado tiene en su favor otro testamento con auto de aprobación de testamento, sólo podrá prosperar la acción de petición de herencia en cuanto el testamento del actor prevalezca sobre el del demandado, ya porque sea de fecha posterior, ya porque sea compatible con él —siempre, naturalmente, que los bienes hereditarios estén en posesión del demandado—.

d) *El actor tiene en su favor declaratoria de herederos o auto de aprobación de testamento, y el demandado no lo tiene.* Esto último puede ocurrir porque el demandado no ha iniciado el juicio sucesorio o porque es un mero poseedor, sin título alguno. Borda<sup>76</sup> expresa, en este sentido, que no es necesario que quienes detentan los bienes hayan sido declarados herederos.

e) *Puede suceder, por último, que ni el actor ni el demandado hayan recurrido al proceso sucesorio.* Esta circunstancia no impide el ejercicio de la petición de herencia, aunque aparezca entonces desvinculada del proceso sucesorio.

No obstante la admisibilidad de la hipótesis, es conveniente que previamente el actor inicie el proceso sucesorio y obtenga declaratoria de herederos en su favor. Si no lo hace, tendrá que probar su carácter de heredero con las partidas correspondientes. Si el actor tiene un testamento en su favor, parece indispensable que previamente inicie el proceso sucesorio y obtenga auto de aprobación de testamento, en especial si el testamento es ológrafo o cerrado.

De lo dicho precedentemente surge que la legitimación activa corresponde a todo heredero que no tiene la posesión material de los bienes de la herencia, con independencia de que en el ámbito procesal haya obtenido o no declaratoria de herederos o auto de aprobación de testamento. La legitimación pasiva corresponde a todo poseedor o detentador de bienes sucesorios, aunque no tenga declaratoria de herederos, en los casos en que ésta sea posible.

<sup>76</sup> Borda, n° 471.

### 211. La acción de petición de herencia y el proceso sucesorio terminado.

La acción de petición de herencia puede ser ejercida aun cuando el proceso sucesorio esté terminado. La particularidad reside en que si prospera la acción, la sentencia necesitará reconocer el carácter de heredero del reclamante, y declarar la nulidad o reforma de la partición.

### 212. Juez competente y fuero de atracción.

En nuestra opinión, cabe distinguir estas situaciones: a) que ni el actor ni el demandado hayan iniciado el proceso sucesorio; b) que alguno de ellos o ambos lo hayan iniciado; c) que a la acción de petición de herencia sean acumuladas otras acciones.

a) Puede suceder que el actor no haya sido declarado heredero (supuesto común), y tampoco el demandado, ya porque este último no haya recurrido al proceso sucesorio, ya porque invoque el carácter de simple poseedor.

En estos casos, corresponde determinar quién es el juez competente para entender en la acción de petición de herencia. Tratándose de un problema de sucesión, la competencia corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del causante, a tenor del art. 3284, párr. 1º, del Código Civil.

En el caso de heredero único se debe aplicar el mismo art. 3284, y no el art. 3285. Como lo sostuvimos en otra oportunidad <sup>77</sup>, el art. 3285 sólo es aplicable al supuesto previsto en el inc. 4 del art. 3284, que habla de "las acciones personales de los acreedores del difunto antes de la división de la herencia", hipótesis distinta de la acción de petición de herencia. El conocimiento de la existencia del heredero único o de varios herederos sólo se lo puede tener después de iniciado el juicio sucesorio, circunstancia que es de competencia del juez del domicilio del causante. Ésta es la opinión sostenida, al tratar el tema del fuero de atracción, por Segovia, Rébora <sup>78</sup>, Fornieles, Guastavino, Zannoni <sup>79</sup>. En contra: Machado, Lafaille, Borda <sup>80</sup>.

<sup>77</sup> *Derecho de sucesiones*, t. 1, n° 52.

<sup>78</sup> Segovia, t. 2, p. 399; Rébora, t. 3, p. 63, nota 4961.

<sup>79</sup> Fornieles, n° 53; Guastavino, *Competencia sucesoria en caso de heredero único*, "J.A.", 1968-V-341; Zannoni, t. 1, n° 106.

<sup>80</sup> Machado, t. 8, p. 303; Lafaille, n° 80; Borda, n° 55.

b) Una vez iniciado el proceso sucesorio por parte del demandado, actuará el fuero de atracción previsto en el art. 3284, incs. 1 o 2, según los casos, siendo competente para entender en la acción de petición de herencia el mismo juez del sucesorio. Según el inc. 1, son atraídas por el juez del sucesorio "las demandas concernientes a los bienes hereditarios hasta la partición inclusive". Cuando la demanda es interpuesta después de la partición, como aquélla tenderá, indirectamente, a la reforma o nulidad de esta última, pensamos que se deberá aplicar el inc. 2 del mismo artículo, según lo ha declarado la jurisprudencia <sup>81</sup>.

El fuero de atracción en la petición de herencia es aceptado por los autores <sup>82</sup> y la jurisprudencia <sup>83</sup>.

Si el demandado sólo invoca su carácter de poseedor —supuesto incompatible con un proceso sucesorio y la consiguiente declaratoria de herederos en su favor—, no cabe hablar, en nuestra opinión, de fuero de atracción, sino de juez competente, que será el del último domicilio del causante, y es de aplicación el art. 3284, por tratarse de un problema sucesorio.

Si no hay proceso sucesorio iniciado por el demandado y, en cambio, el actor ha recurrido a dicho proceso, deberá entender en la acción de petición de herencia el mismo juez del sucesorio, dada la amplitud de los términos del art. 3284.

Por las razones dadas en el acápite *a*, tampoco es de aplicación, en este supuesto, el art. 3285 en el caso de heredero único, sino el art. 3284.

c) La situación debe ser resuelta en la misma forma cuando a la acción de petición de herencia son acumuladas otras acciones; por ejemplo, la de nulidad de testamento, la de indignidad, etc.

### 213. Oportunidad del ejercicio de la acción.

Naturalmente, la acción de petición de herencia no puede ser ejercida antes de la muerte del testador.

No se necesita la iniciación del proceso sucesorio, aunque lo común es que éste tenga lugar y haya declaratoria de herederos o auto de aprobación de testamento en favor del demandado.

Puesto que la acción es imprescriptible, no hay, en principio, límite temporal para su ejercicio. Pero, como veremos después,

<sup>81</sup> C.Civ. 1.º Cap., 14/5/29, "J.A.", 29-674.

<sup>82</sup> Borda, n.º 467; Fornieles, n.º 189; Lafaille, n.º 343.

<sup>83</sup> "J.A.", 61-693; "L.L.", 9-890; Cám. Civ. 1.º Cap., 11/4/45, "J.A.", 1945-II-362; "J.A.", 22-49; "J.A.", 35-78.

la prescripción adquisitiva de las cosas hereditarias hará que el ejercicio de la acción no prospere.

#### 214. Renuncia de la acción.

La renuncia de la acción de petición de herencia implica, en principio, renunciar al efecto propio del carácter de heredero, cual es recibir los bienes hereditarios. Ante una renuncia así, se mantendría la calidad de heredero vaciándola de su contenido patrimonial.

De ahí que en la práctica sea improbable que esta renuncia se produzca, al menos en forma expresa. Más imaginable es pensar en la renuncia de la herencia, con todas sus consecuencias (art. 3353).

#### 215. Carga de la prueba.

El heredero demandante debe probar, ante todo, la situación de heredero, esto es, los presupuestos de la apertura de la sucesión y su mejor derecho, ya por ser de mejor grado en la sucesión intestada, por ser nulo el testamento que le impide heredar, por ser incapaz o indigno el heredero instituído, etc. Las acciones de nulidad, incapacidad, indignidad, etc., serán absorbidas por la acción de petición de herencia (cuando el demandado esté en posesión material de los bienes). En segundo lugar, tiene que probar la posesión material de los bienes hereditarios por el demandado. En tercer lugar, debe probar que las cosas reclamadas pertenecen al caudal hereditario<sup>84</sup>.

Por su parte, el demandado tiene que probar los hechos improductivos de la pretensión del actor: su mejor derecho hereditario o la validez del título en que se funda. Si el demandado exceptiona invocando un título particular (su prueba impedirá que prospere la acción de petición de herencia), a él le incumbirá la carga de la prueba.

#### 216. Imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia.

La determinación del carácter prescriptible o imprescriptible de la petición de herencia ha dado lugar a opiniones divergentes en nuestra doctrina, ante el silencio del Código Civil. Para el desarrollo del tema distinguiremos los siguientes aspectos:

<sup>84</sup> Lacruz, p. 597.

A) *Inaplicabilidad de la prescripción adquisitiva.* De entrada, hay que desechar la posibilidad de aplicación de la prescripción adquisitiva a la acción de petición de herencia. La usucapión es un modo de adquirir el dominio (o algunos *iura in re aliena*) por la posesión continuada de la cosa durante el tiempo fijado en la ley. No cabe hablar de prescripción adquisitiva, cualquiera que sea su clase, sin posesión. Y ésta es, precisamente, la que le falta al actor en la acción de petición de herencia, cuyo mecanismo supone la posesión de los bienes en el demandado.

B) *Imprescriptibilidad de la petición de herencia.* El planteo es posible, en cambio, en materia de prescripción liberatoria. La enunciación general contenida en el art. 4019, en cuanto a que todas las acciones son prescriptibles, carece de suficiente virtualidad ante las peculiaridades de la acción de petición de herencia. El principio contenido en el art. 4019 no tiene otro objetivo que el de servir de simple guía; por ello, la doctrina ha reconocido excepciones no contempladas por el legislador (p. ej., la acción de nulidad absoluta). Estas circunstancias nos permiten plantear el problema de la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia. A nuestro modo de ver, la solución del problema está vinculada con el concepto que se tenga de la acción y de su naturaleza jurídica.

Hemos dicho que la acción de petición de herencia busca la restitución de los bienes hereditarios, sobre la base del reconocimiento de la calidad de heredero. Cuando en la petición de herencia el actor procura la restitución de los bienes, se funda en la titularidad —la de heredero— que tiene sobre ellos; en forma similar, cuando en la acción reivindicatoria el actor persigue la entrega de la cosa, se funda en su titularidad de propietario de ella. En la petición de herencia, el actor debe probar, por eso, su carácter de heredero, en tanto que en la acción reivindicatoria debe probar su carácter de propietario.

La acción de petición de herencia, al proteger la titularidad del heredero sobre los bienes de la herencia, permitiendo obtener su restitución, es dirigida contra cualquiera que tenga la posesión de tales bienes; es, por eso, una acción absoluta y ejercible *erga omnes*. Si estrictamente no podemos calificarla de real, porque no tiene como presupuesto un derecho real, tiene un mecanismo similar a las acciones reales, en especial la acción reivindicatoria. Este tipo de acciones, que protegen titularidades que en sí no implican la facultad de exigir una prestación frente a un sujeto especialmente obligado, son, en principio, imprescriptibles. Por eso, la calidad de heredero respecto de los bienes que le pette-

necen no se extingue con el trascurso del tiempo, lo mismo que la calidad de propietario. Un importante sector de la doctrina acepta esta tesis de la imprescriptibilidad<sup>85</sup>.

Esta imprescriptibilidad deja a salvo la posibilidad de la usucapión respecto de los bienes singulares de la herencia en favor de los poseedores de dichos bienes. En otras palabras, la acción de petición de herencia es imprescriptible, pero dicha acción no puede prosperar cuando se produce la prescripción adquisitiva de los bienes que en ella se reclama. En ese caso, el actor ha dejado de ser propietario de esos bienes, porque ya han sido adquiridos por otro por medio de la usucapión.

C) *La imprescriptibilidad de la acción y el derecho de opción.* La imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia no debe ser confundida con la pérdida del derecho de aceptar la herencia (o de renunciar a ella), según la interpretación predominante en la doctrina y la jurisprudencia respecto del art. 3313, cuyos reparos expusimos en otro lugar<sup>86</sup>.

1) Si el heredero que no se ha pronunciado durante 20 años se halla en presencia de otros herederos que han aceptado la sucesión, su silencio tiene los efectos de una renuncia de la herencia. En ese caso, el heredero no podrá ejercer la acción de petición de herencia, porque ha perdido el carácter de heredero (a quien renuncia se lo considera como si nunca hubiese sido heredero). Falta, pues, para el ejercicio de la acción, el presupuesto más importante, que es la condición de heredero. No se puede decir, por eso, que la acción de petición de herencia ha prescrito a los 20 años, cuando lo que ha ocurrido es, simplemente, que ha caducado el derecho de aceptar la herencia.

2) Si durante esos 20 años ninguno de los otros herederos ha aceptado la herencia, se considera aceptante al heredero. Entonces, el actor no tendrá obstáculos para ejercer la acción de petición de herencia<sup>87</sup>.

<sup>85</sup> Machado, t. 10, nota al art. 3423; Segovia, t. 2, p. 160; Fornieles, t. 1, n° 190; Maffía, *Manual de derecho sucesorio*, Bs. As., 1975, t. 1, p. 247; Messineo, t. 7, p. 449; Cicu, p. 489. En contra: Fassi, *Prescripción de la acción de petición de herencia y de la partición hereditaria*, ps. 72 y ss. Aplica el plazo de 10 años contenido en el art. 4023.

<sup>86</sup> Ob. cit., n° 363, letra C.

<sup>87</sup> En este error de confundir la pérdida del derecho de aceptar la herencia por considerarlo como renunciante, y, por consecuencia, la pérdida de la calidad de heredero, incurre, a nuestro juicio, Borda, n° 479, y lo mismo Quinteros, n° 71, a y b; ídem, Rébora, t. 1, n° 239; Llerena, t. 9, p. 274, los cuales afirman que en la hipótesis 1 la acción de petición de herencia prescribe a los 20 años. La jurisprudencia, en repetidas oportunidades, ha incurrido en el mismo error: "L.L.", 31-182; "J.A.", 65-1033; "L.L.", 14-151.

D) *Supuesto de presunción de fallecimiento*. En este caso, por expresa disposición de la ley, la acción de petición de herencia es prescriptible. Dice, en este sentido, el art. 4024: "Después de haber quedado sin efecto la prenotación prevista en el art. 30 de la ley 14.394, la acción del cónyuge y descendientes del presunto fallecido para hacer valer sus derechos prescribe a los diez años. Esta prescripción rige también para los herederos instituidos en testamento del cual no se tenía conocimiento".

El art. 4024 —como dice Maffía<sup>88</sup>— se muestra como una desafortunada solución del codificador —que persiste, no obstante la modificación introducida por la ley 17.711—, que se contradice con el sistema del Código, por haberse apartado de la fuente que lo inspiró. La norma fue tomada de Zachariae<sup>89</sup>, quien expresaba: "En el caso de que se presentaren hijos y otros descendientes, éstos pueden hacer valer sus derechos, sin estar obligados a probar el fallecimiento del causante; pero su acción prescribe a los 30 años, a contar del envío en posesión definitiva". Esta solución estaba en armonía con el art. 133 del Código francés, pero no con el sistema del nuestro. Ya Segovia<sup>90</sup> había resaltado la equivocada reducción del plazo (el artículo establecía, en su antigua redacción, 10 o 20 años, según se tratara de presentes o ausentes) y la poco feliz redacción de la norma.

E) No obstante la imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia, si a esta acción son acumuladas otras acciones, de cuya resolución depende el reconocimiento del título de heredero (como la acción de ineficacia del testamento, la de indignidad, la de incapacidad para suceder, la de exclusión de la vocación hereditaria conyugal, etc.), regirá el plazo de prescripción de cada una de ellas. En esos casos dejará de tener aplicación práctica la imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia, ante la prescriptibilidad de las acciones previas que se le acumularon.

## 217. Efectos de la acción: restitución de los objetos hereditarios y de los subrogados.

La restitución, objeto de la acción de petición de herencia, abarca dos aspectos:

a) *Restitución de los bienes que forman la herencia*. La finalidad de la acción de petición de herencia es obtener la resti-

<sup>88</sup> *La petición de herencia y la prescripción*, "L.L.", 138-1089.

<sup>89</sup> *Le droit civil français*, Paris, 1860, t. 1, p. 156.

<sup>90</sup> Segovia, t. 2, p. 775.

tución de los bienes que componen la herencia. El art. 3421 marca este objetivo, al decir que el heredero puede ejercer una acción de petición de herencia "a fin de que se le entreguen todos los objetos que la componen"; y el art. 3425, en el mismo sentido, señala que "el tenedor de la herencia debe entregarla al heredero con todos los objetos hereditarios que estén en su poder".

Quedan comprendidas, entre las cosas a restituír, no sólo aquellas de que el causante era propietario, sino las que poseía en cualquier otro carácter: comodatario, arrendatario, etc. El art. 3422, *in fine*, dice en este sentido: "Y también para que se le entreguen aquellas cosas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, etc., y que no hubiese devuelto legítimamente a sus dueños". Entre los bienes hereditarios no sólo están comprendidas las cosas antes señaladas, sino los créditos, acciones, etc., y, en general, todos los bienes transmisibles por causa de muerte.

*b) Restitución de los bienes objeto de la subrogación real.* Quedan comprendidos, entre las cosas a restituír, los bienes que han entrado en la herencia en sustitución de los que han salido de ella, ya aparezcan como "cosas" individualizadas (p. ej., permuta, compra de bienes con dinero de la herencia), ya como créditos, a modo de indemnización sustitutiva de los objetos salidos del patrimonio, deteriorados o destruídos, cuya extensión dependerá de la buena o mala fe del poseedor.

La jurisprudencia ha declarado, en este aspecto, que si el poseedor ha vendido la cosa, debe restituír el precio obtenido por la venta, con sus intereses, si el poseedor es de buena fe; y si es de mala fe y se prueba que la cosa valía más, debe pagar como indemnización el verdadero precio<sup>91</sup>.

Le corresponde al demandado el derecho de retención en los casos previstos en los arts. 3939 y ss. del Código Civil.

## 218. Poseedor de la herencia de buena o mala fe.

La restitución de los objetos hereditarios —excepcionalmente, de los subrogados— es el efecto principal de la petición de herencia; pero junto a él aparecen efectos consecuentes, como la restitución de frutos, mejoras, pérdidas, deterioros, etc. La determinación de estos efectos está íntimamente vinculada con la buena o mala fe del poseedor. De ahí la conveniencia del análisis previo de la buena o mala fe del demandado.

<sup>91</sup> "G.F.", 33-136.



Es considerado poseedor de buena fe, en materia hereditaria, aquel que ha adquirido directamente la posesión de los bienes hereditarios creyéndose heredero, sobre la base de un error excusable. El art. 3428, 1ª parte, dice en este sentido: "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".

La creencia razonable de tener para sí un título idóneo, con el cual adquiere la posesión de los objetos hereditarios, es —como dice Messineo<sup>92</sup>— lo que caracteriza esencialmente la buena fe. Por ejemplo: es poseedor de buena fe quien ha sido designado heredero en un testamento que luego resulta revocado por otro posterior, o es declarado nulo, si es pariente legítimo que ignora la existencia de otros parientes más próximos que lo excluyen de la herencia.

La norma legal contiene una modificación respecto del criterio aceptado para la posesión en general, en la cual la buena fe sólo es admitida cuando media error de hecho (art. 2356). El art. 3428 habla indistintamente de error de hecho o de derecho.

El error debe ser excusable, es decir, no debe provenir de una negligencia culpable (art. 929). Esta excusabilidad del error rige también para el error de derecho; por ejemplo, si se impugna un testamento público por defectos formales, el heredero instituido en él que ha entrado en posesión de los bienes puede considerarse poseedor de buena fe, por haber mediado un error de derecho excusable. No se puede calificar como negligencia culpable del heredero, por ejemplo, desconocer el número de testigos que exige la ley en esa clase de testamentos.

El Código Civil contiene una norma especial que precisa los alcances de la buena fe cuando los parientes más lejanos toman posesión de la herencia ante la inacción de los parientes más próximos. Dice así el art. 3428, 2ª parte: "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". Según el precepto, para atribuirle mala fe al poseedor —pariente más remoto— no basta el hecho de que haya entrado en posesión de los bienes hereditarios sabiendo que existe otro pariente más próximo que permanece inactivo. La mala fe se configura cuando el poseedor se incauta de los bienes tenien-

<sup>92</sup> Messineo, t. 7, p. 447.

do conocimiento de que hay otro pariente más próximo que permanece inactivo porque ignora la apertura de la sucesión. La inactividad del pariente más próximo como heredero se debe a un vicio de la voluntad, la "ignorancia" de la muerte del causante (art. 922), que excluye la conducta voluntaria de no presentarse.

A los efectos de alejar la mala fe —que evite la ignorancia de la muerte del causante por parte del heredero más próximo—, el poseedor debe poner en conocimiento del heredero más próximo la muerte del causante —que da lugar a la apertura de la sucesión, a la vocación y a la delación hereditarias—. Para ello no basta la publicación de edictos, sino que se requiere una notificación personal<sup>93</sup>. No se necesita, en cambio, poner en conocimiento la iniciación del juicio sucesorio, porque un heredero diligente puede averiguarlo si conoce la muerte del causante<sup>94</sup>.

Aunque el Código sólo se refiere a un vicio de la voluntad —la ignorancia—, es indudable que también el poseedor tendrá mala fe si la inactividad del pariente más próximo se debe a cualquiera de los otros vicios de la voluntad, es decir, al dolo o a la violencia (arts. 932 y 922). El engaño o la violencia ejercidos por el poseedor sobre el pariente más próximo hacen que su inactividad no sea voluntaria, tornando así de mala fe la posesión del pariente más lejano<sup>95</sup>.

Cabe preguntarse si el art. 3428 es aplicable, a efectos de determinar la buena fe del heredero más remoto que entra en posesión de los bienes, en el caso en que el heredero más próximo está ausente, es decir, cuando ha desaparecido del lugar de su domicilio, sin que se tenga noticias de él y sin haber dejado apoderado (art. 15, ley 14.394). Entendemos que en tal caso no se puede aplicar el art. 3428, pues el pariente más lejano en ningún caso podría tomar posesión de los bienes —sin dejar de perder la buena fe—, por cuanto la Ley de Ausencia establece un procedimiento tendiente a nombrar curador de los bienes, que excluye el mecanismo simplista del artículo que comentamos.

Digamos, por último, que dado que se presume la buena fe, al poseedor que alega buena fe le basta probar la existencia del título en virtud del cual se creía heredero.

<sup>93</sup> "L.L.", 10-95; Llerena, t. 6, p. 234; Borda, n° 476.

<sup>94</sup> Borda, n° 476. Ver jurisprudencia citada por este autor en nota 739 bis, 9.

<sup>95</sup> Quinteros, n° 46; Segovia, t. 2, p. 467, nota 59.

## 219. Consecuencias de la buena o mala fe del poseedor.

La determinación de los efectos consecuentes a la restitución de los bienes hereditarios abarca los siguientes aspectos:

A) *Frutos y productos*. El art. 3427 se remite, en lo referente a los frutos, a las normas atinentes a los poseedores de buena y mala fe. De esas normas surge lo siguiente:

1. *Poseedor de buena fe*. Hace suyos los frutos percibidos que le correspondían al tiempo de su posesión (art. 2423). En cambio, los frutos pendientes corresponden al heredero como accesorios de las cosas de la herencia, y éste debe pagarle al poseedor los gastos hechos para producirlos (art. 2426). Para el caso de haber demanda, la buena fe cesa en cuanto aquélla es notificada. En este sentido, dice el art. 2433: "El poseedor de buena fe que ha sido condenado por sentencia a restituir la cosa es responsable de los frutos percibidos desde el día en que se 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".

2. *Poseedor de mala fe*. Está obligado a entregar o pagar los frutos que hubiese percibido y los que por su culpa hubiese dejado de percibir (art. 2438).

El régimen legal de los frutos no es aplicable a los productos obtenidos de las cosas, pues tanto el poseedor de buena fe como el de mala fe deben restituir los productos (arts. 3427 y 2444).

B) *Gastos y mejoras*. En principio, la restitución de los bienes hereditarios incluye las mejoras efectuadas en ellas. El art. 3425, 2ª parte, dice, en ese sentido, que el tenedor de la herencia debe entregar los bienes hereditarios "con las accesiones y mejoras que ellos hubiesen recibido, aunque sean por el hecho del poseedor".

Ahora bien: este principio rector debe conectarse con el carácter de la posesión que ostenta el demandado, es decir, si es de buena fe o de mala fe. El art. 3427 se remite expresamente, en cuanto a las mejoras, a las normas generales sobre los poseedores de buena o mala fe:

1. *Poseedor de buena fe*. El poseedor tiene derecho a cobrarle al heredero los gastos por mejoras necesarias o útiles efectuados en las cosas de la herencia (art. 2427), y puede retener la

cosa hasta obtener el pago por dichos gastos (art. 2428). En cambio, el heredero no está obligado a pagarle al poseedor los gastos efectuados por mejoras voluptuarias o de embellecimiento, si bien el poseedor puede retirar esas mejoras si al hacerlo no causa perjuicio a la cosa.

2. *Poseedor de mala fe.* Tiene derecho a ser indemnizado de las mejoras necesarias hechas en la cosa, y puede retenerlas hasta ser pagado de ellas (art. 2440). Los gastos efectuados para mejoras útiles sólo puede cobrarlos si esas mejoras han aumentado el valor de la cosa, y hasta la concurrencia de ese valor (art. 2441). No tiene, respecto de ellas, derecho de retribución. En cuanto a las mejoras voluptuarias, se aplica el mismo régimen que para los poseedores de buena fe.

C) *Destrucción o deterioro de las cosas de la herencia.* El art. 3426 contempla especialmente este supuesto, distinguiendo entre poseedores de buena fe y de mala fe:

1. *Poseedor de buena fe.* No debe ninguna indemnización por la pérdida o deterioro que haya causado por su culpa en las cosas hereditarias, a menos que se haya aprovechado del deterioro, y, en tal caso, sólo por el provecho que haya obtenido (art. 3426, 1ª parte). Pensamos que si la pérdida o deterioro ocasionados por su culpa han ocurrido después de notificada la demanda, entonces sí responde<sup>96</sup>.

2. *Poseedor de mala fe.* Está obligado a reparar todo daño, pérdida o deterioro que haya causado por su culpa. Incluso responde por caso fortuito, a no ser que la pérdida o deterioro hubiera ocurrido igualmente si los objetos hubiesen estado en poder del heredero (art. 3426, 2ª parte).

## 220. Medidas precautorias.

La doctrina acepta uniformemente el derecho del accionante de solicitar medidas precautorias, en especial el embargo preventivo. La jurisprudencia resolvió, también de manera uniforme, que la interposición de una demanda de petición de herencia autoriza, en determinadas circunstancias, el embargo de los bienes que componen la sucesión, cualquiera que sea la causa en que ella se funde<sup>97</sup>. El Código Procesal de la Nación ha previsto expre-

<sup>96</sup> Conf.: Quinteros, p. 99.

<sup>97</sup> "J.A.", 28-23.

samente el embargo preventivo, en el caso de petición de herencia, en el art. 210, inc. 4, al decir: "Podrán igualmente pedir embargo preventivo: (...) 4) la persona que haya de demandar por (...) petición de herencia (...), mientras dure el juicio, y siempre que se presentaren documentos que hagan verosímil la pretensión deducida".

Para decretar el embargo, se ha exigido siempre que el actor acompañe justificativos que hagan verosímil el derecho que invoca. En la concesión de esta medida debe prevalecer un criterio amplio; basta que haya un *fumus boni iuris* (apariencia de derecho justo), es decir, que *prima facie* surja la verosimilitud de la acción, con los antecedentes o documentos acompañados. El art. 210, inc. 4, del Código Procesal exige, en este sentido, que sean acompañados documentos que hagan verosímil la pretensión deducida. La citada verosimilitud sólo puede surgir de documentos, no bastan otras probanzas. No se podría decretar el embargo, por eso, con la sola presentación de la demanda, por muy seria que ésta apareciera<sup>98</sup>.

El embargo debe limitarse a salvaguardar el derecho del peticionante. Haciendo aplicación de este criterio, se ha resuelto que el embargo debe limitarse a la porción de la herencia que corresponde al actor<sup>99</sup>. Esto, siempre que sea posible, pues a veces (p. ej., cuando el único bien de la sucesión es un inmueble y la acción la ejerce uno de los herederos), el embargo no puede menos que ser decretado sobre la totalidad del inmueble.

El embargo preventivo procede también, a nuestro juicio, sobre los frutos de las cosas hereditarias, pues éstos deben ser devueltos por el poseedor de mala fe, e incluso por el poseedor de buena fe, desde la notificación de la demanda. No hay ninguna razón para admitir el embargo de las cosas hereditarias con el fin de asegurar su restitución y negarlo en los frutos, que también deben ser restituidos<sup>100</sup>.

Otra medida cautelar que se puede decretar en la acción de petición de herencia cuando hay bienes inmuebles es la anotación de litis (art. 229, Cód. Proc. Nac.), que deberá ser efectuada en el registro inmobiliario (art. 2, ley 17.801).

<sup>98</sup> Se ha criticado unánimemente un fallo publicado en "L.L.", 188-195, que decretó el embargo a pesar de no haber en autos otro elemento de juicio que el contenido de la propia demanda.

<sup>99</sup> "J.A.", 1943-III-364; "J.A.", 1947-II-298.

<sup>100</sup> En el mismo sentido: Quinteros, p. 117; Spota, *Medidas cautelares*, p. 25; y Díaz de Guijarro, *El embargo preventivo en la acción de petición de herencia*, "J.A.", t. 74, p. 619. Estos dos últimos autores admiten también el embargo preventivo de los frutos, aunque basándose en argumentos que no compartimos, refutados acertadamente por Quinteros.

Si la demanda prospera, la anotación de litis se mantiene hasta que la sentencia ha sido cumplida (art. 229), sin necesidad de renovarla. El plazo de caducidad de cinco años, previsto en el art. 37, inc. *b*, de la ley 17.801, cede ante la disposición del Código Procesal, por la misma remisión que hace la citada ley, en el art. 37, a las disposiciones en contrario de otras leyes.

#### 221. Alcance de la cosa juzgada.

Unas veces, la sentencia recaída en la petición de herencia produce cosa juzgada oponible a terceros, y otras no, según los casos:

*a)* La sentencia no produce cosa juzgada oponible a terceros en lo referente a la condición de heredero del demandante, pues tal condición podrá luego ser impugnada probando su inexistencia por cualquier medio que no sea la repetida impugnación de un mismo acto *mortis causa*.

*b)* En cambio, la sentencia produce cosa juzgada cuando versa sobre las acciones precedentes acumuladas a la petición de herencia (p. ej., las acciones sobre nulidad de testamento, sobre incapacidad, indignidad, filiación, etc.). Lo sentenciado en estas acciones no podrá volver a ser discutido.

### III. ACCIÓN POSESORIA HEREDITARIA

#### 222. Precedentes históricos.

La acción posesoria hereditaria tiene su entronque jurídico más remoto en el interdicto *quorum bonorum*, según el significado que tuvo en la época bizantina. En esa época del derecho romano, el interdicto *quorum bonorum* era un medio provisorio por el cual quien aparecía, *prima facie*, como heredero podía ser impuesto en la posesión de los bienes hereditarios, dejando a salvo la prueba definitiva de su carácter de heredero para la *petitio hereditatis*.

#### 223. Admisibilidad legal.

Esta acción se halla prevista en el art. 3421, el cual expresa: "El heredero puede hacer valer los derechos que le competen (...) por medio de una acción posesoria de la herencia".

## 224. Sujeto activo.

En nuestro derecho, la acción posesoria hereditaria es otorgada a quien tiene la "posesión hereditaria" con el fin de ser mantenido o reintegrado en la posesión material de los bienes de la herencia. Aparece, así, como un medio provisorio, distinto de la acción de petición de herencia, en la cual hay que probar acabadamente el título de heredero<sup>101</sup>.

La nota al art. 3421 expresa claramente que el actor de esta acción es aquel que tiene la posesión hereditaria. La posesión hereditaria —como lo hemos sostenido<sup>102</sup>— no requiere el contacto con la cosa (*corpus*), seguido de la intención de ejercer sobre ella el derecho de propiedad (*animus dominii*), porque es una posesión que se adquiere por ministerio de la ley y produce los mismos efectos que si se la hubiera obtenido por medio de un acto corporal de aprehensión acompañado del ánimo de dueño.

La posesión hereditaria es, así, una institución desvinculada de los presupuestos de la posesión ordinaria (*corpus* y *animus*), que la ley les otorga a los herederos por el hecho de ser tales. Los glosadores y demás tratadistas del derecho común denominaron a esta posesión "civilísima", acertada expresión, que apunta al hecho de ser una pura creación del legislador. Esto no quiere decir que se trate de una posesión ficticia, ni de una mera emanación del derecho de poseer; es una posesión verdadera, aunque no material, desligada de los presupuestos de la posesión ordinaria, pero que produce los mismos efectos que ella.

De la conexión del art. 3421 con su nota surge este significado, si bien resulta inexplicable que se refiera al mantenimiento o reintegración de la posesión de la herencia vista como universalidad jurídica, y no con referencia a los elementos que componen esa herencia. Bajo esta perspectiva, la acción adquiere sentido jurídico, aunque éste sea de poca utilidad.

Al no tener la acción posesoria más que aquel que goza de la posesión hereditaria, no todo heredero, por ser tal, tiene dicha acción. En efecto: el Código Civil sólo otorga la posesión hereditaria de pleno derecho a los ascendientes, descendientes y cónyuge (art. 3410); los demás herederos deben solicitarla a los jueces (art. 3412). Quiere decir que estos herederos, aunque sean tales, no tendrán la posesión hereditaria hasta tanto se la otor-

<sup>101</sup> Zannoni (t. 1, ps. 478 y ss.) sigue los lineamientos que trazamos en nuestro *Derecho de sucesiones*, t. 1, p. 834.

<sup>102</sup> *Derecho de sucesiones*, t. 1, n° 279.

guen los jueces. Consecuentemente, no pueden, en esas circunstancias, ejercer la acción posesoria del art. 3421. Tampoco la tienen los legatarios de parte alícuota, por no ser herederos.

#### 225. Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo es aquel que ha despojado de la posesión al actor, o lo perturba en ella.

Para ser sujeto pasivo no se necesita invocar título alguno sobre los bienes; basta el hecho del despojo o de la perturbación.

#### 226. Finalidades de la acción.

De lo expuesto precedentemente surge que esta acción puede tener dos finalidades. Unas veces, pretender el reintegro de la posesión (o tenencia) cuando la cosa está en poder de un tercero; en este caso, el actor tiene la posesión hereditaria, pero no la cosa. Otras veces, buscar el mantenimiento de la posesión, cuando el heredero ha sido perturbado en ella.

#### 227. Tesis que niega la acción posesoria hereditaria.

No obstante lo dicho, prestigiosos autores, llevados por la expresión literal de la nota, niegan la posibilidad de la existencia de esta acción, al ver en ella una acción tendiente a reintegrar o mantener la posesión de la herencia considerada como un todo ideal, diferente de los elementos que lo componen<sup>103</sup>. Desde esa perspectiva, es cierta la objeción, pues las universalidades jurídicas no pueden ser objeto, como tales, ni de posesión ni de *cuasi* posesión, y, por consecuencia, mal van a poder ser protegidas por acciones posesorias.

Entendemos que el error estriba en cerrarse en la idea de la herencia *universitas iuris*, como hace la nota al art. 3421, cuando se puede hallar la explicación lógica refiriendo la acción a los elementos que componen la herencia.

<sup>103</sup> Fornieles la califica de disposición *contra rationem legis*, t. 1, n° 183; Borda, n° 484, dice que representa una de las expresiones más notorias de la confusión de ideas imperante en torno de la posesión de la herencia.