

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

SEDE REGIONAL ROSARIO

CARRERA DE ABOGACIA

"INCORPORACION DEL DERECHO DE COMPENSACION COMO EXCEPCION A LA LEY QUE RIGE LA SUCESION"

Alumno: Eduardo Franco Martín Perez Bramuzzo

Tutor: Gerónimo Martinez

Título al que aspira: Abogado

Fecha de presentación : 09/23

Indice

AGRADECIMIENTOS …..…… Pág. 4

RESUMEN…… Pág. 5

INTRODUCCION…… Pág. 7

1. Capítulo I: "Diseño metodológico"……. Pág. 9

1.1 Area temática ……Pág. 9

1.2 Marco teórico ……Pág. 9

1.3 Objetivo general ……Pág. 9

1.4 Objetivos específicos ……Pág. 10

1.5 Problema de investigación …….Pág. 10

1.6 Hipótesis …….Pág. 10

2. Capítulo II: "Derecho de preferencia, su origen histórico……..Pág. 12

2.1 Introducción .....……Pág.12

2.2 Origen histórico …….Pág.12

3. Capítulo III: "Debate sistema de fraccionamiento o unidad"….Pág.16

3.1 Conceptos ……Pág.16

3.2 Doctrina ……...Pág.21

3.3 Jurisprudencia ……..Pág.28

4. Capítulo IV: "Ley que rige la sucesión"…….Pág.36

4.1 Conceptos …….Pág.36

4.2 Código de Vélez Sársfield ……....Pág.36

4.3 Código Civil y Comercial de la Nación ……Pág.40

4.4 Tratados internacionales ……Pág.52

5. Capítulo V: "Derecho de preferencia en Argentina, art 3470 Código Civil de Vélez Sársfield"…….Pág. 57

5.1 Conceptos …….Pág. 57

5.2 Doctrina ……Pág. 60

5.3 Jurisprudencia ……...Pág. 62

5.4 Otras excepciones a la ley que rige a la sucesión …….Pág. 63

6. Capítulo VI: "Derecho de compensación como excepción a la ley que rige la sucesión"……Pág.65

6.1 Sistema actual respecto a la ley que rige la sucesión ……..Pág.65

6.2 Compatibilidad del art. 3470 con la nueva legislación ……...Pág.65

6.3 Necesidad de su incorporación ……....Pág.65

6.4 Condiciones de su aplicación ……..….Pág.66

6.5 Modificaciones…….Pág.69

Conclusiones…….Pág.71

Referencias bibliográficas……..……..Pág.72

Agradecimientos:

A mi familia, por haberme acompañado en la carrera y en cada uno de los proyectos que tuve en mi vida.

A la universidad Abierta Interamericana por su nivel de excelencia en educación y a los profesores, que se ocuparon de brindarme todo su cocimiento y experiencia. A los directivos y todo el personal de la facultad, por el buen trato recibido y el interés genuino en el progreso y bienestar de los alumnos.

A mis compañeros y amigos de la carrera, que más de una vez me ayudaron e incentivaron a llevarla adelante.

Resumen

Analizar el art. 3470 supone observar los procesos históricos y jurídicos que hicieron surgir el llamado derecho de preferencia, su incorporación al articulado del Código Civil argentino, los debates en que incurrió la doctrina durante su vigencia y cómo influyó en los casos jurisprudenciales en los que fue invocado. De esta reflexión, se podrá considerar si, luego de su derogación tácita, aún podría considerarse ventajoso incorporarlo al actual Código Civil y comercial de la Nación como derecho de compensación.

Palabras claves

Sucesión internacional; derecho de preferencia; art. 3470; derecho de compensación; sistema de unidad; sistema de fraccionamiento; art. 2466; ley que rige la sucesión

Introducción

Introducción

En este trabajo se abordará la temática de la ley que rige la sucesión internacional, con sus debates doctrinarios y jurisprudenciales, el derecho histórico de preferencia, el art. 3470 del Código de Vélez Sársfield, los artículos que que tratan el derecho internacional privado en la sucesión y en especial los de la ley aplicable, tanto en el Código Civil de Vélez Sársfield como en el actual Código Civil y Comercial de la Nación. Posteriormente, se analizará la posibilidad de reincoporar este derecho de preferencia en el Actual Código Civil y Comercial, ya que fue tácitamente derogado.

1. Capítulo I:

"Diseño metodológico"

Sumario: 1.1 Area temática. 1.2 Marco teórico. 1.3 Justificación 1.4 Estado de la cuestión 1.5 Objetivo general. 1.6 Objetivos específicos. 1.7 Problema de investigación. 1.8 Metodología. 1.9Hipótesis

Area temática:

El area temática es el derecho sucesorio. Sin embargo, dado el análisis que se lleva a cabo en este trabajo y la naturaleza de las disposiciones que se tratan, se involucra también el derecho internacional privado.

Marco teórico

Para llevar a cabo la elaboración de este trabajo se consultará doctrina pertinente, fallos importantes, legislación argentina, se introducirán algunos aspectos de legislación comparada para su fundamentación y se verán tratados internacionales que tienen implicancia.

Justificación de este trabajo:

En el Código Civil velezano declaraba en el art. 3470 una protección al heredero argentino y al heredero extranjero con domicilio en Argentina contra el menoscabo patrimonial que sufriría en el caso de que por la aplicación de una ley extranjera fuera excluido de los bienes situados fuera del país, que le hubieran correspondido de haber sido aplicada la ley argentina.

El actual Código Civil y Comercial no contiene una disposición similar al respecto, lo que supone su derogación tácita.

Partiendo de esta circunstancia, resulta necesario retomar las discusiones sobre la ley que rige la sucesión y esta excepción para decidir sobre su incorporación a la nueva legislación.

Estado de la cuestión

Si bien el nuevo código parece exponer la temática de las sucesiones en el derecho internacional privado de una manera más clara y concisa, está lejos de haber acabado todos los debates suscitados en la antigua normativa.

Objetivo general:

Analizar si es factible la incorporación del derecho de compensación como excepción a la ley que rige la sucesión.

Objetivos específicos:

-Exponer el surgimiento del derecho de compensación en la historia.

-Analizar el art. 3470, donde se representa el derecho en análisis en el Código Civil de Vélez Sársfield

-Exponer el debate doctrinario referente a la ley que rige la sucesión, así como sus excepciones y la excepción del art. 3470 en especial.

-Comparar el Código de Vélez Sársfield en sus artículos referentes a la ley que rige la sucesión (donde estaba contenido el art. 3470) con los del actual Código Civil y Comercial de la Nación, con el fin de analizar si su inclusión en este último es posible.

Problema de investigación:

El problema que da nacimiento a este trabajo es el siguiente:

¿Es factible la incorporación del derecho de compensación como excepción a la ley que rige la sucesión?

Metodología:

Descriptiva y explicativa

Hipótesis:

La hipótesis en este trabajo es la siguiente:

La derogación tácita del art. 3470 del Código de Vélez Sársfield, deja desprotegidos a los sucesores argentinos y a los extranjeros con domicilio en Argentina en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación frente a algunos supuestos que pueden surgir de aplicar el art. 2466. Es necesaria la reincorporación de este instituto como derecho de compensación.

2. Capítulo II:

"Derecho de preferencia, su origen histórico"

Sumario: 2.1 Introducción. 2.2 Origen histórico

2.1 Introducción

Partiendo del problema de la elección del sistema de unidad o el de fraccionamiento en cuanto a la ley que se aplica en las sucesiones, tema que será frecuentemente mencionado en este trabajo, puede ocurrir que si se opta por el primero, que establece que es aplicable la ley del domicilio del causante, se pueda afectar la legítima de los herederos forzosos. Por esta razón, algunos ordenamientos jurídicos han decidido optar por incorporar un "derecho de preferencia" que le de la posibilidad a los herederos forzosos que se vieran desplazados resarcirse en la misma proporción en que se vieron afectados.

2.2 Origen histórico

Antes de la revolución francesa, los extranjeros no podían transmitir por sucesión los bienes que tuvieran en Francia, esto era llamado "Derecho de aubana". Así también, el extranjero era incapaz de adquirir los bienes de su padre dejados en Francia, aún fuera este de nacionalidad francesa. En el supuesto de que dejara hijos franceses y extranjeros, solo heredaban los franceses, pasando los bienes al señor feudal o al rey en caso de quedar solamente parientes extranjeros, lo mismo cuando no había herederos.

Luego este derecho fue limitado, permitiéndose a los hijos franceses nacidos en Francia recibir los bienes que dejaba en territorio francés su padre extranjero. También se fue atenuando su rigor incluyéndose excepciones a favor de príncipes, soberanos extranjeros, comerciantes que iban a las ferias, obreros que se ocupaban de las manufacturas, estudiantes, entre otros. Simétricamente, se les aplicaba a los extranjeros junto con el derecho de aubana un derecho llamado de detracción, que debían abonar para suceder, lo que importaba un impuesto sobre la sucesión de un extranjero.

Cabe señalar que el extranjero se encontraba en una situación peculiar, ya que en algunas ciudades gozaba de plena capacidad mientras que en otras carecía de ella. Las prohibiciones, las incapacidades de Aubana, reposan esencialmente sobre una suerte de capitis diminutio que recae, principalmente, dentro del terreno de los actos por causa de muerte. Ellos podrán realizar todos los contratos entre vivos, así como adquirir inmuebles, poseerlos, venderlos, enajenarlos, hipotecarlos, prestarlos, aceptar donaciones entre vivos, realizar el comercio marítimo, ejercer los derechos reales e

invocar la prescripción; pero no podrán de manera alguna hacer ninguna disposición por causa de muerte. (Feldstein)

En síntesis, el derecho de aubana permitía al señor feudal a apropiarse de las herencias de causantes extranjeros y a veces a apropiarse también de las herencias de herederos extranjeros, y el derecho de detracción, permitía a las autoridades feudales exigir el pago de un impuesto sobre las herencias en las que intervenían extranjeros.

Por un decreto del 6 al 13 de agosto de 1790 declaró la Asamblea Constituyente francesa "abolidos para siempre" los derechos de "aubana" y de "detracción".

No obstante, el C.C. francés (sobre todo el art. 725) consideraba como "aubana" sólo la incapacidad del extranjero de trasmitir por herencia, manteniendo la incapacidad de los extranjeros de adquirir por sucesión universal. Esto motivó se dictara el decreto del 8 de abril de 1791 con arreglo al cual los extranjeros, aún los domiciliados fuera de Francia, eran capaces para recibir y disponer de los bienes que obtuvieran por sucesión de sus parientes. (Goldschmidt).

En 1804 se sanciona el Código Civil francés de Napoleón que implica un retorno hacia el antiguo derecho.

El artículo 726 establecía que un extranjero no sería admitido a suceder en los bienes que su pariente extranjero o francés dejara en territorio francés, sino en los casos y de la manera como un francés sucediera a su pariente que dejara bienes en país extranjero, tal como surgía del artículo 11 del Código Civil. Según este último, los extranjeros gozarán en Francia de los mismos derechos civiles que actualmente son acordados o se acuerden a los franceses por los tratados con la nación a la cual esos extranjeros pertenezcan. Es sabido, que dicha norma establecía la denominada reciprocidad diplomática, en virtud de la cual debía existir un tratado con el Estado de la nacionalidad del extranjero para gozar de la excepción. Del juego de ambas disposiciones, lisa y llanamente, surge con claridad que quedó restablecida la incapacidad de recibir una sucesión, a menos que existiera tratado, lo cual obviamente aumentaba las arcas del soberano.

Es más, en la misma línea de política legislativa, el artículo 912 determinaba la incapacidad del extranjero de recibir por actos inter vivos, cuando la reciprocidad no se encontraba admitida en el país de su nacionalidad, dado que no se podía disponer en su beneficio, sino en los casos en que esa persona podía hacerlo a favor de un francés. Es

decir, que esta disposición crea una incapacidad que restablece el derecho de “aubana”, ya que en el antiguo derecho, los diversos actos entre vivos como hacer o recibir donaciones, caían en lo que se denominaban derechos o facultades del derecho de gentes, únicas de que podían gozar los extranjeros frente a las facultades del derecho civil, reservadas a los franceses. (Feldstein).

Es la ley del 1819, que establece el “droit de prélèvement” que en fin deroga la institución de la "aubana" en su totalidad (art.1: “Quedan derogados los artículos 726 y 912 del Código Civil, en consecuencia los extranjeros tendrán el derecho de suceder, de disponer y de recibir de la misma manera que los franceses en toda la extensión del reino”.), pero la cual estatuye una retorsión (art. 2: “En el caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y franceses, éstos recibirán de los bienes situados en Francia, una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero, de que fuesen excluidos por cualquier título, en virtud de leyes o costumbres locales”.) con miras a países (como, sobre todo, Inglaterra) que aún mantuvieran la "aubana".

Fin histórico consistía en combatir el derecho feudal de la aubana, o sea, el derecho del señor feudal a apropiarse de las herencias de extranjeros o de las herencias, en la medida en la cual herederos extranjeros tendrían derecho a suceder.

3. Capítulo III:

"Debate sistema de fraccionamiento o unidad"

Sumario: 3.1 Conceptos. 3.2 Doctrina. 3.3 Jurisprudencia.

2.1 Conceptos

Esta es una de las cuestiones más debatidas en materia de conflicto de leyes.

Se discuten principalmente dos opiniones encontradas, la que propone que el derecho de las sucesiones debe estar regido por una sola ley: la del domicilio del causante, y la que sostiene que debe aplicarse la ley del país en que están situados los bienes, lo que supone la aplicación de varias leyes en caso de que los bienes estén situados en distintos países. Una tercera opinión es la del sistema mixto, combinación de los dos anteriores.

Sistemas:

SISTEMA DE LA UNIDAD SUCESORIA:

El sistema de la unidad sucesoria plantea que la ley que rige la sucesión es la ley del domicilio o la de la nacionalidad del causante.

Al respecto, dice *Zannoni:*

> "Según éste, una sola ley debe regir lo atinente a la transmisión sucesoria por causa de muerte y esa ley determinará, por consiguiente, quiénes son los herederos del causante, la existencia de vocación hereditaria, cuantía de la legítima, forma de concurrir, modos de colacionar entre coherederos, validez sustancial y formal del testamento, etcétera. Esa única ley puede ser la de la nacionalidad o la del último domicilio del causante".

Como se observa en la explicación del autor, esta sería la forma más pura del sistema de la unidad, que en los ordenamientos normativos se podrá ir atenuando.

Al respecto, dice Scotti:

> "Más allá de las opiniones y disquisiciones doctrinarias, los ordenamientos jurídicos en general no se apegan a un sistema extremo u otro, sino que receptan sistemas mixtos, intermedios o eclécticos, con mayor o menor inclinación por la unidad o la pluralidad, muchos de ellos optan por una diferenciación de tratamiento entre bienes muebles e

> inmuebles. Los primeros quedan sujetos a la ley personal del causante y los inmuebles, al lugar de situación".

También ser verá que nuestra legislación, tanto en el Código Civil de Vélez Sársfield como en el Código Civil y Comercial actual, la forma que adopta este sistema es de regla y excepciones.

El sistema tiene su origen en el derecho romano, donde el sucesor ocupaba lugar del causante en el grupo familiar, institución de gran trascendencia en la sociedad romana.

Perez Lasala comenta al respecto:

> "El heredero era sucesor en la potestad soberana del grupo familiar… con la designación del nuevo jefe, se evita la disgregación de la familia".

SISTEMA DE LA PLURALIDAD SUCESORIA:

Este sistema, también llamado del fraccionamiento, aplica a la sucesión la ley de la situación de los bienes (lex rei sitae), de forma que si el causante deja bienes en distintas partes del mundo, cada bien se regirá un derecho distinto, el de su situación.

Zannoni sobre el sistema de la pluralidad:

> Según éste, a cada bien singularmente considerado debe aplicarse la ley de su situación -lex rei sitae- de modo que su transmisión mortis causa operará conforme a esa ley. Y si existen bienes situados en diversos países, es decir, sometidos a diversas leyes, existirán consiguientemente tantos juicios sucesorios como países en que haya bienes.

Este sistema proviene del derecho germánico, que a diferencia del anterior, carecía de una sucesión general: dividía la sucesión en masas patrimoniales diferentes.

Sistema mixto:

El sistema mixto conjuga los dos anteriores, para los inmuebles designa la ley de situación de los bienes "lex rei sitae" y los demás bienes se rigen por la ley del último

domicilio o por la de la nacionalidad del causante.

Zannoni acerca de este sistema aclara:

> "Según éste, los inmuebles del causante quedan siempre regidos por la lex rei sitae, no así los demás bienes cuya transmisión se regirá, en consecuencia, por la ley del último domicilio o por la de la nacionalidad del causante. El sistema mixto, en suma, conjuga la unidad y la pluralidad, excluyendo de aquélla a los bienes inmuebles, respondiendo a la clásica máxima debida a los posglosadores: mobilia sequuntur personam, inmobilia vero territorium".

Los dos sistemas básicos que se enfrentan son, entonces, el sistema de la unidad, que supone la continuación de la persona del causante por sus herederos y que concibe a la sucesión como la transmisión de una universalidad jurídica sometida a una ley única, y el sistema de la pluralidad sucesoria o de sucesión en los bienes, que supone la formación de masas hereditarias distintas según sean distintos los lugares donde se encuentren radicados, lo que supondrá la implicación de una multitud de leyes.

El Código Civil de Vélez Sársfield no definía en la totalidad de los artículos que referían al tema una adopción indiscutible a uno de los sistemas, por lo que la doctrina se encargó de debatir por cuál de ellos tomaba partido.

Los artículos eran principalmente los siguientes:

Art. 3283: El derecho de sucesión al patrimonio del difunto, es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros.

Art. 3286: La capacidad para suceder es regida por la ley del domicilio de la persona al tiempo de la muerte del autor de la sucesión.

Art. 3612: El contenido del testamento, su validez o invalidez legal, se juzga según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte.

Art. 3470: En el caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y

argentinos, o extranjeros domiciliados en el Estado, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República, una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero de que ellos fuesen excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes o costumbres locales.

Art. 10: Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República.

Art. 11: Los bienes muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados; pero los muebles que el propietario lleva siempre consigo, o que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño.

Art. 3598: El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legitimas declaradas en este titulo. Si lo hiciere, se tendrán por no escritas".

Los tratados de Montevideo regulan también este tema:

Tratado de Montevideo de 1889:

Este tratado, que fue ratificado por Argentina, Uruguay, Perú , Bolivia y Paraguay, estableció el sistema de la pluralidad de sucesiones. Dispone lo siguiente:

Art. 44: La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate,

rige la forma del testamento. Esto no obstante, el testamento otorgado por acto publico en cualquiera de los Estados contratantes, sera admitido en todos los demás".

Art. 45: La misma ley de la situación rige:

"a) La capacidad de la persona para testar;

"b) la del heredero o legatario para suceder;

"c) la validez y efectos del testamento;

"d) los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge superstite;

"e) la existencia y proporción de las legitimas;

"f) en suma, todo lo relativo a la sucesión legitima o testamentaria".

Art. 46: Las deudas que deben ser satisfechas en alguno de los Estados contratantes, gozaran de preferencia sobre los bienes allí existentes al tiempo de la muerte del causante".

Art. 47: Si dichos bienes no alcanzaren para la cancelación de las deudas mencionadas, los acreedores cobraran sus saldos proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, sin perjuicio del preferente derecho de los acreedores locales".

Art. 48: Cuando las deudas deban ser canceladas en algún lugar en el que el causante no haya dejado bienes, los acreedores exigirán su pago proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, con la misma salvedad establecida en el articulo precedente".

Art. 49: Los legados de bienes determinados por su genero y que no tuvieren lugar designado para su pago, se rigen por la ley del lugar del domicilio del testador al tiempo de su muerte, se harán efectivos sobre los bienes que deje en dicho domicilio, y en defecto de ellos o por su saldo, se pagaran proporcionalmente de todos los demás bienes del causante".

Art. 50: Las obligaciones de colacionar se rigen por la ley de la sucesión en que ella sea exigida. Si la colación consiste en algún bien raíz o mueble, se limitara a la sucesión de que ese bien dependa. Cuando consista en alguna suma de dinero, se repartirá entre todas las sucesiones a que concurra el heredero que deba la colación proporcionalmente a su haber en cada una de ellas.

El segundo tratado de Montevideo, realizado en 1940, introduce ligeras modificaciones a este régimen de pluralidad: se dispuso que la capacidad para testar se rige por la ley del domicilio del causante y no por la de la situación de los bienes, y que las formas de los testamentos se rigen por la ley del lugar de su otorgamiento.

2.2 Doctrina

La doctrina ha realizado distintos argumentos en apoyo de una u otro sistema, todos con un fuerte poder persuasivo. Sin embargo, algunos de ellos pueden considerarse anacrónicos o endebles jurídicamente. Se detallan a continuación los distintos fundamento elaborados por la doctrina a estas posturas.

Fundamentos de la doctrina a favor del sistema de la unidad:

-El derecho de sucesión consiste en la transmisión del derecho del difunto a otras personas, lo cual constituye una extensión del poder y de la voluntad del hombre mas allá del término de la vida, y esta voluntad continua obrando unas veces expresa (sucesión testamentaria) y otras, tácitamente (sucesión ab intestato);

-El patrimonio considerado como unidad es un objeto ideal, de un contenido enteramente indeterminado. Puede componerse de propiedades, de derecho a cosas particulares, a créditos y deudas, estos dos últimos tienen una existencia invisible. Así, este patrimonio no está fijo en un lugar y no se le podría asignar el "locus rei sitae".

Considerar como tal el lugar en que está situada la mayor parte de los bienes, sería una idea arbitraria, ya no tiene nada de preciso, y también porque la parte menor de los bienes merece tanta consideración como la parte mayor. Si abandonamos el domicilio, no nos queda sino colocar el derecho a la sucesión donde se encuentre cada uno de los bienes que lo componen. Pero cuando esos bienes están diseminados en lugares diferentes, tendríamos que admitir muchas sucesiones independientes las unas de las otras que pudieran estar sometidas a leyes diferentes. (Savigny)

-La sucesión ab intestato reside en la voluntad presunta, es decir, tácita, del difunto, no porque respecto de esta persona determinada y de sus relaciones individuales pueda considerarse esta voluntad como un hecho cierto, sino porque cada derecho positivo adopta la presunción general que le parece mas apropiada a las relaciones de familia. Se concibe muy bien que esta presunción varíe según las diversas legislaciones, pero no se concebiría que en un caso dado se presumieran en el difunto diferentes voluntades para las diversas partes de sus bienes, por ejemplo, que haya querido tener respecto de su casa otro heredero que respecto de su finca rustica o de su dinero en efectivo, cuando no

haya hecho aclaración expresa de ello por testamento;

-En cuanto a los acreedores, poco les importa la persona del heredero con tal de que sean satisfechos; pero no se los puede satisfacer antes de haber determinado judicialmente el valor de cada inmueble y su relación con el conjunto de los bienes. Además, las deudas tendrían que ser soportadas por personas diferentes y los adversarios pretenden que estas dificultades no deben detenerlos. El patrimonio, entendido como unidad, es la prenda común de los acreedores, y resulta de toda conveniencia para ellos su adopción, ya que en caso contrario solo podrían recurrir a satisfacer sus créditos localizados en un país sobre los bienes situados en ese mismo lugar, lo cual les provocaría evidentes perjuicios;

-De lo que se trata es de saber la ley que debe aplicarse, no sobre tal o cual inmueble individualmente determinado, sino sobre el patrimonio entero, sobre la universalidad de los bienes del difunto, universalidad que constituye un todo puramente ideal que no tiene situación y que no se concibe, sino por un vinculo jurídico e intelectual entre el conjunto de los bienes y de la persona, al cual no podría asignársele como lugar de la situación aquel en que esta situada la mayor parte de los bienes, puesto que la menor merece tanta consideración como la mayor;

-Favorece desde la disminución hasta la eliminación de gastos procesales, evitándose las complicaciones, las dilaciones innecesarias; que acelera la efectividad del desarrollo del proceso en el ámbito internacional.

Fundamentos de la doctrina a favor del sistema de la pluralidad sucesoria:

-Desde que la soberanía es una e indivisible, desde que es todo o nada, es necesario admitir que ella se extiende a todos los bienes de que la sucesión se compone, cualquiera que sea su naturaleza e importancia. Toda ley de sucesión es una ley que interesa al orden publico. El Derecho Privado en materia de sucesión se adecúa siempre a las exigencias del sistema de gobierno existente. Según que el gobierno fuera autoritario o democrático, la idea del monopolio o de la igualdad domina en las leyes sucesorias. Todas aparecen, en un grado mas o menos remarcable, como los instrumentos de que el legislador se sirve para hacer predominar tal o cual principio de organización social o política. Hay, por consiguiente, un positivo interés publico en que la ley propia rija toda sucesión acerca de los bienes situados dentro de cada país. El

poder de la ley local debe ser el mismo sobre todos los muebles e inmuebles existentes dentro del territorio sujeto a su imperio;

-El heredero no es un simple continuador de la persona del causante, sino su verdadero sucesor, mediante un titulo traslativo de dominio, del mismo modo que cualquier otro causahabiente a titulo singular, como en la compra, la permuta o la donación entre vivos;

-El derecho del fisco a las sucesiones vacantes dentro del país, basado sobre el dominio eminente del Estado y declarado por la legislación universal, es un fundamento en favor de la territorialidad de la ley de las sucesiones; pues ese derecho importaría un verdadero despojo del fisco del país del fallecido, si la herencia hubiera de ser discernida con arreglo a la ley personal del causante;

-No es exacto que las sucesiones dependan de la voluntad del hombre. No domina en el régimen de las sucesiones dicha voluntad, como domina en el régimen de los contratos. Ella no hace la ley y, por el contrario, se amolda a los principios establecidos por la ley, teniendo en vista razones de alto interés social. Si bien las afecciones naturales y presuntas del hombre son tenidas en consideración, esas afecciones no son ni pueden ser sino secundarias. En los Estados que se forman por inmigración, como los americanos, hay un gran peligro en el carácter personal que se pretende dar a las sucesiones. En tal caso las leyes extranjeras vendrían a disponer de los bienes alterando quizás en gran parte el régimen económico impuesto por la especialidad del suelo y por la organización política dominante. Se agrega en apoyo de esta linea de pensamiento que el sistema de la distinción entre bienes muebles e inmuebles es la opinión dominante en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia, pudiendo decirse también que todos los tratados celebrados especialmente para estos objetos la han incorporado entre sus clausulas. Se esta en presencia de cuestiones que por su especial naturaleza se hallan dominadas por el orden publico.

-Favorece la inmutabilidad del régimen internacional de los bienes, que continuaran rigiéndose durante la transmisión por actos mortis causa, por la misma ley a la que se encontraban sujetos por actos inter vivos.

-Todo lo que atañe al régimen inmobiliario se vincula estrechamente con los fundamentos mismos de la organización social; de ahí que no pueda admitirse, respecto

de ellos la aplicación de una ley extranjera. Por esto, muchas legislaciones, aún aceptando el principio de a unidad, han hecho la excepción de los bienes raíces, que someten a la ley del lugar en que estén situados. (Borda)

De estos fundamentos, como se mencionó anteriormente, algunos pueden considerarse anacrónicos y jurídicamente endebles.

Feldstein expone los siguientes:

> -"El argumento que parte de la idea de que la soberanía es única e indivisible, de que ella se encuentra afectada por la aplicación de la ley extranjera, no resiste el menor análisis a tenor de la confrontación de la tesis contraria en la realidad. Basta para demostrarlo lo que ocurre en el área del Derecho Internacional Privado de la Integración, donde uno de los modelos de espacios integrados mas exitoso precisamente funda su estructura jurídica en la llamada supranacionalidad: cesión de soberanía, delegación de competencias, transferencia de jurisdicciones estaduales".
>
> -"El argumento fiscal tampoco parece poder sostenerse, ya que nada impide a los Estados percibir al tiempo de la inscripción los tributos sucesorios respecto de los bienes situados en su territorio".
>
> -"El argumento del orden publico tampoco nos convence ya que parece confundir, y ello no resulta viable en la actualidad, leyes de orden publico con leyes territoriales. Como hemos visto oportunamente, la doctrina se ha esmerado por diferenciar ambas categorías de leyes".

Estas ideologías sucesionistas provienen, por una parte, de la concepción romana que elabora la tesis de la continuación de la personalidad del causante con la consecuente transmisión en masa de todo su patrimonio, y por la otra, de la concepción germánica de la sucesión en los bienes, como transmisión o reparto de los bienes relictos entre determinadas personas supérstites, los herederos, que no continúan la persona del causante. Estas concepciones opuestas, la romanista y la germánica, llevan a enfrentarse estas dos posturas mencionadas, la unidad, que concibe el patrimonio del causante como

una unidad indisociable, y a los herederos como los continuadores de su persona, y la de la pluralidad entiende que dicho patrimonio es un mero conjunto de bienes separables entre sí y que los herederos son meros causahabientes, como si se tratara de actos inter vivos, a quienes se le transmiten los bienes, pero no siguen a la persona del causante.

En suma, mientras que el sistema del fraccionamiento está identificado con el derecho germánico, el de la unidad lo está con el derecho romano. En el sistema de la unidad, el punto de conexión utilizado es personal: el domicilio o la nacionalidad. En el de pluralidad, se sigue una conexión territorial, real: el lugar de situación de los bienes.

Es necesario tener en cuenta que si bien el sistema de la unidad resulta en apariencia mejor estructurado jurídicamente, se debilita su eficacia al enfrentarse en su aplicación con ordenamientos jurídicos extranjeros que someten la sucesión a la ley territorial.

También es necesario considerar que, según la opinión de parte de la doctrina, en nuestro país en el Código Civil se adopta el sistema de unidad, resulta extraño al sistema que en los tratados de Montevideo se adopte el sistema contrario, el de fraccionamiento.

Algunos autores consideraban también que el Código Civil se seguían dos doctrinas diversas a la vez: el art. 3283, siguiendo a Savigny, adopta la ley local del último domicilio del difunto, mientras que en el art. 10 había sigue la doctrina de Story, que admite tantas sucesiones como inmuebles existentes en varias naciones. (Segovia)

En cuanto al sistema mixto, que surge de la combinación de los dos anteriores, aplica la ley personal (sea la del último domicilio o la de la nacionalidad del causante) a los bienes muebles, y la ley del lugar de situación a los bienes inmuebles. Los fundamentos de los defensores de este criterio han encontrado lugar en la jurisprudencia argentina.

Boggiano comenta además el sistema de los países anglosajones:

> “En los países anglosajones, fraccionamiento de la herencia internacional nada tiene que ver con la concepción germánica de transmisión singular hereditaria. Ha nacido más bien por razones históricas, consolidadas en firmes tradiciones jurisprudenciales. Se puede caracterizar aquella concepción como una transmisión hereditaria de "patrimonios separados" en casos internacionales. Se trata de una concepción que funciona para el D.I.Pr. sucesorio de aquellos países, y no para su derecho sucesorio

> interno. Esa calificación de "patrimonios separados" se apoya en una distinción clásica en el derecho romano-germánico, según la cual las cosas son clasificadas en muebles e inmuebles. En el D.I.Pr. inglés, y a fin de alcanzar una base común para la discusión de casos con elementos extranjeros, se adoptó ese distingo, extraño al common law. Tal distinción puede ser considerada como una calificación autónoma del D.I.Pr. Inglés frente a las calificaciones analógicas del derecho civil inglés (common lata) en las propiedades realty and personalty. Según la calificación de mueble o inmueble que la propiedad reciba, se separa una de la otra. A su vez, los muebles integran un "patrimonio separado" que se transmite "universalmente" según el derecho personal del causante. Los inmuebles se transmiten "singularmente" según el derecho del lugar de su situación. Ahora bien: los muebles integran una universalidad a los efectos internacionales de la transmisión sometida a un solo derecho. El sistema inglés de conflictos somete la sucesión por muerte de los muebles del causante al derecho de su último domicilio".

Como se mencionó anteriormente, los autores han avanzado sobre una u otra linea de pensamiento. Han encontrado en los artículos del Código Civil velezano distintos fundamentos para argumentar sus posturas.

Los partidarios del sistema de la pluralidad se basan:

-En la nota al articulo 3283 ("El patrimonio considerado como unidad es un objeto ideal, de un contenido indeterminado. Puede componerse de propiedades, de derecho a cosas particulares, a créditos y deudas que tienen una existencia invisible… Puede llamarse una excepción a este principio general, lo que está dispuesto respecto a la transmisión de los bienes raíces que forman una parte del territorio del Estado, y cuyo título debe siempre ser transferido en conformidad a las leyes de la República, art. 10 de este código.") cuando hace mención al articulo 10 como excepción al principio de sujeción a la ley del domicilio establecido en el texto;

-En el texto del articulo 10 cuando emplea el termino "exclusivamente", y en la mención "a los modos de transferir", que los somete a la lex rei sitae, a la ley del lugar de su radicación;

-En la nota del articulo 3598 ("...Cuando en los cinco artículos anteriores hablamos de las porciones legítimas, nos referimos a los bienes que existen en la República. Supóngase que una persona muere en Buenos Aires, dejando cien mil pesos aquí y cien mil pesos en Francia. Los bienes que estén en la República se regirán por nuestras leyes, y los que estén en Francia por las de aquel país. Habrá, pues, tantas sucesiones cuantos sean los países en que hubiesen quedado bienes del difunto...".)

-En el texto del articulo 3470 del Código Civil ("En el caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en el Estado, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República, una porción igual al valor de los bienes situados en el país extranjero de que ellos fuesen excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes o costumbres locales".)

Los defensores del sistema de la unidad se fundan

-En el texto del articulo 3283 y en el concordante articulo 3612, en materia sucesoria ab intestato y testamentaria, respectivamente, y en la adopción por parte del codificador de la doctrina savigniana.

Además, el art. 3281, disponía que "la sucesión a título universal es la que tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos".

A estos fundamentos se realizan las siguientes observaciones:

- El articulo 10 se refiere a los bienes considerados ut singuli y no a los bienes considerados ut universitas. Además, no es posible que Vélez estableciera el principio de la unidad en el art. 3283 y luego consagrara excepciones tan importantes que, en la práctica, reduzcan su campo de acción a poco menos que nada. Borda

- Cuando el artículo 10 se refiera a "los modos de transferir, y a las solemnidades que deben acompañar esos actos" se está refiriendo al sistema de transmisión de la propiedad, que exige tradición e inscripción. (Romero del prado)

- El articulo 3470 no sienta el principio de la pluralidad, sino una excepción para el supuesto en que la ley extranjera discrimine, excluyendo a los argentinos de la herencia, por ser de esa nacionalidad o, siendo extranjeros, por encontrarse domiciliados en la República Argentina.

- La nota al articulo 3598 referido a las legitimas no debe ser interpretada como un principio general aceptado por el derecho argentino sino como la resultante del régimen plural adoptado por Francia. Las legitimas afectan al orden publico interno pero no al orden publico internacional, siempre que la ley extranjera admita la institución y la diferencia lo sea en la proporción, no en la existencia. Solamente se encontraría afectado el orden publico internacional argentino cuando la ley extranjera aplicable no admitiera o desconociera la institución de la legitima. (Feldstein).

2.3 Jurisprudencia

La jurisprudencia argentina aplica derecho argentino a la herencia de inmuebles argentinos. También suele aplicar Derecho argentino a la herencia de muebles con situación permanente en la Argentina. De este modo se aplicaría derecho de un último domicilio no argentino del causante sólo a muebles argentinos sin situación permanente en la República. A este efecto, lo que importa es la intención del causante de cambiar o no el lugar de los bienes muebles. Como normalmente no se puede probar su intención de cambiar la situación de los muebles, y como por una presunción de hecho se presume que los mismos sigan donde están, la ley del último domicilio extranjero del causante se aplica a muebles argentinos sólo en los contados casos en que se puede probar la intención del causante de haberlos querido trasladar al extranjero.

Mientras que el código de Vélez sostiene un fraccionamiento excepcional (exclusivamente, con miras a inmuebles argentinos); la jurisprudencia predica el fraccionamiento normal (Goldschdmit).

Jurisprudencia a favor del sistema de la pluralidad:

El Caso Biancardi De Biasutti

El señor Juan Biancardi, italiano y domiciliado en Italia, casado con Juana Roncagliolo, con quien tuvo seis hijos, murió en 1939 dejando dos bienes inmuebles en la Argentina, que había adquirido mientras era soltero. En el testamento otorgado por acto publico en

Italia incorporo una clausula que decía: "Dejo la cuarta parte de cuanto dejare a la época de mi muerte, a mi querida esposa Juana Roncagliolo a condición que la misma siga manteniéndose viuda".

Asimismo, nombro herederos a sus hijos por partes iguales del remanente existente.

La señora Ana Biancardi de Biasutti, hija del causante, deduce acción de nulidad del testamento, en virtud de que las clausulas afectan la legítima de los hijos. Se funda en los artículos 3593, 3608, 3609 y 531 del Código Civil argentino Los cinco hijos restantes sostienen la validez del testamento al que consideran aplicable en virtud de la remisión del art. 3612 del Código Civil.

La Cámara Civil l a de la Capital Federal, con fecha 1 de octubre de 1941, sostuvo: "Es nula la clausula del testamento otorgado en el extranjero por el causante, cuyo acervo hereditario lo forman dos bienes inmuebles existentes en nuestro país, en cuanto dispone de una cuarta parte de la herencia en favor de la cónyuge superstite, que

concurre con seis hijos del matrimonio, pues viola los artículos 3570 y 3593 del Código Civil, aun cuando se encuentre redactada conforme a la ley del lugar del otorgamiento. Otro tanto puede decirse en cuanto se impone por dicha clausula, a la beneficiaria, la condición de permanecer viuda". *(Cam. Civil. 1 Cap. Fed 1/10/1941. L.L, t. 25, p.116)*

El caso Walter De Hahn:

La Cámara Nacional en lo Civil, en pleno, el 27 de agosto de 1914, sostuvo: "La declaratoria de herederos dictada en país extranjero era suficiente cuando los bienes dejados por el causante consistían en dinero y acciones al portador, que por su naturaleza consumible o fungible están regidas por la segunda parte del art. 11 del Código Civil". *Cam. Nac. Civ. 27/8/1914. J.A., t. 5, p. 29.*

El caso Cambó:

"Los valores y acciones emitidas por sociedades extranjeras radicadas físicamente en el exterior y que se conservan sin intención de transportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados (art. 11, Código Civil), aunque la sociedad que respecto a ellos se desempeña como fiduciaria y mandataria tenga su domicilio en el país. "Si las

acciones emitidas por una sociedad se encuentran depositadas en bancos del exterior, es allí donde se encuentra el lugar de radicación, donde quedo concluido el contrato de deposito y donde deben ejecutarse las obligaciones emergentes del mismo, en cuyo caso los efectos del contrato no son regidos por la ley argentina. "Cuando el causante deja bienes con asiento permanente, estos se transmiten de acuerdo a la lex rei sitae y es competente el juez del lugar de su situación". *L.L., t. 90, p. 446.*

El caso Peer:

"Para la determinación de si un testamento contiene o no institución hereditaria, debe aplicarse la ley argentina si se trata de cuotas sociales que el causante tenia en una sociedad de responsabilidad limitada y de fondos existentes en su cuenta particular (art. 11, primera parte, Código Civil)". Cam. Nac. Civ. 14/11/63.

El caso Tartarone:

La Cámara Civil 2a de la Capital Federal, en sentencia del 25 de junio de 1943, sostuvo: "La clausula del testamento otorgado en el extranjero conforme a la ley del lugar del domicilio del causante y de sus herederos, que solo deja a la esposa parte del usufructo, no es nula; solo corresponde considerarla ampliada ministerio legis hasta la mitad del derecho de dominio de los bienes inmuebles existentes en el país, dejando así cumplimentada su legitima de acuerdo con lo que establece la ley argentina para el caso". *L.L., t. 31, p. 142.*

El caso Andersen:

El señor Pablo Einar Klausen Andersen y la señora Lilian Molgaard de Andersen mueren con ultimo domicilio en Dinamarca, país donde también los herederos del causante se encuentran domiciliados. El apoderado de las hijas de los padres premuertos se presenta ante los tribunales de Mar del Plata solicitando que se declare la apertura del juicio sucesorio pertinente. *L.L., 7/5/75*

Como el causante deja bienes en la República Argentina, los herederos inician la

sucesión en nuestro país e invocan la aplicación de la ley danesa. Si bien tanto el juez de primera instancia como la Cámara se declaran incompetentes, la sentencia es revocada ya que encuentra al juez argentino competente en el orden internacional así como aplicable la ley argentina.

La Suprema Corte de Buenos Aires, el 10 de septiembre de 1974,

sostuvo:

1) "En materia sucesoria el art. 10 del Código Civil y la consecuente aplicación de la lex rei sitae deben tener primacía sobre el principio general del art. 3283 del mismo Código.

2) En lo atinente al régimen sucesorio, una «construcción jurídica » verdaderamente nacional debe, al menos, procurar un estricto contralor inmobiliario, mediante la integral aplicación de las leyes del país.

3) Si en un caso no pueden aplicarse simultáneamente dos normas por ser contradictorias entre si, la armonía se encuentra dando la preeminencia a aquella que proteja el mayor valor social comprometido, en ese caso.

4) El articulo 10 del Código Civil se refiere muy concretamente a transferencias o transmisiones de bienes inmuebles situados en la República, y la partición y la hijuela no son transmisiones, sino procedimientos y formas establecidas por la ley para incorporar determinadamente lo que al heredero pertenece por sucesión".

Jurisprudencia a favor del sistema de la unidad:

El caso Lojo Fabeiro De Lariño:

El fallo dictado por la Cámara l a de Bahía Blanca, del 1 de junio de 1938, estableció "que el articulo 10 del Código Civil se refiere a la transmisión ut singuli de los bienes inmuebles y el patrimonio constituye una universalidad de conformidad al articulo 2312 y su transmisión no puede ser regulada por el régimen reservado a los bienes ut singuli...". *L.L., t. 4, p. 166, y t. 11, p. 810.*

El caso Yarza Vidaor:

La Cámara la de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, sostuvo: "Si el causante tenia su domicilio en España, donde testo y falleció, su sucesión se rige por la ley española, aun respecto de los bienes que tenia en la Argentina. Las disposiciones testamentarias que infringen la garantía de la legítima y el orden de la organización del régimen patrimonial matrimonial que establece nuestra ley, no afectan el orden público nacional". *L.L., t. 120, p. 101.*

El caso Lemos:

El señor Daniel Bautista Lemos otorgo testamento por acto publico en España. En las clausulas testamentarias dispuso que los bienes situados en Italia pasasen a los Hermanos de San Juan de Dios de Vigo y que todos los bienes ubicados en territorio argentino, sin excepción alguna, pasasen al Patronato de la Infancia de dicha nación en Bahía Blanca. Asimismo, nombro dos albaceas, uno para ejecutar su testamento en la Argentina y otro en España. Al albacea español le legó, ademas, la cuarta parte de los bienes situados en la República Argentina. Fallecido el testador con ultimo domicilio en España, se plantea el juicio sucesorio ante los tribunales sitos en Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires. "La división que hace de sus bienes el testador, atribuyendo los que posee en la República a una persona y los que tiene en España a otras, no significa la creación de dos patrimonios distintos, sino la disposición de los bienes integrantes del único patrimonio del causante, regido por la ley de su domicilio".

El caso Gomez, Carlos:

El causante, con último domicilio en los Estados Unidos, muere dejando un bien inmueble en la República Argentina.

La doctrina sentada por el fallo afirma que "en el supuesto de que el domicilio del causante haya permanecido fijado en la República, ninguna duda cabe de que el régimen aplicable, en tal caso, sera el establecido por el articulo 3283, ss. y cones., del Cod. Civil. En caso contrario, si el domicilio ha sido mudado, resultara de aplicación de conformidad con las mismas reglas el derecho local del domicilio que el difunto tenia a su muerte, es decir, el derecho del Estado de Florida (EE.UU.).

"Tomando las directivas del artículo 16 del Cod. Civil, y su remisión a los principios generales del derecho, son suficientes para aplicar de oficio el derecho del Estado de Florida, si el causante que tiene un bien inmueble en nuestro país vive con su familia en dicho Estado donde también nació el menor de sus hijos, dos anos antes de su fallecimiento, habiéndose desempeñado habitualmente en su profesión autónoma de joyero, según constancias del acta de defunción y demás pruebas de autos. "En esta decisión el señor juez de primera instancia a cargo del Juzgado n° 29, doctor Horacio Ferrer, resuelve:

"a) Declararse competente en la esfera internacional en las presentes actuaciones;

"b) declarar como ultimo domicilio del causante el de 739 Evergreen Dr., Lake Park, Condado de Palm Beach, Estado de Florida, Estados Unidos de Norteamerica;

"c) aplicar, en consecuencia, la ley del Estado de Florida, Estados Unidos de Norteamerica;

"d) investigar de oficio dicha legislación para lo cual se librara oficio a la cancillería para que por su intermedio se hagan llegar a este juzgado el texto vigente y alcance (sentido) de la ley sucesoria aplicable en las presentes actuaciones".

La sentencia exhibe un desarrollo impecable y aleccionador, conteniendo un excelente estudio de la doctrina y de la jurisprudencia nacional y extranjera.

Aborda casi exhaustivamente cuestiones tales como las calificaciones, la cuestión previa, la aplicación del derecho extranjero, la jurisdicción internacional y la ley aplicable en materia sucesoria, advirtiéndose la formación como docente universitario en la disciplina del magistrado.

Finalmente, y este no es un tema menor, por emanar de un juzgado nacional en lo Civil de la Capital Federal, marca un hito a favor de la tesis de la unidad en un fuero que antes le era hostil. *L.L., t. 141, p. 445.*

El caso Durall Pujol:

La Cámara Civil y Comercial de San Martín, con fecha 8 de julio de 1997, sostuvo la incompetencia de los tribunales argentinos para entender en la sucesión del causante de

nacionalidad extranjera y con ultimo domicilio en el exterior, rechazando la vinculación jurisdiccional con la República Argentina dada por la ubicación en el país del único bien inmueble.

En los considerandos, el tribunal aborda adecuadamente cuestiones tales como el orden público internacional, el sistema de la unidad de la ley aplicable en materia sucesoria, la tesis del paralelismo en materia jurisdiccional, entre otras. *L.L., t. 1987-A, p. 339*

4.Capítulo IV:

“ Ley que rige la sucesión”

Sumario: 4.1 Introducción. 4.2 Código civil de Vélez Sársfield. 4.3 Código Civil y Comercial de la Nación. 4.4 Tratados internacionales.

4.1 Introducción

En este este capítulo se analizarán los artículos del Código Civil de Vélez Sársfield y del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación respecto de la ley que rige sucesión y la comparación que surge entre ellos.

4.2 En el Código Civil de Vélez Sársfield

Art. 3283:

"El derecho de sucesión al patrimonio del difunto, es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros".

La norma determina que el derecho aplicable a la sucesión tanto legítima como testamentaria es aquél que corresponda al domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. La solución es coincidente con lo dispuesto por los arts. 3612 y 3286 y reafirman el principio de unidad sucesoria, contra la cual se opone la doctrina del fraccionamiento, que sustenta su teoría en los arts. 10 y 11, normas que operan, según el mismo legislador, como excepciones al principio enunciado en esta disposición y según la cual rige para la transmisión la ley de situación del bien, lex rei sitae.

Art. 3286:

"La capacidad para suceder es regida por la ley del domicilio de la persona al tiempo de la muerte del autor de la sucesión".

Por disposición del art. 3283 visto anteriormente, el derecho de la sucesión se rige por la ley del último domicilio del causante, pero respecto de la capacidad del heredero establece la norma que rige la ley del domicilio de este último. Sin embargo, existen dos supuestos excepcionales en los que la ley permite apartarse de este principio:

-Cuando existiese incompatibilidad de la ley extranjera con el espíritu de este código

-Cuando la ley nacional fuese más favorable a la validez de los actos.

Art. 3612:

"El contenido del testamento, su validez o invalidez legal, se juzga según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte".

Se aplican las disposiciones legales vigentes en el domicilio del testador al tiempo de su muerte.

El artículo somete la relación jurídica sucesoria al imperio de la ley del último domicilio del causante. (Zannoni)

Art. 3470:

"En el caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en el Estado, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República, una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero de que ellos fuesen excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes o costumbres locales".

La norma alude a la concurrencia de herederos extranjeros y herederos con domicilio en el país, como así también a la existencia de bienes a repartir conforme a la ley extranjera y la ley nacional.

Autoriza a compensar sobre los bienes hereditarios ubicados en el país, el menoscabo patrimonial que sufre el heredero domiciliado en la República ante la aplicación de la ley extranjera.

Se tratará en mayor detalle este artículo en el capítulo 5 de este trabajo.

Art. 10:

Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República.

La doctrina ha tomado este artículo tanto para fundamentar la tesis de la unidad como la del fraccionamiento.

Una parte de ella considera que la única excepción al sistema de la unidad es la del art. 3470, ya que el art. 10 no aludiría a las sucesiones. Esta norma, entonces, se referiría a las transmisiones ut singuli y no a las universalidades. Cuando el código habla de "los modos de transferir y de las solemnidades que deben acompañar a esos actos" se refiere al sistema de transmisión de la propiedad, que exige la escritura pública y la tradición. Los arts. 10 y 11 legislarían sobre el régimen de los bienes, pero no lo conceniente a los derechos y la capacidad de las partes.

Otra parte, considera que el art. 3283 establece el principio general de la unidad sobre la base de la ley del domicilio del causante, pero está sujeto a más excepciones que la del art. 3470, entre ellas, este art. 10. El mismo, se referiría entonces a la transmisión sucesoria cuando dispone que la lex rei sitae rige los modos de transferirlos y el título en virtud del cual una propiedad puede ser adquirida, transferida o perdida. Además, Vélez en la nota al art. 3283 dice que el principio general según el cuál el derecho de las sucesiones se rige por la ley del domicilio del causante, tiene su excepción en lo dispuesto por el art. 10, respecto de los bienes raíces que forman parte del territorio del Estado y que sólo pueden ser transferidos de conformidad con las leyes de la república. Si en el art. 10 se cita a Savigny, que sostiene el sistema de la unidad, inclusive en lo que atañe a los inmuebles, también se cita a Story, que propugna la aplicación de la ley territorial para éstos.

Aunque el codificador haya seguido a Aubry y Rau, argumentan, luego de que éstos sostengan el sistema de la unidad, afirman que debe hacerse una excepción con los inmuebles,que están regidos siempre por la ley territorial. (Borda)

Art. 11:

Los bienes muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados; pero los muebles que el propietario lleva siempre consigo, o que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño.

Los bienes muebles que tienen una situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, se rigen por la ley territorial.

Una parte de la doctrina consideraba que no es posible aceptar como excepción este artículo al la regla del art. 3283 ya que quedaría desvirtuada totalmente. La distinta redacción de los arts. 10 y 11 autorizaría emplear soluciones diferentes.

Por otro lado, se considera que si se aceptó como excepción al art. 10, lo mismo cabe esperar del art. 11, ya que si se admite que el derecho sucesorio de los inmuebles se rige por la ley territorial, igual condición hay que aceptar respecto de los muebles de situación permanente. En cuanto a la distinta redacción de los art.10 y 11, se fundamenta en que está así escrita para evitar una repetición fatigosa. Borda

Art. 3598:

El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legitimas declaradas en este titulo. Si lo hiciere, se tendrán por no escritas".

Lo que incluye a este artículo en el tratamiento de la ley que a la sucesión es su nota:

“Supóngase que una persona muere en Buenos Aires, dejando cien mil pesos aquí y cien mil pesos en Francia. Los bienes que estén en la República se regirán por nuestras leyes, y los que estén en Francia por las de aquel país. Habrá, pues, tantas sucesiones cuantos sean los países en que hubiesen quedado bienes del difunto.”

La doctrina considera que esto puede ser tomado como conclusión de que Vélez no se apegó ciegamente al principio de unidad, ni siquiera respecto de los bienes muebles. (Borda)

La jurisprudencia hace esta distinción:

-Los muebles con situación permanente se rigen por la ley territorial.

-los restantes, por la ley del domicilio del causante en el momento de su muerte.

4.3 En el Código Civil y Comercial de la Nación

El nuevo código sitúa las normas de Derecho Internacional Privado en el último libro: Libro Sexto, Título IV, Capítulo 3, Sección 9. Los temas de Derecho Sucesorio abarcan los artículos 2643 al 2648.

Jurisdicción

El art. 2643, determina la jurisdicción en materia de sucesiones internacionales. Establece que son competentes para entender en la sucesión por causa de muerte los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos.

El Código Civil derogado en el art. 3284 establecía que la jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto.

El art. 3285 indicaba que si el causante no hubiere dejado más que un solo heredero, las acciones deben dirigirse ante el juez del domicilio de este heredero, después de que hubiere aceptado la herencia.

Sin embargo, jurisprudencialmente, se ha extendido el foro del patrimonio al régimen sucesorio, de modo concurrente con los jueces del último domicilio del causante.

En la doctrina se suscitaron distintas opiniones respecto de la jurisdicción de los tribunales argentinos para entender en casos sucesorios habiendo inmuebles o muebles de situación permanente en el país, teniendo el causante su último domicilio en el extranjero.

-Para una primera opinión, los jueces argentinos en este supuesto eran incompetentes, siendo la única excepción aceptada el caso de los herederos de nacionalidad argentina o de nacionalidad extranjera domiciliados en la Argentina que, siendo excluidos en los bienes de una herencia ubicados en el extranjero en virtud de leyes o costumbres locales, pueden tomar de los bienes que la misma sucesión tenga en la Argentina, una porción igual a aquélla de la que fueron privados. Para ello, en virtud del art. 3470 C.C., deben abrir un juicio sucesorio en la Argentina, lugar de radicación de parte de los bienes.

-Una segunda opinión sostenía que habiendo bienes del causante en el territorio argentino, el juez de ese país debe considerarse competente, pero luego aplicar a toda la sucesión un solo derecho: el del último domicilio del difunto.

Goldschmidt sostenía esta postura basado en la aplicación analógica del art. 16 de la ley 14.394 que, en los casos de ausencia y de muerte presunta, otorgaba jurisdicción en subsidio de la basada en el domicilio o residencia del ausente en el país, a los jueces del lugar en que existen bienes.

-Una tercera opinión, con un alto grado de acompañamiento de la jurisprudencia argentina, afirmaba que no sólo hay jurisdicción concurrente en el lugar de situación de los bienes, sino que además se aplica a cada bien la ley local de su situación. (Scotti)

El nuevo art. 2643, establece expresamente la jurisdicción concurrente de los jueces del lugar del último domicilio del causante (foro personal) y los del lugar de situación de los bienes inmuebles del difunto (foro del patrimonio), en este caso, sólo respecto de los que se encuentren en el país.

La disposición prescribe el sistema de unidad, pero desplaza la competencia a favor de jueces argentinos cuando existen inmuebles en la República. Esta es una excepción, y tiene por objeto solo esos bienes, ya que se entiende que se aplica la regla según la cual los tribunales nacionales son competentes cuando se debe aplicar el derecho argentino a una sucesión, y a esos bienes se les aplica el derecho argentino de conformidad al art. 2644 CC.

El art. 2643 refleja una opción, un juez o el otro, el del último domicilio del causante o el de la república en materia de bienes inmuebles.

Derecho aplicable

El art. 2644 determina que la sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Sin embargo, respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino.

El Código Civil y Comercial se alinea con el principio de unidad y universalidad de la sucesión, ya que se la regula por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su

fallecimiento. Sin embargo, adopta una excepción por cuanto aplica a los inmuebles situados en el país la ley de su situación, mientras que la sucesión de los demás bienes se rige por la ley del último domicilio del causante al tiempo del fallecimiento.

La expresión "por causa de muerte" incluye la muerte real o presunta de una persona.

La ley de domicilio tendrá a su cargo determinar:

-Los herederos

-El orden sucesorio

-Las legítimas

-Renuncia de la herencia

-Inventario y avalúo de bienes

-Deudas, legados

-Partición

-Colación

-Albaceas

-Causales de desheredación o indignidad.

El reenvío de retorno es aplicable en materia sucesoria y se presenta cuando una norma de conflicto del derecho designado determina que la solución se extraiga del derecho argentino. En ese caso, conforme el art. 2596 CCC "Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino".

De igual modo, la excepción de orden público es aplicable cuando la solución que brinda el derecho extranjero no es compatible con los principios constitucionales del derecho nacional, por ejemplo, principios de prohibición de discriminar por sexo, exclusión de legítimas, pactos sucesorios, etc.

La norma fija como derecho aplicable el del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento, referencia que resuelve el conflicto móvil ya que lo establece al día del

deceso. En el supuesto de que no tenga domicilio conocido, se debe considerar que lo tiene donde está su residencia habitual o en su defecto la simple residencia, como dice el art 2613 CCC.

La parte final del artículo dispone que respecto de los bienes inmuebles situados en el país se aplique el derecho argentino. Esa disposición funciona como norma internacionalmente imperativa (norma de policía) que excluye al derecho extranjero al tratarse de una ley unilateral. En tal sentido se mantiene el derecho judicial mayoritario que priorizaba la solución que Vélez Sársfield mencionaba en la nota del art. 3683 CC. (Código Civil y Comercial comentado, SAIJ).

La ley no se aplica respecto de los bienes inmuebles situados en el territorio del Estado Argentino, para los cuales siempre rige la ley argentina.

La norma resulta de especial interés cuando el causante, con bienes inmuebles en el país, tiene su domicilio al tiempo de su muerte en un país extranjero. Aquí se aplica la ley argentina, y por eso los herederos, sean o no extranjeros, tienen necesariamente que iniciar el juicio sucesorio ante el juez competente argentino. Si el causante tiene bienes inmuebles en otros países, no se aplica la ley argentina respecto de ellos. Si ese causante tiene bienes muebles en el país, por muy valiosos que sean, tampoco se aplica la ley argentina.

Para delimitar el amplio campo que rige la ley del último domicilio del causante, basta citar, a título ejemplificativo, algunos supuestos:

-El orden de suceder, o sea, la determinación de las personas que son llamadas por ley.

-La determinación de los que son excluidos por indignidad, de conformidad con las causales de la institución.

-La cuantía de los derechos sucesorios; por ejemplo, la cuantía que corresponde al cónyuge cuando concurre con otros herederos, los hermanos de doble vínculo y de vínculo simple, etcétera.

-Los derechos y obligaciones entre coherederos, por ejemplo, el derecho de evicción y el de colación.

-La validez intrínseca de las disposiciones de última voluntad. Por ejemplo, la admisión

o no de una sustitución fideicomisaria.

Ahora bien, esta ley del domicilio no se aplica en lo referente a la sucesión de inmuebles situados en el país; para ello se aplica la ley argentina. (Perez Lasala)

El Código Civil de Vélez Sársfield contenía disposiciones encontradas que motivaron distintas interpretaciones en la doctrina y en la jurisprudencia nacional.

Por un lado, los arts. 3263, 3279, 3281, 3283, 3612 del Código Civil nos conducen a pensar que nuestro primer codificador adoptó el sistema de la unidad, siguiendo los postulados y fundamentos de Savigny: en la sucesión no se transmiten bienes individualmente considerados sino la "herencia", el patrimonio, que constituye una universalidad, un todo ideal.

En virtud de ello, una sola ley debe regular la transmisión de ese patrimonio aunque las cosas y los derechos particulares que forman el contenido de aquél se encuentren dispersos en distintos países; pues el patrimonio del difunto es uno solo y representa un todo indivisible. En efecto, el art. 3283, CCiv., disponía que "el derecho de sucesión al patrimonio del difunto es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros". De acuerdo con esta posición, el art. 10 del Código Civil derogado sólo se aplicaba a la transmisión de los "bienes inmuebles individualmente considerados".

Sin embargo, una posición contraria sostuvo que la transmisión inter vivos o mortis causa de inmuebles situados en la Argentina se rigen por la lex rei sitae, mientras que solamente los bienes muebles quedan comprendidos en la regla general del art. 3283, Cciv.

Los partidarios de la pluralidad en su defensa invocan la nota del art. 3283, en donde Vélez sostiene que la sucesión inmobiliaria constituye una excepción al principio general de la universalidad de la ley local del domicilio, dado "que su título debe ser siempre transferido en conformidad a las leyes de la República, art. 10 de este Código".

Además afirman que cuando el art. 10 Código Civil alude a los "modos de transferir", comprende no sólo los medios de transmisión, sino también la causa jurídica que la origina.

A favor de la pluralidad, también se ha recurrido al art. 3470.

Como así también refuerza esta postura, la nota al art. 3598 que brinda el siguiente caso ilustrativo: "Cuando en los cinco artículos anteriores hablamos de las porciones legítimas nos referimos a los bienes que existen en la República. Supóngase que una persona muere en Buenos Aires dejando cien mil pesos aquí y cien mil pesos en Francia. Los bienes que estén en la República se regirán por nuestras leyes, y los que estén en Francia por las de aquel país. Habrá, pues, tantas sucesiones cuantos sean los países en que hubiesen quedado bienes del difunto...".

La jurisprudencia se orientó a favor de la aceptación de un sistema mixto, procurando la armonización entre los arts. 10 y 3283 del Código Civil. Es decir, se llegó a concluir que Vélez Sársfield sometió todo el patrimonio del causante a la única ley: la de su último domicilio, salvo respecto de los inmuebles situados en el país, que los sometió al derecho argentino. (Scotti)

Sobre este artículo, enseña desde su especialización de derecho internacional privado el Dr. Soto:

> "Se sigue al respecto la postura tradicional de la fuente interna. Hay una total correspondencia entre la causa personal sucesoria y el punto de conexión también personal último domicilio del causante. Respecto a la aplicación del derecho argentino a los inmuebles sitos aquí, se configura como una especie de norma internacionalmente imperativa o de aplicación inmediata, y por lo tanto de carácter unilateral, no generalizable".

Forma del testamento otorgado en el extranjero

De acuerdo con el art. 2645, el testamento otorgado en el extranjero es válido en la República según las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento, por la ley del domicilio, de la residencia habitual, o de la nacionalidad del testador al momento de testar o por las formas legales argentinas. (Scotti)

El Código Civil y Comercial regula dos especies de testamentos:

-El testamento ológrafo que debe ser íntegramente escrito, con los caracteres propios del idioma en que es otorgado, fechado y firmado por la mano misma del testador (art. 2477 CCC)

-El testamento por acto público, que se instrumenta en escritura pública ante el escribano autorizante y dos testigos hábiles, cuyos nombres y domicilios se deben consignar en la escritura (art. 2479 CCC).

La norma analizada no exige cualidades personales para otorgar un testamento en el extranjero, pero quien lo hace es porque mantiene bienes en el país o porque su domicilio o residencia habitual se encuentra en la República.

Si bien la norma es facilitadora del ejercicio de la autonomía para disponer libremente de sus bienes después de la muerte, existen principios de orden público por los cuales no es admitido el testamento:

-Cuando el testador sea menor de edad al momento del acto (art. 2464 CCC).

-Cuando se trata de un testamento mancomunado (art. 2465 CCC).

-Cuando el testador al momento del acto estuviera privado de razón o declarado incapaz (art. 2467, incs. c y d, CCC) o haber sido extendido por error, dolo o violencia (art. 2467, inc. f, CCC).

Asimismo, con la finalidad de facilitar la autonomía, se incluye la nacionalidad como conexión al momento de testar, lo que implica facultar al testador extranjero para utilizar las formas del país de su ciudadanía que pueden o no coincidir con las otras formas contempladas, lo que hace que se trate de una forma obligatoria, aunque flexible con respecto a su elección, para probar la existencia y validez del testamento. (Código Civil y Comercial de la Nación comentado, SAIJ).

El testador está facultado alternativamente para elegir expresar su voluntad de acuerdo con alguna de esas leyes; se trata de conexiones alternativas que pueden utilizarse para otorgar el testamento como para modificarlo o revocarlo.

La solución legal respeta en materia de forma que los actos jurídicos se juzgan por las leyes y usos del lugar en que se hubieren celebrado, realizado u otorgado (art. 2649 CCC)

El antiguo art. 3638, CC., indicaba que el testamento del que se hallare fuera de su país, sólo tendrá efecto en la República, si fuese hecho en las formas prescriptas por la ley del lugar en que reside, o según las formas que se observan en la Nación a que pertenezca, o según las que este Código designa como formas legales.

La disposición, entonces, brindaba varias conexiones alternativas, incluyendo la ley nacional del testador, único supuesto en el que Vélez Sársfield admitía la nacionalidad como punto de conexión. Llamaba por su lado la atención que no hubiera indicado como una de las conexiones alternativas, el lugar de otorgamiento del testamento, aun cuando podía desprenderse su aplicación en virtud de los arts. 12 y 950, CC..

Se ha mantenido la regla que favorece la validez formal de los testamentos otorgados en el extranjero, incluyendo conexiones alternativas adicionales en tanto el art. 2645, CCC, dispone que el testamento otorgado en el extranjero es válido en la República según:

-Las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento (regla general en materia de forma de los actos jurídicos

-Por la ley del domicilio

-Por la ley de la residencia habitual

-Por la ley de la nacionalidad del testador al momento de testar

o

-Por las formas legales argentinas (es decir por la lex fori). (Scotti)

El testamento consular

El art. 2646, CCC, regula el llamado testamento consular. Dispone que:

"Es válido el testamento escrito hecho en país extranjero por un argentino o por un extranjero domiciliado en el Estado, ante un ministro plenipotenciario del Gobierno de la República, un encargado de negocios o un Cónsul y dos testigos domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento, teniendo el instrumento la autenticación de la legación o consulado.

El testamento otorgado en la forma prescripta y que no lo haya sido ante un jefe de legación, debe llevar el visto bueno de éste, si existiese un jefe de legación, en el testamento abierto al pie de él y en el cerrado sobre la carátula. El testamento abierto debe ser siempre rubricado por el mismo jefe al principio y al fin de cada página, o por el Cónsul, si no hubiese legación. Si no existe un consulado ni una legación de la República, estas diligencias deben ser llenadas por un ministro o Cónsul de una nación amiga.

El jefe de legación y, a falta de éste, el Cónsul, debe remitir una copia del testamento abierto o de la carátula del cerrado, al ministro de Relaciones Exteriores de la República y éste, abonando la firma del jefe de la legación o del Cónsul en su caso, lo debe remitir al juez del último domicilio del difunto en la República, para que lo haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio.

No conociéndose el domicilio del testador en la República, el testamento debe ser remitido por el ministro de Relaciones Exteriores a un juez nacional de primera instancia para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe".

La norma establece un testamento especial otorgado en el extranjero ante las autoridades diplomáticas de la República Argentina. Esa actividad es parte de la asistencia consular que en materia notarial dispone el Reglamento Consular (decreto 8714/1963) en cuyo art. 248 consigna que el funcionario público instituido en el exterior (debe) recibir, redactar y dar autenticidad, conforme a las leyes, a los actos y contratos que les fueran encomendados y autenticar los hechos, declaraciones y convenciones que ante él se verificaren, formularen o expusieren cuando para ello fuera requerida su intervención. Entre esas funciones, el inc. i establece: "Extender y registrar los testamentos por acto público e inscribir en el registro los redactados en otra forma".

La disposición mantiene básicamente la solución que Vélez Sársfield contempló en los arts. 3636 y 3637 CC, pero presenta dos diferencias. La primera es que se omite la nacionalidad de los testigos, los cuales pueden ser nacionales, extranjeros o apátridas; simplemente debe tratarse de dos personas capaces, domiciliadas en el lugar donde se otorgue el testamento. La segunda, de manera más apropiada, requiere la autenticación del instrumento por parte de la legación o consulado. La actividad consular tiene competencia para certificar en cuanto a la autenticidad de la firma y carácter del

funcionario que suscribe el documento. Tal función debe ser cumplimentada en los documentos privados o públicos para que sean válidos en la República Argentina, pero la actividad no implica aprobar el contenido del testamento. (Código Civil y Comercial de la Nación comentado, SAIJ).

El art. 3636 CC., disponía que es válido el testamento escrito hecho en país extranjero por un argentino, o por un extranjero domiciliado en el Estado, ante un ministro plenipotenciario del Gobierno de la República, un encargado de negocios, o un cónsul, y dos testigos argentinos o extranjeros, domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento, teniendo el instrumento el sello de la legación o consulado. A su turno, el artículo siguiente establecía que el testamento otorgado en la forma prescripta en el artículo precedente, y que no lo haya sido ante un jefe de legación, llevará el visto bueno de éste, si existiese un jefe de legación, en el testamento abierto al pie de él, y en el cerrado sobre la carátula. El testamento abierto será siempre rubricado por el mismo jefe al principio y al fin de cada página, o por el cónsul si no hubiese legación. Si no existiese un consulado ni una legación de la República, estas diligencias serán llenadas por un ministro o cónsul de una nación amiga. El jefe de legación, y a falta de éste, el cónsul, remitirá una copia del testamento abierto o de la carátula del cerrado, al ministro de Relaciones Exteriores de la República, y éste, abonando la firma del jefe de la legación o del cónsul en su caso, lo remitirá al juez del último domicilio del difunto en la República, para que lo haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio. No conociéndose el domicilio del testador en la República, el testamento será remitido por el ministro de Relaciones Exteriores a un juez de primera instancia de la Capital para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe. (Scotti).

Capacidad para testar

Según el art. 2647 CCC, la capacidad para otorgar testamento y revocarlo se rige por el derecho del domicilio del testador al tiempo de la realización del acto.

El Código Civil y Comercial aborda la cuestión de la capacidad de derecho y de ejercicio, y adopta la solución legal que indica que en materia sucesoria existe una capacidad particular para efectuar ese acto específico. Esa condición implica que difiera

la capacidad exigida para testar con la ley que regula la sucesión.

La capacidad se rige por la ley vigente del domicilio del testador al tiempo del acto, mientras que la sucesión se reglamenta por el derecho vigente al día del fallecimiento del causante, por lo tanto diferentes derechos regulan capacidad y sucesión. En suma: la capacidad es un atributo de la persona e independiente del sucesorio.

La norma contempla el hecho de que el testador cambie su domicilio una vez que efectúe el testamento. En cada mudanza de domicilio serán de aplicación las normas de capacidad de ese domicilio, que pueden o no coincidir con la ley de la sucesión. La solución legal prefiere la ley vigente al momento de testar sobre la del sucesorio, con la finalidad de lograr formas testamentarias válidas.

El art. 3611, CC. derogado, indicaba que la ley del actual domicilio del testador, al tiempo de hacer su testamento, es la que decide de su capacidad o incapacidad para testar. Y el art. 3613, CC., complementaba la mencionada disposición estableciendo que para calificar la capacidad de testar, se atiende sólo al tiempo en que se otorga el testamento, aunque se tenga o falte la capacidad al tiempo de la muerte.

A modo de reconfirmar que la capacidad de la persona humana se rige por la ley de su domicilio, según reza el art. 2616, CCC, la capacidad para testar y para revocar el testamento se rige por la ley del domicilio del testador, indicando que se tomará esa conexión personal al tiempo de la realización del acto (otorgar o revocar testamento).

En cambio, el Proyecto de Código de 2003 disponía una regla más flexible: "La capacidad para otorgar testamento o revocarlo se rige por el derecho que sea más favorable a la capacidad entre los del domicilio y la nacionalidad del testador al tiempo de la realización de tales actos".

Se aplica el mismo criterio que en el Tratado de Montevideo de 1940, a diferencia del de 1889, en el que se aplica el derecho del lugar de situación. En lo referente a la capacidad del heredero o legatario para suceder, los tratados mantienen la aplicación del derecho del lugar de situación de los bienes.

El caso de la herencia vacante

El art. 2648, CCC, se ocupa del caso de la herencia vacante en el derecho internacional privado. Establece que si el derecho aplicable a la sucesión, en el caso de ausencia de herederos, no atribuye la sucesión al Estado del lugar de situación de los bienes, los bienes relictos ubicados en la Argentina pasan a ser propiedad del Estado argentino, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de la provincia donde estén situados. (Scotti)

El CCC regula el supuesto de la falta de herederos que correspondan a bienes de una persona fallecida (art. 2424 CCyC). Mantiene la solución legal que es una cuestión de imperio del Estado argentino frente a herencias vacantes, tal como fuera designada por Vélez Sársfield en los arts. 3588 y 3589 CC, pero actualiza la disposición en base al art. 49 de la Ley italiana de Derecho Internacional Privado, la cual expresa:

"Cuando la ley aplicable a la sucesión, en el caso de que no haya herederos, no atribuye la sucesión al Estado, los bienes sucesorales ubicados en Italia pasan a ser propiedad del Estado italiano".

La norma comprende aquellos casos donde a falta de parientes para heredar o porque el testamento no es válido por algún vicio que contenga, se carezca de herederos de la sucesión. Debe tratarse de una sucesión internacional, que se presenta cuando existe un patrimonio disperso en diferentes Estados o deudores o herederos domiciliados en el extranjero. Además de tratarse de una sucesión internacional, tiene que resultar aplicable el derecho extranjero y que la solución que de él se extraiga no le atribuya la sucesión al Estado argentino. Frente a esas condiciones, la norma dispone imperativamente que los bienes relictos pasen a ser propiedad del Estado en base a un interés social y por ello impone la solución territorial.

La disposición brinda una respuesta frente al título que el Estado extranjero utilice para pretender adquirir la sucesión vacante, de allí que se trata de un problema de calificaciones. La pregunta es si el título responde al ejercicio de imperio del Estado del lugar de situación de los bienes, o se trata de una cuestión del derecho sucesorio. La norma en análisis realiza una calificación autónoma y ubica los bienes en una norma territorial, en beneficio social, por estar carentes de herederos e interviene con una norma imperativa aplicable para el régimen sucesorio general. La finalidad es no establecer diferencias con sucesiones nacionales. El art. 2424 CCyC cuando establece

que a falta de herederos, con referencia a parientes o cónyuge, los bienes corresponden al Estado, fija una función social que desempeñan los bienes relictos en beneficio de la comunidad. (Código Civil y Comercial de la Nación comentado, SAIJ).

El Código Civil derogado no contaba con una disposición específica en la materia.

Sin embargo, el art. 2342, CC, inc. 3°, declaraba que son bienes privados del Estado general o de las provincias los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones del Código Civil. Se trata de bienes de dominio privado del Estado porque éste los posee como persona jurídica y ejerce sobre ellos un verdadero derecho de propiedad, aunque destinado a servir mediata o inmediatamente a la sociedad.

Vélez no destinó ningún artículo en relación con las llamadas herencias vacantes y el derecho internacional privado. Tampoco lo hizo la fuente convencional vigente en la República Argentina.

El CCC ha incluido una regla especial para el caso de las herencias vacantes en el art. 2648. Tal como exponen los redactores del Anteproyecto, en el supuesto excepcional de ausencia de herederos en caso de sucesión regida por un derecho extranjero, se ha introducido una norma inspirada en la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado, que trata los derechos del Estado nacional o provincial del lugar de ubicación de los bienes relictos. Al efecto, la nueva regla indica que en el caso de que el derecho aplicable a la sucesión, en ausencia de herederos, no atribuya la sucesión al Estado del lugar de situación de los bienes, los bienes relictos ubicados en la Argentina, pasan a ser propiedad del Estado argentino, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de la provincia donde estén situados. (Scotti).

4.4 En los tratados internacionales

Ya se han mencionado los artículos del Tratado de Montevideo de 1889 en 2.1, en cuanto al Tratado de Montevideo, que mantiene el sistema de pluralidad y gran parte del articulado anterior, introduce dos importantes modificaciones que atenúan su rigorismo.

En el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 se dispone que la ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la

persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento. Esto no obstante, el testamento otorgado por acto público con cualquiera de los Estados contratantes será admitido en todos los demás (art. 44).

El Tratado de 1940 contiene idéntica disposición salvo en cuanto no exige "acto público", sino testamento abierto o cerrado otorgado por acto solemne.

El art. 45 establece que ley de la situación rige:

a) La capacidad de la persona para testar;

b) La del heredero o legatario para suceder;

c) La validez y efectos del testamento;

d) Los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite;

e) La existencia y proporción de las legítimas;

f) La existencia y monto de los bienes reservables;

g) En suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria.

El mismo artículo del Tratado de 1940 sólo excluye de la aplicación de la lex de la situación a la capacidad de la persona para testar, de forma que la capacidad de la persona para testar que se encontraba sujeta a la ley del lugar de situación de los bienes queda sometida al principio general establecido en los tratados en materia de capacidad, es decir, a la ley del domicilio.

En materia de jurisdicción, los Tratados de Montevideo disponen que los juicios a que dé lugar la sucesión por causa de muerte se seguirán ante los jueces de los lugares en donde se hallen situados los bienes hereditarios (arts. 66, TM 1889, y 63, TM 1940).

Como se ve, los Tratados de Montevideo siguen el sistema absoluto del fraccionamiento. La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate rige:

-La forma del testamento.

-La capacidad del heredero o legatario para suceder (excluido en TM40).

-La validez y efectos del testamento.

-Los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite.

-La existencia y proporción de las legítimas.

-La existencia y el monto de los bienes reservables.

En definitiva, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria.

Sin embargo, hay varias consideraciones que los acercan a la unidad.

Expone Goldschmidt las siguientes:

> -En cuanto a la *forma. "Q*uien haga un testamento abierto o cerrado por acto solemne puede morir tranquilo; su testamento se reconocerá en todos los Estados participantes (arts. 44 de ambos Trats.)".
>
> -En materia de *deudas.* Si bien es cierto que los Tratados intentan aplicar el principio de fraccionamiento también a las deudas, los créditos con garantía real pueden, al parecer, realizarse sólo en el país donde la garantía real se encuentra; si en aquél no hubiese bienes suficientes, el acreedor queda insatisfecho (1940: art. 48, segundo párrafo). También otros créditos deben realizarse preferentemente en el país de su cumplimiento; pero si en este último ellos no hallan satisfacción pueden cobrar su saldo proporcionalmente en otros países, con tal que quede un superávit después de la satisfacción de los acreedores locales (arts. 46 y 47 de ambos Trats.). El análogo procedimiento se observa si en el país del cumplimiento no hubiese bienes de ninguna especie (arts. 48 de ambos Trats.). Mas no es menos cierto que el aparente "fraccionamiento" de las deudas no tiene parangón con el fraccionamiento de la herencia. El fraccionamiento de la herencia en el Derecho Civil significa su partición real entre diversos herederos. El fraccionamiento en el DIPr. alude a la multiplicidad de Derechos que indican a los herederos de una sola herencia según la situación de los bienes relictos. Lo que, en cambio, se podría denominar "fraccionamiento" de las deudas, constituye su

división aritmética en proporción al valor de los bienes relictos en cada uno de los países. Esta división no afecta para nada la unidad jurídica de la deuda. El acreedor conserva su crédito con respecto a una pluralidad de deudores que en cada país responden solidariamente por aquella proporción del monto total que corresponde al valor de los bienes relictos sitos dentro del país. Sólo con respecto a la deuda con garantía real (1940: art. 48, segundo párrafo) encontramos un fraccionamiento auténtico".

-Con respecto a los *legados. "*Los legados de bienes determinados por su género, y que no tuvieren lugar designado para su pago, se rigen por la ley del lugar del domicilio del testador al tiempo de su muerte; se harán efectivos sobre los bienes que deje en dicho domicilio y, en defecto de ellos o por su saldo; se pagarán proporcionalmente de todos los demás bienes' del causante (arts. 49 de ambos Trats.)".

-Con respecto a la colación. La obligación de colacionar se rige la ley de la sucesión de la cual ese bien depende; cuando consista en alguna suma dé dinero, se repartirá entre todas las sucesiones a que concurra el heredero que deba la colación proporcionalmente a su haber en cada una de ellas (arts. 50 de ambos Trats.)".

5 Capítulo V:

"Derecho de preferencia en Argentina, art. 3470 C.C."

Sumario: 5.1 Conceptos. 5.2 Doctrina. 5.3 Jurisprudencia. 5.4 Otras excepciones a la ley que rige la sucesión.

5.1 Conceptos

El artículo 3470 del Código civil de Vélez Sársfield dispone: “En caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en el Estado, éstos últimos tomarán de los bienes situados en la República, una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero de que ellos fueren excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes o costumbres locales”.

Vélez toma como fuente de este artículo, según su propia nota a “La ley de Francia del 14 de julio de 1819”, ya comentada en la parte histórica de este trabajo. Además menciona “Sobre las razones y conceptos del artículo, véase Aubry y Rau. Párrafo 592”.

Esto supone la adopción del “derecho de preferencia”, que se desprende del derecho francés, el cuál tenía como objetivo combatir el derecho feudal de la aubana, o sea, el derecho del señor feudal a apropiarse de las herencias de extranjeros o de las herencias, en la medida en la cual herederos extranjeros tendrían derecho a suceder.

Tiene un espíritu de protección a la población del país, en su origen contra privilegios y resabios feudales que pudiesen existir en las legislaciones extranjeras (Zannoni) que dejen sin la herencia correspondiente a los parientes próximos del causante, tendiendo este artículo a reparar tal injusticia. (Segovia)

Establece un derecho de compensación o nivelación igualitaria a través de la partición de bienes existentes en el país y en favor de herederos argentinos o extranjeros con domicilio en la Argentina. (Zannoni)

La norma, como se ve, contenía un criterio territorialista, que busca evitar el posible perjuicio a los herederos argentinos o extranjeros domiciliados en Argentina, cuando las leyes extranjeras los priven de bienes hereditarios. Los autores que sostienen la teoría de la unidad aceptan unánimemente esta excepción. (Perez Lasala)

Este artículo protege al heredero domiciliado en el país para que perciba lo que la ley argentina le habría otorgado si se hubiera aplicado ella en la sucesión. Autoriza, entonces, a compensar sobre los bienes hereditarios ubicados en el país, el menoscabo patrimonial que sufre el heredero domiciliado en la república ante la aplicación de la ley extranjera, que lo excluye de los situados fuera del país, concediéndole una porción igual al valor de los bienes situados en el extranjero de los que fueron privados.

Legitimados: Se encuentra habilitado para pedir la compensación el heredero que recibe una porción menor a su porción legítima, con motivo de haber sido excluido por aplicación de la ley extranjera en todo o en parte de los bienes sucesorios. (Cifuentes)

La disposición se aplica tanto a la sucesión ab intestato como la testamentaria (Goldschmidt, Segovia)

Una parte de la doctrina interpreta que con el artículo 3470 se introduce el denominado derecho de retorsión, y que la intención del codificador fue reforzar el principio de unidad establecido por los artículos 3283 y 3612 del mismo cuerpo legal. Se afirma que el artículo 3470 contiene el principio conocido en el área del derecho internacional como es la retorsión y su antecedente legislativo se encuentra en la ley francesa del 14 de julio de 1819 sancionada para aplicarlo con relación al derecho inglés. Quiere decir que el precepto no sienta el principio de la pluralidad sino una excepción para el supuesto en que la ley extranjera discrimine, excluyendo a los argentinos de la herencia, por ser de esta nacionalidad o, siendo extranjeros por encontrarse domiciliados en la República Argentina.

En otra posición se encuentran quienes sostienen que el artículo 3470 traslada a la Argentina el droit de prélèvement (derecho a llevarse algo con preferencia, derecho a descontar, derecho a deducir), que supone una razonable aplicación del principio de la reciprocidad y es totalmente independiente de la lucha entre el sistema de unidad y el de fraccionamiento. Actúa si se disminuye la cuota sucesoria de un argentino o de una persona domiciliada en la Argentina, en un país extranjero por esta su calidad (o sea, por ser argentino en especial o por ser extranjero o por estar domiciliada en la Argentina en especial o en el extranjero en general), y por tal razón el pospuesto será indemnizado en la Argentina con los fondos de los bienes sucesorios sitos en el país y propiedad de otros herederos o legatarios. También que el artículo debe reconducirse a su función histórica, que es la que tuvo la ley francesa de 1819: contener una retorsión contra derecho extranjero xenófobo". (Goldschmidt).

Si se comparan la ley argentina con la ley francesa que le sirvió de fuente de inspiración al legislador argentino, se advierte que en el texto del artículo 3470 del Código Civil se amplía la protección, ya que se la concede no solamente a los argentinos sino también a

los extranjeros domiciliados en territorio de la República Argentina.

La protección abarca a los domiciliados en la República Argentina, sean nacionales o extranjeros, tutelándolos contra las discriminaciones, exclusiones, disminuciones que pudieren padecer en virtud de leyes extranjeras, en tanto habitante permanente de este país. Es decir, la protección establecida por el artículo 3470 podrá hacerse valer en tanto el domicilio se encuentre en nuestro país, siendo indiferente la nacionalidad del peticionario. Esta posición, en cambio, no es la compartida por comentaristas como Machado y Segovia quienes entienden que dan derecho a reclamar el beneficio acordado al argentino por el hecho de serlo, aunque se encuentre domiciliado en el extranjero.

La protección establecida al heredero legitimario por nuestro artículo 3470 tiene lugar, ya sea cuando la ley extranjera o las costumbres locales del país extranjero, o bien por disposición del propio testador, se excluyan total o parcialmente a los argentinos y extranjeros domiciliados en la Argentina, interpretación que se apoya en el propio texto del precepto cuando el mismo artículo añade "por cualquier título que sea".

En cuando a la interpretación del artículo cuando se refiere a los "bienes situados en la República", se entiende que quedan incluidos la totalidad de los bienes cualquiera sea su naturaleza con tal que se encuentren en el país, no solo los inmuebles, ya que el mismo no hace distinción alguna. En tal sentido, la doctrina dijo:

"Cuando por aplicación del artículo 3283, los herederos domiciliados en el país, sean nacionales o extranjeros, son excluidos del derecho a la sucesión, o ven disminuidas, por cualquier título que sea, las porciones que les corresponderían de acuerdo a la ley argentina, ésta, velando por la integridad de su derecho sucesorio, les acuerda la facultad de iniciar un nuevo juicio en el país, a fin de tomar de los bienes del causante situados en la República, una porción igual a aquella de que fueron privados en el juicio abierto en el extranjero. Tratándose de un precepto legal instituido con fines de protección e inspirado en el deseo de compensar a los argentinos o extranjeros los perjuicios derivados de una ley extranjera, contraria a los principios de igualdad que el Código ha consagrado, el artículo 3470, al hablar de los bienes situados en la República no hace distinción alguna entre los muebles e inmuebles, le basta que se encuentren en ella el día de la apertura de la sucesión, lo que prueba, que no es el régimen de los bienes inmuebles el que determina la pluralidad de juicios sucesorios, en las dos únicas

excepciones a la unidad, sino las consideraciones de orden público en que reposa la legítima en nuestro derecho”. (Argüas)

Para hacer efectiva la protección, quienes tengan derecho a invocarla, deberán abrir una sucesión en la República Argentina con el fin de tomar de los bienes situados en nuestro país la porción de la que fueren privados en el extranjero. De este modo, se formará una única masa de bienes, los situados en nuestro país y en el extranjero, y se calculará sobre esa masa la porción que habrá de ser tomada por los beneficiarios.

5.2 Doctrina

La doctrina ha utilizado este artículo para fundamentar sus posiciones en la ardua discusión entre la pluralidad y la unidad. En cuanto a función del artículo en sí, opinaron que es una aplicación razonable del principio de reciprocidad (Goldschmidt) y que su uso es justificable como compensación (Boggiano).

La labor más importante de la doctrina fue sobre la interpretación del texto del artículo, sobre todo en cuanto su amplitud de protección, tanto en la discusión sobre si recepta los bienes en general o solo los bienes inmuebles, como sobre quiénes son los sujetos amparados por el artículo.

En este sentido, sobre las condiciones de aplicación de la norma, se dijo:

-Que supone la concurrencia de herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en la República. Sin embargo, jurisprudencialmente se ha resuelto que "procede aplicar el art. 3470 para restablecer la igualdad de todos los hijos del causante, domiciliados en el país, cuando uno de ellos fue desheredado por una causa no consagrada en la ley argentina, mediante un testamento otorgado en el extranjero de acuerdo a la ley del otorgamiento donde se encontraba domiciliada la testadora". La misma solución habría correspondido aplicando al caso el art. 3286 en cuanto la capacidad para suceder es regida por la ley del domicilio de la persona al tiempo de la muerte del autor de la sucesión.

-Que el art. 3470 protege a los herederos argentinos en todo caso, estén o no domiciliados en el país, y a los extranjeros aquí domiciliados, estableciendo un régimen de igualdad en razón de la excepción o limitación al principio de la unidad de la

sucesión que persigue la rectificación de una partición que vulnera la igualdad de los herederos argentinos o extranjeros radicados en el país. Y, como es lógico, no corresponde en el caso efectuar la distinción de bienes: todos los que se encuentren en el país, el art. 3470 no distingue aquí, estarán sujetos a esa partición. (Zannoni)

Sobre la discusión entre la unidad y la pluralidad, una parte de la doctrina ha recurrido a este artículo para fundamentar su posición a favor de la pluralidad. Los defensores del sistema de la unidad, sin embargo, la consideran como una excepción a la ley que rige la sucesión, (Borda, Zanonni), y que por tanto no sienta el principio de la pluralidad. (Feldstein).

Boggiano ha considerado lo siguiente:

> -"Si el juez argentino debe conceder en la Argentina el derecho de retorsión en favor de argentinos o domiciliados en el país, sólo puede hacerlo apreciando el derecho extranjero discriminatorio y excluyente del lugar en que estén los bienes foráneos. Con prescindencia del lugar del último domicilio del causante, el juez argentino puede tener en cuenta al D.I.Pr. de los países en que haya bienes relictos, precisamente a fin de establecer si un derecho extranjero aplicable a la transmisión sucesoria de esos bienes da lugar a la aplicación de esta artículo. La consideración de aquel derecho extranjero es un presupuesto lógico de la aplicabilidad de esta norma".
>
> -"Ante un derecho extranjero no discriminatorio, aparece esta la norma como inaplicable. Pero también es evidente que su aplicabilidad depende del conocimiento de aquellas "leyes o costumbres locales" (art. 3470, Cód. Civ.) que el juez argentino tendrá que apreciar, aunque sólo sea como un hecho".
>
> -"El heredero, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, que no haya podido obtener en el extranjero la parte que le otorga la ley que rige la herencia, aunque sea extranjera, puede reclamar una preferencia compensatoria sobre los bienes sitos en la Argentina".
>
> -"La supresión de esta norma, no obstaría al debido control de la forma en que son respetados, en el extranjero, los derechos hereditarios de las

> partes según los principios de orden público argentinos. El art. 3470 permite tomar en cuenta las soluciones que se daría a la herencia multinacional en las diversas jurisdicciones en las que hubiese bienes relictos, con el propósito de medir la efectividad de nuestras decisiones y, eventualmente, de dotarlas del máximo grado de eficacia razonable en jurisdicción argentina sobre el patrimonio aquí localizado. El art. 3470 tiene la estructura de una norma material de D.I.Pr. que los beneficiarios pueden no hacer valer y a cuyos derechos pueden renunciar. Las normas de conflicto funcionarían plenamente, y esta norma, tan sólo como una norma material de compensación, también renunciable por las partes beneficiadas. No se trata de una norma de policía de D.I.Pr. Argentino".

5.3 JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia argentina ha tomado en los casos donde interviene el art. 3470 las siguientes decisiones:

- Aplica el art. 3470 también a herencias testamentarias. s. del 22/VI/1925, C.C. 2a Cap. (en "J.A.", t. 16, p. 189)

- El art. 3470 constituye una excepción al principio de la unidad y que se aplica entre argentinos domiciliados. s. del 23/IV/1929, de la Suprema Corte de Buenos Aires ("JA.", t. 29, p. 56S) y s. del 30/111/1936, de la C.C. 2a Cap. ("JA.", t. 53, p. 761)

-Para la aplicación del artículo 3470 del Código Civil, es indispensable la concurrencia de herederos extranjeros y argentinos o extranjeros domiciliados en el país. Cámara Civil 2a., octubre 29 de 1943, "Polito, Francisco, sucesión"

-Admite que el heredero argentino, aun el no domiciliado en la Argentina, pueda invocar el art. 3470.

La Cámara Civil de la Capital Federal aplicó este artículo con relación al heredero argentino domiciliado en el extranjero cuya legítima se encontraba afectada. El juez de primera instancia, el fiscal y el representante escolar consideraron, en cambio, inaplicable el artículo, porque el heredero nacional o extranjero se debe domiciliar en el país para invocar su aplicación. Cámara Civil 1a., octubre 5 de 1937, 'Frost, James

Dudley'; LL, 8-285.

En un pronunciamiento posterior la Cámara Civil decidió que el art 3470 solo se aplica para amparar la legítima de los herederos radicados en el país. Cam. Civ. 2, cap 29/10/1943, Costa Jaime J. Sucesión, LL, 32-614

-El valor de la moneda extranjera a los fines del art. 3470, deberá calcularse con miras a la fecha de la aprobación judicial de la cuenta particionaria en nuestro país, y no la de la adjudicación en el extranjero. V. s. del 25/VII/ 19.50, Cám. 2a Civ. y Com. de La Plata, en "J.A.", 1951-1, p. 409,

-Declara el art. 3470, C.C, aplicable a la sucesión ab intestato para lograr la igualdad de los herederos, y lo excluye cara la liquidación de régimen de bienes. La s. ce! 27/VI/1S41, Cám. Civ. Cap. Ia (en "La Ley", t. 26, ps. 3S y ss.)

- La disposición del artículo 3470 del Código Civil, que establece que en caso de división de una sucesión entre herederos o extranjeros y argentinos, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República una porción igual al valor de los situados en el extranjero de que ellos fuesen excluidos, debe entenderse tanto respecto a los bienes inmuebles como muebles, y en el caso se trataba de una cantidad de dinero depositada en un banco en el país. Cam. Civ 22/6/1925. Jurisprudencia Argentina, tomo 16, pp. 189 y ss. Echarte de Caillava

5.4 Otras excepciones a la ley que rige a la sucesión

En cuanto al sistema seguido por el Código Civil de Vélez Sársfield, teniendo en cuenta la opinión de la doctrina que consideraba establecido el sistema de unidad sobre la base de la ley del domicilio del causante, estaba sujeto el mismo a distintas excepciones. *Borda*

1) Los inmuebles. Art 10.

2) Los bienes muebles que tienen una situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, que se rigen también por la ley territorial (art.11).

3) La legítima, protegida por el art. 3470.

En el actual Código Civil y Comercial de la Nación, también se sigue el sistema de la unidad, ya que el art. 2644 declara que la sucesión se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Aunque también tiene sus excepciones, han cambiado con respecto a las del código anterior.

Los inmuebles encuentran su excepción en el mismo art. 2644: "Respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino".

No contiene un artículo como art. 11 del Código Civil de Vélez que haga lo mismo por los bienes muebles.

Para analizar la parte in fine del artículo 2644, cuando refiere que en cuanto a la ley aplicable los bienes inmuebles situados en el país son regidos por el derecho argentino, en necesario preguntarse qué sucede cuando las legítimas son violadas a través de gravámenes impuestos por el testador, a través de disposiciones testamentarias que no cubren la legítima de alguno de los legitimarios o como consecuencia de donaciones inoficiosas.

Perez Lasala expone el siguiente ejemplo:

> "Un testador inglés, con domicilio en Inglaterra, donde existe la libertad de testar, disponen el testamento de todos sus bienes a favor de un hijo, no dejándoles nada a los otros dos hijos. Entre sus bienes está una estancia en la Provincia de Buenos Aires. Los hijos o alguno de ellos tendrán que iniciar el juicio sucesorio, respecto del inmueble situado en Argentina, Los dos hijos a quienes el testador inglés no les dejó nada, podrían iniciar la acción de reducción sobre la estancia, para salvar sus legítimas. Obviamente para ello tendrán que probar ante el juez argentino la muerte del causante, el caudal hereditario y el monto faltante de su legítima".

De acuerdo con el ejemplo, los dos hijos pueden ejercer la acción de reducción sobre el inmueble, hasta cubrir el monto de sus legítimas violadas, porque hay un inmueble en nuestro país al que hay aplicar la ley argentina. Pero si el causante, en vez de dejar una estancia, deja bienes como ganado, pese a haberse violado las legítimas, no se puede ejercer la acción de reducción contra el ganado, porque ese ganado es una cosa mueble, al no ser inmuebles, rige la ley del último domicilio del causante, que no es la argentina,

si no la inglesa.

En los Tratados de Montevideo, que como se dijo adoptan el sistema del fraccionamiento, también tienen sus excepciones, donde siguen el sistema de la unidad.

Estas son:

1) La forma del testamento.

En el TM89 es por acto público y el TM40 por acto solemne. En cualquiera de los Estados contratantes será admitido por los demás.

2) Las deudas y los legados.

Se pagan en el último domicilio del causante con bienes existentes en ese territorio y si son insuficientes, los acreedores pueden ir contra otros bienes en el exterior

3) La colación.

Se rige por la ley de la sucesión en que ha sido exigida la colación.

6. Capítulo VI:

"Derecho de compensación como excepción a la ley que rige la sucesión"

Sumario: *6.1 Sistema actual respecto a la ley que rige la sucesión. 6.2 Compatibilidad del art. 3470 con la nueva legislación 6.3 Necesidad de su incorporación. 6.4 Condiciones de su aplicación. 6.5 Modificación*

6.1 Sistema actual respecto a la ley que rige la sucesión.

Con la redacción actual del código se adopta el sistema de unidad, con la excepción del supuesto de los bienes inmuebles situados en la República, a los que se les aplica el derecho argentina.

A diferencia del código anterior, éste diferencia los bienes inmuebles de los bienes muebles del causante, siendo estos últimos regidos por la ley del último domicilio del causante, ya que no quedan incluidos en la excepción del art. 2466.

En estas condiciones, también puede ser llamado sistema de unidad atenuado o mixto. En este sistema, como se vio, los inmuebles del causante quedan siempre regidos por la ley de la situación del bien (lex rei sitae), como declara el art. 2466 in fine, mientras que los demás bienes se regirán por la ley del último domicilio del causante.

6.2 Compatibilidad del art. 3470 con la nueva legislación

El nuevo código declara como regla que la sucesión se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento y dispone ya de una excepción en este sentido, la del supuesto de los inmuebles situados en la república, puede considerarse no solo que el artículo 3470 del Código Civil de Vélez no atenta contra la actual redacción, sino que continúa en el mismo espíritu de protección a los sucesores nacionales.

6.3 Necesidad de su aplicación

Considerando como aplicable el art. 3470 a la sucesión testamentaria, como lo ha hecho la doctrina y la jurisprudencia mientras este artículo mantenía su vigencia (Capítulo 5), es necesario analizar el derecho comparado para observar en qué circunstancias se utilizaría.

Por ejemplo, existe el sistema de *libertad de testar*

En él, no se requiere respetar ninguna porción legítima y se puede disponer de los bienes libremente, tanto por actos entre vivos como mortis causa. Es “casi absoluta” solo está excepción cuando el acervo hereditario lo permita, de que se requiera una

suerte de alimento para subsistencia.

Este sistema lo utiliza Inglaterra, la mayoría de los estados de EEUU, Nicaragua, Honduras, El Salvador. Los países que receptan el common low.

Teniendo en cuenta ésto, puede darse el caso de que un testador con último domicilio en Inglaterra no deje ningún bien a sus sucesores argentinos, suponiendo que todos sus bienes estén fuera de la república, ya que entonces no entran dentro de la excepción del art. 2466. Por supuesto que podrá haber una afectación al orden público internacional o, según el caso, existir fraude a la ley, pero se relega a estos institutos una solución que podría estar claramente protegida en la normativa del Código Civil y Comercial.

También puede darse una situación similar en el sistema del derecho español. Es un sistema de legítima hereditaria fija, de porción fija, con derecho a mejorar en forma propia en favor de los descendientes: Prevé la masa hereditaria en 3 partes:

1/3 es de porción disponible, con eso se pueden realizar las liberalidades que el causante quiera. De los 2/3 que queda, la mitad (1/3) puede ser utilizado para realizar mejoras en favor de los descendientes y a esto se lo llama mejora propia.

Tenemos 3/3, 1/3 es de porción disponible, 2/3 es de porción legítima (“larga”). La porción disponible al descendiente es una mejora “impropia” porque sale del 1/3 de la disponible. Si la mitad de esa legítima larga 2/3 con 1/3 puede mejorar solamente a descendientes, esta mejora que sale de la legítima, se llama mejora propia.

Cuánta libertad testamentaria otorga? Se puede dividir a herencia entre 2 descendientes y mejorar con la mayor porción a uno de ellos, se puede dar el 1/3 de la disponible, más el1/3 de la mejora propia y queda 1/3 para dividir entre dos (1/6).

Retomando el caso anterior, el testador puede destinar 5/6 de su herencia a un descendiente y 1/6 al otro, y nuevamente sigue sin estar protegido.

6.4 Condiciones para su aplicación

Habiendo visto que su incorporación al actual Código Civil y Comercial tiene utilidad, considerando la discusión planteada por la doctrina que se ha visto en este trabajo, puede deducirse que son necesarias modificaciones, o al menos una redacción más clara

que supere las diferencias que se han visto. Las preguntas que surgen son:

a-Si aplica tanto a la sucesión ab instestato como a la testamentaria.

b-Si es indispensable la concurrencia de herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en la República.

c-Si recepta solo los bienes inmuebles o también los bienes muebles.

d-Si protege a los herederos argentinos en todo caso, estén o no domiciliados en el país.

a-Se aplica tanto a la sucesión ab instestato como a la testamentaria.

Al respecto, dice Goldschmidt:

> "...se trata de una emanación del principio de retorsión: Si se disminuyere la cuota sucesoria de un argentino o de una persona domiciliada en la Argentina, en un país extranjero por esta su calidad (o sea, por ser argentino en especial o por ser extranjero: o por estar domiciliada en la Argentina en especial o en el extranjero en general'!, el pospuesto será indemnizado en la Argentina con los fondos de los bienes sucesorios sitos en el país y propiedad de otros herederos o legatarios .La disposición se aplica tanto a la sucesión ab intestato como a la sucesión testamentaria…"

El mismo autor comenta:

> "Con respecto al art. 3470, destacamos la s. del 22/VI/1925, C.C. 2a Cap. (en "J.A.", t. 16, p. 189), que aplica el art. 3470 también a herencias testamentarias"

b- Debe haber concurrencia entre herederos extranjeros y argentinos.

Zannoni dice:

> “En cuanto a las condiciones de aplicación de la norma, hay que tener presente que ella supone la concurrencia de herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en la República".

El mismo autor dice:

> “El art. 3470 protege a los herederos argentinos en todo caso, estén o no domiciliados en el país, y a los extranjeros aquí domiciliados, estableciendo un régimen de igualdad en razón de la excepción o limitación al principio de la unidad de la sucesión que persigue la rectificación de una partición que vulnera la igualdad de los herederos argentinos o extranjeros radicados en el país”

c- El artículo con incluir los bienes comprende todos ellos, no solo los inmuebles.

Feldstein dice:

> “En cuando a la interpretación del artículo cuando se refiere a los “bienes situados en la República”, se entiende que quedan incluidos la totalidad de los bienes cualquiera sea su naturaleza con tal que se encuentren en el país, no solo los inmuebles, ya que el mismo no hace distinción alguna”.

En el fallo Echarte de Caillava, la Cámara Civil dice:

> “La disposición del artículo 3470 del Código Civil, que establece que en caso de división de una sucesión entre herederos o extranjeros y argentinos, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República una porción igual al valor de los situados en el extranjero de que ellos fuesen excluidos, debe entenderse tanto respecto a los bienes inmuebles como muebles, y en el caso se trataba de una cantidad de dinero depositada en un banco en el país”. Cam. Civ 22/6/1925. Jurisprudencia Argentina, tomo 16, pp. 189 y ss Echarte de Caillava

Zannoni dice:

> “Y, como es lógico, no corresponde en el caso efectuar la distinción de bienes: Todos los que se encuentren en el país -el art. 3470 no distingue

> aquí- estarán sujetos a esa partición".

d- Protege a los argentinos en todo caso, estén o no domiciliados en el país.

Zannoni dice:

> "El art. 3470 protege a los herederos argentinos en todo caso, estén o no domiciliados en el país, y a los extranjeros aquí domiciliados, estableciendo un régimen de igualdad en razón de la excepción o limitación al principio de la unidad de la sucesión que persigue la rectificación de una partición que vulnera la igualdad de los herederos argentinos o extranjeros radicados en el país".

Además, en el caso "Frost, James Dudley" se admite que el heredero argentino, aun el no domiciliado en la Argentina, pueda invocar el art. 3470.

e- La mejor solución es aplicar este derecho cuando resulte la ley extranjera afecte la legítima, que en Argentina es una disposición de orden público internacional.

Al respecto, Soto enseña:

> "El principio que subyace a la disposición de la legítima forzosa en nuestro ordenamiento normativo es el de proteger a a los herederos forzosos, de manera que si un derecho extranjero desconoce tal legítima o le otorga al heredero forzoso una porción del 50% sería violatorio del orden público internacional argentino, pero no si no coincide exactamente con la disposición de nuestro ordenamiento jurídico".

Segovia también trata el tema y comenta:

> "Solo cuando la ley extranjera fuese tan injusta que dejase sin herencia a próximos parientes del testador, se justificaría la restricción al imperio de la ley del domicilio del testador, mediante la sanción de disposiciones que, como las del art.3470 del Código Civil argentino, tienden a reparar la injusticia y proteger a las personas domiciliadas en el territorio nacional".

6.5 Modificaciones

Como se mencionó en el punto anterior, la redacción “bienes situados en la República Argentina” no requiere modificación ya que si la ley no hace una distinción, es claro que involucra tanto a los bienes muebles como a los inmuebles.

Sí debe quitarse la posibilidad de que los extranjeros con domicilio en Argentina puedan invocar este derecho. Si se conserva, los sucesores extranjeros pueden constituir domicilio en Argentina con el solo objeto de verse beneficiados por este artículo, lo que constituye claramente un fraude a la ley.

Conclusiones

Habiendo estudiado con amplitud la temática de la ley que rige la sucesión y sus excepciones, llego a las siguientes conclusiones:

-Que si bien el Código mejora estructuralmente el orden de sus disposiciones y la congruencia de las mismas, abandona preceptos que son útiles actualmente para la sociedad argentina en este tema particular.

-Que la decisión desestimar por completo la protección del art. 3470 del Código de Vélez Sársfield no es acertada. Si bien por su redacción, su alcance y su posición en el debate doctrinario era criticado, la mayoría de los autores coincidían en la utilidad de conservarlo.

-Que es factible su reincorporación en el Código Civil y Comercial de la Nación, están dadas las condiciones para ello y no contraría el resto de las disposiciones del Código.

-Que debe quitarse la posibilidad de que los extranjeros con domicilio en Argentina puedan invocar este derecho.

Referencias bibliográficas:

-Argüas, M.; Lazcano, C.A. (1926) ,Tratado de Derecho Internacional Privado. El Ateneo. Buenos Aires.

-Boggiano, A. (2000) Curso de Derecho Internacional Privado. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

-Borda, G. A(1970) Tratado de Derecho Civil argentino, Sucesiones, tomo I. Editorial Perrot. Buenos Aires.

-Cifuentes, E.S. (2008) Código Civil comentado y anotado, tomo V. La Ley. Buenos Aires.

-Feldstein de Cárdenas, S. L. (2000) Derecho Internacional Privado, parte especial. Editorial Universidad. Buenos Aires.

-Goldshmidt, W. (1990) Derecho Internacional Privado. Depalma. Buenos Aires.

-Pérez Lasala, J.L. (2014) Tratado de Sucesiones, Tomo I. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe.

-Romero del Prado (1961) Derecho Internacional Privado. Assandri. Córdoba.

-Savingy, F. K. (1879) Sistema del Derecho Romano actual. Tomo 8. F. Góngora. Madrid.

-Scotti, L.B. (2017) Manual de Derecho Internacional Privado. La ley. Buenos Aires.

-Segovia, L. (1889) El Congreso Sud – Americano de Montevideo. Mariano Moreno. Buenos Aires.

-Soto, M.A. (2009) Temas estructurales del Derecho Internacional Privado. Estudio. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

-Zannoni, E.A. (1999) Manual de Derecho de las Sucesiones. Astrea. Buenos Aires.