

TESTAMENTOS. LEGADOS. SUSTITUCIÓN DE HEREDERO. ALBACEA.
DERECHO DE ACRECER

Resumen

Derechos de sustitución y acrecimiento. Gastos de la entrega de la cosa legada. Entrega a los herederos por parte del albacea con tenencia de los bienes que no fueron objeto de legado.

Informe: Civil

Consulta

RELACIÓN DE HECHOS

20.5.2009. La Sra. VOPM, casada con LC, sin asignatarios forzosos, otorga testamento solemne abierto.

En la cláusula segunda instituye como único heredero a su esposo, LC, y para el caso de que este le prefallezca, instituye como herederos en partes iguales a AC, LCER, SR y JC.

En la tercera lega el panteón del cementerio ... número ... a AS, y si esta no quisiera o no pudiera, a sus hijos, L y MB. Si uno de estos no quisiera o no pudiera, acrecerá al otro, y si ambos no quisieran o no pudieran, a AC y LC. Si alguno de ellos no quisiera o no pudiera, será sustituido por sus hijos; si alguno de sus hijos no quisiera aceptar, acrecerá al otro, y si ninguno acepta, a CMN.

En la cuarta lega las alhajas que estén en su poder en su domicilio a AS, LCA, GG, MNC, RN y CMN, y si alguno no quisiera o no pudiera aceptar, acrecerá a los demás.

En la cláusula quinta lega a varios y en distintas proporciones —a EM, el 15%; a JS, el 6%; a SC, el 4%; a AS y WS, el 3% a cada uno; a MRN, el 10%; a CM, el 34%; a AI, el 23%, y al instituto ..., el 2%— el producido de la venta de tres inmuebles, el 50% del dinero depositado en bancos y el 50% del producido de la venta de las alhajas depositadas en un cofre. Asimismo, establece que si alguno de los legatarios no quisiera o no pudiera aceptar, será sustituido por sus hijos, y si no existieren tales hijos, acrecerá a los otros legatarios en la proporción establecida.

En la cláusula sexta establece que son de cargo de la herencia los gastos, honorarios e impuestos que demande la entrega de los legados.

Y en la cláusula séptima instituye albacea con tenencia y administración de bienes a la Cra. AS.

La Sra. VOPM fallece viuda (no consta la fecha de su fallecimiento).

CONSULTA Y OPINIÓN DE LA CONSULTANTE

Existen discrepancias entre los herederos y los legatarios respecto de tres puntos:

1. La Sra. SC, legataria, prefalleció a la testadora. Los herederos entienden que el legado acrece a ellos, y la escribana consultante, que, en virtud de la voluntad de la testadora, sus hijos la sustituyen.
2. En cuanto a los gastos que demande la entrega de los legados —tasación de los inmuebles, impuestos que graven las compraventas, comisiones de inmobiliarias—, los herederos entienden que no les corresponde asumirlos, y la consultante, que, en virtud de lo establecido en la cláusula sexta del testamento y en el artículo 939, inciso 3.º del Código Civil, corresponde pagarlos a los herederos.
3. El albacea, que tiene la tenencia y administración de los bienes de la sucesión, ¿puede entregar la administración y ocupación de los bienes que no son objeto del legado a los herederos antes de que se haya efectivizado la entrega de los legados? Los herederos responden que sí, pero la consultante entiende que primero es preciso pagar las deudas y los legados, y hasta tanto, no pueden entregarse los bienes a los herederos, aunque dichos bienes no hayan sido objeto del legado.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

I. LA SUSTITUCIÓN TESTAMENTARIA

El artículo 858 del Código Civil define la sustitución: «La sustitución de heredero en segundo o ulterior grado, para el caso de que el nombrado en grado anterior no quiera o no pueda aceptar la herencia, es la única sustitución reconocida por la ley». Si bien el mencionado artículo habla de «heredero», el artículo 869 establece que lo dispuesto en esa sección se observará igualmente en los legados.

La sustitución es posible para cualquiera de los casos en que el primer llamado no quiera o no pueda aceptar (premuerte, ausencia, incapacidad, renuncia).

El caso encuadra en las previsiones del artículo 858: la legataria SC no puede aceptar el legado porque prefalleció a la testadora, y la voluntad de esta surge claramente del testamento (si alguno de los legatarios no puede aceptar, será sustituido por sus hijos, y si no existieren tales hijos, acrecerá a los otros legatarios). La pretensión de los herederos de que el legado acrezca a la herencia está expresamente excluida del testamento y no tiene asidero legal alguno.

Más aún, el artículo 864 del Código Civil establece: «El derecho de transmisión excluye al de sustitución, y el de sustitución al de acrecimiento». De todas formas, como se verá, y aunque los bienes legados fueran para los herederos, no se configura respecto de ellos el acrecimiento, por lo menos como se considera ese derecho en el Código Civil.

El derecho de acrecer

Conforme a los artículos 1045 y 1047 del Código Civil, en las sucesiones testamentarias, el derecho de acrecer solo tiene lugar cuando dos o más son llamados por el testador a una misma herencia o a una porción de ella, o a un mismo legado, sin designación especial de partes a cada uno de los llamados.

Respecto de la naturaleza y fundamento del derecho de acrecer, VAZ FERREIRA¹²⁴ nos explica que existen dos principales tendencias doctrinarias:

- La teoría *subjetivista*, que atiende principalmente a la presunta voluntad del testador: el hecho de llamar conjuntamente a dos o más personas a una herencia, cuota de herencia o legado daría base a una presunción legal simple de que el testador ha querido que, a falta de uno de los llamados, su cuota incremente la otra u otras. El testador

124 VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, tomo V, Montevideo: FCU, 1984, pp. 47 y ss.

puede excluir el acrecimiento por voluntad contraria (art. 1050) o extenderlo. Está permitido el acrecimiento aun en caso de haberse instituido herederos o legatarios en partes determinadas.

- La teoría *objetivista* o *de la vocación solidaria*, a la que adhiere VAZ FERREIRA, que entiende que el acrecimiento tiene lugar en los casos en que cada uno de los designados por el testador es llamado a la totalidad de lo que es objeto de la disposición testamentaria: decir «instituyo únicos herederos a B y a C» es lo mismo que decir en una cláusula «instituyo único heredero a B» y en la otra «instituyo único heredero a C». En este caso no se duda de que cada uno es llamado a la totalidad de la herencia, y solo la coexistencia de los dos, la concurrencia sobre el mismo objeto, será lo que, en la imposibilidad de darle a cada uno el todo, haga que si los dos aceptan, recibirá cada uno la mitad.

En cuanto a los presupuestos del derecho de acrecer en la sucesión testamentaria —continúa VAZ FERREIRA—, en nuestro derecho son dos: 1) el llamado en conjunto, o sea, que dos o más sean llamados por el testador a una misma herencia, a un mismo legado o a una misma cuota de la herencia o legado, sin designación especial de partes a cada uno de los llamados, y 2) que alguno de los llamados no quiera o no pueda aceptar, dando así lugar a la vacancia de una cuota.

Pero no ahondaremos en los presupuestos del acrecimiento ni en la infinidad de casos controvertidos porque, en el caso planteado, el derecho de acrecimiento —pactado expresamente por la testadora a favor de los otros legatarios, aunque en uno de los casos fueron designados con porcentajes— entra en conflicto con otro derecho, el de sustitución, que lo excluye (art. 864 CC).

Solo en el caso de que no hubiera operado el derecho de trasmisión y el último de los llamados —sean legatarios designados o hijos de estos— no hubiera podido o querido aceptar el legado, los legados se refundirían en la masa de la herencia, en beneficio de los herederos testamentarios. Y estos heredarían los bienes que habían sido legados, pero no por acrecimiento, sino por la circunstancia de no haber legatarios: «Cuando el legatario no pueda o no quiera aceptar el legado, o este por cualquier otra causa no pueda tener efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y acrecimiento conforme a este código» (art. 943 CC).

Siguiendo siempre a VAZ FERREIRA,¹²⁵ el testador puede disponer cualquier criterio de preferencia en materia de acrecimiento, preferencia que puede ser tácita. En el testamento citado, es la propia redacción lo que induce a admitir que se configuró una institución por grupos con acrecimiento preferencial: una con relación a los herederos y otra con relación a los legatarios; y solo cuando se agotó el grupo de los legatarios, los bienes legados ingresarían a la herencia, en beneficio de los herederos.

125 VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las sucesiones* y tomo cit., p. 51.

Del estudio del testamento en su conjunto podemos inferir que la voluntad de la testadora, en todos los casos, fue que cada legado se redistribuyera entre los propios legatarios o sus sucesores para el caso de que alguno no quisiera o no pudiera aceptar, y solo dejó libre la eventualidad de que los hechos no acaecieran como los previó, o sea, que ninguno aceptara el legado o fallecieran antes que ella, y, en ambos casos, que no dejaran hijos.

Nos explicamos:

- En el legado instituido en la cláusula tercera, solo se beneficiarían los herederos testamentarios si hubiera operado la sustitución a favor de CMN —la última instituida— y esta hubiera fallecido antes que la causante —si hubiera fallecido después, habría operado la transmisión— o hubiera repudiado el legado.
- En el instituido en la cláusula cuarta, solo heredarían si todos los legatarios hubieran fallecido antes que la causante o todos hubieran repudiado el legado, ya que, expresamente, la testadora pactó el acrecimiento entre esos legatarios —en este caso no pactó la sustitución—, acrecimiento que hubiera operado de todas formas, por lo establecido en el artículo 1045 del Código Civil.
- En el instituido en la cláusula quinta, que en forma especial es lo que se pregunta, SC, legataria, prefalleció a la testadora, o sea, no puede aceptar el legado. Ahí, expresamente, la testadora estableció que sería sustituida por sus hijos si los tuviera, y si no existieran tales hijos, acrecería a los otros legatarios. Al decir de la escribana, SC sí tenía hijos: no hay duda de que sus hijos la sustituyen.

Y en términos generales, en esta última cláusula solo los legados se refundirían en la masa de la herencia si todos los legatarios hubieran prefallecido a la causante sin dejar hijos, o hubieran repudiado el legado y no tuvieran hijos.

Pero también heredarían una cuota de lo legado en la siguiente situación. Imaginemos que el legatario del 15 %, EMM, fallece antes que la causante y sin dejar hijos. En ese caso, ese porcentaje acrece a los otros legatarios, conforme al testamento, «en la proporción establecida». Por lo tanto, el 15 % de ese 15 % se refundiría en la masa de la herencia.

II. GASTOS NECESARIOS PARA LA ENTREGA DEL LEGADO

Artículo 939 del Código Civil: «Los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada se mirarán como una parte del mismo legado».

Expresa VAZ FERREIRA¹²⁶ que si bien en algunos casos de jurisprudencia se ha interpretado este artículo en el sentido de que si los gastos forman parte del legado, es de este que deben sacarse, y en consecuencia es el legatario quien debe pagarlos, él entiende, conforme a la doctrina más

126 VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las sucesiones* cit., tomo III, Montevideo: FCU, 1975, p. 124.

recibida, que el artículo 939 no es más que una aplicación a los legados de la regla general para todas las obligaciones contenida en el artículo 1467, conforme al cual los gastos que ocasionare la paga son de cuenta del deudor (en el caso, del heredero gravado por el legado). Al decir que los gastos «se mirarán como una parte del mismo legado», significa que, salvo voluntad contraria del testador, se consideran legados también. En el testamento, más que voluntad contraria, se expresa justamente en concordancia con lo antes establecido: «Son de cargo de la herencia los gastos, honorarios e impuestos que demande la entrega de los legados» (cláusula sexta).

Por «gastos necesarios para la entrega de la cosa legada» debe entenderse todos los necesarios para que el legatario obtenga la cosa en el estado material y jurídico en que el testador entendió legarla.

Por todo ello, toda la documentación que sea precisa otorgar para la entrega del panteón, las alhajas o el dinero son de cargo de los herederos.

Se comparte la opinión de la consultante, que entiende que los honorarios y gastos de la escritura de entrega de legado son de cargo de los herederos; también pueden ser de cargo del legatario si así se estableció en el testamento.¹²⁷

En el caso de la cláusula quinta, no legó el precio, sino el producido de la venta, entendido este como lo que queda del precio una vez pagados los gastos generados por la tasación de los inmuebles, el Impuesto a las Trasmisiones Patrimoniales, el Impuesto a la Renta y las comisiones de inmobiliarias.

III. ENTREGA DE LA ADMINISTRACIÓN Y OCUPACIÓN A LOS HEREDEROS DE LOS BIENES QUE NO SON OBJETO DE LEGADOS POR PARTE DEL ALBACEA CON TENENCIA DE BIENES (ANTES DE PAGAR LOS LEGADOS)

La testadora nombra albacea con tenencia y administración de bienes a AS por el tiempo necesario para su cometido.

Con el nombramiento del albacea, el testador procura, en general, una segura, exacta y diligente ejecución de sus disposiciones.

El artículo 964 del Código Civil define al *albacea o executor testamentario* como aquel a quien el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones.

127 ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO CIVIL, «Entrega de legado. Elección de escribano. Honorarios», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 80, n.º 1-6 (ene.-jun. 1994), p. 169. También COMISIÓN DE DERECHO CIVIL, «Legados», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 81, n.º 7-12 (jul.-dic. 1995), p. 309; AREZO PÍRIZ, Enrique (informante), ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO CIVIL, «Partición», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 84, n.º 1-12 (ene.-dic. 1998), pp. 160-164.

Conforme al artículo 986, el testador puede dar al albacea la tenencia de cualquier parte de los bienes o de todos ellos. Al conferirle la tenencia, ello aumenta las facultades y obligaciones del albacea.

El albacea no adquiere la tenencia con ánimo de dueño, y la ejercita reconociendo en los herederos el dominio y la posesión de los bienes. Por eso, al final del citado artículo se establece que aunque se haya conferido al albacea la tenencia de los bienes, habrá lugar a las disposiciones de los artículos precedentes, que tratan, entre otras cosas, de los derechos que tienen los herederos como tales.

Aunque el testador, como en el caso, le haya encomendado la administración, el albacea con tenencia de bienes no puede realizar otros actos administrativos que los de mera custodia y conservación de los bienes, y los necesarios para el cobro de los créditos y el pago de las deudas hereditarias: tiene las mismas facultades y obligaciones del curador de la herencia yacente (art. 986 CC) y a este le está prohibido realizarlos, ya que le está prohibido realizar todo lo que le está vedado a los tutores y curadores (art. 454 CC). Pero los actos prohibidos a los albaceas con tenencia de bienes serán válidos si, justificada su utilidad o necesidad, los autorizase el juez previamente (art. 455 CC).

Los albaceas deben pagar los legados que no se han impuesto a determinado heredero o legatario (art. 980 CC), y si no se hiciera inmediatamente el pago de las especies legadas y se temiere su pérdida o deterioro por negligencia de los obligados a darlas, podrá exigírseles caución.

Parte de la doctrina entiende que los albaceas a quien el testador ha dado la tenencia de los bienes no están obligados a efectuar el pago de los legados, a dar intervención a los herederos presentes; otra parte entiende que sí, porque los herederos pueden tener interés en impugnar los legados.

En el caso planteado, en que es preciso vender bienes para pagar alguno de los legados por disposición expresa de la testadora, el albacea con tenencia de bienes debe proceder para dicha venta de acuerdo con los herederos o con autorización judicial si mediare oposición de estos.

Los legados instituidos están perfectamente individualizados. El albacea deberá velar por la seguridad de esos bienes (art. 974 CC), pagar los legados de especie cierta y determinada (art. 980 CC), efectuar las gestiones necesarias para proceder a la venta de los inmuebles a los efectos de pagar los legados de dinero y reservar los bienes o el dinero necesarios para pagar los gastos, honorarios e impuestos que demanden el pago de los legados y las deudas conocidas (art. 976 CC).

Si cumplidos estos extremos existieren en la masa otros bienes, no vemos inconveniente en que se entregue la ocupación y administración de estos a los herederos.

Esc. María Beatriz Vázquez
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Américo Bianchi, Alicia Cancela, María Inés Casatroja, María Laura Conde, Gustavo Echa-

varría, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Carlos Groisman, Ana Irabedra, Rossana Ivanier, Florencia Manfredi, María del Rosario Marchese, Francisco Mastropierro, Maximiliano Mauri, Roque Molla, María Alejandra Portillo, María del Pilar Ramírez, Diego Séré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Mario Trobo, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. María Beatriz Vázquez.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional
de la AEU el 11.9.2018, expediente 1910/2018.*