

22639



Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho  
y Ciencias Sociales de Montevideo

Seccion III  
XXII

Dr. JUAN C. NARIO



# DE LA ENTREGA EFECTIVA DE LA HERENCIA



PEÑA & Cia - Impresores  
Treinta y Tres 1478  
Montevideo  
1941

55213

COPIA 1

CATALOGADA AÑO 19 98



REGLAMENTO DE PUBLICACIONES OFICIALES DE LA FA-  
CULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
( 9 DE FEBRERO DE 1931 )

ART. 1.º Las publicaciones oficiales a que se refiere la resolución del Consejo Directivo de fecha 18 de agosto ppdo., son:

- I ) La Revista de la Facultad.
  - II ) Biblioteca de Trabajos Jurídicos y Sociales nacionales agotados.
  - III ) Biblioteca de trabajos premiados, autorizados o prestigiados por la Facultad. ( Tesis. Conferencias estudiantiles. Trabajos de investigación del curso o de Seminarios, etc. ).
- .....
- .....

I I I

BIBLIOTECA DE TRABAJOS PREMIADOS, AUTORIZADOS O PRES-  
TIGIADOS POR LA FACULTAD

ART. 15. Corresponderá igualmente a la Dirección de la Revista lo relacionado con la publicación y circulación de todo trabajo premiado, autorizado o prestigiado por la Facultad.

Todas las obras que se encuentren comprendidas en este artículo, serán impresas en volúmenes que formen una Biblioteca especial, anexa a la establecida en la Sección II de esta reglamentación.

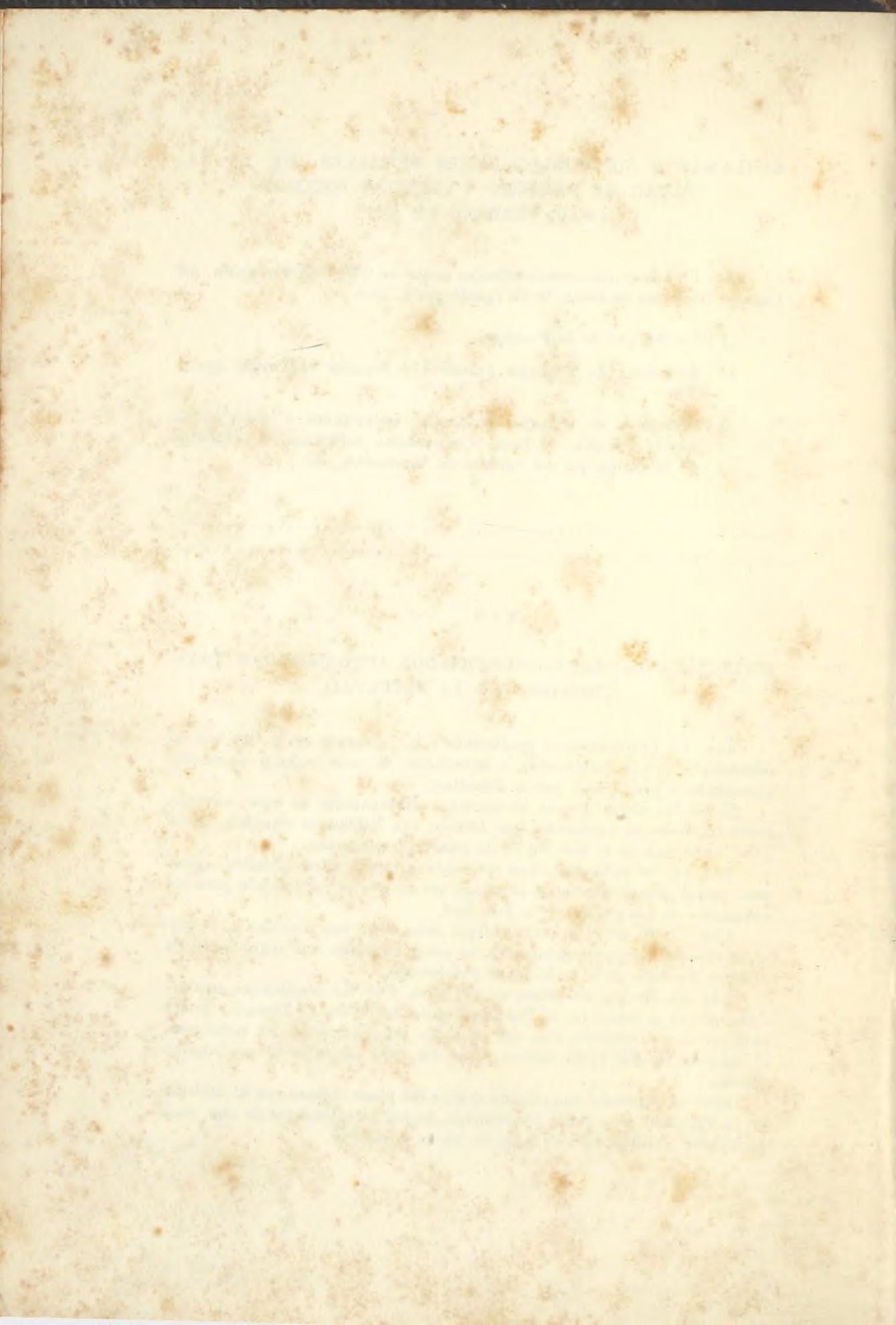
ART. 16. De toda edición se entregará la cuarta parte al autor, quien sólo podrá ponerla en venta al mismo precio que se haya fijado para los volúmenes de propiedad de la Facultad.

ART. 17. El autor de todo trabajo debe ceder sus derechos a la primera edición, comprometiéndose a no poner en venta una segunda hasta pasados dos años de la fecha de su publicación.

ART. 18. Dentro del plazo de dos años, y en las condiciones establecidas por el artículo 16, la Facultad, por resolución del Consejo, podrá publicar otras ediciones una vez agotadas las anteriores. En todo caso, el compromiso del autor caduca a los dos años de publicada la primera edición.

ART. 19. Agotada una edición dentro del plazo indicado en el artículo 17, la Facultad, si lo juzga conveniente, podrá desentenderse de una nueva edición reintegrando al autor la plena propiedad.





PUBLICACION DEL TRABAJO DEL

DOCTOR JUAN CARLOS NARIO

SOBRE « ENTREGA EFECTIVA DE LA HERENCIA ».

---

( Resolución del Consejo Directivo de 25 de abril de 1939 )

---

El señor Decano hizo referencia al trabajo titulado « Entrega efectiva de la herencia » presentado el año pasado por el Dr. Juan Carlos Nario para su admisión como aspirante a profesor agregado de Derecho Procesal 2.º curso; y el Dr. Bayley manifestó que ese trabajo había merecido grandes elogios del catedrático de la asignatura, Dr. Alejandro Lagarmilla, que asesoró sobre su mérito al Consejo. Existe interés, continúa diciendo el Dr. Bayley, en divulgar ese trabajo, y en consecuencia propone que se publique formando un volumen de la Biblioteca de Publicaciones de la Facultad. El Consejo aprueba unánimemente esta moción.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

*Juicio emitido por el catedrático de Derecho Procesal Dr. Alejandro Lagar-  
milla en el informe elevado al Consejo de la Facultad de Derecho y Ciencias So-  
ciales con motivo del trabajo presentado por el Dr. Juan C. Nario aspirante a profesor agregado al aula de Derecho Procesal 2.º año de Abogacía.*

Sr. Decano:

.....  
.....  
Ha elegido, en primer término, un tema árido difícil y sin fuentes directas, ni comentarios que pudieran allanarle el camino en la dilucidación de los múltiples problemas jurídicos que entraña el tema escogido. — El Capítulo de la ENTREGA EFECTIVA DE LA HERENCIA, como el de la ENTREGA DE LA COSA, fueron incorporados por la Comisión Revisora del Cód. de Proc. Civil invocando una necesidad para garantizar breve y sumariamente los derechos de los herederos o de los contratantes sobre cosas ciertas y determinadas.

De las actas de dicha Comisión no fluye luz suficiente para abrir un comentario; y del Informe de la misma, publicado en la edición oficial de dicho cuerpo de leyes, sólo se transparentan los fundamentos de ambas acciones, pero sin que logren ofrecer al lector fuentes o comentarios oportunos para su estudio. El Dr. Nario, sin embargo, ha conseguido merced a un meritísimo esfuerzo intelectual, espigar el origen probable de la acción que estudia, llegando a la conclusión de que sin duda alguna la « QUORUM BONORUM » de los Romanos, aunque con leves variantes o diferencias. Prosiguiendo el estudio de dicho tema, deslinda, con perfecto razonamiento jurídico, las diferencias que existen entre la acción por ENTREGA EFECTIVA DE LA HERENCIA Y LA REIVINDICATORIA, LA DE PETICION DE HERENCIA Y LAS POSESORIAS, diferencias que generalmen-

te no se tienen en cuenta por defecto de estudio en el gremio forense, complementando luego el comentario con el estudio de la relación procesal ( sujetos activos y pasivos de la acción ).

Contiene, fuera del estudio metódico del tema propuesto, ideas propias y originales, por ejemplo: la relativa a la COMPETENCIA DE LOS JUECES para conocer de acción, refutando con singular erudición la opinión del ex — profesor Dr. de Freitas.

Y rompiendo entre una tradición ya inveterada entre los tratadistas, nos ofrece en múltiples páginas el análisis que sobre esta acción hacen los Códigos Centro y Sud Americanos tan olvidados por los autores nacionales; hace notar las interesantes novedades que encierran, y sus analogías con el Instituto que legisla nuestro Código formal, y a la vez analiza y profundiza el Derecho comparado europeo.

Debo expresar, finalmente, que la obra en examen es altamente meritoria por la originalidad del tema elegido, que significa un considerable esfuerzo en la búsqueda del comentario, lo que no ocurre con otros temas por demás trillados, en lo que siempre hay base para escribir, desarrollar ideas, y que por ello no resultan tan excelentes ni originales como cuando se abordan un punto raro y de reducidísima bibliografía como es el que trata el Sr. aspirante; al punto que puedo afirmar que, fuera de las 3 páginas publicadas por el Dr. Freitas en la Revista « EVOLUCION », no hay otro material básico para el estudio del tema en cuestión, y a pesar de ello, el Dr. Nario produjo un volumen apreciable de comentarios.

Por lo expuesto, opino que debe el Consejo aceptar el trabajo presentado para completar la escolaridad del candidato Dr. Nario.

Saludo al Sr. Decano muy atentamente.

Montevideo, abril 18 de 1938.

( Firmado ):

ALEJANDRO LAGARMILLA



## DE LA ENTREGA EFECTIVA DE LA HERENCIA

### PARTE II

#### TITULO XXIII. Cód. de Proc. Civil

##### ORIGEN DEL INSTITUTO

Las disposiciones que vamos a estudiar no tienen ningún antecedente en el derecho extranjero, a diferencia de la mayoría de los institutos que integran nuestro Cód. de Proc. Civil, que tienen sus fuentes en otras legislaciones. La paternidad pertenece a la Comisión Revisora del referido Código, que creó esta acción sumarísima, que por su contenido y por la brevedad de su procedimiento, solo podríamos encontrar una afinidad en el derecho comparado,—que después analizaremos—con la antigua QUORUM BONORUM, del derecho romano y con el INTERDICTO DE ADQUIRIR la posesión de la herencia del derecho español y de los Códigos que tienen sus fuentes en él como el de Venezuela en los arts. 562, 563 y 564 del Cód. de Proc. Civil, promulgado el 14 de mayo de 1897 y vigente el 5 de julio del mismo año, y especialmente el Cód. de Proc. Civil de Chile, que como lo veremos después, bien puede ser la fuente más cercana de nuestro Instituto.

En el Capítulo V del informe de la Comisión Revisora del Cód. de Proc. Civil se dice: «Se han agregado al proyecto primitivo nuevos capítulos que tratan: De la acumulación de autos; Del juicio de alimentos; *De la entrega efectiva de la herencia* y De la entrega de cosas en virtud de estipulación o contrata». «Las disposiciones que ellas contienen, tienden en parte a aclarar ciertos puntos que han ofrecido dudas, a precaver los recursos consiguientes; y por último a fijar reglas seguras de procedimiento para los jueces». «La Comisión considera que ellas contribuirán a facilitar la expedición, en juicios sumarios de las causas en que se interesa la eficacia de un dere-

10500

20 MAR. 1979

cho declarado expresamente por la Ley, o que se pide, bajo ciertas condiciones, el cumplimiento de obligaciones procedentes de los contratos libre y válidamente celebrados ».

En el libro de actas de la Comisión Revisora del Cód. de Proc. Civil, correspondiente a la sesión del 20 de Dic. de 1867, ( pág. 192 ) presidiendo el Dr. Joaquín Requena e integrada por los Drs. Carlos Santurio, Ildefonso García Lagos, Lindoro Forteza, Hipólito Gallinal y José Luis Vila después de sancionadas algunas variaciones ( art. 1 95, 1319 y 1345 ) se expresa:

« Seguidamente fué puesto en discusión y sancionado el siguiente Título 23º. Capítulo 1.º « De la entrega efectiva de la herencia ». art... sigue todo el articulado y al terminar dice: « Siendo la hora avanzada, se suspende el presente acto. Continuando el día 21 del mismo mes y año bajo la misma presidencia y estando presente los Drs. Martín Berinduague, José Luis Varela, Ildefonso García Lagos, Lindoro Forteza e Hipólito Gallinal, el Sr. Presidente declaró abierta la sesión:

« Se ponen en discusión y son sancionadas los siguientes artículos: ( Entrega de la cosa ) » y al final de la pág. 194 se expresa:

« Tanto los arts., a que se refiere el acta anterior, como los que figuran en la presente, deben formar un nuevo Título, cuyo epígrafe será así: « De los juicios sumarios especiales » y teniendo por título el capítulo que forman los primeros: « De la entrega efectiva de la herencia » y « De la entrega de la cosa » el que componen los segundos ».

« Fué igualmente resuelto por la Comisión que este nuevo título antecediere al que la regla la perención de la instancia ».

Esto es todo, y por cierto ninguna luz arroja, que pueda guiar al intérprete en la tarea de aclarar, cual fué el pensamiento o el punto de referencia que tuvo en cuenta nuestro codificador, al crear el Instituto en estudio.

No obstante lo expuesto, debemos tener en cuenta lo expresado por la Comisión Revisora del Cód. de Proc. Civil en la introducción al mismo, al decir: « El proyecto primitivo ha tenido por base los Códigos y proyectos de las naciones más adelantadas y la enseñanza de la ciencia moderna, adaptables a las instituciones y necesidades del país » y el estudio de las

fuentes de nuestro Cód. de Proc. Civil hecha por el Dr. Rafael Gallinal, publicado en la Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración Tomo XVIII pág. 225 al clasificar entre las fuentes directas de nuestro Cód. en el grupo 5.º, a la « Ley sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile », promulgada el 15 de octubre de 1865.

En consecuencia si nuestro codificador tomó como fuente directa la ley citada, también es probable tuviese presente los distintos proyectos y acuerdos de las distintas Comisiones Revisoras del Cód. de Proc. Civil de Chile sancionado el 11 de enero de 1902, pero cuyos trabajos preparatorios arrancan del año 1862 ( 25 de agosto ) en que el gobierno estableció una remuneración de \$ 4.000 para el redactor del Cód. de Enjuiciamiento Civil y al año siguiente ( 11 de Set. ) se nombró para tal cargo a Don Francisco Vargas Fonticiella. Pero en especial, tal vez, haya tenido en cuenta nuestra Comisión Revisora, el Proyecto de Cód. de Enjuiciamiento Civil, Conclusión del libro III y IV, que se publicó en Chile en 1877 redactado por el Sr. Don José Bernardo Lira, continuador por disposición de la Comisión Revisora, de la obra iniciada por el Sr. Fonticiella. Este proyecto formó parte después del de 1884 idéntico al presentado por el Ejecutivo en 1893 y al definitivo sancionado en 1902 (1). Decíamos que probablemente nuestra Comisión lo tuvo en cuenta, porque en el Libro IV del referido proyecto se legisla en el Párrafo Tercero, el instituto llamado « De la Dación de la Posesión Efectiva de la Herencia », instituto que tiene muchos puntos de contacto con el nuestro, hasta el título que lo encabeza y que bien puede ser, como dijimos, el origen de las disposiciones que comentamos, lo que en su oportunidad analizaremos, así como la quorum bonorum, a que ya hicimos referencia.

Robustece nuestra opinión el no encontrarnos solos; el Dr. Julián de la Hoz en una vista publicada en « Jurisprudencia » ( Colección Abadie-Santos ) Tomo XIV caso N.º 3287 parece sostener el mismo criterio.

( 1 ) ( Para historia del Cód. de Proc. Civil Chileno ver « Reseña histórica pág. 5 y sigs. en el libro de Toro Melo y Aníbal Etcheverría y Reyes « Cód. de Proc. Civil Anotado » ).

## NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION DE ENTREGA EFECTIVA DE LA HERENCIA ACCIONES REALES Y PERSONALES

Para saber a que clase de acción pertenece la entrega efectiva de la herencia, del punto de vista de su naturaleza jurídica, ya que la clasificación de acciones reales o personales, entre las que se puede encontrar aquella, está sujeta en la doctrina y en las disposiciones legales a la naturaleza del derecho a ejercerse; corresponde analizar en primer lugar; el derecho a esgrimir por el titular de la acción.

La acción es real, cuando ella es el ejercicio de un derecho real, y personal cuando se ejercita un derecho de obligación.

El art. 1304 del Cód. de Proc. Civil dice: *«Cuando un tercero obstase a que el heredero ocupe los bienes hereditarios, podrá éste ocurrir al Juez solicitando su entrega o posesión efectiva, en virtud de lo dispuesto por el art. 1039 del Cód. Civil»*; el ~~1305~~ dice: *«El heredero probará que se encuentra en el caso del citado art. 1039.....»* y el art. 1039 del Cód. Civil dice: *«Por el hecho solo de abrirse la sucesión, la propiedad y la posesión de la herencia pasan de pleno derecho a los herederos del difunto, con la obligación de pagar las deudas y cargas hereditarias ( Art. 677 del Cód. Civil y 1304 y sig. del Cód. de Proc. Civil ). «Lo cual se entenderá sin perjuicio de lo que a cerca del Estado se dispone por los arts. 1035 y 1036».*

Aún cuando en la redacción del inciso primero del art. 1035 hay un error evidente del legislador que vamos a rectificar, al decir que el heredero debe probar que se encuentra en el caso del art. 1039 del Cód. Civil; debe entenderse que el legislador quiso, para ser lógico consigo mismo, que el heredero probase su calidad de tal; en otras palabras, su vocación hereditaria, por que es ésta calidad la que de acuerdo con el referido art. 1039 del Cód. Civil, le va a otorgar y por ministerio de la Ley, de pleno derecho, como dice el artículo, la propiedad y posesión de los bienes dejados por el difunto. Quiere decir pues, que la vocación hereditaria es condición sine quanon para la

disposición del art. 1039. De lo contrario, tendríamos que admitir el absurdo, de que el legislador quiso, que el heredero probase que la propiedad y la posesión pasen de pleno derecho al heredero por la apertura legal de la sucesión, cosa que se realiza por ministerio de la ley y que por otro lado, no estaría de acuerdo con el contesto general de los demás artículos que integran este capítulo. Conforme con esta opinión el Dr. A. de Freitas en los apuntes de sus clases publicados en la « Revista Nueva » Tomo I, pág. 64, al comentar el art. 1035 dice: « La prueba que debe suministrarse es la de la calidad de heredero y si el Juez considera suficiente decretará sin más trámite la posesión efectiva pedida, intimándola al demandado. —

También el Dr. Aladio en un considerando de la sentencia publicada en su libro « Sentencias sobre cuestiones civiles » año 1926 pág. 167 que transcribimos dice: « Considerando: que el Juzgado entiende que la acción sumarísima de entrega efectiva de la herencia no ha debido prosperar, una vez conocida la causa de la resistencia del demandado, quién nunca desconoció a la actora su calidad de heredera ni sus derechos a los bienes quedados al fallecimiento de su madre, sinó que simplemente le desconoció la extensión que a su derecho atribuía, reclamando bienes que según él, le corresponden a título de cónyuge de la causante, con derecho a porción conyugal. « La acción de entrega efectiva de la herencia, ejercitable únicamente contra el tercero que obsta a que el heredero ocupe sus bienes hereditarios, no debió pues, prosperar contra el padre que se consideraba con derecho propio a parte de los bienes, cuya ocupación pretendía la actora, pues esta cuestión como todas las otras que con ellas se han planteado en este debate, reclamaba por su naturaleza e importancia la contienda amplia, ordenada e ilustrativa del juicio ordinario escrito ».

Aclarado el verdadero sentido del inciso primero del art. 1305, surge de las disposiciones citadas ( Arts. 1304, 1305 Cód. de Proc. Civil y 1039 del Cód. Civil ) que el punto de arranque de esta acción, radica en la calidad de heredero y que de acuerdo con la disposición extraordinaria del art. 1039 del Cód. Civil, lo va a colocar, al referido heredero, por ficción legal, en el

continuador sin solución de continuidad en la propiedad y posesión de lo bienes dejados por el decujus, por lo menos legalmente, aún cuando no entre a ocuparlos inmediatamente.

De forma que el derecho, que va a esgrimir el actor en esta acción, tiene su nacimiento en la situación jurídica que por el art. 1039 del Cód. Civil le crea la ley al heredero frente a los bienes del decujus.

Este artículo vino a establecer en nuestro derecho, una diferencia profunda con nuestra legislación madre la española antigua ( Leyes 2 y 3 Tít. XIV. Partida 6a. ) y con la moderna de 1881 arts. 1633 y siguientes y también con el derecho nuestro anterior a la promulgación del Cód. Civil, en el que el heredero, una vez probada su calidad de tal, debe pedir la posesión efectiva frente a quién la tenga. En la nuestra a partir de la promulgación del Cód. Civil y en virtud de ese artículo, no tiene que solicitar la posesión que conjuntamente con la propiedad, y por el ministerio de la ley, le es otorgada al heredero sobre los bienes de la herencia. Como casos de excepción a este principio la ley exige la misión en posesión a los legatarios, y cuando el heredero es el Estado ( art. 1044 del Cód. de Proc. Civil ); pues el tercer caso que establecía la ley en su art. 1039 inc. 3.º y 4.º ( ed. de 1868 ) cuando los hijos naturales concurrían con los legítimos, que debían pedir a estos su parte de bienes sucesorios, ha desaparecido con la reforma impuesta por la ley de 25 de Enero de 1916 (1).

Con el Código de 1868, como decíamos, excepción hecha de los casos ya indicados, los herederos sin necesidad de mandato judicial, adquieren la propiedad y posesión de los bienes de la herencia, por el solo acto del fallecimiento del causante. (2).

De lo expuesto surge, que la situación jurídica, que se establece entre el heredero y los bienes de la herencia, es la misma que tenía el decujus a su fallecimiento, de forma que lo único que ha cambiado es el titular del derecho que ahora es el here-

( 1 ) ( Conf. Joaquín Secco Illa. Versiones taquigráficas. Revista Jurídica, año III N.º 30-32 pág. 307; y José A. de Freitas « Lecciones de Proc. Civil Tomo II pág. 90 ).

( 2 ) ( A. VAZQUEZ ACEVEDO. Concordancias, Anotaciones del Cód. de Proc. Civil pág. 208 ).

dero. Ahora bien, si por el art. 1039 del Cód. Civil, la propiedad y posesión que tenía el causante sobre sus bienes pasa a su heredero; éste tiene un derecho directo a esos bienes o contra esos bienes sin relación a determinada persona, como es el que emana del derecho de propiedad, en otras palabras, usando la terminología legal, esta propiedad o dominio que le transfiere el referido art. 1039, se considera como una calidad inherente a la cosa, como un vínculo real que la liga a su dueño, y que no puede romperse sin hecho suyo positivo o negativo, ( art. 489 Cód. Civil ). Y siguiendo con las disposiciones legales, el art. 472 del Cód. Civil, nos dice que, derecho real, es el que tenemos en una cosa o contra una cosa sin relación a determinada persona, que el derecho en la cosa supone el dominio, o un desmembramiento del dominio, y termina diciendo que, de los derechos reales nacen las acciones de la misma clase.

Ahora bien, por el art. 1039 del Cód. Civil, el heredero tiene el derecho de propiedad o dominio sobre los bienes de la herencia y por el art. 472 del mismo Cód. el dominio tiene como consecuencia un vínculo real entre la cosa y su dueño; vínculo que solo puede romperse por hecho suyo; positivo o negativo, por lo tanto estamos ya en condiciones de manifestar, que la situación jurídica que nace del art. 1039 entre el heredero y los bienes de la herencia es un derecho real y que por lo tanto, la acción que de él surge de acuerdo con el inc. último del art. 472 del Cód. Civil, es también real; vale decir que la doctrina de nuestro código, es que, las acciones se caracterizan por el derecho que los hace surgir.

Hay autores sin embargo (1) que sostienen que los derechos se caracterizan por las acciones y no las acciones por los derechos, lo que nos obligaría a invertir el orden de nuestra investigación, para llegar a una consecuencia que no aclararía el problema que queremos desentrañar. Pero teniendo en cuenta que, toda acción presupone necesariamente un derecho que le sirve de fundamento, la doctrina de Freitas no ha podido prosperar, y ha hecho bien nuestro legislador en seguir la verdadera, es-

---

( 1 ) FREITAS. « Consolidacao das Leis Civis ».

tablecida en el inc final del art. 472 ya citado (1). Pero puede suceder, que tomando al pie de la letra el art. 1304 del Cód. de Proc. Civil ya citado, se pretendiese ver en él, una acción personal, dado que, el heredero tiene que dirigir la acción contra un tercero, solicitando la entrega o posesión efectiva de los bienes hereditarios.

Conviene pues, para fijar bien las ideas y para rebatir la posibilidad antes expuesta, establecer la diferencia que existe entre las acciones reales y personales, los elementos que las caracterizan, y de acuerdo con ellos, determinar a cual de ellas pertenece la acción en estudio.

### DERECHO REAL

La diferencia entre las acciones reales y personales, radica en la naturaleza del derecho que les da nacimiento, de forma, que del estudio de los derechos reales y personales sacaremos la división entre las acciones del mismo nombre.

Cuando nos encontramos con un derecho que nos dá un poder inmediato sobre una cosa, pudiendodisponer libremente de la misma, sin la intervención de otra persona, estamos frente a un derecho real; hay entonces una relación ( empleando la terminología clásica ) directa entre el sujeto y la cosa. De donde se deduce que, todo derecho real supone una cosa, que será el objeto de la relación jurídica y esta será más o menos extensa, según el poder que sobre ella se tenga. De ahí que el derecho real más representativo es el dominio, por lo absoluto y por su extensión. Ahora bien, este derecho puede ser en la cosa o sobre la cosa y también ser establecido como garantía, ( hipoteca, prenda art. 472 Cód. Civil ) en ese caso el derecho real es contra la cosa.

Siendo el derecho real, una relación directa entre la persona y la cosa, excluye toda relación entre esta persona y otra respecto a aquella, o en otras palabras, la existencia de una obligación, puesto que ello haría desaparecer la inmediatez del poder sobre la cosa.

---

( 1 ) E. LAGARMILLA. « Acciones en Materia Civil ». pág. 58.

El derecho real supone una obligación pasiva universal, además la acción que de él nace, no puede ser dirigida en principio contra determinada persona, es decir que lo que se persigue, es la cosa y no el hecho de una persona. La acción, se puede dirigir contra cualquiera que detente la cosa de forma que la persona del demandado no tiene otra característica que la de encontrarse en ese momento, entre el demandante y el objeto de la demanda; de ahí que el fin de la demanda no es pedir el cumplimiento de una obligación pre-existente, sino exigir la entrega de la cosa en virtud del dominio que sobre ella se tiene. De manera, que cualquiera que sea la persona en manos de quien esté la cosa, ello no altera en nada la relación inmediata en que se encuentra la cosa frente a su dueño.

Resumiendo tenemos que, los elementos que caracterizan al derecho real son:

- 1.º Relación inmediata entre el titular y la cosa.
- 2.º Términos de la relación; un sujeto y un objeto.
- 3.º Falta de obligación correlativa.
- 4.º Obligación pasiva universal.
- 5.º El ejercicio de la acción que de él nace, no se dirige contra determinada persona, sino contra cualquiera que la detente (1).

## DERECHOS PERSONALES O DE OBLIGACION

El fin perseguido por este derecho es el mismo que el del derecho real, obtener una cosa o un beneficio cualquiera, pero no existe relación inmediata entre la persona que la reclama y la cosa objeto de la relación, sino que la entrega de la misma, supone una obligación de otra persona, en otros términos, el titular al reclamar la cosa no tiene el dominio sobre la misma, el que solo le será transmitido por otra persona que se encuentra para con él, en estado de obligación.

El derecho de obligación, pone, por lo tanto, frente a fren-

---

(1) Conf. E. LAGARMILLA. «De las Acciones en Materia Civil».

te a dos personas, de las cuales una, es sujeto activo y la otra es sujeto pasivo, el primero es el acreedor y el obligado, el deudor.

Existe una obligación general de respetar el derecho del actor, pero a diferencia del derecho real, el actor puede exigir de una persona determinada ( el obligado ) algo que no puede exigir a las demás.

El derecho personal nos pone en contacto inmediato con otra persona e indirectamente con la cosa que se reclama, mientras que el derecho real como hemos visto nos pone en contacto directo con la cosa e indirectamente con alguna persona. De manera que frente a un derecho personal, siempre hay una obligación correlativa, que es el objeto o el fin perseguido en el ejercicio del derecho personal y también una persona obligada al cumplimiento del mismo.

Con el derecho personal solo se puede obtener una cosa por el hecho de otro. Al usurpador de un derecho real se le crea la obligación de restituir la cosa, pero esta obligación es posterior a la constitución del derecho real y es por la violación de éste, que nace la obligación de restituir la cosa, pero él no es parte de la relación jurídica que sirve de fundamento para reclamar la cosa, mientras que en el derecho personal, el obligado es parte en la relación jurídica.

Resumiendo tenemos que, los elementos que caracterizan a los derechos personales son:

- 1.º Relación inmediata entre dos personas y mediata entre el reclamante de la cosa y la misma.
- 2.º Obligación correlativa.
- 3.º Obligación pasiva universal de respetar el derecho, pero con la característica de que hay una persona a quién se le puede exigir algo a que los demás no están obligados.
- 4.º La acción que de él nace, se dirige siempre contra persona determinada y por excepción contra otras personas.
- 5.º Los elementos que integran la relación son: un sujeto activo ( acreedor ) un sujeto pasivo ( deudor ) y un objeto, el cumplimiento de una obligación. (1).

A pesar de estas diferencias fundamentales entre estos dos

---

( 1 ) Conf. E. LAGARMILLA. Ob. citada.



derechos, que nos viene desde el derecho romano, existen doctrinas revolucionarias (monistas) que pretenden sin conseguirlo, hacer desaparecer las diferencias apuntadas sosteniendo que solamente existe un derecho y que a mayor abundamiento haremos una síntesis de las mismas.

### DOCTRINAS MONISTAS

Frente a las teorías tradicionales que distinguen los derechos en reales y de obligación, se levantan las anticlásicas que según Rigaud (1) pueden agruparse en cuatro categorías.

- 1.º Las que sostienen que el derecho real o absoluto no es más que una obligación pasiva universal (Planiol, Roguin, etc.).
- 2.º Las que dicen que el derecho real absoluto puede constituir también obligación positiva universal (Mishau y Quern).
- 3.º Aquellos que no admiten diferencia técnica o específica entre ambos derechos (Demogue) y por último;
- 4.º Las que expresan, que se trata de un simple expediente de terminología jurídica (Thon, Duguit).

No seguiremos en sus largas disertaciones a los distintos autores de estas teorías, por que de hacerlo, nos separaríamos del plan de consición que nos hemos trazado; pero debemos expresar que no obstante todo el prestigio de esos juristas, la construcción técnica tradicional dualista del derecho, se mantiene firme, afianzándose definitivamente en los códigos modernos, que como los de Suiza y Alemania merecieron el calificativo de fuente inagotable de observaciones y enseñanzas. En esos códigos se tratan en libros separados el derecho de las obligaciones y relación y el derecho de las cosas.

Este movimiento en la legislación positiva que tuvo arranque en 1911 se exterioriza y acentúa en los códigos del Líbano (1934) Polonia (1934) Turquía, etc.

Puestos en trance de opinar diremos: que nos quedamos con las afirmaciones un tanto dogmáticas, de las doctrinas

---

(1) Droit reel.

10500

20 MAR. 1979

clásicas, a las atrevidas de las modernas que ven en el dualismo del derecho que nos ocupa un expediente de pura terminología jurídica.

El derecho real es para nosotros, pues, como lo sostiene la escuela clásica, distinto al de obligación.

Procesalmente estas teorías tienen su importancia, puesto que ellas van a servir para determinar la competencia.

### LA ACCION DE ENTREGA EFECTIVA DE LA HERENCIA ES POR NATURALEZA UNA ACCION REAL

Establecida la diferencia entre los derechos reales y personales, que es por otra parte, la doctrina seguida por nuestro codificador, podemos decir que, por los elementos que caracterizan al derecho real, que hemos analizado, el ejercido por el titular de la acción de entrega efectiva de la herencia, es un derecho real y por lo tanto la acción también es real. En efecto, como ya lo hicimos notar, el derecho que ejerce el heredero en esta acción, emerge de la propiedad y posesión que le otorga el art. 1039 del Cód. Civil, además la obligación en que se encuentra, de entregar los bienes de la herencia el tercero que los ocupa, es como violación del derecho de propiedad que tiene el heredero sobre los bienes que reclama y no como cumplimiento de una obligación correlativa que no ha existido; afirmamos pues, por estos fundamentos, que la acción de entrega efectiva de la herencia, es por su naturaleza, por la clase del derecho que le dá nacimiento, una acción real.

### OTRAS CLASIFICACIONES

*Acciones ordinarias y extraordinarias:* La acción en estudio es extraordinaria, porque no se siguen los trámites generales de los juicios ordinarios, y dentro de los extraordinarios constituye un juicio sumario, porque por el art. 5.º del Cód. de Proc. Civil sus procedimientos son abreviados.

*Acciones posesorias y petitorias:* Esta acción es petitoria, porque según el art. 3.º del Cód. de Proc. Civil, estamos frente a ella cuando se trata del estado civil de las personas, de la propiedad y servidumbre de las cosas y del cumplimiento de las obligaciones y porque no es una acción posesoria, como veremos después.

### COMPETENCIA

Siendo como lo hemos probado anteriormente, una acción real, la de la entrega efectiva de la herencia, la competencia está regida por los arts. 20 a 24 inclusive, 43, 45, 46, 56, 81, 85, 86 y 94 del Cód. de O. de los T. C. y de Hacienda.

Decíamos que la competencia está regida por los arts. 81, 85, 86 y 94 que se refieren a la que corresponde a los Jueces de Paz y a la de los Jueces L. de Instancia según el monto del asunto.

Además la entrega efectiva de la herencia, es una acción que se relaciona directamente con el juicio sucesorio, es una acción sucesoria, ya que, solo el heredero en su calidad de tal, es el único que puede ejercerla y que lo que se va a reclamar son bienes de la herencia y la prueba a producirse para que la acción tenga andamio, es la calidad de heredero, cosa que también es ventilada en el juicio sucesorio, pero a pesar de estas circunstancias, es un juicio independiente de aquél, porque así lo ha establecido el codificador al legislar esta acción en capítulo aparte. Además el juicio sucesorio es doctrinariamente considerado un juicio universal y este es un juicio particular. Pasa aquí algo parecido a la competencia para la apertura del testamento cerrado y para la sucesión, habiendo el legislador establecido competencia distintas para ambos procedimientos.

Ahora bien el art. 85 citado dice: «*En los asuntos sucesorios que se tramitan ante un Juzgado de Paz, siempre que hubiere controversias sobre el estado civil se remitirá el expediente al superior, el que seguirá conociendo del asunto hasta su conclusión*». Dos consecuencias sacamos del contexto de este artículo; la primera que es competente el Juez de Paz ( con el límite impuesto por el art. 83 del mismo Cód. ) para entender en el juicio



de entrega efectiva de la herencia, puesto que como ya lo dijimos, este juicio por su contenido es un asunto sucesorio; y la segunda que como en él pueden surgir controversias sobre el estado civil; ya que lo que está en litigio es la calidad de heredero del actor, aquí igual que en el juicio sucesorio, cada vez que esto suceda, será competente el superior, como dice la ley. ( cosa que como bien lo hace notar el Dr. Luis Bajac en su obra, « Anotaciones al Cód. de Organización de los Tribunales Civiles y de Hacienda », ya estaba resuelta por el art. 56 pág. 116 in-fine ).

Además, el art. 94 también establece competencia acumulativa a los Jueces Letrados de Instancia, cuando dice: que estos jueces tienen competencia para conocer « de los asuntos sucesorios..... » ( 1 ).

Podría sostenerse, que siendo la entrega efectiva de la herencia, una acción sucesoria, es juez competente para entender en ella, el juez de la Sucesión, por ser un juicio universal y por lo tanto, tener fuero de atracción.

El Dr. Luis Bajac, en la obra ya citada, al estudiar la competencia de los jueces de Paz en materia sucesoria, ( pág. 116, parag. 60 ) dice: « Ahora, en cuanto a los Jueces de Paz, puede plantearse esta cuestión: siendo competentes para conocer de las sucesiones testadas e intestadas cuyo monto manifiestamente no excede de mil pesos ( inc. 1.º del art. 83 ), ¿ son también competentes los Jueces de Paz para entender en todos los asuntos, petición de herencia, desheredamiento, validez o nulidad de disposiciones testamentarias, y en general de los asuntos sucesorios contencioso o nó mencionados por el art. 94, cuando el monto de la sucesión esté dentro de su competencia ? ».

« Para resolverlo, hay que examinar el carácter de los asuntos mencionados por el art. 94; esos asuntos, por su contenido, — que es el derecho a suceder al causante —, son « asuntos sucesorios », como muy bien los califica el mismo art. 94. Por ser « asuntos sucesorios », caen dentro del fuero de atracción del juicio sucesorio, y por consiguiente dentro de la competencia del Juez de la sucesión que puede ser un Juez de Paz ».

---

(1) Ver Bajac obra citada, pág. 116 y sig.

Más adelante, el mismo autor, (pág. 19) al estudiar el fuero de atracción del juicio sucesorio, expresa: «De acuerdo con este criterio, que es el exacto, el llamado fuero de atracción universal, tratándose de la sucesión, no produce otro efecto, que el de hacer competente al juez que conoce de la sucesión, para conocer también de los demás juicios que tengan por objeto derechos (creditorios, hereditarios, etc.), relativos a los bienes sucesorios, de modo que el Juez de la sucesión es el único competente para entender en ellos, siguiéndose cada juicio por sus trámites propios»,

Ahora bien, el juicio de la entrega efectiva de la herencia, como ya lo dijimos, es un asunto sucesorio, pero constituye un juicio independiente del juicio sucesorio propiamente dicho, no es una dependencia de éste, y por otro lado, el fuero de atracción que puede tener el juicio sucesorio, no determina su competencia.

En efecto, en un escrito del Dr. Pablo de María publicado en la Rev. de D. J. y Administración T. VII pág. 133, expresa: «El artículo 1045 del Cód. de Proc. Civil, dá a entender claramente que todo juicio sucesorio es universal, puesto que manda que como primera medida en esa clase de juicios se cite por edictos a los acreedores».

«Los acreedores tienen que comparecer, pues, a deducir sus derechos en el juicio sucesorio, ante el juez que de éste conoce, y por lo tanto, el juicio sucesorio es universal. Importa una liquidación general de los negocios del finado, lo mismo que que el concurso civil o mercantil que también es por eso un juicio universal e importa, como dice Vidari, una liquidación general de los negocios del concursado».

«Siendo como es universal ese juicio, produce fuero de atracción, y en tal virtud atrae a sí indiscutiblemente toda demanda por acción personal deducida contra la sucesión . . .».

La sentencia de 2a. Instancia recaída en ese escrito firmada por el Dr. Wenceslaó Regules en el 3er. considerando dice: «No hay ni puede haber duda sobre la competencia de un juez que conoce de un juicio sucesorio, para entender en todos los juicios, sea cual fuere su naturaleza, que se dirijan contra el caudal hereditario».

Como vemos, en opinión del Dr. De María el fuero de atracción del juicio sucesorio atrae así, las demandas contra la Sucesión, pero a contrario sensu, cuando a la sucesión le toca ser actora, lo lógico es que ésta siga las reglas ordinarias de competencia, porque no hay ninguna disposición expresa que derogue las reglas de competencia ordinaria en este caso; eso es lo que sucede para los casos de los juicios universales legislados en nuestra ley, en que expresamente se deroga la competencia ordinaria.

Para corroborar esta opinión vamos a transcribir los distintos artículos en que el legislador procesal instituyó juicios universales: *Juicios de abintestato y concurso*.

Art. 1044 Cód. de Proc. Civil: « El juez del abintestato será el único competente para conocer de las demandas que se deduzcan *contra* los bienes del difunto después de promovido el juicio y de los que hubiere pendiente al fallecimiento del intestado ».

Art. 1020 Cód. de Proc. Civil: « Declarado el concurso, atrae a sí, como juicio universal, todas las reclamaciones pendientes *contra* el deudor por sus acreedores ante el mismo juez, o ante otros jueces y hará cesar las ejecuciones que se estén siguiendo por acreedores que no sean hipotecarios o prendarios, a no ser que estos hayan perjudicado su privilegio, según el artículo 978 ».

Como puede verse, la competencia que le dá la ley al juez del abintestato y al del concurso es para entender en las demandas *contra* el abintestato o *contra* el concurso en su caso, pero nada dice respecto a la competencia de éste para entender en las demandas que tengan que iniciar el abintestato o el concurso, lo que quiere decir que en ese caso rige la competencia ordinaria, ya que, para que esta sea derogada se necesita una disposición expresa que la consagre.

El Catedrático de Procedimientos Judiciales de nuestra Facultad, Dr. Alejandro Lagarmilla en el estudio que hace del concurso publicado en la Revista de Derecho y Ciencias Sociales año II-1934 N.º 4 en la pág. 91 expresa: « Ahora, como competencia accesoria o delegada fuera de la propia, existe también el conocimiento de todos los juicios que hubieran iniciados *contra* el deudor contemporáneamente a la época en que se desa-

rolla el concurso, y por esto los juicios pendientes contra el deudor, salvo los prendarios e hipotecarios ».

« Esta, aunque accesoria, es una jurisdicción amplísima, le da el conocimiento de todos los juicios que se sigan contra el deudor, pero no los que siguiera el deudor contra terceros, que se rigen por reglas especialísimas ».

De manera pues, que el fuero de atracción que pueda tener el juicio sucesorio, como juicio universal, no le da competencia al Juez de la sucesión para entender de las demandas en que la sucesión deba ser actora y por tanto siendo actora ésta o el heredero en su caso, en el juicio de entrega efectiva de la herencia, la competencia se rige por las reglas ordinarias de procedimiento.

Ya que hemos hablado del fuero de atracción del juicio sucesorio, como juicio universal, cabe hacer notar, a título ilustrativo, que en doctrina ya se ha sostenido que en nuestro derecho, el juicio sucesorio no tiene fuero de atracción. ( 1 ).

El Dr. de Freitas, al determinar la competencia del juicio de entrega efectiva de la herencia, ( 2 ) manifiesta que « es juez competente el que conozca de los respectivos autos sucesorios, cuando en su territorio jurisdiccional resida el reo, cuyo fuero debe seguirse ( art. 29 ) y si no tiene allí el reo su domicilio se seguirá en el lugar donde esté la cosa de mayor valor según el aforo de la Contribución Inmobiliaria ».

Aunque respetamos la opinión del Dr. de Freitas, en esta oportunidad no podemos compartirla en un todo. Consideramos aplicable la última regla de competencia establecida por el art. 29 del Cód. de Proc Civil igual a la 21 del Cód. de O. de los T. C. y de Hacienda, pero en cambio no podemos aceptar su opinión en la primera regla expuesta, que hace competente al Juez de la sucesión para entender de la entrega efectiva de la herencia cuando allí tenga su domicilio el reo.

No compartimos la opinión del Dr. de Freitas; la sucesión como ya lo aclaramos no tiene fuero de atracción para hacer

---

( 1 ) Ver la Gaceta del Foro del año I N.º 7 año 1936 un trabajo del Dr. E. J. Couture.

( 2 ) Rev. « Evolución » T. II pág. 190 y Rev. « Nueva T. I » pág. 64.

competente al Juez de la misma cuando ella es actora y tampoco importa que el reo tenga allí su domicilio, puesto que esta acción como ya lo demostramos es real y por lo tanto la competencia no se rige por el fuero del domicilio del reo, como parecería ser la posición del Dr. de Freitas.

## LA ACCION DE ENTREGA EFECTIVA DE LA HERENCIA, LA BONORUM POSSESSIO. LA QUORUM BONORUM Y EL INTERDICTO DE AUQUIRIR LA POSESION DE LOS BIENES HEREDITARIOS

Como decíamos al hablar del origen de este Instituto, se parece en cuanto al contenido y a la brevedad del procedimiento y tal vez allí tenga sus raíces el INTERDICTO DE ADQUIRIR LA POSESION DE LA HERENCIA, legislados en varios países extranjeros con ligeras variantes, con la BONORUM POSSESSIONES Y QUORUM BONORUM romanos que dieron nacimiento a aquel interdicto, instituciones estas que vamos a analizar, para establecer las semejanzas y diferencias que tienen con este capítulo de nuestro Cód. de Proc. Civil.

### EL DERECHO ROMANO

Como dice Caravantes (Procedimientos Judiciales T. III pág. 213); « Las acciones posesorias eran desconocidas en los primeros tiempos de la legislación romana, admitiéndose únicamente la reivindicación; tan solo el Juez adjudicaba provisionalmente al poseedor el goce del objeto litigioso mientras duraba el pleito, para evitar desavenencias hasta que se juzgase con más conocimientos de causa sobre la cuestión de la propiedad. Más, introducido el sistema formulario, se separó la posesión de la propiedad, y se protegió esta desde luego breve y sumariamente por los llamados interdictos posesorios ».

### TEORIA DE LA BONORUM POSSESSIONES

« Al lado del sistema de sucesiones establecido por el derecho civil, el pretor había concebido y puesto en práctica todo

un sistema paralelo, más equitativo y menos estrecho que el de las XII Tablas. La calidad de miembros de la familia civil no era para él, ya la única base de la vocación hereditaria: los parientes naturales, unidos simplemente por el vínculo de la sangre, encontraban también en él la consagración de sus derechos. Estas sucesiones deferidas por el pretor llevan el nombre de *bonorum possessiones* » (1).

Son organizadas tanto en caso de sucesiones testamentarias como para la sucesión abintestato y forman un sistema completo desde el comienzo del primer siglo de nuestra era; antes de estudiarlas en detalle, vamos a exponer brevemente su origen, su desarrollo y sus efectos.

### NOCIONES GENERALES

La *bonorum possessio* fué una sucesión pretonaria de derecho más que de hecho, en el sentido de que equiparó a los *bonorum possessor* a los herederos. Su origen bastante discutido, los hace derivar de la necesidad del pretor de reglamentar la posesión interina en los litigios sobre la petición de herencia, dado que siendo una acción real, el magistrado debía establecer cual de los litigantes debía tener la posesión de la cosa durante el proceso. Como esta reglamentación obedecía a la voluntad del pretor, este publicaba de antemano el edicto estableciendo los principios que regirían la posesión interina de la sucesión, mientras se sustanciaba y resolvía por sentencia definitiva el juicio principal y ordinario de petición de herencia. Estos edictos fueron los orígenes de la *Bonorum possessiones*.

*El pretor otorgaba la posesión de la sucesión, aún fuera del litigio, al que se la pidiera, presentando un testamento o probando que era el heredero más próximo abintestato.* Este procedimiento sumario favorecía al heredero que encontraba la ventaja de que se le otorgaba la posesión de los bienes de la herencia colocándolo en la situación ventajosa de demandado en la acción de petición de herencia. Estas disposiciones favorecieron en un

---

(1) « E. PETIT. Derecho Romano T. II pág. 190 de la traducción de los Drs. S. H. Blousson E. Thedy y M. Saenz.

principio solamente, a los herederos instituidos por el derecho civil, pero más tarde se extendió a los parientes naturales, completando así el derecho civil, e impidiendo de esa manera que la Sucesión quedara vacante.

Para sustanciarse la *bonorum possessio* había que presentar al magistrado, una requisición escrita o verbal, en términos solemnes y si ella estaba de conformidad con el edicto, otorgaba la acción *sin información*, exigiéndola solamente en casos especiales, pero entonces, se llamaba decretales, por la forma como se otorgaba.

Además era necesario hacer la solicitud en un plazo útil de un año, para los ascendientes o descendientes, y de cien días para los demás; plazo que se empezaba a contar desde que el interesado tenía conocimiento de su derecho.

Ahora bien, si algunos terceros, pretendiéndose o no herederos, toman posesión de lo bienes sucesorios, el *bonorum possesor*, no tiene contra ellos, la acción ordinaria, *petitio hereditatis*, puesto que esta se dá solamente, contra el heredero, tenía que iniciar entonces, el interdicto, *quorum bonorum*, para reclamar esa posesión que le pertenecía como heredero y era sancionada con una pena para el tercero opositor.

De manera que este interdicto, tenía el carácter de policía, para evitar las vías de hecho, entre el heredero y el tercero detentador.

Este interdicto concluyó por convertirse en una verdadera acción posesoria ( ya que la propiedad la adquiría por usucapión ) análoga a la *bonorum possessio*, que nació de la petición de herencia, en la que el titular tenía que probar su calidad de heredero, pero diferente de aquella, en que esta, se daba contra el tercero detentador y aquella contra un heredero. (1).

Por lo expuesto, para los romanos, habían dos acciones para solicitar la posesión de los bienes hereditarios; una, la *bonorum possessio*, que nació como consecuencia de la acción ordinaria de petición de herencia, para solucionar practicamente la posesión interina, mientras duraba el pleito ordinario, era

---

( 1 ) Conf. E. PETIT. ob. citada pág. 190 y sig. y E. CUC. « Les Institutions Juridiques des Romains. L'ancien droit. » T. I pág. 268 ).

entonces una acción subsidiaria, posesoria, sumaria y que exigía en su titular probar brevemente su calidad de heredero, y otra, la *quorum bonorum*, cuando la acción era dirigida contra un tercero detentador de la posesión de los bienes hereditarios, acción también sumaria, en que el titular debía probar su calidad de heredero o en otras palabras, que es bonorum possessor y además posesoria, que tenía como sanción una pena contra el tercero detentador.

Esta última acción por lo tanto, es la que tiene más puntos de contacto con la que estamos estudiando; es sumaria como la nuestra, el titular tiene que probar su calidad de heredero, la acción se dirige contra un tercero en la herencia y el detentador es castigado con una pena, pero en cambio difieren, en que la nuestra, no es posesoria ( art. 1039 del Cód. Civil ).

## DERECHO ESPAÑOL

*Derecho español antiguo y la ley de Enjuiciamiento de 1855.*  
— « El interdicto de adquirir la posesión, adipiscendoe vel adquirendoe possessiones, según decía el derecho romano, es aquel en que se pide la posesión de una cosa que no es poseída por otro y a que cree tener derecho el reclamante ».

« Anteriormente los prácticos, dice Febrero fundándose en la ley 3, tit. 34, lib. II de la Nov. Recop., que establece uno de los dos casos de interdictos de adquirir mencionados por nuestras leyes, consideraban al juicio que se instruye para poner en posesión de la herencia a los hijos, nietos o cualquiera otros parientes con derecho a heredar, como uno de los sumarísimos, porque según la misma ley dice al final: « *las justicias de esto acaesciere, mandamos, que luego informadas de la verdad, pongan en la posesión pacífica de los dichos bienes ( de la herencia ) después de la muerte del difunto, a los dichos herederos, procediendo en todo sumariamente sin figura de juicio, y hagan ejecución de la pena con costas y daños y menos cabos que sobre la dicha razón se recrescieron* ».

Cuya pena era la pérdida del derecho que les perteneciere en aquellos bienes, o no teniendo tal derecho, la de volverlos con otros tales y tan buenos o con su estimación en su defecto.

Más explícita la ley 2. tit. 24, Part. 6 continúa Febrero, establece el otro caso de interdicto de adquirir, disponiendo *que presentando el heredero testamento en que el que haya sido nombrado siendo éste legítimo y suficiente y pidiendo que se le ponga en posesión de los bienes que consiste la herencia, debe accederse a su pretensión, no obstante oposición de un tercero, fundado en que el testamento es falso o que el testador, no podía estar, aunque si deberá oírsele después, si quisiera probar la excención alegada*».

«Algunos prácticos opinaban con fundamento que la doctrina de las dos leyes expuestas no significaba que siempre hubieran de ser sumarios las diligencias judiciales que habían de preceder para poner en posesión al heredero, sino que debía distinguirse entre el caso en que se alegase oposición fundada en vicios del testamento y aquel en que se opusiera mejor derecho a la posesión, porque, como en el primero no se disputaba la posesión realmente, ni se alegaba mejor derecho, sino que se le alegaba al contrario, había de ponerse en posesión al que la pedía con reserva de tratar la cuestión principal en juicio ordinario; más en el segundo, puesto que se oponía el tercero derechamente a la demanda posesoria, era necesario ventilar en juicio el mejor derecho».

«Del mismo modo en el primer caso expresado, se podía decidir sumariamente la cuestión interina de posesión, toda vez que se presentaran dos solicitando esta y pudieran venir perjuicios graves de la tardanza en la decisión. En tales circunstancias se oía a ambos contendientes, admitiéndoles sumaria información que acreditara el derecho de cada uno de los interesados e identificara sus personas y con vistas de éstos, el juez determinaba quién era el que había de entrar en posesión, pero siempre con la cláusula de sin perjuicio de mejor derecho. Esta doctrina tiene lugar cuando el tercero que se oponía no estaba en posesión, porque estándolo y no peligrando la cosa litigiosa, habiendo duda en los derechos alegados, no se hacía novedad, y se ventilaban éstos en juicio plenario».

«Hemos creído deber exponer la práctica que se seguía con anterioridad a la nueva ley, en el conocimiento del interdicto de adquirir y según la expone Febrero, para que puedan apre-

ciarse inmediatamente las innovaciones introducidas por aquella ».

« La nueva ley divide el procedimiento del interdicto de adquirir en dos períodos. Por el primero se da la posesión al que presenta título por el que parece corresponderle y cuando otro posee como dueño o usufructuario, sin citar ni oír a los que puedan tener mejor derecho a ella. Su objeto es proveer a lo mucho que importa y urge que obtenga la posesión el que presenta título suficiente para considerarle como heredero presunto, evitándose los inconvenientes de que se halle vacua aquella o maladministrada por quién tenga interés en esquilmarla, por no esperar permanecer en ella por falta de título. Este período es sumarísimo y tiene un carácter provisional y transitorio, sirviendo de preparación al segundo período, que tiene por objeto dar la posesión al que alega ya un derecho a título cual la ley requiere para que pueda causar estado sobre ella, quedando únicamente a salvo el juicio sobre la propiedad: la tramitación de este período, aún que sumaria, ofrece las solemnidades suficientes para poder examinar, discutir y decidir la cuestión con prendas de acierto, puesto que en él se cita y oye a los interesados que se presentan, controvertiéndose entre ellos y el primer reclamante el derecho sobre la posesión ».

« Para que proceda el interdicto de adquirir son requisitos indispensables, según el art. 694, los siguientes ».

« 1.º *La presentación del título suficiente para adquirir la posesión con arreglo a derecho:* Tales son el testamento en que se instituyó heredero al que reclama la posesión de los bienes de la herencia y la partida de defunción del testador, o si fuere heredero abintestato, las partidas que acrediten ser pariente del testador y con derecho a heredarle y haber fallecido aquel intestado, o la declaración de heredero abintestato hecha judicialmente con arreglo a derecho ».

« 2.º *Que nadie posea a título de dueño o de usufructuario los bienes cuya posesión se pide.* El que posee a título de dueño, esto es, con un título por su naturaleza traslativo de dominio, como compra, venta, donación, etc., no puede ser privado de la posesión por medio del interdicto; para ello deberá ser oído en el juicio plenario de posesión, cuyos trámites graves y solem-

nes permiten a las partes elegir las razones que les asisten en apoyo de su derecho y las pruebas en que se funda, y al juez apreciar debidamente de que lado está la razón y la justicia. Lo mismo debe decirse respecto al usufructuario, puesto que gana la posesión de la cosa de que se usufructúa, como dice la ley 5, tít. 30, Part. 3; aquellos que han el usufructo de algún heredamiento si fuesen apoderados de él, ganan la posesión, pero en salvo finca su señorío a sus dueños. Más no es aplicable esta doctrina a los arrendatarios, comodatarios, depositarios ni demás que tienen las cosas en nombre de sus dueños» (1). Por eso dice el parag. 2.º del art. 692 de la ley; *el que los poseyere no puede ser privado de su posesión sin ser oído y vencido en juicio*. Según el artículo mencionado, deberá acreditar el que interpone el interdicto que nadie posee lo bienes como dueño o usufructuario, sin que baste, en nuestro concepto, como quieren algunos intérpretes, que lo asegure solamente para dársele la posesión privando de ella al que la tiene por aquellos conceptos, y no quedando a este otro remedio para recobrarla que el oponerse en el término de sesenta días que marca el art. 701. No debiendo oírse al que detiene los bienes reclamados para dictar el auto en que se otorga la posesión al que propone el interdicto, según el art. 695, es necesario que éste acredite el requisito de que nadie los posee a título de dueño o usufructuario: este requisito es esencial dice uno de los redactores de la ley el Sr. Gómez de la Serna en sus Motivos, porque de otro modo se despojaría de la posesión al que en ella estaba constituido, sin saberse si su título era más o menos fuerte del que en su daño la pretendía. La presunción que tiene el que posee por solo el hecho de poseer; no puede ser destruída por el que pide en concepto de sucesor de otra persona: todo lo que se le puede conceder es lo que se otorgaría al finado, si viviese; las acciones que le correspondan para que en el juicio competente pueda conseguir la reparación de su derecho violado. Este juicio no es otro que el ordinario o plenario de posesión. La tramitación que señalan los arts. 701 y 702 es para los que saliesen oponiéndose a la posesión dada al reclamante de los bienes que ellos poseían bajo ningún

---

(1) Ver la ley 5, tít. 30 Part. 3.

título o con ninguno de los mencionados. De esta suerte se evita seguir unos trámites inútiles, cuando el juez conoce desde luego que no hay motivos fundados para proceder por el interdicto ».

« Intentado el interdicto, el juez examinará el título en que se funde, para ver si es de los que requiere la ley para hacer lugar al interdicto y si se halla otorgado con las solemnidades de derecho para su validez, y sin dar traslado al que se hallase deteniendo los bienes, *dictará auto motivado otorgando la posesión sin perjuicio de tercero, o denegándole*, según que viere que se han llenado o no los requisitos del art. anterior, Cuando se dá la posesión se expresa que es sin perjuicio de tercero, porque como ya hemos dicho, el interdicto tiene un carácter de interinidad que no perjudica al que se presentase después probando mejor derecho para la posesión o que le pertenece la propiedad de los bienes ».

*« Del auto en que se deniegue la posesión puede pedirse reposición dentro de tercero día, y si el juez no lo otorgare, queda expedito el recurso de apelación: art. 696 ».*

*« La apelación se admitirá en ambos efectos, remitiéndose en seguida los autos a la Audiencia con citación solo del que los haya promovido, por que no hay ninguna otra parte o interesado a quién se haya dado audiencia hasta este período ».*

« Por la misma razón de no haber contrario, no se concede apelación del auto en que se otorgó la posesión al que la pidió, aún cuando alguno detuviese los bienes a que ésta se refiere y estuviera interesado en que se otorgase, porque aún no ha llegado el período del juicio en que se oye la oposición que se presentare ».

*« Así que, pronunciado auto otorgando la posesión, se procederá a darla en cualquiera de los bienes de que se trate; en voz y nombre de los demás por alguacil, a quién se conferirá comisión al efecto y ante escribano ».*

*« Se harán también las intimaciones necesarias por el escribano o, ante éste, a los inquilinos o colonos de los demás bienes, o a los que pueden tener algunos bajo su custodia o administración para que reconozcan al nuevo poseedor, librándose a este objeto los exhortos u órdenes necesarios: art. 698 ».*

« En los autos se pondrá diligencia de haberse efectuado todo eso, debiéndose expresar que se dió la posesión sin contradicción de nadie, si así fuere, para que pueda hacerse constar la buena fé del poseedor para los efectos legales ».

« *Al que haya obtenido la posesión, bien por la sentencia del Juez de Primera Instancia o por la del Tribunal Superior, deberá darse, si lo pidiere, testimonio del auto en que se le hubiere mandado dar, y de las diligencias practicadas para su cumplimiento: art 699;* para que pueda acreditar el acto de la posesión y reclamar los arriendos y demás derechos que emanan de ella o defenderse en juicio en caso necesario.

« Si se presentaren interponiendo el interdicto varios, acreditando tener igual, derecho como si fueran sucesores en igual grado de los bienes del que murió abintestato, se le mandará dar a todos la posesión pro-indiviso o a cada una la parte en que se convinieren.

« Aunque la ley designa solamente el plazo de 60 días, contando desde la publicación del auto en que se dió la posesión interina para oponerse a que se ampare en ella a aquél a cuyo favor se dió, parece que si se presentase alguno con título suficiente alegando su derecho a la posesión interina, deberá examinarlos el Juez, y si viese que tiene mejor derecho que el primero, darle dicha posesión con preferencia a éste, sin perjuicio de oír después a entre ambos por los trámites del art. 701, después de ver si se presenta algún otro.

« Aquí termina el primer período del interdicto de adquirir y principia el período segundo ».

« Ya hemos visto que, según el art. 695, el auto otorgando la posesión en virtud de la solicitud sobre el interdicto, se dá sin perjuicio de revocarlos, si se presenta otra persona que alegue mejor derecho que aquél al todo o parte de la posesión. De apreciar, pues, este derecho, se trata en este segundo período »

« *En su consecuencia, dada la posesión, el Juez dispondrá que el auto en que se halla mandado dar, se publique por edicto, que se fijarán en los sitios acostumbrados del pueblo en que residiere el Juzgado, e incertarán en los periódicos de él, si los hubiere, y en el Boletín Oficial de la provincia: art 700 ».*

« Esta disposición tiene por objeto que llegue a noticia

de los que se creyesen con derecho para reclamar la posesión de aquellos bienes el acto de haberla interinamente al que la solicitó con título suficiente. El auto de publicación debe dictarse de oficio, que su objeto es evitar que se perjudique a los que por hallarse ausentes ignorasen que se ha dado aquella, puesto que tampoco habrá por lo regular parte contraria al que reclamó el interdicto, que pudiera solicitarlo ».

*« Pasados sesenta días, desde la fecha en que se hubiere incertado el auto de posesión sin perjuicio en el Boletín Oficial de la provincia, sin que nadie se haya presentado a reclamar, se amparará en la posesión al que hubiere obtenido, esto es, se confirmará la que se le dió, declarándola bien dada, a instancia suya, y no se admitirá reclamación contra ella, sobre la posesión por medio de interdicto ni por el juicio plenario de posesión, según la práctica anterior que se ha reformado por la nueva ley; de manera que esta posesión no se dá ya sin perjuicio, sino que atribuye al que la obtiene el carácter de poseedor en el sentido más riguroso de esta palabra, y perjudica a los que no se opusieron al amparo dentro de los sesenta días, porque ya no pueden hacerlo después, respecto de la posesión. Quedará solo al que se crea perjudicado la acción de propiedad, durante cuyo juicio deberá conservarse en la posesión al que la haya adquirido: art. 701. Dicha acción de propiedad se ejercitará en el juicio ordinario petitorio. Pero según el art. 702, si dentro de dicho término de sesenta días se presentare alguno con escrito y otro título, suficiente como los mencionados al explicar el art. 694, reclamando contra la posesión, se comunicará la solicitud por tres días al que la haya obtenido. De lo que expusiere éste, se dará copia al reclamante; y mandará acto continuo el juez convocarlos a juicio verbal, al cual podrán asistir sus respectivos defensores para alegar sus derechos a poseer: en este juicio podrán presentarse documentos y testigos. Se vé, pues que este juicio verbal participa de la naturaleza del escrito en cuanto que antes de celebrarse ha habido un escrito por cada parte, el cual se les comunica para que se enteren de las pretensiones del contrato y puedan preparar las razones y pruebas en que apoyen las suyas. También tiene el carácter de una vista, en cuanto pueden alegar los defensores las razones en que apoyen sus derechos sus defendidos.*

Debe señalarse para la celebración del juicio el día más próximo posible. por la urgencia del negocio. Es facultativo en los interesados celebrar o no el acto de conciliación, según el art. 201, expuesto en el núm. 251, 3.º del libro 2.º de esta obra. Si la presentación de otro interesado fuere antes de terminar los sesenta días, si bien podrá comunicarse su solicitud al que se hallase poseyendo, no creemos deba celebrarse el juicio verbal hasta que pasen los sesenta días, ni menos darse sentencia, porque de lo contrario, si se presentase, otro, habría que duplicar los juicios y las sentencias, siendo inútil acaso lo alegado y decidido anteriormente.

*«Se extenderá la oportuna acta de él, que suscribirán ante el Juez, los interesados, los testigos que hubieren sido examinados y el escribano, como se hace en los demás juicios verbales, con el objeto de que conste lo practicado en ellos».*

*«Los documentos que se presenten unirán a los autos, para que consten los fundamentos de las solicitudes de las partes y la justicia del fallo. Concluído el juicio verbal, y dentro del día siguiente, el juez dictará sentencia, la cual determinará amparar en la posesión al que la haya obtenido o darla al reclamante con todas sus consecuencias, esto es respecto de las partes que le es favorable, con la rendición de cuentas y entrega de frutos que debe hacer el contrario de lo que hubiere percibido indebidamente, y en cuanto a la parte adversa, estando a los resultados del juicio petitorio que puede promover el vencido en el de posesión, dejando sin efecto la dada anteriormente».*

*«En este último caso, si resultase haber procedido dolosamente el que promovió el interdicto, v. gr., si hubiese interpuesto el interdicto sabiendo que existía otro con mejor derecho que él, o que poseía a título de dueño o usufructuario. Será condenada en costas y a la indemnización de daños y perjuicios: art. 703».*

*«Para que haya lugar a dicha indemnización, deberá haberse solicitado por el oponente en su escrito de oposición, puesto que las sentencias deben ser conformes a los solicitado por las partes. La fijación y prueba de los daños y perjuicios se practica después, en el juicio verbal a que se refiere el art. 707, y no en el art. 702 para evitar pérdida de tiempo y gastos, y*

que involucren las cuestiones con alegaciones que podrían ser inútiles, si se daba providencia amparando en la posesión al que la obtuvo ».

*« La sentencia de que habla el art. anterior 703, bien amparado en la posesión al que la obtuvo, o dándola al que se opuso a este amparo, es apelable en ambos efectos. Interpuesta la apelación, se remitirán los autos a la Audencia con citación de las partes: art. 704. En su consecuencia si se hubiere mandado en ella dar la posesión al reclamante, se le dará sin pérdida de momento en los términos prevenidos en el art. 698: esto es, en cualquiera de los bienes de que se trata, en voz y nombre de los demás, por alguacil, a quien se conferirá comisión, a los inquilinos y colonos, o a los que puedan tener al nuevo poseedor, librándose a este objeto los exhortos en órdenes necesarias ».*

*« Si hubiere condena de costas, se hará inmediatamente su tasación. Si hubiere condena de frutos o de daños y perjuicios, se fijará su importe en juicio verbal, en el cual, con presencia de lo que las partes aleguen y de los documentos que produzcan, determinará el juez lo que deba abonarse. Aunque la ley parece limitar la prueba a la documental, no creemos que deba entenderse excluida, cuando aquélla no pueda practicarse, la de testigos, que es la más propia para esta clase de justificaciones y la más expedita. Así opina uno de los redactores de la ley, el Sr. Gómez de Laserna, en su Tratado académico forense de procedimientos judiciales. Contra esta declaración no se dará ningún recurso, quedando a salvo a las partes su derecho para hacer en juicio ordinario las reclamaciones que les convengan: art. 707 esto es, para pedir se minore la cantidad a cuyo pago se le ha condenado o se declare no hallarse obligado a satisfacer cantidad alguna, condenando al contrario a la devolución de lo que entregó bajo aquel concepto ».*

*« A pesar de la reclamación que se intentare en juicio, ordinario sobre la cantidad fijada a título de daños y perjuicios, no deberá suspenderse su pago, sino que por el contrario deberá hacerse efectivo brevemente. Por esto ordena el art. 708 que, concedido el importe de las costas de los frutos o daños y perjuicios,*

*se procederá a hacerlo efectivo de la manera prevenida en el procedimiento de apremio después del juicio ejecutivo: Art. 708 (1).*

Por la transcripción que hemos hecho de Caravantes sobre el interdicto de adquirir, vemos, que en el procedimiento del antiguo derecho español, el interdicto tenía dos fases; una para el caso de sucesión testamentaria, y otra para la sucesión intestada, pero en cuanto al procedimiento era el mismo, sumario, sin contradictor y con carácter de interino, con la finalidad de no dejar que los bienes sucesorios se perjudicaran por improductivos mientras se discutía su posesión definitiva, ya que, con la muerte de su dueño, se consideraban yacentes. Por la ley de Enjuiciamiento del 55, se cambió el procedimiento; conservando la finalidad anterior, pero instituyendo un procedimiento complicado, dividido en dos etapas; una sin contradictor y con carácter interino y la otra contenciosa, pero con la característica de que la posesión otorgada era definitiva, de manera que es de hacer notar que el procedimiento varió, fundamentalmente; en el procedimiento antiguo el interdicto con carácter sumarísimo daba solamente una posesión interina, ya que la definitiva se discutía en juicio ordinario; por el nuevo procedimiento, la posesión definitiva, se va a discutir dentro del mismo procedimiento del interdicto y por trámites especiales, de manera que en cierto modo, perdió el carácter de sumarísimo que tenía antes.

## LA LEY DE 1881

Las disposiciones que rigen el interdicto de adquirir en esta ley son Art. 1633. « Para que pueda tener lugar el interdicto de adquirir será requisito indispensable que nadie posea a título de dueño o de usufructuario los bienes cuya posesión se solicite.

Art. 1634. « Con la demanda se presentará copia fehaciente de la disposición testamentaria del finado cuyos bienes sean

---

(1) « CARAVANTES. Procedimientos Judiciales T. III pág. 217 a 222 inclusive. Conf. Gomes de Laserna y Montalban. Procedimientos Judiciales T. II, pág. 277 a 283.

objeto del interdicto, o si hubiere fallecido intestado, la declaración de heredero hecha por Autoridad Judicial competente.

Art. 1635. « Cuando la posesión haya de fundarse en título distinto de los del art. anterior, se arreglará el juicio al procedimiento establecido en el tít. XIV de la primera parte del lib. 3.º de esta ley ».

Art. 1636. « En la demanda pedirá el actor que se le reciba sumaria información de testigos, para justificar que los bienes cuya posesión reclama no están poseídos por nadie a título de dueño ni de usufructuario.

Art. 1637. « Dada la información de que se habla en el artículo anterior, dictará el Juez auto otorgando, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, o denegando la posesión solicitada».

« El auto en que se deniegue será apelable en ambos efectos ».

Art. 1638. « Dictado el auto otorgando la posesión, se procederá a darla en cualquiera de los bienes de que se trate, en voz y nombre de los demás, por alguacil a quién se conferirá comisión al efecto, y ante actuario.

Por el mismo actuario se harán los requerimientos necesarios a los inquilinos, colonos, depositarios o administradores el cual, en el mismo acto o después, podrá designar las personas a quienes hayan de hacerse dichos requerimientos ».

Art. 1639. « Al que haya obtenido la posesión deberá darse, si lo pidiere, testimonio del auto en que se le hubiere mandado dar, y de las diligencias practicadas para su cumplimiento ».

Art. 1640. « Dada la posesión, el Juez dispondrá que el auto en que se haya mandado dar se publique por edictos, que se fijarán en los sitios acostumbrados del pueblo en que residiere el Juzgado, y se incertarán en los periódicos de él, si los hubiere, y en el Boletín Oficial de la Provincia ».

Art. 1641. « Pasados cuarenta días desde la fecha en que se hubiere incertado el auto en el Boletín Oficial de la provincia sin que nadie se haya presentado a reclamar, se amparará en la posesión al que la hubiere obtenido, y no se admitirá reclamación contra ella. Quedará solo al que se crea perjudicado la acción de propiedad, durante cuyo juicio deberá conservarse en la posesión al que la haya adquirido ».

Art. 1642. « Las reclamaciones que se deduzcan contra la posesión durante el término ante dicho se unirán a los autos, y pasados los cuarenta días se entregarán al que hubiere obtenido la posesión, para que las conteste o exponga lo que tenga por conveniente dentro de seis días, transcurridos los cuales se recogerán los autos sin necesidad de apremio ».

Art. 1643. « Presentado el escrito a que se refiere el artículo anterior, al que se acompañarán tantas copias del mismo cuantos sean los reclamantes, o recogidos los autos, el Juez dictará providencia mandando que se entreguen a aquéllos dichas copias y que se cite a las partes a juicio verbal, para cuya celebración señalará el día más próximo posible ».

Art. 1644. « Al juicio verbal podrán concurrir los defensores de las partes. Después de exponer los reclamantes, por su orden, su derecho a poseer, y de contestarles el que haya obtenido la posesión, propondrán ambas partes las pruebas que les convenzan, las que podrán ser de posiciones, documentos y testigos. Admitidas por el Juez las que estime pertinentes, se practicarán en el mismo acto, uniéndose los documentos a los autos. Del resultado del juicio se extenderá acta, que firmarán el Juez, los interesados, los testigos que hubieran sido examinados y el actuario ».

Art. 1645. « Si alguna de las partes propuestas y admitidas hubiere de practicarse fuera del lugar en que se celebre el juicio el Juez acordará lo conveniente para que tenga efecto, pudiendo suspender el acto, señalando para continuarlo el día más próximo posible ».

Art. 1646. « Concluido el juicio verbal, y dentro de los días siguientes el juez dictará sentencia, en la cual acordará amparar en la posesión al que la haya obtenido, o darla al reclamante que tenga por mejor derecho, con todas sus consecuencias, dejando sin efecto la dada anteriormente. En este último caso, si resultare haber procedido dolosamente el que promovió el interdicto, será condenado en las costas y a la indemnización de daños y perjuicios. Dicha sentencia será apelable en ambos efectos ».

Art. 1647. Luego que la sentencia adquiriera el carácter de firme, se procederá a la ejecución de lo que en ella hubiere

mandado. Cuando en su virtud deba darse la posesión al reclamante, se llevará a efecto del modo expresado en el art. 1638 ».

Art. 1848. « Si hubiere condena de costas, se procederá inmediatamente a su tasación y aprobación ».

Art. 1649. « Si hubiere condena de frutos o daños y perjuicios, se fijará su importe en otro juicio verbal, en el cual, con presencia de lo que las partes aleguen y de las pruebas que se practiquen, determinará el Juez lo que deba abonarse ».

Contra esta declaración no se dará ningún recurso, quedando a salvo a las partes su derecho para hacer, en juicio ordinario, las reclamaciones que les convengan ».

Art. 1650. « Conocido el importe de las costas, de los frutos, o de los daños y perjuicios, se procederá a hacerlo efectivo de la manera prevenida en el procedimiento de apremio después del juicio ejecutivo ».

La ley de 1881 que hemos transcrito, conservó, en lo fundamental el procedimiento de la ley anterior, pero en cambio, hizo que el juicio sucesorio sea previo a esta acción, puesto que por el art. 1634, para las sucesiones intestadas, se exige la declaratoria de heredero.

En la primera etapa del procedimiento a diferencia de la anterior, estableció una información sumaria de testigos para justificar que los bienes que se reclamaban, no están poseídos a título de dueño o usufructuario por nadie. ( art. 1636 ).

Por el art. 1641 redujo a 40 días el plazo otorgado para oponerse a la posesión interina, aligerando así el procedimiento anterior.

Por otro lado, el procedimiento se hizo más sistematizado, con la nueva redacción, de los artículos 1633, 1634 y 1635 en sustitución de su correspondiente (art. 694) de la ley de 1855.

El procedimiento del nuevo interdicto, se ha perfeccionado porque de acuerdo con su origen, se le ha limitado realmente al rol que se quiso que tuviera y que por la redacción ambigua de la ley de 1855, fué desfigurado su alcance en la práctica.

Se reformó también en parte, el procedimiento de la oposición en la 2a. etapa, ampliando los términos de la defensa, facilitando los medios de prueba y expresando los conceptos

con más claridad que la ley anterior, estas fueron las principales reformas como pueden apreciarse. (1).

## EL DERECHO ESPAÑOL Y EL NUESTRO

Las diferencias con nuestro derecho son fundamentales. Cabe pensar entonces que nuestro codificador, no tomó como modelo a la legislación madre y ello por razones de principio; en el derecho español los bienes del de cujus, por su muerte quedan en estado de yacencia y por lo tanto es necesario un remedio de carácter posesorio para subsanar esa circunstancia; en nuestro derecho no sucede lo mismo, por la muerte del causante la propiedad y posesión pasan de pleno derecho al heredero, no puede haber pues problema de posesión como en el derecho español. Decimos que no puede haber problema de posesión en el sentido legal, pero puede suceder que el heredero tenga la posesión legal que le transmite su causante por la ley, y sin embargo no estar en la posesión de hecho, por estar los bienes, ocupados por terceras personas que no saben quienes son los herederos y por una razón de orden jurídico, es necesario que el o los herederos eviten situaciones de hecho para que la posesión legal se transforme en efectiva; para ello, es necesario un procedimiento que lo subsane. Esa ha sido seguramente la posición de nuestro codificador; ha contemplado la finalidad de los interdictos que se legislan en el derecho español, al establecer un procedimiento sumario para que los bienes de la herencia no queden improductivos en manos de terceros que pueden no tener el mismo interés que los herederos, pero descartando como es lógico, el problema de la posesión que para nosotros ya estaba resuelto; de ahí la diferencia fundamental entre el interdicto del derecho español y nuestra acción de entrega efectiva de la herencia. Allí está en litigio la posesión aquí, lo que puede estar en litigio es la calidad de heredero para poder ocupar los bienes que se reclaman. Los procedimientos también son distintos, a partir

---

(1) Conf. MANRESA. Ley de Enjuiciamiento Civil. T. VI pág. 147 y sig.



de la ley de 1855 se desarrolla en dos etapas, aquí en realidad hay una sola y más abreviado. A diferencia de aquél, desde un primer momento es contencioso y por último frente a la ley de 1881 en nuestro derecho no se exige, como en el español, la declaratoria previa de heredero en los casos de herencia intestada.

## DERECHO ARGENTINO

En el derecho argentino antiguo seguimos a Esteves Sagui, en su libro « Procedimientos Civiles en el Foro » (pág. 691 y sig.) que expresa:

« INTERDICTOS ADQUISITORIOS ». — A dos clases podemos reducir los juicios sumarios, dirigidos a adquirir la posesión, a saber: a la que se pide por causa de sucesión o derechos hereditarios; y la que se solicita por causa de contrato o actos inter vivos ».

« ARTICULO PRIMERO. ADQUISICION POSESORIA POR CAUSA HEREDITARIA. — No siendo lícita que nadie entre por sí en la posesión de bienes yacentes de una herencia, y ni convenientes tampoco que permanezcan mucho tiempo privado de eso el que tenga títulos para ello; el Legislador ha proveído remedio para conciliar ambas cosas. Tanto lo ha considerado así, que ni la prescripción de año y día, ni la larga prescripción por cualquier tiempo que sea, produce excepción alguna en favor del heredero o comunero que posea, contra el que no posee; porque considera sin duda la ley en tal caso, que no hay posesión de parte del uno en perjuicio del otro; sino más bien que poseyendo el uno de ellos, posee en representación de todos.

« En este sentido, consideramos que la posesión puede solicitarse bajo diversos aspectos, a saber: 1.º título universal; y entonces por testamento, contra testamento o abintestato: II a título singular: IIIº. pro-indiviso o en fin IVº dividualmente.

« El procedimiento en el primer caso, distinguiéndole en sus tres diversas modificaciones, es el siguiente ».

« Posesión a título universal por testamento. El heredero o herederos ocurren al juez ordinario; exhibiendo el testimonio del testamento, que les sirve de título; manifiestan al aconte-

cimiento de la muerte del testador; y piden en consecuencia la misión en posesión de los bienes que pertenecía al finado ».

« A esto en sustancia se reduce la disposición de la citada ley de Partida; pero necesitamos entrar en algunas más explicaciones, resultantes de la combinación de los principios de derechos establecidos en los Códigos ».

« Quedando yacentes los bienes de una herencia, el Legislador ha conocido prácticamente, cuanta diligencia y brevedad se requiere en beneficio mismo de la causa pública; para que sin dilación se proceda a la entrega de esos bienes, aunque no sea sino bajo el título de mera tenencia de simple posesión. Por eso recomienda el procedimiento breve y sumario, sin que nada obste a éllo de donde sin duda ha provenido el juicio posesorio que reconocemos en la práctica ».

« Pero no bastaría que el heredero nombrado en el testamento que exhibe fuese atendido tan inmediatamente, que peligrase el heredero de los demás, a quienes pudiera corresponder y que pudieran mostrarle en la misma forma sumaria. Por eso al presentarse alguno pidiendo la misión en posesión, se decreta con citación de los coherederos: se entiende otorgada pro-indiviso con ellos; y en consecuencia, el uno que posea, posee para todos los demás, y como representándolos: de manera, que estos podrán pedir en cualquier tiempo el mismo derecho ».

« Por un efecto de estos principios legales, todos los que acrediten bajos los breves trámites del juicio sumario tener igual derecho, deben ser puestos en posesión en la misma forma ».

« Cuando se disputasen el derecho a poseer, por preferencia de título al juez toca examinar cual se el más legítimo; y decidir entonces a favor de este, sin quebrantar por ello la sumaridad del procedimiento ».

« Más cualesquiera que sean los defectos intrínsecos que se opongan por un tercero al testamento que otro exhiba para pedir la misión en posesión, si se trata de descendientes y este otro es de esta clase y además menor de catorce años; si el testamento exhibido tiene todas las formalidades externas; si al menor se le pretende desconocer su legítimo título de heredero; entonces por ningún motivo quiere la ley que se ataje o suspenda la posesión; sabe que ha de ser otorgada condicionalmente,

hasta que el poseedor cumpla los catorce años; después de cuyo tiempo será obligado a entrar al juicio formal ».

« Lo mismo tiene lugar aunque sea mayor el heredero; con tal que el otro que le dispute el derecho, no ofrezca y pruebe « luego.... lo que dice, sin alogamiento ninguno », es decir, siempre sumariamente ».

« La misma posesión que a título propio corresponde al heredero, la misma reconocen y acuerdan las leyes al albacea o ejecutor testamentario; aunque no ha título propio, sino como mero administrador y para cumplir sin dilación con su cargo ».

« POSESION CONTRA TESTAMENTO ». Al acordar la posesión según las tablas del testamento, es bajo el supuesto de que él sea enteramente arreglado a derecho en cuanto a su formas extrínsecas o intrínsecas, es decir; que cuando la escritura tenga algunos de los vicios que la hagan eficaz, o contenga disposiciones prohibidas ( n. 384 y 85 ), no podrá despacharse la misión en posesión ».

« Así pues al establecer el Legislador el principio de que, se acuerde aquél beneficio al que exhiba y se presente pidiéndole con mejores títulos, quedan sin duda comprendidos todos los casos en que por patente nulidad, revocación o ineficacia del testamento exhibido, haya de por medio otra persona que manifieste un título incuestionable legal ».

« El caso de un testamento posterior con todas las condiciones de validez y de revocabilidad de algún otro anterior, es por cierto el más sencillo; y del que, como un ejemplo del principio general, usa la ley ».

« Concretemos sin embargo, las bases que dejamos sentadas, a algunos otros casos particulares, para tentar la legalidad de la aplicación ».

« Supongamos un testamento otorgado a favor del confesor del que testase, o del convento, comunidad o iglesia a aquel perteneciese ( n. 385 ) que por tal instrumento se excluyera en todo o en parte a los herederos abintestato ( no forzosos ). Supongamos el testamento de un ciego, hecho no nuncupativamente y bajo todos los requisitos de su forma especial; sino inscriptis o cerrado. Se pide posesión por el heredero o por el albacea ( n. 1441 ) ¿ podrá despacharla el Juez ? De ningún modo

porque el testamento lleva consigo un vicio inherente que le inutiliza, tan luego como conste ».

« Resulta pues, nulo o ineficaz un tal instrumento ¿ a quién pertenecerá entonces la posesión de los bienes yacentes »?

« Es bien claro que en semejante caso deja de haber testamento; y el pretendido testador queda como muerto abintestato. Por consiguiente, sus herederos legales de esa clase, sus más próximos parientes, adquieren un derecho incuestionable; y a ellos precisamente tocará, el de la posesión ».

« Es pues muy legal solicitar en ciertos casos la posesión, a pesar de un testamento, o contra un testamento. Aunque entonces la causa se reduzca a la de abintestato, este supone absolutamente hablando, una completa inexistencia de aquel instrumento; mientras que en la otra ley hay, pero solo aparentemente: de modo que, bajo el mismo procedimiento breve sumario, se puede conocer y decidir el mejor derecho, según la ley del que se opone a la posesión con el título de heredero abintestato, a pesar del que la pida por testamento. De ahí sin duda, la necesidad impuesta de procederse con citación ( n. 1439 ) de los interesados en una sucesión ».

« Mucho cuidado se necesita en verdad sobre esta materia; porque además de no deberse acordar la posesión a quién de derecho no corresponde, puede inferirse daño a tercero que la tenga mejor. La sola posesión de la herencia cuando se trate de causa entre extraños, y no entre coherederos puede dar motivos a la prescripción de ese mejor derecho, ya en todo o en parte de la herencia, por los plazos de cinco, diez veinte o treinta años; salvo los privilegios por el beneficio de restitución integran ».

« JUICIO POSESORIO DE HERENCIA AB-INTESTATO. Todos aquellos a quienes compete el derecho de sucesión abintestato, pueden pedir la posesión; ofreciendo y produciendo para ello la información siguiente: 1.º el fallecimiento del individuo a quien se pretenda suceder. 2.º su muerte sin dejar disposición testamentaria. 3.º el grado de parentesco en que se hallen; así como de ser los más próximos parientes ».

« El fallecimiento se acredita, o por la partida de entierro, o por información de testigos: la circunstancia de haber sido abintestato, por la certificación de los escribanos de no existir

en sus registros testamento, o por voz y fama pública a lo menos. El parentezco se acredita por las partidas de casamiento y bautismo, o por información de testigos ».

« Este mismo juicio posesorio corresponde a la viuda, que queda encinta para que a nombre del póstumo que espera tener, se le haga entrega de los bienes del padre ».

« El procedimiento informativo en tales casos está reducido a la justificación, aunque no sea excluyente, aunque sea dudosa o por presunciones, del estado de preñez y de la existencia de matrimonio ».

« Para ello y sin duda con citación o conocimiento de los herederos abintestados del marido, podrá procederse, tomando las precauciones equivalentes o semejantes a las que señala el mismo código; a fin de que haya entera seguridad del nacimiento. Con tanta más razón, cuanto que esos herederos serán privados de todo derecho, teniendo uno condicional en el caso de que el póstumo nazca vivo, sea bautizado y viva a lo menos veinticuatro horas, según la disposición de la ley de Toro ».

« Otro juicio posesorio ( parecido al precedente ) y bajo el supuesto del título a heredar, ya abintestato ya por testamento compete en el caso de ausencia de algún individuo en tierras lejanas; cuyo paradero se ignore, sin tenerse noticias de que viva; sino al contrario, de que esa pública voz y fama haber fallecido ».

« Habiendo pasado de diez años arriba de ausencia en ese concepto, el heredero abintestato, o el que lo sea por testamento que hubiese otorgado el ausente, podrá pedir la posesión de los bienes; justificando aquellas circunstancias ».

« Opinamos sin embargo, con Elizondo, que en esto deberá procederse con gran cuidado; dando fianzas de restituir los bienes y los frutos al ausente, si apareciese, o al que en su lugar presente títulos mejores. Parece pues, que si la prueba se limita a la presunta por ausencia y por voz y fama pública, solo podrá otorgarse una posesión, o más bien administración, provisional al que tuviera título de heredar ».

Este es el procedimiento antiguo, el moderno se encuentra establecido en los artículos que vamos a transcribir:



Art. 564. « Para que proceda el interdicto de adquirir, son requisitos indispensables:

1.º Que se presente título suficiente para adquirir la posesión con arreglo a derecho, entendiéndose por tal, todo documento o prueba si no completa para acreditar el dominio, por lo menos suficiente para acreditar la presunción de que la cosa que se intenta poseer corresponde al que solicita la posesión;

2.º Que nadie posea a título de dueño o de usufructuario, los bienes cuya posesión se pide.

Art. 565. « Si algunos los poseyere, no podrá ser privado de su posesión sin ser oído y vencido en juicio.

Art. 566. Intentado el interdicto, el Juez examinará el título en que se funde, y si no lo hallare suficiente, negará la posesión.

Art. 567 « De este auto podrá pedirse revocatoria o apelación en subsidio, dentro de tercero día ».

Art. 568. « Si el Juez hallare suficiente, el título, y los bienes no estuviesen detentados, mandará llamar, por el término de treinta días a los que se consideren con derecho a la misma posesión, por edictos, en que se designen claramente los bienes y se expresa la acción intentada ».

Estos edictos se publicarán en los diarios durante quince días; y si los bienes estuvieran situados fuera del pueblo en que resida el Juzgado, se fijará un ejemplar en el Juzgado de Paz del Partido correspondiente.

Art. 569. « No presentándose persona alguna en el término de los edictos, se dará la posesión al demandante sin perjuicios de mejor derecho ».

Art. 570. « Si compareciese alguna persona en virtud de los edictos, o cuando la demanda sea dirigida contra el detentador de los bienes, después de ser éste notificado, el Juez citará a juicio verbal, con intervalo de tres días, pasándose a los emplazados copia de la demanda y documentos con que esta se hubiese instituido.

Art. 571. « En este juicio verbal oírás el Juez a las partes o sus defensores, recibirá los documentos y testigos que se pre-

016500

23 JUN. 1998

senten, los cuales no podrán ser más de cinco por cada parte, extendiéndose nota en que con claridad y precisión se consiguen los alegatos y las pruebas producidas ».

Art. 572. « Dentro de los tres días contados desde que se realizará el juicio verbal, y sin necesidad de citación, ni otra diligencia de prueba o trámite, pronunciará el Juez sentencia con la cláusula: sin perjuicio de mejor derecho ».

Art. 573. « Esta sentencia será apelable en relación, para ante el Superior, el que deberá resolver sin más trámites, dentro de los quince días siguientes al llamamiento de autos ».

Posteriormente al Cód. y por la ley N.º 50 « De procedimientos de los tribunales nacionales », se modificó parcialmente el procedimiento pero conservándolo en la parte substancial, por cuyo motivo no la transcribimos. ( 1 ).

## EL DERECHO ARGENTINO Y EL NUESTRO

Por lo expuesto precedentemente por Estevez Sagui, el interdicto de adquirir del antiguo derecho argentino, consistía en un procedimiento sumario, pero algo distinto del español antiguo, pues en el argentino hay contradicción, y por lo tanto sentencia de Juez que la resuelva sin que por eso perdiese el procedimiento, su carácter de sumario.

En lo que a nuestro derecho respecta, las diferencias son manifiestas; en aquél se reclama la posesión, aquí; el heredero ya la tiene, pero en cambio, en cuanto a los extremos a probar por el titular de la acción son idénticas ya que, ambas son acciones sucesorias y por lo tanto hay que probar la calidad de heredero.

Con referencia al derecho argentino actual, cuyos artículos hemos transcripto, las diferencias en las acciones del punto de vista de su naturaleza, son las mismas ya apuntadas para el derecho antiguo.

En cuanto al procedimiento que ha cambiado, hay algunos

---

( 1 ) Ver Cód. de Proc. Civil y Comercial de la Capital de la Nación Argentina. Concordado y comentado del Dr. Raymundo L. Fernández. Apéndice pág. 530.

puntos de contacto con nuestro derecho; en el art. 565, aún cuando nuestro legislador, nada dice expresamente surge del contexto general del capítulo, qué si el que ocupa los bienes, los posee a nombre propio, no podrá ser privado de su posesión sin ser oído y vencido en juicio, en primer lugar, porque la oposición que el tercero puede hacer al heredero para que ocupe los bienes radica en la calidad de tal que éste debe probar, de forma que, si la oposición de el tercero es por circunstancia distinta, como sería la de creerse poseedor, lógicamente tienen que clausurarse los procedimientos del juicio de entrega de la cosa para que se inicie los de la posesión correspondiente. Pero en ese caso, en el derecho argentino, a diferencia del nuestro se sigue el mismo procedimiento del interdicto, se discuten los derechos correspondientes y se resuelve por el Juez en forma breve y sumaria (art. 570, 71, 72 y 73) lo que por otro lado, está de acuerdo con la naturaleza de la acción a ejercer, dado que allí lo que se reclama es la posesión.

Otro punto de contacto, está en el art. 566, pues en este, como en el nuestro (art. 1305 inc. 2.º) hay una calificación previa del Juez para otorgar la acción, pero con una diferencia fundamental; en el derecho argentino, si al Juez no le parece bastante el título presentado, niega la posesión, quedándole al actor, el recurso de revocación o apelación en subsidio, en cambio en nuestro derecho (art. 1306), cuando el Juez no considera suficiente el título presentado, la acción sigue adelante, lo único que no procede es el desapoderamiento ordenado por el art. 1305.

## DERECHO VENEZOLANO

En el Cód. Civil sancionado el 19 de mayo de 1896 y vigente el 28 de octubre del mismo año (1) apéndice 5.º del art. 896 se expresa: « *La posesión de los bienes del difunto pasa de derecho a la persona del heredero, sin necesidad de toma de posesión material* ».

---

(1) Instituciones Política y Jurídicas de los Pueblos Modernos, publicación dirigida por Vicente Romero y Girón y Alejo García Moreno.

Sin embargo parece haber contradicción entre este artículo y los que vamos a transcribir del mismo cuerpo de leyes referente a la posesión.

Art. 674. « La posesión continúa de derecho en la persona del sucesor a título universal. Esto no obsta para que el heredero dentro de un año contados desde el día en que tuvo derecho de entrar en la herencia, pida al Tribunal la entrega de los bienes, comprobando previamente su calidad de heredero, y de un modo directo el hecho de que las cosas cuya entrega solicita, las poseía al tiempo de su muerte su causante, como suyas propias o por algún derecho transmisible al heredero, o las poseía hasta su muerte el que precedió en el derecho de solicitante ».

« El sucesor a título particular puede unir a su propia posesión la de su causante, para invocar y gozar sus efectos ».

Art. 676. « El que ha sido despojado de la cosa mueble o inmueble que poseía con justo título, puede dentro del año, a contar desde el despojo, pedir que se le restituya la posesión ».

Art. 677. « Habiendo constancia de la perturbación o del despojo, el Juez debe decretar la restitución o el amparo, sin citación de la otra parte, con la mayor severidad en el procedimiento contra cualquiera que sea el autor del despojo o de la perturbación aunque fuese el propietario. El mismo procedimiento se observará en los casos de posesión hereditaria ».

Art. 678. « Sólo se suspenderán los efectos del decreto a que se refiere el artículo precedente, cuando aquél contra quien se dirige el interdicto se opusiere acreditando dentro de 24 horas de ejecutado aquél decreto con título justo y auténtico, que procede con derecho ».

Art. 679. « Siempre que, habiéndose llevado al efecto el decreto, no se hubieren suspendido sus efectos, haya o nó habido oposición, se entenderá de hecho abierta, desde la fecha de la ejecución del decreto, una articulación por 8 días, decidiéndose necesariamente al noveno la confirmación o revocatoria de tal decreto ».

« Si el juez que ejecutare el auto posesorio residiere en lugar distinto de aquél en que se acordó, se concederá, además de los 88 días que expresa este artículo, el término de la distancia

entre aquellos dos lugares; pero para la prueba no se concederá en ningún caso término de distancia ».

Art. 680. « Si dos o más personas pidieren a la vez la posesión de alguna cosa o pretendieren ser amparadas en la posesión con los recaudos, del caso, el Juez dará la posesión o amparará en ella la que apareciere que a probado mejor su derecho posesorio.

Si hubiere duda de tal naturaleza, que no pudiese después resolver en justicia, podrá mandar ampliar las pruebas presentadas, fijando los puntos que deben esclarecerse.

Cuando a juicio del Juez no bastare la ampliación, podrá si se trata de cosa embargable, acordar su depósito en poder de uno de los mismos peticionarios si el otro lo consintiere, o del que diere mayor garantía de conservarla sin alteración ni menoscabo, con cargo de rendir cuenta, si fuere productiva, o en último caso, en poder de un tercero que tenga las condiciones para depositario.

Y si la cosa sobre que versare el interdicto fuera una servidumbre de acueduto.....

Ejecutado el decreto del Juez, en los casos que quedan previstos, se entenderá abierta la articulación de que trata los artículos precedentes y el juicio interdictal continuará su curso legal ».

Eso con respecto al Cód. Civil, en el Cód. de Proc. Civil sancionado el 14 de mayo y vigente el 5 de julio de 1897 ( 1 ) en la sección segunda del título 6.º se expresa:

Art. 562. « Cuando el heredero pida la posesión de la herencia, deberá acompañar el testamento o justificar la falta de testamento, y acreditar lo demás que exige el art. 674 del Cód. Civil ».

Art. 563. « Dentro de 24 horas de haberse pedido la posesión de la herencia, el Juez mandará darla y se dará en efecto al heredero, sin citar a la persona o personas que estuvieran poseyendo las cosas pertenecientes a la herencia ».

Art. 564. « Cuando el Juez no considere suficiente la justificación producida por el heredero, mandará ampliarla, indicando el defecto. El heredero, en este caso, podrá apelar, si no creyere

---

( 1 ) Colección Moreno ya citada.

conforme la determinación e interpuesto el recurso por escrito o verbalmente, se practicará lo que queda establecido en este Cód. para la apelación de la sentencia definitiva ».

Art. 569. « En todo caso, aquellos contra quienes obren los decretos de interdictos, tendrán derecho a ser oídos en juicio ordinario; pero el despojador no podrá reclamar el perjuicio que haya sufrido por la restitución decretada por el Juez ».

Art. 570. « Si dos o más personas pidieren a la vez la posesión de alguna cosa, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el art. 681 del Cód. Civil ».

Art. 571. « En la desición de la articulación a que se refiere el art. 679 del Cód. Civil, se condenará en las costas a los que resultaren despojadores o perturbadores ».

Las reclamaciones de perjuicios y frutos contra los mismos se deducirán en juicio ordinario ».

Art. 572. « En el juicio sumario no se oirá recurso de apelación, sino en el efecto devolutivo, salvo lo dispuesto en el art. 564 ».

Art. 573. « Después de pasado el año fijado para intentar los interdictos no podrá pedirse la posesión hereditaria, la restitución o el amparo sino en juicio ordinario; a menos que se haya hecho uso de la fuerza contra el legítimo poseedor, a quién en este caso se favorecerá por el interdicto posesorio, en cualquier tiempo ».

## EL DERECHO VENEZOLANO Y EL NUESTRO

La primera cuestión a destacar, es que, lo que el heredero debe reclamar en la ley venezolana, es la *entrega* de los bienes, como la misma ley lo dice ( art. 674 ), pues la posesión ya la tiene por ley ( art. 896 ) en lo que no hay contradicción con el anterior citado, aunque así parece a prima-facie. Lo que dice el art. 896, es que la posesión legal se transfiere al heredero, aún cuando no tenga la posesión efectiva, igual problema que el planteado por nuestro art. 1039 del Cód. Civil aún cuando la redacción es distinta; en esto, es idéntico a nuestro derecho. Lo mismo sucede con la exigencia de la prueba previa, de la calidad de heredero en el titular de la acción, pero difieren en que, además éste, debe probar el hecho de que las cosas, cuya

entrega solicita, las poseía al tiempo de su muerte el causante, como suyas propias o por algún derecho transmisible al heredero, o las poseía hasta su muerte, el que precedió en el derecho al solicitante. En nuestro derecho, el heredero, nada de eso debe probar, inicia la acción como tal heredero, y si el tercero que obsta se cree en el caso de alegar posesión y así lo hace, el procedimiento iniciado debe clausurarlo el juez por improcedente.

Difieren también en cuanto al procedimiento en sí, pues la posesión efectiva se dá sin contradicción; en el nuestro hay contienda. Difieren además en que, cuando el juez considera insuficiente el título invocado, lo manda ampliar y el heredero puede en ese caso apelar; en nuestro procedimiento, como ya lo hemos hecho notar, en ese caso, la acción continúa adelante pues no se decreta el desapoderamiento.

Además el decreto que determine la ocupación de los bienes no es definitivo, con el se abre un período de articulación de 8 días (art. 679 Cód. Civil) al cabo del cual recién se hará definitivo, cosa que no pasa en nuestro procedimiento. A diferencia de nuestra legislación, la ocupación decretada deja a salvo el juicio ordinario posterior (art. 569 Cód. de Proc. Civil), y por último le marca un plazo al heredero (1 año, art. 573 Cód. de Proc. Civil) para hacer uso del interdicto pasado el cual, tiene que instaurar el juicio ordinario; en nuestro derecho no hay tal disposición.

## EL DERECHO PARAGUAYO

En esta legislación, según el Cód. de Procedimientos en Materia Civil y Comercial que rige a dicho país desde el 1.º de enero de 1884 por reforma de la ley de Enjuiciamiento promulgada el 14 de agosto de 1876, edición oficial de 1921, en la parte correspondiente al interdicto de adquirir se dice:

Art. 498. » Para proceder el interdicto de adquirir son requisitos indispensables:

- 1.º Que se presente título suficiente para adquirir la posesión con arreglo a derecho, entendiéndose por tal todo documento o pueba, si no completa para acreditar la presunción de

que la cosa que se intenta poseer corresponde al que solicita la posesión.

2.º Que nadie posea, a título de dueño o de usufructuario, los bienes cuya posesión se pide ».

Art. 499. « Si alguno los poseyere, no podrá ser privado en su posesión sin ser oído y vencido en juicio ».

Art. 500. « Intentado el interdicto, el Juez examinará el título en que se funde, y sino lo hallare suficiente, negará la posesión ».

Art. 501. « De este auto podrá pedirse revocación o apelación en subsidio dentro de tercero día ».

Art. 502. « Si el Juez hallare suficiente el título, y los bienes no estuviesen detentados, mandará llamar, por el término de treinta días, a los que se consideren con derecho a la misma posesión, por edictos, en que se designen claramente los bienes, y se exprese la acción intentada ».

Art. 503. « No presentándose persona alguna en el término de los edictos, se dará la posesión al demandante, sin perjuicio de mejor derecho ».

Art. 504. « Si compareciese alguna persona en virtud de los edictos, o cuando la demanda sea dirigida contra el detentador de los bienes, después de ser éste notificado, el Juez citará a juicio verbal, con intervalo de tres días, pasándose a los emplazados copia de la demanda y documento con que esta se hubiese instruído ».

Art. 505. « En este juicio verbal, oirá el Juez a las partes o sus defensores, recibirá los documentos y testigos que se presenten, los cuales no podrán ser más de cinco por cada parte, extendiéndose acta en que, con claridad y precisión, se consignen los alegatos y las pruebas producidas ».

Art. 506. « Dentro de los tres días, contados desde que se realizó el juicio verbal, y sin necesidad de citación ni otra diligencia de prueba o trámite, pronunciará el Juez sentencia con la cláusula sin perjuicio de mejor derecho. La condenación en costas recaerá siempre sobre la parte vencida ».

Art. 507. « Esta sentencia es apelable en relación para ante el Superior, el que deberá resolver, sin más trámites, dentro de los quince días siguientes al llamamiento de Autos ».

## EL DERECHO PARAGUAYO Y EL NUESTRO

En lo que respecta a la naturaleza de la acción de el derecho paraguayo a diferencia del nuestro se trata de una acción posesoria.

Respecto al alcance de la acción también hay diferencia, dada la amplitud del art. 498, tal como suceden en el art. 694 de la Ley Española de 1855 este interdicto sirve para reclamar la posesión a cualquier título, cosa, que en nuestro derecho no sucede, pues la acción de entrega efectiva de la herencia, solo tiene andamio para reclamar la efectividad de la posesión de los bienes que tienen por título la calidad hereditaria del actor.

Respecto al art. 500, también hay diferencias con nuestras disposiciones, el Juez como allí, califica el título presentado, pero no niega la acción, sino que se sigue el juicio adelante no decretando eso sí, el desapoderamiento.

En el art. 502 el codificador paraguayo ha seguido al español ordenando la citación a los que se consideren con derecho a diferencia de nuestra acción. Otra diferencia es la que establece el art. 503 puesto que, la posesión se da sin perjuicio de mejor derecho e igual cosa sucede con el 506 o en otros términos, que la sentencia que resuelve el juicio, a diferencia de la nuestra no causa estado.

En cuanto al procedimiento en el caso de oposición se asemeja mucho al nuestro por lo mixto de verbal y escrito y por la brevedad del mismo.

## DERECHO BOLIVIANO

El Cód. de Proc. Civil Boliviano, fué sancionado conjuntamente con la «Ley de Organización Judicial» el 14 de noviembre de 1832, según la compilación hecha por Carlos Max del Castillo, de cuya obra, pág. 332 y sigts., transcribimos los arts. correspondientes a los capítulos. «DE LOS JUICIOS SUMARIOS DE

OPOSICION » Y « MODO DE PROCEDER EN EL JUICIO DE MISIÓN EN POSESIÓN HEREDITARIA ».

Art. 532. « Juicio sumario de posesión es aquél en que procediéndose rápidamente, debe proponerse la acción dentro del año fijado por el art. 229, atribución 5.º de la Ley de Organización Judicial ».

Art. 533. « De esta clase son: 1.º la posesión hereditaria; 2.º el amparo de posesión; 3.º el despojo; 4.º la denuncia de obra nueva ».

Art. 534. « El término designado en el art. 532 correrá en la posesión hereditaria desde la muerte del testador, o desde que se sepa estar abierta la sucesión, y en los tres restantes desde el día en que tuvo lugar la obra nueva, la perturbación o el despojo ».

Art. 535. « La posesión de herencia compete al heredero, ya sea por testamento o bien abintestato ».

Art. 536. « Cuando se pida la misión en posesión de una herencia por testamento, se presentará como cabeza, la cláusula de institución del albacea, o de quien como parte posea los bienes; en defecto de ambos se citará al fiscal ».

Art. 537. « El juez en vista de la citación y documento, sin necesidad de otra gestión, accederá a ella y ordenará la misión en posesión pro-indiviso que se ministrará en efecto: el que la pidió ».

Art. 538. « Si la misión se pidiere por algún heredero abintestato, deberá éste hacer constar previamente la calidad, con citación del que posee los bienes o del ministerio fiscal y declarado sumariamente heredero, el juez mandará se le ministre la posesión ».

Art. 539. « En caso que alguno se oponga a la misión en posesión de herencia del heredero declarado, no se lo oirá pendiente ella, después de posesionado el heredero, bajo de fianza, se sustanciará la oposición en juicio ordinario ».

Art. 540. « Cuando un interesado solicite la declaratoria de heredero abintestato, pueden solicitarla al mismo tiempo otros que se crean con igual o mejor derecho por la vía sumaria que establece el art. 538 ».

Art. 541. « Cuando concurren dos o más interesados en el

caso del artículo anterior, se acumularán los comprobantes que presenten, y a sola vista de ellos se decidirá lo conveniente, sin permitir alegatos ni contra pruebas que prolonguen el procedimiento. En esta decisión se calificará el heredero de preferencia, y se ordenará dársele la misión en posesión. Si fueren todos de igual grado y derecho, se les ministrará por indiviso. El juicio sumario o interdicto de adquirir la posesión fuera de los casos de herencia, sólo tendrá lugar cuando el que solicite la posesión, presente título auténtico de dominio y la cosa cuya posesión se pide no se halle poseída por otro título de dueño o usufructuario. El que así la poseyere no puede ser privado de su posesión sin ser oído y vencido en juicio ordinario ».

«Cuando se solicite posesión en la forma establecida por el art. 47 de la ley de 27 de diciembre de 1882, se señalará día y hora para la diligencia. Cuando alguno se opusiere alegando la posesión actual, a título de dueño o usufructuario, el juez instructor recibirá la causa a prueba con el término perentorio de ocho días, común a las partes; vencido el cual pronunciará sentencia al tercero día, ministrando la posesión al que la solicitó o manteniendo en ella al que justificare mayor derecho ».

## EL DERECHO BOLIVIANO Y EL NUESTRO

Como lo dice el mismo título correspondiente a la posesión hereditaria en la legislación boliviana el heredero, debe pedir, la misión en posesión de la herencia; primer diferencia fundamental con la nuestra, que desterró ese principio, consagrando la doctrina contraria, en el art. 1039 del Cód. Civil.

La segunda diferencia que apuntamos, pero, que viene como consecuencia de la primera, es que, en el derecho boliviano, se trata de una acción posesoria que se dá contra cualquiera que detente los bienes; en el nuestro, como ya tantas veces hemos expresado, no se trata de acción posesoria y solamente se da por el heredero contra el tercero que obsta a que aquel ocupe los bienes que le pertenecen.

Además la acción en aquel derecho, es un verdadero interdicto, porque, a pesar de que en el art. 538 se ordena la citación

58673



del que posee los bienes, por el 539, en el caso de oposición, se le otorga igual la posesión al reclamante y aquella se sigue en juicio ordinario, lo que es corroborado por el art. 541.

Llama la atención, y esta es otra diferencia, que por el art. 538, apreciada la prueba presentada por el heredero, para justificar su calidad de tal, se le declara sumariamente heredero, circunstancia ésta que no es exigida por nuestra acción, ni aún mismo en el juicio sucesorio aún cuando como en el derecho boliviano, el heredero reclamante debe justificar su calidad.

## DERECHO COSTA-RIQUEÑO

La legislación que vamos a considerar, cuyos artículos principales vamos a transcribir pertenecen al Cód. de Proc. sancionado el 25 de marzo de 1887.

## ASEGURAMIENTO DE BIENES

Art. 550. « Cuando lo pida algún interesado, o cuando no hubiere interesado en el lugar, se procederá aún de oficio el aseguramiento de los bienes de la sucesión.

El aseguramiento se decretará de oficio aún cuando el testador haya prohibido la intervención judicial.

Art. 551. « Si el Juez decreta de oficio el aseguramiento de los bienes, o si decretado a solicitud de parte, esta no promueve al mismo tiempo, el juicio de sucesión, el Juez eligirá un depositario en su libre nombramiento y remoción, quién prestará la garantía que se le pida por el Juzgado

También se nombrará un depositario, cuando promovido el aseguramiento de bienes al mismo tiempo que la testamentaria, no ocurre inmediatamente a aceptar el albacea elegido por el testador.

Art. 552. « Se ocuparán en primer término los bienes que fueron susceptibles de sustracción. Los papeles, documentos y libros del causante se pondrán en paquetes cerrados y sellados y se depositarán en la caja del Juzgado, los demás bienes serán entregados al depositario por inventario que formará

el Juez, con citación del Ministerio Público y con asistencia de los testigos y de las partes que deseen presenciarlo.

«Se dará aviso al Administrador General de Correos para que remita al Juzgado la correspondencia que venga para el difunto, y cada vez que llegue alguna, se pondrá razón en los autos del número de cartas venidas, de su procedencia y de las marcas especiales del sobre».

Art. 553. « Cuando después, de asegurados los bienes, el Juez nombre albacea provisional o acepte el nombrado en el testamento, el depositario hará entrega al albacea de los bienes que haya recibido, por el mismo inventario por el que le entregó el Juez. Se presentará a éste nota firmada por el depositario y el albacea de las variaciones que haya recibido en el inventario primitivo ».

Art. 554. « También se entregará al albacea la correspondencia, una vez tomada razón en los autos y libros, papeles y documentos del causante ».

## DEL JUICIO DE SUCESION

Art. 558. « Caso de que no haya albacea testamentario o que éste rehuse el cargo, o no pueda ser habido para la citación, el Juez nombrará un albacea provisional, que cesará cuando se nombre albacea definitivo o cuando aparezca un albacea testamentaria que acepte ».

Art. 559. « En el mismo auto en que se nombre albacea provisional o se discierna el cargo de albacea testamentario que haya sido aceptado, se ordenará la formación de inventarios y depósito de los bienes, si todavía no se hubiere hecho, y se mandará citar a todos los interesados, herederos, legatarios o acreedores para que acudan a hacer valer sus derechos ».

Art. 566. « Ejecutoriada la sentencia o providencia que declare a quién corresponda la calidad de heredero, se convocará a todos los interesados en la sucesión a una junta que tenga por objeto:

- 1.º Que el cónyuge sobreviviente con los herederos, o en su caso con los legatarios, elijan albaceas, propietario y suplente.
- 2.º Dar a conocer a los interesados el inventario y avalúo practicados, y los reclamos que haya pendientes contra la sucesión, a fin de que manifiesten si están conformes con unos y otros».

Art. 567. « La citación para la junta a los interesados se hará por edictos publicados tres veces en el periódico oficial; y dicha junta deberá verificarse dentro de un término que no baje de ocho días ni exceda de treinta contados desde la fecha de la publicación del primer edicto ».

Art. 586. « Los puntos en que los interesados no se pongan de acuerdo en la junta, se ventilarán separadamente en la vía y forma que corresponde según la naturaleza de la cuestión ».

## DEL INVENTARIO

Art. 569. « Luego que acepte el albacea nombrado, por el testador o por el Juez, se procederá a la ocupación e inventario de los bienes que forman la herencia y a depositarlos en el mismo albacea ».

## ADMINISTRACION

Art. 579. « Una vez que el albacea nombrado por el testador o por el Juez haya aceptado el cargo, se le dará por el Secretario una certificación en que conste su nombramiento y que se halla en posesión del albaceazgo ».

Esta certificación deberá inscribirse en el Registro respectivo, y publicarse en el periódico oficial de haberse dado posesión al albacea ».

Art. 580. « En la testamentaria se guardará y cumplirá lo que el testador hubiere dispuesto sobre administración de su caudal hasta entregarlos a sus herederos ».

Art. 581. « Cuando se pida la autorización de que trata el art. 549 del Cód. Civil, el Juez convocará a los interesados a

una junta con ocho días de anticipación, por medio de un edicto publicado en el periódico oficial ».

Si los interesados no concurren a la junta, o si por el estado del juicio no pudiera conocerse la voluntad de ellos, el Juez concederá la autorización o la negará, según más convenga, a los interesados de la sucesión, oyendo a los interesados y consultando sobre la conveniencia o necesidad de la medida. Si se trata de vender bienes de la sucesión, la dará, cuando se trate de bienes que pueden deteriorarse, o que sean de costosa o difícil conservación, o de frutos para cuya enajenación se presenten circunstancias ventajosas o de otros bienes cuya enajenación sea necesaria para pagar deudas o cubrir otras atenciones de la sucesión o para facilitar la partición. La venta se hará por el albacea, y no podrá venderse por menos del precio que hubieren dado los peritos a la finca o cosa que trate de venderse.

Si se tratare de vender efectos públicos o de comercio, la venta se hará con intervención de un Corredor jurado nombrado por el Juez.

Art. 582. « Cuando el albacea pida la venta judicial de algunos bienes, se observarán las mismas reglas.

Para decretar la continuación del comercio, del difunto, en todo o en parte; oirá el Juez al albacea, a los interesados y al Ministerio Público, por tres días comunes.

Art. 583. « A instancia de interesados, podrá el Juez mandar que los productos de la administración se entreguen, por vía de alimentos a los herederos, legatarios de cosa especial y cónyugue sobreviviente, hasta la cantidad que respectivamente puede corresponderles como renta líquida de los bienes a que tengan derecho. El Juez fijará la cantidad y los plazos en que el albacea haya de hacer la entrega ».

Art. 584. « Los estados mensuales que presente el albacea, se agregarán a los autos con noticia de partes; y el Juez cuidará de que aquél deposite en el lugar respectivo las cantidades que de ellos aparezca tener sobrantes ».

Art. 585. « La cuenta final del albacea será presentada por éste, dentro de treinta días contados desde que cesó en su cargo. Sobre ella se oirá por diez días comunes a todas las partes. Pasado ese término sin hacerse oposición, el Juez aprobará las

cuentas y declarará exento de responsabilidad al albacea. Si las cuentas se impugnan en tiempo hábil, se sustanciará la oposición con el albacea por los trámites establecidos para los incidentes. La cuenta final del albacea provisional, será glosada por el definitivo y se observarán los trámites antes fijados ».

Art. 586. « Al vencerse el año concedido el albacea para el cumplimiento de su cargo, si aún no estuviere terminada la partición, convocará el Juez a junta a los herederos y cónyuge para que hagan nueva elección.

La remoción del albacea se tramitará en incidente.

## PARTICION

Art. 587. « Una vez que sean aprobados los inventarios, se procederá por el albacea a formular, en papel común un proyecto de partición ».

Para formularlo, el albacea pedirá privadamente a las partes las instrucciones y aclaraciones que juzgue oportunas. Si no las obtuviere, ocurrirá el Juez para que cite a una junta que se celebrará dentro de tres días a fin de que en ella se fijen los puntos que el albacea crea indispensables.

Art. 588. « Si los interesados convinieron en algo en la junta de que habla el artículo anterior, el albacea considerará lo convenido, como una de las bases de la partición. Si no hubiere convenio para la partición, se venderán en subasta pública los bienes en cuya división haya desacuerdo ».

## EL DERECHO COSTA-RIQUEÑO Y EL NUESTRO

La legislación que hemos transcripto es totalmente novedosa frente a las ya consideradas y la nuestra, con las que difiere profundamente y por lo tanto no ofrece ningún punto de semejanza con el instituto que estamos comentando; pero dada su novedad hemos creído interesante ocuparnos de ella.

En primer término, ni en los interdictos legislados en los art. 690 a 729 ni en las disposiciones sobre posesión ( arts. 846 a 857 ) se habla nada referente a la posesión hereditaria, la que queda de esa forma, regida solamente por los arts. que hemos transcrito.

Indiscutiblemente, que de acuerdo con esa disposición, el problema de la posesión provisoria de los bienes hereditarios desaparece, ya que se les nombra depositario y después Albacea con facultades de administración, y lo más curioso, es que éste albacea tiene el carácter de perito partidor; de manera que los herederos van a ocupar los bienes una vez realizada la partición. En esa forma se eliminan unos cuantos problemas que se plantean en las distintas legislaciones; en aquellas en que por la muerte del causante los bienes quedan vacantes, y en las que como en la nuestra y la chilena, el problema de la administración de los bienes sucesorios hasta la partición, por falta de disposiciones pertinentes.

Se trata pues de una legislación interesante, que ha encarado esos problemas con carácter completamente distinto de las que hemos analizado hasta ahora, aportando prácticas provechosas.

## DERECHO DE GUATEMALA

El Cód. de Proc. Civil de Guatemala, fué sancionado conjuntamente con el Cód. Civil en el año 1877, empezando a regir el 15 de setiembre de ese año, de allí, tomamos los artículos que vamos a transcribir:

Art. 1312. » Si pasados nueve días de la muerte, se presenta el testamento, o este no se hubiere nombrado albacea, el Juez mientras se presentan los interesados, procederá al nombramiento de un interventor que tendrá el carácter de simple depositario de los bienes, sin que pueda desempeñar otras funciones administrativas que las que sean de mera conservación de los bienes y las que se refieran al pago de las deudas mortuorias, unas y otras previa autorización judicial. El interventor judicial recibirá los bienes por inventario solemne.

Art. 1313. « El interventor deberá tener los requisitos siguientes:

- 1.º Ser mayor de veintiún años;
- 2.º Ser de notoria buena conducta;
- 3.º Estar domiciliado en el lugar donde se abra la sucesión;
- 4.º Tener bienes raíces con que asegurar su manejo y el resultado de la administración, o a falta de ellos dar fianza a satisfacción del Juez ».

Art. 1336. « Cuando el que haya promovido el juicio, solicitare la intervención de los bienes hereditarios, se decretará solo por el tiempo en que no hubiere albacea ».

Art. 1337. « El interventor será nombrado como se previene en los arts. 1312 y 1313 ».

Art. 1338. Practicadas las primeras diligencias necesarias para la intervención, el Juez convocará a junta a los herederos, para que si hubiere albacea nombrado en el testamento, se les dé a conocer, y si no lo hubiere entren los herederos en posesión de los bienes para ejecutar la voluntad del testador, conforme al art. 902 del Cód. Civil ».

Art. 1339. « La junta se verificará dentro de los ocho días siguientes a la citación, si la mayoría de los herederos residen en el lugar del juicio ».

Art. 1345. « Luego que por denuncia formal o de cualquier otro modo llegue a noticia del Juez que alguno ha muerto intestado, dictará las providencias que autoriza el art. 856 del Cód. Civil y tendrá por radicado el juicio ».

Art. 1346. « Enseguida nombrará un interventor, conforme al art. 1313 de este Código ».

Art. 1364. « En todo juicio hereditario la administración puede ser provisional o definitiva ».

Provisional será la que está a cargo del interventor administrador.

Definitiva será la que está a cargo de los herederos por falta de albacea antes de hacerse la partición de la herencia ».

Art. 1365. « El interventor y los albaceas deben llevar en debida forma un libro destinado a los gastos de administración y otro a los cobros y pagos que hicieron ».

Art. 1366. « El interventor judicial recibirá los bienes por inventario ».

Art. 1367. « El interventor está obligado a presentar mensualmente la cuenta de su administración, pudiendo el Juez de oficio exigir el cumplimiento de este deber ».

Art. 1368. « Son aplicables a la cuenta que debe rendir el interventor las reglas contenidas en el título 10, párrafo 12, del libro 1.º del C. Civil.

Art. 1369. « Si por cualquier motivo no puede hacerse la declaración de herederos dentro de un mes contado desde el nombramiento del interventor, podrá; este con autorización del Juez intentar las demandas que tengan por objeto recobrar bienes o hacer efectivos derechos pertenecientes al intestado y contestar las demandas que contra este se promuevan ».

Art. 1371. « Si el interventor al terminar su cargo rehusa entregar los bienes a los herederos, será apremiado a la devolución aún cuando no lo solicite ninguno de los interesados; y si se resiste u oculta, se abrirá de oficio el incidente criminal que corresponda con arreglo a las prescripciones del Cód. Penal ».

Art. 1101. « Se usará de este interdicto cuando una persona aspire a alcanzar la posesión interina de una cosa ».

Art. 1102. Para que proceda el interdicto de adquirir la posesión, son requisitos indispensables:

- 1.º La presentación de título suficiente con arreglo a derecho;
- 2.º Que nadie posea a título de dueño o de usufructuario la misma cosa cuya posesión se pide, ni tenga la posesión anual en la forma y términos que previene el art. 1091 de este Código.
- 3.º Que si se trata de posesión hereditaria, no haya persona que con arreglo a este Cód. y el Civil, deba continuar en la posesión y administración de la herencia ».

Art. 1103. « El título a que se refiere el inc. 1.º del art. anterior no puede suplirse por información de testigos ».

Art. 1104. « Cuando la posesión que se solicite fuere hereditaria, deberá acompañarse a la demanda el testamento ».

Art. 1105. « En el caso del art. anterior, si se trata de suce-

sión por intestado, deberá presentarse la declaración de heredero ».

Art. 1106. « Si en el testamento no está nombrado otro heredero que el demandante, ordenará el Juez se le ponga en posesión de los bienes que acredite haber poseído el testador al tiempo de su fallecimiento ».

Art. 1107. « Habiendo otros herederos, según el testamento, ordenará el Juez se dé al demandante posesión pro-indiviso ».

Art. 1108. « Si todos o la mayor parte de los herederos solicitasen la posesión a un mismo tiempo, mandará el Juez se les dé en común o pro-indiviso ».

Art. 1109. « En el caso del art. anterior se confiará la administración de los bienes al que eligiere la mayoría de herederos ».

Por esta disposición no se impide a los herederos que acuerden entre sí algún otro modo de poseer la herencia indivisa.

Art. 1110. « Si los herederos no se avinieran en el nombramiento de administrador, se confiará la administración a la persona designada por el Juez ».

Art. 1111. « El administrador que nombrare el Juez conforme al art. anterior, deberá ser de conocida probidad y se sujetará a todas las disposiciones sobre administradores de bienes ajenos. No podrá, recaer este nombramiento judicial en ninguno de los herederos ».

Art. 1112. « Entrarán también en la posesión indivisa:

- 1.º El cónyuge que sobreviviere;
- 2.º El póstumo a quién representará la madre;
- 3.º El hijo preferido que tenga derecho de heredar ».

Art. 1113. « Son efectos de la posesión indivisa :

- 1.º Tener parte el poseedor en la percepción de los frutos de los bienes hereditarios;
- 2.º Tener derecho para rendir cuentas al administrador;
- 3.º Tener derecho para pedir división y partición de los bienes ».

Art. 1114. « No puede el heredero pedir la posesión hereditaria:

- 1.º De los bienes dotales específicos;
- 2.º De los legados de igual clase;
- 3.º De los bienes que poseía el difunto en usufructo, uso o habitación ».

Art. 1115. « Si concurrieren una o más personas pidiendo la posesión hereditaria con diversos testamentos otorgados por un mismo individuo, se dará posesión al que de ellos presentare testamento válido, según el Cód. Civil ».

Art. 1116. « El hijo desheredado en testamento o en escritura, no puede oponerse a la posesión solicitada por el heredero instituido ».

Art. 1117. « Si el hijo que contradice la posesión reclamó de la desheredación en vida del padre, o hizo el reclamo después de su muerte, de modo que el juicio sobre la desheredación se halla pendiente al decretarse la posesión; se dará esta bajo fianza, al heredero que no fué desheredado ».

Art. 1118. « El que pida la posesión por haber sido nombrado heredero, en escritura privada, debe presentar el testamento reducido a escritura pública por decreto judicial, conforme a este Código ».

Art. 1119. « El hijo preferido solo puede pedir la posesión hereditaria, estando declarada su filiación ».

Art. 1120. « Si la filiación no estuviere declarada, se dará la posesión bajo fianza a los herederos instituidos ».

Art. 1121. « La solicitud de posesión se interpondrá antes de que fenezcan los términos designados en el Cód. Civil para reputarse vancante la herencia ».

Art. 1122. « El que pida posesión de cualesquiera bienes por sucesión particular, debe presentar su título respectivo ».

Art. 1123. « Si el instrumento fuese legítimo, y acreditase la causa legal de la adquisición mandará el Juez se le dé posesión al que la solicita, sin perjuicio de tercero ».

Art. 1124. « El que pida la posesión de alguna cosa por título especial, debe a más de presentar el documento respectivo expresar si está poseído por alguno, y cual es su nombre y vecindad ».

Art. 1125. « En el caso del art. anterior mandará el Juez que se notifique al poseedor la solicitud del demandante ».

Art. 1126. « Si el poseedor se opusiere dentro de tercero día, contando desde que se le notificó la demanda, se dará traslado al actor; y con lo que este dijere, resolverá el Juez sobre la posesión ».

Art. 1127. « Si el opositor presenta un instrumento público que acredite que la cosa le corresponde, se suspenderá la posesión, y se seguirá un juicio ordinario en el que se sustanciarán y decidirán todas las acciones y excepciones que interpusieran las partes ».

Art. 1128. « Si el opositor no presentare instrumento que pruebe su dominio en la cosa cuya posesión se pide, se dará la posesión al demandante y se recibirá la causa a prueba en vía ordinaria, para que las partes prueben sus acciones y excepciones ».

Art. 1129. « Si nadie se opone, se mandará dar posesión al demandante ».

Art. 1130. « Propuesto en cualquiera otro caso el interdicto de adquirir, el Juez si encuentra arreglado a derecho el escrito y los documentos que se acompañe, dictará auto concediendo la posesión sin perjuicio de tercero que tenga derecho ».

Art. 1131. « En caso de que la posesión fuere denegada, por no ser procedente el título con que se pide, el auto será apelable en ambos efectos debiendo interponerse el recurso dentro de tercero día ».

Art. 1132. « Los autos se remitirán a la Sala de Apelaciones respectiva, con citación solo de la parte actora ».

Art. 1133. « En ninguno de los casos en que tiene lugar este interdicto, se recibirán del contrario pruebas de ninguna especie ».

Art. 1134. « Declarada la posesión, ya por el Juez, ya por el Tribunal Superior, en su caso, debe aquel mandar que se proceda a darla en cualesquiera de los bienes de que se trate; surtiendo sus efectos respecto de todos los demás ».

Art. 1135. « Del auto en que se manda dar posesión se tomará razón en el registro de la propiedad, dentro de los ocho días siguientes ».

Art. 1136. « El acto de entrega de los bienes se hará por el escribano acompañado del ministro ejecutor, notificándose a los inquilinos, arrendatarios y colonos de los bienes, a los que

tengan algunos bajo su custodia o administración y a los colindantes, para que reconozcan al nuevo poseedor, librándose al efecto las órdenes o exhortos necesarios ».

Art. 1137. « Sólo concurrirá el Juez al acto de la posesión cuando se tema alguna violencia o el mismo así lo determine, atendida la naturaleza de los bienes de que se trate ».

Art. 1138. « Obtenida la posesión, debe darse al poseedor si lo solicita, testimonio del auto y de las diligencias practicadas para su cumplimiento.

Art. 1139. « Si dentro de sesenta días, contados desde que se dictó el auto, no se ha presentado ningún opositor, deberá el Juez a instancia de parte, dictar otro auto, confirmando en la posesión al que la hubiere obtenido, para que no sea inquietado ni aún en juicio plenario posesorio ».

Art. 1140. « El auto de confirmación produce los efectos siguientes:

- 1.º Que no se puede admitir después de dictada reclamación alguna contra la posesión dada.
- 2.º Que solo quede al que se crea perjudicado la acción de propiedad.
- 3.º Que si se intenta, esta continúe disfrutando la posesión durante el juicio, la persona que lo hubiere obtenido ».

Art. 1141. « Si dentro de los sesenta días contados de la manera que establece el art. 1139, se presenta alguna persona con otro título reclamando contra la posesión otorgada al que la solicitó primero, dará el Juez traslado de esta reclamación por término de tres días, al poseedor, y de lo que este expusiera se dará también traslado al reclamante ».

## DEL DERECHO DE GUATEMALA Y EL NUESTRO

El interdicto de adquirir la posesión en el Derecho cuyos artículos hemos transcrito, difiere del nuestro:

- 1.º Porque por la naturaleza de la acción, esta es posesoria y la nuestra no lo es;
- 2.º De este interdicto pueden hacer uso los herederos, los terceros que reclaman la posesión y también de acuerdo al art.

1369 al interventor nombrado para reclamar los bienes hereditarios, nuestra acción solo la puede esgrimir el heredero.

- 3.º Que la posesión otorgada por el interdicto es interina, en nuestra acción los bienes se entregan con carácter definitivo;
- 4.º En el caso de sucesión abintestato se exige declaratoria de herederos previo al interdicto y en nuestra acción nó;
- 5.º Cuando el Juez no considera bastante el título presentado puede negar la posesión habiendo apelación del auto; nuestro derecho es distinto (art. 1306). Estas son las diferencias fundamentales.

Cabe ahora notar, que en la legislación guatemalteca, como en la costa-riqueña que hemos comentado, ha previsto con gran beneficio para los herederos, la situación de vacancia de los bienes por causa de muerte, nombrándoles un interventor con carácter de depositario y administrador hasta que haya herederos declarados, a quienes se debe entregar la posesión.

## DERECHO PERUANO

Los artículos que vamos a transcribir fueron sacados de la obra de Cornejo (Cód. de Proc. Civiles) pág. 261.

Art. 994. « El interdicto de adquirir procede respecto de cosas o de patronatos, aniversarios o capellanías, que no poseen otro por más de un año ».

Art. 995. « El demandante presentará con la demanda el título que acredita el derecho con que solicita la posesión, e indicará quién es el poseedor o tenedor actual o la persona a cuyo cargo se hallan los bienes ».

Art. 996. « Presentada la demanda, el juez examinará el título en que se funda y si no lo halla suficiente, denegará la posesión ».

Art. 997. « Si el Juez encuentra suficiente el título mandará citar al poseedor o tenedor indicado en la demanda y que se publiquen avisos por veinte días, a fin de que se presenten los que tengan derecho a la misma posesión (arts. 136 y sigts. 162 a 164 ).

En los avisos se designarán claramente los bienes que son objeto del interdicto ».

Art. 998. « Vencido el término de los avisos y no habiendo oposición se otorgará la posesión solicitada por el demandante. ( Véase el art. 1151 ) ».

Art. 999. « Solo se admitirán las oposiciones basadas en la posesión actual, públicas y por más de un año, en la insuficiencia del título presentado por el demandante o en el mejor derecho a poseer. En este último caso se deberá presentar el instrumento respectivo al formular la oposición, sin cuyo requisito no será admitida ».

Si de los instrumentos presentados resulta que el opositor es dueño pro-indiviso con el demandante, no se admitirá su oposición en ninguno de los casos indicados en el párrafo anterior si no exhibe documento bastante para destruir los presentados por el demandante y excluir a este de la posesión ».

Art. 1000. « Terminada la publicación de avisos, si se ha formulado oposición se observará lo dispuesto para el juicio de menor cuantía. ( art. 938 ).

Art. 1001. « El heredero tomará la posesión de los bienes hereditarios bajo de fianza, cuando hay juicio pendiente reclamado de la desheredación o preterición. ( arts. 2079, 838, 842, 843 y 865 C. C. ) ».

## DERECHO PERUANO Y EL NUESTRO

Como vemos el derecho peruano difiere del nuestro:

- 1.º Que allí es una acción posesoria;
- 2.º Por la extensión del procedimiento del interdicto que ampara no solo al heredero sino a cualquiera que tenga título para reclamar la posesión;
- 3.º Porque cuando el Juez encuentra suficiente el título no decreta el desapoderamiento ( art. 997 ) sino que sustancia la oposición. Estas son las observaciones de mayor importancia que nos sugiere las disposiciones peruanas.

## DERECHO CHILENO

Como ya lo hemos manifestado al tratar los orígenes de nuestra acción de entrega efectiva de la herencia, decíamos que dado los muchos puntos de contacto que tiene nuestro derecho con aquél, y la época en que se publicó el proyecto ( año 1877 ) estimábamos que este podría haber sido la fuente de nuestra acción, al efecto transcribimos las disposiciones pertinentes:

En M. Elizalde (1) en el art. 688 del Cód. Civil sancionado en diciembre 14 de 1855 se dice:

Art. 688. « En el momento de deferirse la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal no habilita al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no preceda:

- 1.º El decreto judicial que da la posesión efectiva: este decreto se inscribirá en el Registro del departamento en que haya sido pronunciado; y si la sucesión es testamentaria, se inscribirá al mismo tiempo el testamento.
- 2.º Las inscripciones especiales prevenidas en los inc. 1.º y 2.º del art. precedente, en virtud de ellas, podrán los herederos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios.
- 3.º La inscripción especial prevenida en el inc. 3.º, sin ésta no podrá el heredero disponer por sí solo de los inmuebles hereditarios que en la partición le hayan cabido ». En el art. 722 ( pág. 174 ): « la posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque lo ignore.

El que válidamente repudia una herencia se entiende no haberla poseído jamás». Y en el art. 956 (pág. 226): «La declaración de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla.

La herencia o legado se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el heredero o legatario no es llamado condicionalmente, o en

---

(1) Concordancias del Cód. Civil Chileno con el Cód. Francés, pág. 166.

el momento de cumplirse la condición, si el llamamiento es condicional.

Salvo si la condición es de no hacer algo que dependa de la sola voluntad del asignatario, pues en este caso la asignación se difiere en el momento de la muerte del testador, dándose por el asignatario causión suficiente de restituir la cosa asignada con sus accesiones y frutos, en caso de contravenirse a la condición.

Lo cual sin embargo, no tendrá lugar, cuando el testador hubiere dispuesto que mientras penda la condición de no hacer algo, pertenezca a otro asignatario la cosa asignada ».

De D. Toro Melo y Aníbal Etcheverría y Reyes (1) en la pág. 808 transcribimos :

### PARRAFO TERCERO

#### DE LA DACION DE LA POSESION EFECTIVA DE LA HERENCIA

« La ley no define la posesión efectiva, pero podría decirse que es la posesión solemne de los bienes hereditarios.

Este trámite no da a los herederos mayores derecho en los bienes que los que antes tenían; es una medida de orden, a fin de que no haya interrupción en las inscripciones del Registro Conservatorio, para mantener la continuidad de los dueños de las propiedades raíces ».

Art. 1054. « Se dará la posesión efectiva de la herencia al que la pida exhibiendo un testamento aparentemente válido en que se le instituya heredero ».

Art. 1055. « Se dará igualmente al heredero, abintestato que acredite el estado civil que le da derecho a la herencia, siempre, que no conste la existencia de heredero testamentario, ni se presenten otros abintestatos de mejor derecho ».

Art. 1056. « La posesión efectiva se entenderá a toda la sucesión, aún cuando uno solo de los herederos la pida.

En el decreto judicial se expresarán nominativamente las personas que forman la sucesión, según el mérito de lo obrado ».

(1) Cód. de Proc. Civil Anotado.



Art. 1057. « Para la posesión efectiva, de la herencia, se oirá al ministerio público si hubiere motivo para creer que el Fisco tiene interés en ella ».

Art. 1058. « En la misma resolución en que se dé la posesión efectiva de la herencia se mandarán hacer las inscripciones prevenidas por el art. 688 del Cód. Civil.

Para las inscripciones especiales que deben hacerse en el lugar de los inmuebles, en conformidad a la regla segunda de dicho artículo, será titulado suficiente una copia autorizada de la resolución que conceda la posesión efectiva de la herencia.

Cuando entre los bienes hereditarios no hubiere inmuebles, la inscripción de la posesión efectiva solo se hará en el Conservador del departamento en donde se hubiere concedido».

Art. 1059. « La resolución que concede la posesión efectiva de una herencia se publicará por cinco días a los menos en un periódico del departamento si lo hubiere, o en uno de la cabecera de la provincia, no habiéndolo allí, se anunciará además por carteles fijados durante quince días en las oficinas de los Conservadores respectivos. Sin este requisito no se procederá a su inscripción ».

Y en la página 812:

## PARRAFO QUINTO

### DISPOSICIONES COMUNES DE LOS PARRAFOS PRECEDENTES

Art. 1062. « Para provocar las diligencias o para pedir las declaraciones expresadas en los párrafos precedentes, es necesario acreditar la muerte, real o presunta del testador o de la persona de cuya sucesión se trata».

Art. 1063. « Se levantará acta circunstanciada de todas las diligencias prescriptas en este título ».

Comentando las disposiciones transcritas, don Bernardo Lira, redactor del Cód. en su libro « Prontuario de los juicios » edición 1886 T. II pág. 212 expresa:

## DE LAS DILIGENCIAS PARA OBTENER LA POSESION EFECTIVA DE LA HERENCIA

Art. 847. « Hemos dicho ( 507, b ) que para poder disponer de consuno de algún inmueble hereditario necesitan los herederos, además de la inscripción del título en el registro conservatorio, un decreto judicial que les dé la posesión efectiva de la herencia ».

Art. 848. « Para que se expida este decreto han menester los herederos solicitantes:

- 1.º Hacer constar la muerte de la persona cuya herencia piden;
  - 2.º Acreditar el derecho que a ella les asiste;
  - 3.º Pagar el impuesto hereditario, o garantizar su pago o justificar que no se debe».
- 
- 1.º La muerte de la persona cuya herencia se pide, se acredita por medio de la respectiva partida de defunción.
  - 2.º El derecho del solicitante, por medio del llamamiento del testador o de la ley.

El llamamiento del testador no es otro que el testamento válidamente otorgado.

El llamamiento de la ley ( que tiene lugar en defecto de testamento ) se comprueba acreditando el estado civil de descendiente, ascendiente o colateral legítimo del difunto; de hijo; padre o hermano natural del mismo; o de cónyuge sobreviviente. Más, como algunas de estas personas solo son llamadas por la ley a falta de otras que tienen derecho de excluirlas, deben también en su caso hacer constar que no existen éstas.

El estado civil de viudo y de padre o hijo legítimo puede probarse por las respectivas partidas de matrimonio, de nacimiento o bautismo y de muerte. La falta de estos instrumentos puede suplirse por otros documentos auténticos, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y

en defecto de estas pruebas por la notoria posesión de este estado civil.

El estado civil de padre o madre o hijo natural debe probarse por el instrumento público otorgado al efecto pero en caso de pérdida o extravío del protocolo, en que debiera encontrarse, son también admisibles otros documentos auténticos o declaraciones de testigos que hubieren presenciado el otorgamiento de aquél, si estos testimonios pudieran establecer de una manera irrefragable la verdad del reconocimiento.

Los colaterales, para hacer constar el estado civil, necesitan acreditar no solo el suyo sino el del difunto, porque de otro modo no podrían entroncar con él.

La falta de herederos de derecho preferente no puede hacerse constar sino por testamento o por información sumaria.

Como, a falta de otros herederos sucede el fisco, se oye al ministerio público, esto es, al promotor fiscal acerca del derecho de los solicitantes.

- 3.º Caso que los herederos no justifiquen que no deben el impuesto hereditario, han menester también para obtener la posesión efectiva de la herencia hacer constar haberlo pagado o garantizar su pago.

Como la posesión efectiva de la herencia en su caso es diligencia que debe preceder de la partición, se acostumbra garantizar con fianza o con otra caución equivalente su pago antes de proceder a la liquidación y distribución de la herencia. Esta caución se ofrece al Juez ordinario, quién la admite con audiencia del promotor fiscal. Puede también el partidor dictar las providencias necesarias para garantizar el pago del impuesto. Es permitido así mismo a los herederos hacer este pago antes de la partición y aún antes de obtener la posesión efectiva de la herencia. En este caso presentan ellos al juez ordinario el inventario y la liquidación calculada del acervo líquido; y el juez, también con audiencia del ministerio público, aprueba o rectifica el monto del impuesto».

Art. 849. « El decreto que da la posesión efectiva de la herencia se inscribe en el registro conservatorio del departamento en que hubiere sido pronunciado; y, si la sucesión es testamentaria, se inscribe al mismo tiempo el testamento ».

## EL DERECHO CHILENO Y EL NUESTRO

Este es el procedimiento « De la dación de la posesión efectiva de la herencia » en el derecho chileno, que como expresamos al principio se parece bastante al nuestro, a cuyo efecto, vamos primero a hacer resaltar esa semejanza y luego estableceremos las diferencias.

### SEMEJANZAS

1.º En lo que respecta al título en el Cód. Chileno se llama « DE LA DACION DE LA POSESION EFECTIVA DE LA HERENCIA », y nosotros, « DE LA ENTREGA EFECTIVA DE LA HERENCIA ». Analizando ambos títulos encontramos: que *dación* y *entrega* expresan el mismo concepto ( ver Escriche Dación pág. 534 ); continúa después *posesión efectiva* ( chileno ), en el nuestro se suprimió *posesión*, pero queda sobreentendida, porque así surge de la letra del art. 1304, cuando dice que el heredero « podrá ocurrir al Juez solicitando su entrega o posesión efectiva ».

2.º En el art. 1054 chileno se dice « Se dará la posesión efectiva de la herencia al que la pida exhibiendo un testamento aparentemente válido en que se le instituya heredero » y en el 1055 « se dará igualmente al heredero, abintestato que acredite el estado civil que le dá derecho a la herencia siempre que no conste la existencia de heredero testamentario, ni se presenten otros abintestatos de mejor derecho ». En el art. 1304 de nuestro Cód. de Proc. Civil se dice: « Cuando un tercero obstase a que el heredero ocupe los bienes hereditarios podrá éste ocurrir al Juez solicitando su entrega o posesión efectiva, en virtud de lo dispuesto por el art. 1039 del Cód. Civil », y en el 1305 se expresa: « El heredero probará que se encuentra en el caso del citado art. 1039. Si el Juez juzga bastante la prueba, decretará

sin más trámites la posesión efectiva, que se intimará al demandado.

En el fondo ambas disposiciones llegan a la misma situación: en efecto, en nuestro derecho, para que el heredero pueda ocupar los bienes de la herencia, cuando otro está ocupándolos y no los entrega porque no le consta que el que los reclama es heredero, ocurre al Juez reclamándolos y probado que es heredero por los medios exigidos por derecho y de acuerdo con el inc. 2.º del art. 1305, se decreta la posesión efectiva; lo mismo pasa con el art. 1054 chileno, que prevé el caso del heredero testamentario y con el siguiente 1055 que se refiere al heredero abintestato; claro está que la redacción de ambas disposiciones no se asemejan, pero ambas han contemplado circunstancias, semejantes; en el chileno en forma casuística, en el nuestro en una forma más general, pues dice que el heredero probará que se encuentra en el caso del art. 1039 del Cód. Civil, es decir, que es heredero de acuerdo a la ley, ya sea testamentario o abintestato.

En ambas disposiciones, se reclama la misma cosa; en el chileno se dice « se dará la *posesión efectiva* de la herencia » y en el nuestro ( art. 1304 ) se dice: « podrá ocurrir al Juez solicitando su entrega o *posesión efectiva*. « En ambos derechos, la *posesión efectiva de la herencia*, es sinónimo de posesión material o ocupación como lo demostraremos.

En nuestro derecho el art. 1039 del Cód. Civil, le otorga por ley, al heredero, y por el hecho de la muerte del causante de la sucesión, la propiedad y posesión de los bienes hereditarios. Pues bien, si se le otorga la posesión no tiene necesidad de volverla a solicitar judicialmente, lo que sería un contrasentido y además si la oposición que hiciere el tercero y contemplada por el codificador, fuese basándose en posesión propia, no tenía el legislador porque crear este capítulo aparte, lo hubiese hecho una dependencia de las acciones posesorias, con las que se confundiría, ya que por el art. 1306 se le otorga el mismo trámite. Además no tenía porque hablar de posesión efectiva equiparándola a la *entrega* ( art. 1304 ), hablaría simplemente de posesión como lo hace en el capítulo correspondiente a aquella acción.

Por estos argumentos, establecemos que la *posesión efectiva* del art. 1304, es sinónima de posesión material o ocupación, puesto que la jurídica ya la tiene el heredero por ley.

En el Cód. Civil chileno el problema es más claro; en el art. 688 que hemos transcripto se dice: « En el momento de deferirse la herencia ( lo que está de acuerdo con el art. 956 que también hemos transcripto, se realiza con la muerte del decujus ) la posesión de ellas se confiere por el ministerio de la ley al heredero; pero esta *posesión* legal no habilita al heredero para disponer de manera alguna de un inmueble mientras no proceda: 1.º el decreto judicial que dá la *posesión efectiva*...». La disposición transcripta se encuentra además corroborada por el art. 722 del mismo cuerpo de leyes. Toro Melo al referirse a esa *posesión efectiva* dice, que es la *posesión solemne* y agrega que ella no dá a los herederos mayores derechos en los bienes que los que antes tenían ( es decir, la posesión jurídica ) y continúa ( y este es el verdadero fundamento de esta exigencia del legislador chileno ) es una medida de orden a fin de que no haya interrupción en las inscripciones del Registro Conservatorio ( Propiedad ) para mantener la continuidad de los dueños de las propiedades raíces, cosa que también afirma Lira (1).

Queda pues demostrado que, ambas acciones tienen el mismo objeto: la ocupación de los bienes hereditarios mediante la prueba de la calidad de heredero. Claro está que en el derecho chileno, esta acción necesariamente debe ejercerla el heredero siempre antes de ocupar los bienes sucesorios, haya o no resistencia de tercera persona, por las razones del orden en el Registro de propiedad que hemos expuesto anteriormente.

Teniendo en cuenta esa exigencia, es lógico en aquél derecho el art. 1056, que en el nuestro no tiene correlativo y lo mismo pasa con el 1058 y 1059.

El art. 1057 y el 1062 establece otra semejanza con nuestro derecho, aún cuando en las disposiciones correspondientes al capítulo en estudio nada se dice, pero creemos lógico al codificador, porque esas disposiciones están contempladas en otros artículos de aplicación en esta acción, aún cuando no se haya

---

( 1 ) Obra citada en el N.º 507 B ) del Y. I.



previsto expresamente, ellos son: el 1042 del Cód. de Proc. Civil y su correlativo 1037 del Cód. Civil; el 39 y sig. del Cód. Civil; el 171 inc. 4.º letra B ) del Cód. de O. de los T. C. y de Hacienda; el 183 del mismo Cód. y el concordante 1039 del Cód. Civil. Establecemos aquí, nada más que la semejanza, para extendernos después, en consideraciones que justifiquen, la afirmación cuando abordemos el estudio del procedimiento en nuestra acción.

Otra semejanza estriba, en que ambas acciones por la naturaleza del derecho en juego, son sucesorias. Para nuestro derecho ya lo hemos analizado ampliamente al tratar la naturaleza de esta acción y para el chileno, la demostración es más elocuente, por que además de las consideraciones establecidas para el nuestro, que pueden ser reproducidas para aquel, hay además consideraciones de otro orden. La « Dación de la posesión efectiva de la herencia » se encuentra legislada en el párrafo tercero del libro IV Título IX y el referido título trata « De los procedimientos a que da lugar la sucesión por causa de muerte ».

#### DIFERENCIAS

Hasta aquí las semejanzas. En cuanto a las diferencias hay una importante del punto de vista procesal; la acción chilena no constituye un juicio, integra el Libro IV dedicado a « Los actos judiciales no contenciosos » nuestra acción en cambio es contenciosa, pero esto tal vez tenga su explicación. No existiendo en nuestro derecho, la misma finalidad de orden en el Registro de la Propiedad, como existe en el derecho chileno, fué lógico nuestro codificador al establecer una acción contenciosa para aquellos casos en que una tercera persona que ocupa los bienes de la herencia, ignorando cuales son los herederos, se oponga a la entrega de los mismos, por no constarle esa calidad; pues en los demás casos no hay cuestión, cuando nadie se opone, el heredero en virtud del art. 1039 del Cód. Civil está en situación de entrar a ocuparlos inmediatamente, y cuando la oposición radica en la posesión o en otro derecho que

alegue el demandado, le queda al heredero las acciones correspondientes.

Además y de acuerdo al art. 1056 chileno la posesión efectiva se entiende dada a toda la sucesión, aún cuando sea uno solo el heredero reclamante y hay otros con iguales derechos a los mismos.

El tercero opositor, puede oponerse esgrimiendo esa circunstancia, a la entrega de todos los bienes.

Hemos tratado hasta aquí las distintas legislaciones americanas que hemos podido tener a nuestro alcance, de las europeas, solo hemos tratado la española, por ser nuestra legislación, madre, dejaremos para otra oportunidad comentar los códigos europeos, solo diremos y teniendo en cuenta la vinculación que siempre hemos tenido con el derecho francés, que en esa legislación el problema que nos preocupa, solo está tratado en la legislación de fondo en el art. 724 igual al nuestro 1039 del Cód. Civil, pero en el derecho adjetivo nada se dice, siguiéndose por lo tanto los principios generales.



## LA ACCION REIVINDICATORIA Y DE LA ENTREGA EFECTIVA DE LA HERENCIA

ACCION REIVINDICATORIA: SU NATURALEZA. — Como ya lo expresamos en otra oportunidad, toda acción tiene su asiento en un derecho que le dá nacimiento.~

La reivindicación, es la principal de las acciones in rem, pues es el ejercicio del derecho más absoluto que se pueda tener sobre una cosa, el derecho de propiedad.—

Teniendo en cuenta su carácter real, esta acción se deduce contra cualquier persona que detente la cosa que se reivindica, (art. 676 Cód. Civil) El detentador es obligado a entregar la cosa, ya que entre él, y la misma, no existe ninguna relación jurídica, según el concepto clásico.

Dicha acción no tiene en cuenta la persona del demandado, sigue a la cosa en manos de quién esté.

### DEFINICION

El Cód. Argentino (art. 2792) la define: « Es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión, la reclama y reivindica, contra aquél que se encuentra en posesión de ella ».

Esta definición a nuestro juicio, es incompleta, puesto que, la acción reivindicatoria, puede ser instaurada contra el poseedor de la cosa, por todos los que tengan sobre ella derechos reales perfectos o imperfectos (art. 677 Cód. Civil). De ahí que la definición más adecuada a nuestro derecho (arts. 676 y 677 Cód. Civil) es la dada por el Dr. Segovia, que dice: « *que es la acción que nace de un derecho real ( sobre cosas particulares ) que pueden ejercerse por medio de la posesión, por la cual, el que ha perdido la posesión de la cosa, pide el reconocimiento de su derecho de poseer y exige de quién la tiene la restitución de la cosa con sus accesorios.* »

No obstante debemos aceptar esta definición con la reserva contenida en el inc. 2.º del art. 677 cuando se trata de reclamar el derecho hereditario, que dá nacimiento a la acción de petición de herencia.

### QUIENES PUEDEN INSTAURAR LA ACCION REIVINDICATORIA

De acuerdo a la definición dada, como la acción reivindicatoria nace del derecho de propiedad, sobre cosas particulares, y que puede ejercerse por la posesión, el que ha perdido la posesión y tiene por lo tanto un derecho real que lo faculta a poseer, está habilitado para solicitar la restitución de lo que le pertenece con sus accesorios. De lo dicho se desprende, que no solo el propietario puede ser titular de la acción sino todos los que tengan un derecho real que les dé derecho a poseer la cosa, (art. 676 t 490 Cód. Civil), a pesar que hay autores que equivocadamente enseñan, que como la acción reivindicatoria nace del dominio, solo el propietario puede instaurarla.

La reivindicación por lo tanto supone que el propietario no tiene la posesión de la cosa que reclama; argumento que surge del art. 676 (Cód. Civil) cuando dice: » que el propietario tiene derecho a perseguir la cosa, contra cualquiera *que la posea...* » pero también supone que el reclamante, tuvo anteriormente la posesión ya que de lo contrario no sería propietario.

Pero para que la acción de reivindicación prospere, es necesario que la calidad de propietario se pruebe y que esa calidad perdure hasta la sentencia definitiva. De ahí que el propietario bajo condición resolutoria puede ser vencido, si el demandado prueba que antes de dictarse la sentencia se ha cumplido la condición.

En el derecho romano, la situación era distinta, bastaba probar al iniciarse la acción que se era propietario para que la acción tuviera andamio (1). En el caso contrario, la acción

---

(1) Ver Petit. Obra citada, pág. 269.

tampoco tendría andamio por estar resuelto por los arts. 284, 285, 289, 290 y 331 del Cód. de Proc. Civil.

## CONTRA QUIENES PROCEDE LA REIVINDICACION

De acuerdo al art. 680 del Cód. Civil la acción « se dirige contra el actual poseedor, y el 681 dice: « que el mero tenedor solo es obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene ».

Es lógico nuestro codificador, el mero tenedor en nada puede dañar el derecho del propietario, el poseedor es el único que puede desconocer su derecho y es contra él que la ley determina que debe instaurarse los procedimientos.

De ahí que el juicio que se sigue contra el mero tenedor en nada beneficiará al propietario reivindicante. Claro que, ello podría significar un perjuicio para el propietario que desconoce al verdadero poseedor, y que con toda razón presume lo sea el que detenta la cosa. Pero la ley le da los medios de defenderse, haciendo uso de la disposición contenida en el art. 253 inc. 1.º del Cód. de Proc. Civil y en el caso que el mero tenedor en esa oportunidad, se atribuyese calidad de poseedor sin serlo, y obligase al propietario, a seguir un juicio inocuo, sería responsable de todos los perjuicios causados. (art. 683 Cód. Civil).

## OBJETO DE LA ACCION REIVINDICATORIA

Se puede reivindicar una cosa mueble o un inmueble y también una cosa incorporal que según la naturaleza del objeto será mueble o inmueble de acuerdo a los artículos 460, 461, 474 y 677 del Cód. Civil.

Ahora bien, las cosas sobre que recae el dominio, para dar lugar a la reivindicación deben estar determinados en cuanto a su especie.

También se puede reivindicar una universalidad, pero en ese caso la demanda como la sentencia, estarán limitadas a los casos individuales que pertenecen al reivindicante, de los que forman el cuerpo colectivo (art. 678 del Cód. Civil); ha

sido lógico el legislador, la reivindicación no puede ir más allá que el derecho que le dá nacimiento.

También se puede reivindicar la cuota pro-indivisa de una cosa singular poseída en común. ( art. 677 inc. 3.º ).

La ley ha contemplado el caso de que el poseedor de mala fé, destruya o enajene la cosa para que la reivindicación no se pueda cumplir, en ese caso no ha tenido el legislador más remedio que sustituir el objeto, condenando al poseedor a pagar el valor que el dueño jurase tenía la cosa, previa regulación del Juez, si pareciese excesivo, ( art. 684 Cód. Civil ).

#### PROHIBICION DE ENAJENAR LA COSA QUE SE REI-VINDICA

Uno de los efectos primordiales y característico de esta acción es que de acuerdo el art. 865 del Cód. Civil, se le prohíbe al poseedor una vez notificada la demanda e inscrita en el registro correspondiente, enagenarla o gravarla, hasta tanto se decida el juicio, el que resolverá quién es el verdadero dueño.

Esta es una medida de seguridad, que se encuentra completada por la disposición del art. 686 del mismo Código, facultando al reivindicante a pedir el secuestro de la cosa, cuando temiese que el demandado la haga desaparecer.

Esta medida se encuentra paliada por la disposición del art. 687 del Cód. Civil, la que le permite al demandado, cuando la cosa es un inmueble, a seguir gozando de ella, hasta al sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada.

#### DEL PROCEDIMIENTO

De acuerdo al art. 679 del Cód. Civil y al art. 329 del Cód. de Proc. Civil, al actor le corresponde la carga de la prueba de su propiedad.

No entraremos a analizar como debe probarse el dominio lo que nos llevará demasiado lejos en esta síntesis que hemos abordado. (1).

---

( 1 ) Ver a ese respecto a E. LAGARMILLA obra citada pág. 130 y sig.

No existe ninguna otra disposición especial de carácter procesal, sobre esta acción, de forma que tenemos que aplicar los principios generales y de acuerdo a ellos, esta acción, debe sustanciarse por los trámites de los juicios ordinarios.

#### SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA ACCION REIVINDICATORIA Y LA DE LA ENTREGA DE EFECTIVA DE LA HERENCIA

Del punto de vista de la naturaleza, ambas acciones son reales y tienen su asiento en el derecho de propiedad, pero con una diferencia, que el origen de la propiedad, en la entrega efectiva de la herencia radica en la ley ( art. 1039 del Cód. Civil ) mientras que en la reivindicación la propiedad puede radicar en un acto de voluntad ( tradición por venta ). Además la entrega efectiva de la herencia, por su naturaleza también, es una acción sucesoria.

Respecto a quienes pueden instaurar ambas acciones, también existen diferencias; en la reivindicatoria ya la hemos analizado, en la entrega efectiva de la herencia ( y en eso radica la diferencia ) solo la puede provocar el heredero.

También existen diferencias en lo que respecta a contra quienes procede las acciones. Ya vimos que en la reivindicatoria, debe dirigirse contra el actual poseedor, en cambio en la entrega efectiva de la herencia contra el actual tenedor, ya que por la estructura de la acción el poseedor legalmente es actor.

¿ Procede la prohibición de enajenar la cosa legislada en el art. 685 en el caso de la acción de entrega efectiva de la herencia ? Creemos que nó, ya que no está en tela de juicio ni la propiedad ni la posesión que corresponde al actor y que el demandado no desconoce; además la disposición del referido artículo es de carácter excepcional, legislada expresamente para la reivindicación y por lo tanto de interpretación estricta. Por otra parte, cuando el legislador ha querido extender los beneficios de la disposición lo ha hecho expresamente como sucede con las disposiciones en los arts. 901 y 1309 del Cód. de Proc. Civil.

En cuanto al objeto también difieren, ya que en la entrega

efectiva de la herencia, este se encuentra limitado a los bienes de la herencia.

Y por último en cuanto al procedimiento debemos decir, que rige para ambas acciones el principio general de que el actor debe probar los extremos de su demanda ( art. 329 y 330 del Cód. de Proc. Civil ) pero en cuanto a la naturaleza del juicio difieren profundamente ya que como lo hemos expresado anteriormente, la reivindicación debe sustanciarse en juicio ordinario, y la entrega efectiva de la herencia integra el Tít. « De los juicios sumarios especiales ».

#### LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA Y LA DE LA ENTREGA EFECTIVA DE LA HERENCIA

ACCION DE PETICION DE HERENCIA. DEFINICION. — Escriche (1) define esta acción, « como la que se concede al heredero de un difunto para pedir los bienes hereditarios de cualquiera que los tuviere en su poder en calidad de heredero o poseedor, con los frutos, accesorios y pertenencias ».

Aubri y Rau la define: « es una acción real por la cual una persona que se dice llamada a una herencia, reclama de aquellos que han tomado posesión de todos o parte de los objetos que la componen, obrando como sucesores universales del difunto, o como herederos de esos sucesores, el reconocimiento de su derecho hereditario y la entrega de todo lo que forma parte de la herencia.

Esta definición que creemos más completa que la de Escriche, podría aceptarse en nuestro derecho, dado que en nuestra legislación existe un vacío enorme respecto a esta acción estando apenas esbozadas en el art. 677 inc. 2.º; dejando por lo tanto a la doctrina, que llene ese claro que ella a dejado.

#### NATURALEZA DE LA ACCION

Esta acción aún cuando en nuestro art. 677 se dice: « Pueden reivindicarse como el dominio, los otros derechos reales; excepto

---

( 1 ) Obra citada, pág. 1412.

el derecho hereditario que produce la acción llamada petición de herencia», parecería, que nuestro codificador entendiese, que existe entre ambas acciones una diferencia profunda de esencia. A pesar de eso, desde el tiempo de los romanos, se ha considerado esta acción de idéntica naturaleza a la reivindicatoria, de tal manera que autores como Namur, las definía como la reivindicación de una herencia. De ahí, que se concibiese a la acción de petición de herencia como una acción real que la jurisprudencia moderna cambiando la terminología de Namur la califica como « La reivindicación de una universalidad » (1).

Esto no quiere decir que ambas acciones deben confundirse; la naturaleza puede ser la misma pero el objeto a reclamar es distinto, el objeto de la reivindicación es reclamar una cosa o cosas determinadas que pertenecen al demandante. La petición de herencia tiene como punto de mira una universalidad jurídica, reclamada por el actor como heredero. Ahora bien, es una acción real, porque la acción sigue a las cosas que constituyen el caudal sucesorio y porque ella nace del derecho de propiedad que la ley le otorga al heredero ( art. 1039 del Cód. Civil ).

#### QUIENES PUEDEN INTENTAR LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA

Indudablemente que el único que puede intentar esta acción es el heredero, o el sucesor de éste, lo que ya establece una diferencia con la acción reivindicatoria, cuyos titulares pueden ser de distinta calidad.

Por lo tanto, para que esta acción prospere, debe el actor probar que es heredero, ya que es esto uno de los elementos que integran esta acción.

Siendo la petición de herencia, una reivindicación de una universalidad de cosas, debemos suponer que el actor no tiene la posesión que reclama ya que le dá derecho su calidad de heredero.

---

( 1 ) Colección Abadie-Santos caso N.º 3289.

56642

## CONTRA QUIENES PROCEDE LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA

Como ya lo dijimos, en nuestra legislación, hay un gran vacío sobre esta acción; en el Cód. Civil argentino a este respecto, se ha legislado expresamente, estableciéndose en el art. 3457 los casos contra quienes procede la acción, en él se establece: « La acción de petición de herencia se dá contra un pariente del grado más remoto que ha entrado en posesión de ella por ausencia o inacción de los parientes más próximos; o bien, contra un pariente del mismo grado, que rehusa reconocerle la calidad de heredero o que pretende ser también llamado a la sucesión en concurrencia con él ».

Creémos que en el artículo transcrito se contemplan todos los casos contra quienes procede la acción, compartiendo la crítica que a él hace Machado (1) al decir que el tercer caso podría estar comprendido en el segundo.

### OBJETO DE LA PETICION DE HERENCIA

Como ya lo expresamos, al hablar de la naturaleza de la acción y al establecer la diferencia que por el objeto tienen con la acción reivindicatoria; la petición de herencia, tiene por objeto, reclamar una universalidad jurídica, basándose en la calidad de heredero, que debe probar el actor.

¿ *Es de aplicación el art. 312 del Cód. de Proc. Civiles concordante con el 685 del Cód. Civil en el caso de petición de herencia?* Dado lo expuesto, considerando que en el fondo de la petición de herencia, es una acción real de naturaleza reivindicatoria y teniendo en cuenta que la ley de 25 de enero de 1916 ha establecido que en las demandas por filiación natural, debe hacerse la inscripción en el Registro de Embargos, opinamos de acuerdo al caso N.º 3281 de la Colección Abadie-Santos ya citada, que procede la aplicación de las referidas disposiciones.

---

(1) « Exposición y comentarios del Cód. Civil Argentino T. VIII, pág. 648.

## DEL PROCEDIMIENTO

Aquí como lo sostuvimos para la acción reivindicatoria, y dado que no hay disposiciones especiales, rigen los principios generales y de acuerdo con ellos, (art. 329 Cód. de Proc. Civil) el actor en la petición de herencia debe probar que es heredero ya que es ésta calidad la que se le desconoce para tener derecho, a ocupar los bienes hereditarios. Además no existiendo procedimiento propio, se debe sustanciar la acción por el procedimiento ordinario.

## SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA Y LA ENTREGA EFECTIVA DE LA HERENCIA

Teniendo en cuenta la naturaleza, ambas acciones son reales y nacen del derecho de propiedad y también, teniendo en cuenta la naturaleza de ese derecho ambas acciones son sucesorias.

Son semejantes también, en cuanto a quien tiene derecho a instaurar la acción y lo mismo al objeto, pero difieren, en cuanto a la calidad de la persona del demandado en la petición de herencia, el demandado, siempre se atribuye la calidad de heredero, en la entrega efectiva de la herencia nó, el demandado simplemente obsta a la entrega de los bienes por no constarle la calidad de heredero del demandante y sin que él se atribuya ningún derecho respecto a esos bienes.

Por último difieren en cuanto al procedimiento en sí, la petición de herencia es un juicio ordinario y la entrega efectiva de la herencia es un juicio sumario.

## LA ACCION POSESORIA Y LA ENTREGA EFECTIVA DE LA HERENCIA

DEFINICION. — Podríamos tomar como tal la que surge de nuestro artículo 1171 del Cód. de Proc. Civil: « Las acciones posesorias se dirigen a conservar o a recuperar la posesión de los bienes raíces o derechos reales constituídos en ellos ».

## NATURALEZA JURIDICA

Teóricamente se ha discutido la naturaleza de esta acción; en el derecho romano tuvieron un carácter personalísimo, pues solo procedían contra los que habían violado, o turbado la posesión. El Dr. A. Lagarmilla en su libro » Acciones posesorias en la pág. 96, demuestra que dichas acciones en nuestra legislación revisten el carácter de reales, basándose en las disposiciones de los artículos 241, 1173, 28 y 1184 del Cód. de Proc. Civil. No obstante hay autores ( Guillot ) que sostienen, por lo menos, para la acción de conservar la posesión, que es una acción personal.

## QUIENES PUEDEN INSTAURAR LA ACCION POSESORIA

En principio y tratando de abarcar todos los casos podemos decir, que pueden hacer uso de esta acción, el poseedor que es turbado en su posesión y aquel que habiendo tenido la posesión ha sido privado de ella, siempre que la reclame antes del año, los demás casos contemplados por el legislador, caen dentro de las dos reglas que hemos establecido.

## CONTRA QUIENES SE DA LA ACCION POSESORIA

Contra el perturbador de la posesión y contra aquel que ilegalmente ha privado de la posesión al que la tenía.

## OBJETO DE LA ACCION POSESORIA

El objeto sobre que recaen las acciones posesorias son o un inmueble o un derecho real inmobiliario y agrega el Dr. Lagarmilla en la obra citada, que esté en el comercio de los hombres; de manera que esta acción no protege a la posesión mobiliaria.

## PROCEDIMIENTO

El procedimiento es sumario, con la especialidad que la prueba debe versar sobre el hecho, de la posesión solamente, y que la sentencia deja a salvo el juicio petitorio posterior.

## SEMEJANZA Y DIFERENCIAS ENTRE LA ACCION POSESORIA Y LA ENTREGA EFECTIVA DE LA HERENCIA

En cuanto a la naturaleza de las acciones, ambas son reales, la de la entrega efectiva de la herencia porque como ya lo hemos dicho tiene su base en el derecho de propiedad, la posesoria porque así lo ha resuelto nuestro legislador. Teóricamente como ya lo hemos expresado se discute, ya que se tendría que tener en cuenta, cual es el fundamento de la protección posesoria, cosa en que los autores difieren abiertamente.

Respecto a quienes pueden instaurar la acción difieren, ya que en la entrega efectiva de la herencia, solo puede hacerlo el heredero, y difieren también, respecto a, contra quienes procede la acción; en la posesoria se dá o contra el perturbador o contra el poseedor actual que ha desposeído al actor, en cambio como ya lo hemos manifestado, el demandado en la acción de entrega efectiva de la herencia, no puede tener la calidad de poseedor, es un simple opositor por no constarle la calidad de heredero del reclamante.

Y por último en cuanto al procedimiento, a pesar de ser ambas acciones extraordinarias, difieren profundamente. En cuanto a la prueba en que en la acción posesoria, lo que está en discusión es el hecho de la posesión, en la entrega efectiva de la herencia, la calidad de heredero. En la posesión, una vez terminada, deja a salvo el juicio petitorio posterior, cosa que no sucede en la acción de estudio, ya que no está en discusión la posesión hereditaria. En cuanto al procedimiento en sí también difieren, ya que solo se sigue el procedimiento del juicio posesorio, solamente cuando hay oposición.

## FUNDAMENTO DE LA ACCION

El fundamento que se dió en los países que consideran vacantes los bienes por la muerte del decujus, fué según lo expresa Manresa (1) el siguiente; « Los romanos introdujeron este interdicto, para dar la posesión de los bienes de una herencia yacente, al que justificase su derecho a suceder al causante, de la misma a fin de que no quedaren abandonados, con este mismo objeto aceptó ese procedimiento sumarísimo nuestro derecho patrio.

Estevez Saguí, también manifiesta a este respecto, que no siendo justo, que nadie entre por sí en la posesión de los bienes yacentes de la herencia e inconveniente que permanezcan mucho tiempo privados de ello, el que tiene título para ocuparlo, es que el legislador ha tenido que considerar ambas circunstancias, estableciendo el procedimiento sumario de los interdictos.

En nuestra jurisprudencia, se ha querido ver el fundamento de esta acción (2) en lo expuesto por la Comisión Revisora al referirse a este Instituto y al de la entrega de la cosa, es decir, que se « procura facilitar la eficacia de un derecho declarado expresamente por la ley », de modo que se dirija a hacer efectivo un derecho pre-existente, indiscutido e indubitante el del heredero a los bienes de la herencia como la acción de entrega de la cosa, descansa en la evidencia de una obligación de dar exigible de inmediato (art. 1309).

Creemos, que el fundamento de esta acción, no está solamente en lo expresado en el caso citado, sino que también lo está en las palabras de Esteves Saguí; hay pues, un interés social de que esos bienes pasen a manos de quien realmente tiene derecho a ellos, hay también, un interés jurídico, de que nadie se haga justicia por su propia mano, a cuyo efecto, se le dá los medios legales para reclamar lo que legítimamente le pertenece y por último, hay un interés procesal, que es el expresado en el caso citado de la Colección Abadie-Santos, ya que, la ley debe dar un procedimiento rápido, expeditivo, cuando está

(1) Obra citada T. 6.º pág. 147.

(2) Colección Abadie-Santos caso N.º 3287.

frente a casos en que el derecho a ejercerse, es indiscutido o tiene una gran dosis de veracidad.

#### FINALIDAD DE LA ACCION DE LA ENTREGA EFECTIVA DE LA HERENCIA

La finalidad perseguida por el codificador es que el heredero que presenta título en que basa su pretensión a poseer los bienes de la herencia, que es indubitable, al igual que el actor en la acción de entrega de la cosa, se le otorga una acción rápida para que entre de inmediato a ocupar esos bienes que le pertenecen; restringe así la defensa del opositor, pero ello se explica, primero por el carácter del derecho del actor, y segundo, porque la oposición no se basa en ningún derecho propio para el demandado sino en la falta de derecho del reclamante, de ahí que una vez probado éste, no hay razón ninguna jurídica para ampliar la defensa. Es por eso que la ley cuando la oposición es infundada castiga con costas y costos al demandado.

De manera que esta acción, en cierto modo, viene a prestar los mismos beneficios, que reportan las acciones posesorias, ya que le evitan al titular de la acción, iniciar un juicio largo y dispendioso, cuya naturaleza, estaría determinada por la calidad jurídica del demandado.

#### NUESTRO PROCEDIMIENTO ANTERIOR AL CODIGO CIVIL DE 1868

Las leyes que regían en nuestro país anteriores a la vigencia de nuestro Código Civil de 1868, por disposición del art. 148 de la constitución de 1830 nos hacía regir, por las antiguas leyes españolas y por lo tanto obligaba al heredero a pedir al Juez la posesión de la herencia previa la justificación sumaria del parentesco con el causante o bien por la presentación del testamento, haciendo uso de la acción llamada Interdicto de Adquirir.

A este respecto, en el Curso de 2.º año de Derecho Civil,



dictado por el Catedrático Dr. Tristán Narvajas en el año 1863, según apuntes de Don Manuel Dergui, ( inédito ) en la página 251 se expresa: «Enumeramos entre las acciones personales, aunque no faltan autores que los colocan entre los reales los remedios posesorios, que suelen también llamarse interdictos, siguiendo la nomenclatura romana.

« La división más común y útil por el frecuente uso en la práctica, es un interdicto de adquirir, de retener, de recuperar la posesión.

« El primero se define: es la acción que compete a los herederos testamentarios o abintestatos para conseguir la posesión de la herencia por términos abreviados contra aquel que lo disfruta L. 2.º Libro 14 P. 2 y 3 tit. 34 libro II R. C. Nov.

« Como se ve nos desentendemos de las doctrinas Romanas acerca de las subdivisiones de este interdicto circunscribiéndonos a los límites que le tienen trazado nuestro derecho. Este interdicto no supone como los demás posesión adquirida por parte de actor. Lo que por él se pide es posesión de derecho, doctrina fundada en la presunción legal que hay a favor de los que tienen el título de próximos parientes o de un testamento al parecer legítimo; lo que no impide que otros con títulos más fuertes les disputen la herencia. Viene a ser por lo tanto algunas veces un remedio interno con que se facilita el juicio de partición de la herencia de la querella de inoficioso testamento dando un poseedor contra el que válidamente puede establecer sus acciones a aquellos a quienes por legítimo derecho corresponde la sucesión.

« Esta acción se ventila en un juicio sumario, para iniciar el cual el heredero testamentario debe acompañar el testamento y la partida de la defunción, ofreciendo justificar la identidad de su persona con la nombrada como heredera, a no ser conocido notoriamente por tal.

« Si fuese legítimo, acompañará la partida sacramental que pruebe su parentesco con el finado, la de óbito de éste y ofrecerá información testifical por la que acredita el fallecimiento ab-intestato del dueño anterior de los bienes y la identidad de las personas comprendidas en las Partidas ».

## EL PROCEDIMIENTO

Dos etapas podemos establecer en el procedimiento algo parecido con lo que sucede en el derecho español a partir de 1855, una primera, en que al heredero una vez probada su calidad de tal se decretaba la posesión, sin forma de juicio y sin contradicción y una segunda de carácter contencioso en que se discute el derecho puesto en tela de juicio.

La primera etapa de nuestro procedimiento corresponde a los arts. 1304 y 1305 del Cód. de Proc. Civil y la segunda a los arts. 1306 a 1308 inclusive del mismo código.

## PRIMERA ETAPA

Art. 1304. « Cuando un tercero obstase a que el heredero ocupe los bienes hereditarios, podrá éste ocurrir al Juez solicitando su entrega o posesión efectiva, en virtud de lo dispuesto por el art. 1014 del Cód. Civil. »

Art. 1305. « El heredero probará que se encuentra en el caso del citado art. 1014. »

Si el Juez juzga bastante la prueba, decretará sin más trámite la posesión efectiva, que se intimará al demandado.

Cuando un *tercero obstase* a que el heredero ocupe los bienes hereditarios, dice la ley. Aquí tenemos ya, casi todos los elementos que caracterizan a esta acción.

Primero la calidad de tercero, para la ley, debemos interpretar la en oposición a heredero, quiere decir, pues que, es un *tercero a los efectos de la herencia*, ya que si así no fuere, su calidad se confundiría con la del demandante y en ese caso ya no procedería esta acción, sino la de petición de herencia (1).

A este respecto el Dr. Aladio (2) en el primer considerando de la sentencia que hemos transcripto (pág. 5) y que damos por reproducida aquí, llega a la misma conclusión, en el problema que hemos abordado en el párrafo anterior.

---

(1) Conf. de Freitas « Rev. Nueva » obra citada pág. 64 y Colección Abadie-Santos caso N.º 3287.

(2) Obra citada, pág. 167.

*Obstase a que el heredero ocupe los bienes hereditarios, dice la ley.*

Obstar es menos que oponer, y ha estado bien el legislador al usar ese vocablo, que traduce con claridad la verdadera posición del tercero demandado; en realidad éste no es un opositor en el sentido que corrientemente se le dá a la oposición en los dominios del foro, éste tercero, no reclama para sí ningún derecho en esta acción, simplemente como dice la ley, *obsta a que el heredero ocupe los bienes de la herencia*, porque ? porque no le consta que el reclamante sea el heredero, o el único heredero.

Pero se podría preguntar y en que calidad tiene entonces ese tercero los bienes de la herencia ? La ley no dice nada, pero analizando la redacción de la misma trataremos de aclarar el problema.

¿ En qué consiste la oposición del tercero ? la ley dice a que *ocupe*, los bienes hereditarios ¿ hasta cuándo ? hasta que de acuerdo con los art. 1305 y siguientes, el heredero pruebe su calidad, o como dice literalmente el inc. 1.º del art. 1305 « El heredero probará que se encuentra en el caso del citado art. 1039 del Cód. Civil ». ( Expresión ésta que y ahemos analizado pág. 14 ).

De manera que el tercero no le desconoce al heredero su derecho de posesión legal, ya que solo se opone al hecho material de la *ocupación*, oposición que termina con la prueba acabada de la *calidad de heredero*. Quiere decir pues, que es esta calidad, la única a que pone reparo el tercero para que el heredero de acuerdo con el art. 1039 del Cód. Civil disponga como tal dueño de los bienes hereditarios. Siendo así, el tercero tiene la calidad de mero-tenedor de esos bienes, cuya posesión la tiene para su dueño, en este caso, el heredero o herederos de la sucesión. Por lo demás la segunda parte del art. 1304 confirma lo que venimos sosteniendo, cuando dice: podrá éste ( el heredero ) ocurrir al Juez solicitando su *entrega o posesión efectiva*, en virtud de lo dispuesto por el art. 1039 del Cód. Civil.

Cuando comentamos la legislación comparada, al referirnos a la chilena, hemos sostenido que ésta, podría ser sino la única, por lo menos una de las fuentes de nuestro Instituto y haciendo el parangón de ambas legislaciones, hemos aclara-

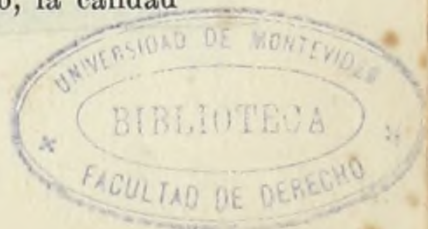
do el alcance de las palabras *entrega y posesión efectiva*, en el sentido de que ésta es sinónima de *posesión material* ya que la jurídica, la detenta por ley el heredero. (ver pág. 71) De manera, que si el heredero lo único que reclama, es la posesión material o de hecho, ésta es la única que jurídicamente detenta el tercero, y la posesión material en ese caso es lo mismo que mera tenencia. Conforme con esta opinión transcribimos dos párrafos de la vista del Dr. Julián de la Hoz publicada en el caso N.º 3287 de la Colección Abadie-Santos que dice:

« Quiere decir pues, que el art. 1304 del Cód. de Proc. Civil, al conceder al heredero la acción de la entrega efectiva de la herencia contra un tercero que « obstase » aunque ocupe los bienes hereditarios, parte de la base de que el tercero no niega ni disputa al actor el título hereditario a los derechos patrimoniales inherentes desde que sujeta a otro procedimiento la dilucidación y resolución de esas cuestiones.

Por manera que la acción procede en aquellos casos en que un mero tenedor, depositario o comodatario, y otros en situación análoga, se opone a la entrega, no porque impugne al heredero su calidad de tal, sino por ignorar lo que es y entonces se explican satisfactoriamente que basta la justificación impuesta en el art. 1305 para que sin « más trámite », o sea, sin audiencia previa del tercero, se decrete o intime la posesión efectiva, sin que se le brinde otro término para oponerse que el brevísimo y perentorio de tres días ( art. 1356 ) ».

Como vemos el Dr. de la Hoz, le atribuye al tercero, la calidad de mero tenedor, como es el caso del depositario o comodatario, y ejemplo sería de ellos, y muy corriente el de los depósitos de valores en los bancos al fallecimiento de una persona, y también el caso de albaceazgo, cuando ha transcurrido el tiempo para que ha sido nombrado y continúa en posesión de los bienes etc.

Tenemos pues al comentar el art. 1304, ya casi todos los elementos que configuran esta sección, un actor, que necesariamente debe ser un heredero, un demandado, que se opone a la ocupación de los bienes hereditarios, por no constarle que el actor tenga la calidad invocada y el objeto del litigio, la calidad



hereditaria que le da al reclamante, el derecho a ocupar los bienes que solicita.

El art. 1305 exige que el heredero pruebe su calidad de tal.

¿Cuales son los medios de que dispone el actor, para ello? la ley nada dice: de manera que tenemos que ir a los principios generales de derecho que se refieren a dicha calidad, que rigen para esta acción como también para el juicio sucesorio, que no vamos a analizar aquí, porque nos obligaría a hacer una digresión muy extensa y porque es materia ya trillada en el juicio sucesorio.

El art. 1305 en el inc. 2.º dice: « Si el Juez juzga bastante la prueba, decretará sin más trámite la posesión efectiva, que se intimará al demandado ».

El legislador aquí no ha dado normas para que el Juez juzgue de la prueba a producir, ha dejado a su arbitrio la calificación de la misma, no obstante como ya lo manifestamos en otra oportunidad (pág. 84) creemos que de la demanda instaurada el Juez previamente debe dar vista al Fiscal de lo Civil y al de Hacienda.

Al de lo Civil ya que este de acuerdo con el art. 171 inc. 4.º letra B ), del Cód. de O. de los T. C. y de Hacienda, es preceptiva su intervención « en los juicios sobre el estado civil de las personas » y este es un juicio en que está en discusión el estado civil de la persona reclamante.

Al de Hacienda, porque el fisco puede tener interés, ya que se reclama un bien hereditario o el cúmulo hereditario, débese en este caso dar intervención al Fiscal de Hacienda, no solo en salvaguardia de los intereses que como heredero puede tener el Estado, sino también, para fiscalizar el pago del impuesto de herencias, o en su caso excitar el pago del mismo mediante la apertura de los procedimientos respectivos ( art. 12 de la ley de 30 de Agosto de 1893 y concordantes ).

Hemos manifestado en otra oportunidad que el juicio sucesorio, en nuestro derecho, a diferenciade otras legislaciones, no es previo a la acción que estamos estudiando, dado que no hay ninguna disposición que lo prescriba, pero de hecho, casi siempre se convertirá en previo, en primer lugar por una

cuestión de orden y segundo por la disposición de la ley de 1893 que hemos transcripto, ya que por ella es perceptiva la liquidación del impuesto en los juicios sucesorios.

Sosteníamos que procede, en el juicio de entrega de la herencia la intervención del Fiscal de Hacienda, basándonos en que el art. 1039 del Cód. Civil dice: por el hecho solo de abrirse la sucesión, la propiedad y la posesión de la herencia pasan de pleno derecho a los herederos del difunto, *con la obligación de pagar las deudas y cargas hereditarias*. El fundamento de nuestra acción, como ya se ha dicho, está en la disposición que hemos transcripto, por lo tanto, en el juicio sucesorio, como en este, tal como dice la ley, deben pagarse las deudas y cargas hereditarias y entre ellas está el impuesto de herencias, que es materia de competencia de los Fiscales de Hacienda, de acuerdo al inc. 1.º del art. 183 del Cód. de O. de los T. Civiles y de Hacienda.

En cuanto a las demás deudas y cargas hereditarias, lógicamente, aún cuando por el artículo que hemos transcripto, correspondería su liquidación en este juicio sumario, creemos que dado que en el juicio sucesorio se establece un procedimiento especial para la liquidación de las mismas (llamamiento de los que se consideren con derecho a la sucesión o contra ella art. 1045 del Cód. de Proc. Civil) es allí donde deben realizarse porque de lo contrario se le quitará a este juicio su carácter de sumario que le dió el codificador.

Robustece además nuestra opinión, que el codificador chileno, como ya lo hicimos notar en el lugar pertinente, también exige la intervención del Ministerio Fiscal, por el interés que pudiera tener el Fisco, al sustanciarse la acción « De la dación de la posesión efectiva de la herencia » ( art. 1057 ).

El procedimiento seguido por este Instituto, en su primera etapa, se parece al legislado en el art. 1309 del Cód. de Proc. Civil para la entrega de la cosa; en ambos casos el juez hace una calificación previa del derecho invocado por el actor y si lo cree suficiente decreta de inmediato el desapoderamiento, con el mismo procedimiento de apremio, sin perjuicio de que la oposición continúe sustanciándose para resolver después en definitiva por sentencia, a quién corresponderá la cosa reclamada, pero en principio, la posesión de la misma, cuando el dere-

cho a juicio del juez esté suficientemente probado; sin que haga otra diligencia, sin que se le dé al demandado otro derecho que el de entablar la oposición posterior, se le otorga al actor. Esta semejanza que apuntamos no es accidental, sino que ella responde a que ese procedimiento, tiene para nuestro codificador, un mismo fundamento: el expresado por la Comisión Revisora en su Exposición de Motivos, cuando dice: « La Comisión considera que ellas ( se refiere a los institutos de « La acumulación de autos »; « juicios de alimentos »; « De la entrega efectiva de la herencia » y « De la entrega de cosas en virtud de estipulación o contrato, contribuirán a facilitar la expedición en juicio sumario, de las causas en que se interesa la eficacia de un derecho declarado expresamente por la ley; o que se pide, bajo ciertas condiciones, el cumplimiento de obligaciones procedentes de los contratos libre y válidamente celebrados » ( 1 ).

Por lo expuesto el procedimiento en esta primera etapa no es contencioso, ya que deja librado al juez la apreciación de la prueba, facultándolo para decretar el desapoderamiento sin otro trámite. Se parece pues en esta parte nuestra ley, al procedimiento de la primera etapa del derecho español a partir de 1855, aún cuando en el contenido de la demanda como ya lo hemos hecho notar difieren profundamente.

*¿ Puede el Fiscal de Hacienda en el caso de ser heredero el Estado, entablar la acción de entrega efectiva de la herencia ?*

Nuestra ley no distingue, el art. 1304 habla en términos generales del *heredero*, de este punto de vista, parecería que el problema habría que resolverlo favorablemente, sin embargo creemos que hay que discriminar.

En el art. 1039 del Cód. Civil, después de manifestar que por el hecho de abrirse la sucesión la propiedad y posesión pasan de pleno derecho al heredero en el inc. 2.º dice: « Lo cual se entenderá sin perjuicio de lo que acerca del Estado se dispone por los arts. 1035 y 1036 ».

El 1034 del mismo Cód. dice: « A falta de todos los que tengan derecho a heredar, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo, herederá el Estado ».

---

( 1 ) Conf. Caso 3287 Colección Abadie-Santos.

Y el 1035 y 1036 expresan respectivamente: « En el caso del art. anterior, el Fiscal o Agente Fiscal que, en representación del Estado pretenda derecho a la sucesión, deberá solicitar inventario solemne de los bienes hereditarios en la forma prescripta por las leyes ».

« Deberá así mismo, pedir la misión en posesión de la herencia ante Juez competente para conocer de la testamentaria.

« El Juzgado, no podrá resolver sin previa audiencia de un defensor de ausentes que nombre y sin que procedan edictos publicados por el tiempo y en la forma prescripta por las leyes de procedimientos, debiéndose observar las demás formalidades establecidas en el artículo precedente hará que el Fisco pueda ser condenado en daños y perjuicios a favor de los herederos, si algunos se presentasen ».

De manera que el Estado, debe pedir la misión en posesión de los bienes hereditarios, no puede como los demás herederos entrar a ocuparlos directamente y para ello se debe seguir el procedimiento especial del abintestato legislado en los artículos 1123 a 1150 inclusive del Cód. de Proc. Civil.

El Estado por el art. 1034 del Cód. Civil, es considerado heredero, pero, cuando falten todos los que tengan derecho a heredar. Ahora bien, cuando se sabe esto? cuando habiéndose hecho las publicaciones que prescribe el art. 1125, haya transcurrido un año sin que nadie se haya presentado. Recién entonces, el Fisco representado por el Fiscal respectivo está en condiciones de pedir la misión en posesión de los bienes de la herencia ante el Juez que pueda conocer de la testamentaria, como dice el art. 1044 del Cód. de Proc. Civil.

Hasta ese momento el Estado no es heredero, no obstante se han seguido los procedimientos del abintestato, con nombramiento de Curador como lo prescribe el art. 1128 del Cód. de Proc. Civil y entre sus cometidos, según el art. 1131 del mismo código, éste tiene « El ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus representados ». De manera que es el Curador en representación de la herencia yacente, el que puede y debe reclamar los bienes de la herencia, cuya posesión se le dará después al Estado.

Creemos que el Curador, en ese caso, aún cuando tenga la

representación de la herencia yacente, no le compete el ejercicio de la acción que venimos estudiando, por cuanto ella le es dada solamente al heredero y el Curador no lo es. Además la oposición del tercero de que habla el art. 1304 es por la calidad de heredero del reclamante y el Curador es representante de un cúmulo hereditario, sin que en verdad represente a un heredero determinado ya que si este existiere sería incompatible con la calidad del Curador, por lo tanto estimamos que no procede el ejercicio de la acción.

Por otro lado tampoco creemos que el Fiscal, en nombre del Estado pueda ejercer la acción, ya que como lo hemos expresado, éste ( El Estado ) va a ser heredero a falta de otros, y esa circunstancia sólo le dá derecho a pedir la misión en posesión de los bienes que hasta ese momento integran el abintestato. Corrobora nuestra opinión la disposición del art. 1035 del Cód. Civil ya transcrito, dado que le prohíbe al Estado cuando es considerado heredero, ocupar los bienes sin que haya un inventario solemne de los bienes, obligándolo también a pedir la misión en posesión, lo que significa trámites especiales como son los del abintestato. Por estas razones, aún cuando la disposición del art. 1304 es de carácter general, creemos que en el caso de que el heredero sea el Estado no puede aplicarse.

*¿ El legatario puede ser titular de la acción de entrega efectiva de la herencia ?.*

El legatario, como bien lo enseña el Dr. Joaquín Secco Illa en sus lecciones sobre sucesiones ( 1 ) no es el continuador de la persona del causante.

Confirma esta opinión el artículo 938 del Cód. Civil cuando dice: « El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla ». Quiere decir que nuestro codificador no equiparó al legatario con el heredero, no rigiendo para aquél la disposición del art. 1039 del Cód. Civil. Por lo tanto el legatario no puede hacer uso de la acción que estamos tratando para entrar en posesión efectiva del legado que se le haya deferido.

---

( 1 ) Rev. Jurídica Año III N.º 30-32 pág. 306.

*¿ Pueden los Albaceas hacer uso del Instituto, » De la entrega efectiva de la herencia » para ocupar los bienes de la herencia ?*

Los Albaceas, como lo define el art. 964 del Cód. Civil, son los ejecutores testamentarios, son aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones. De manera que los Albaceas, como tales, no se encuentran en las condiciones que prevee el art. 1039 del Cód. Civil, condición indispensable para poder usar el procedimiento legislado en los art. 1304 y sigts. del Cód. de Proc. Civil.

## SEGUNDA ETAPA

Art. 1306. *Si el juez no tiene por bastante la prueba, o si el demandado se opusiere dentro de tres días siguientes a la intimación se procederá con arreglo a lo prescripto en los artículos 1171 a 1179.*

Con este artículo, se inicia la segunda etapa de este juicio, que recién aquí se vuelve contencioso.

Dos circunstancias prevé este artículo; la primera, cuando el Juez no considera bastante la prueba presentada, para decretar el desapoderamiento; la segunda, el demandado se opone dentro de los tres días siguientes a la intimación, haciendo la salvedad que esta oposición puede manifestarse en dos oportunidades; primero cuando el Juez decreta el desapoderamiento por considerar bastante la prueba; y segundo, cuando el Juez no considera bastante la prueba producida y el demandado se opone en el comparendo verbal que prescribe el art. 1178 del Cód. de Proc. Civil, este último caso estaría, por lo tanto, comprendido dentro de la primera circunstancia apuntada y allí lo analizaremos.

Cabe además dos posibilidades más: una, cuando el tercero considerando bastante la prueba presentada, entrega voluntariamente el bien que se reclama y otra, la contemplada en el inciso segundo del art. 1307, el que analizaremos en su oportunidad

1.º CIRCUNSTANCIA. — *El juez no tiene por bastante la prueba.* — En este caso, como es lógico no se decreta el desapo-

78642

<sup>no</sup>  
deramiento de que habla el inc. último del artículo anterior y ello por una razón lógica, ha desaparecido la circunstancia que habíamos apuntado cuando establecimos en la etapa anterior, la concordancia de este procedimiento con el «de la entrega de la cosa», ya no existe un derecho fuerte en el actor que lo habilite para entrar en posesión inmediata del bien que reclama, sucede como en la entrega de la cosa, cuando se alegan excepciones graves, que se encuentran en tela de juicio, el fundamento mismo de la acción.

Difiere nuestro derecho en este caso, como ya lo hicimos notar con varias legislaciones entre ellas la española, que cuando el juez no considera bastante la prueba presentada, niega la posesión pedida, quedando al actor el recurso de apelación. En nuestro derecho no cabe recurso alguno ya que el desapoderamiento lo ha dejado la ley al arbitrio judicial, quedándole al actor el derecho de presentar prueba para que el Juez en juicio sumario la aprecie y resuelva en definitiva. Ratificación de que no cabe apelación, la dá el art. 1308, cuando dice que la resolución del Juez sólo será apelable en el caso de haberse formalizado oposición.

Ahora bien, el Juez le puede parecer insuficiente la prueba y así lo resuelve, pero el demandado puede haberse convencido de la misma, y en ese caso hacer entrega voluntaria de los bienes que ocupa el heredero, y así lo manifiesta en autos. El juicio termina por faltarle uno de los elementos que lo integra; la contienda. Ahora se presenta un problema, el Juez al dar por terminado los procedimientos debe condenar al demandado en costas, costos, daños y perjuicios, como lo prescribe el art. 1307 ?.

El Dr. De Freitas ( Rev. Nueva obra citada ) al comentar el art. 1307, manifiesta: « que la sanción que pronuncia este artículo, es demasiado severa y no se vé que razón puede invocarse para no dejar librado al criterio judicial la amplitud o gravedad de la condena, que en muchos casos será injusta, por haber litigado el reo de buena fé. Pero lo que no tiene justificación, posible es que la segunda parte del artículo haga también preceptiva idéntica condenación para el caso de que el reo no no hubiere formalizado oposición pues es muy posible que se-

mejante actitud ( que obrando discretamente no debiera poner el legislador ) haya podido asumirla el tercero en razón de haberse convencido del derecho del actor en la prueba producida por este al anunciar la acción ( art. 1305 )».

No podemos compartir la opinión que sustenta el Dr. de Freitas, como se verá a través del estudio que hacemos de los artículos 1306 y 1307.-

En el caso que comentamos, creemos que ningún juez podría, haciendo justicia castigar con esa severidad al demandado. Creemos que sería de aplicación los principios generales de derecho en lo que respecta a costas y costos, máxime que el caso- sub-judice, no integra ninguno de los contemplados en el art. 1307. Igual solución habría que darle cuando el Juez considerando bastante la prueba presentada ( art. 1305 ) decreta el desapoderamiento y el demandado, también convencido, entrega los bienes y manifiesta en autos su conformidad con dicha prueba. Queda analizado con estos dos casos, la tercera posibilidad que habíamos planteado al principio, y que por razones de método hemos contemplado primero.

Cuando el Juez no juzga bastante la prueba presentada, puede haber una triple actitud del demandado: una primera, la que ya hemos analizado en los párrafos anteriores; una segunda, oponerse, oposición que como lo veremos después, deberá realizarse en la audiencia que prescribe el art. 1178 ( caso, que estaría contemplando dentro de la disposición de carácter general del inc. 1.º del art. 1307 cuando esa oposición fuere calificada de injusta ); y una tercera, que citado el demandado al comparendo del art. 1178 no concurriese y por lo tanto no formulase oposición, se sigue entonces el juicio en rebeldía ( este caso también entraría dentro de la regla general del inc. 1.º del art. 1307 ).

Decíamos al analizar la segunda actitud del demandado, que el momento de oponerse éste, era en la audiencia que prescribe el art. 1178. La razón de ello radica, en que no existiendo decreto de desapoderamiento no existe intimación que dé nacimiento al plazo para oponerse como se contempla en el segundo caso del art. 1306 que estamos analizando. No existiendo entonces intimación, el procedimiento a seguirse es el de las

acciones posesorias, es decir, que el juez debe convocar a juicio verbal ( art. 1177 ) a ambas partes y allí, en el comparendo del art. 1178, es que el demandado debe formular su oposición, puesto que por la ley no tiene otro plazo marcado, ya que el contemplado en la parte segunda del art. 1356 es para el caso especial en que el Juez decreta la intimación.

2.a *Circunstancia.* Si el demandado se opusiere dentro de tres días siguientes a la intimación. — Este caso supone necesariamente que el Juez juzgando bastante la prueba producida por el actor, decretó el desapoderamiento intimándolo al demandado. Este, creyéndose lesionado en su derecho, dentro de tres días a contar de la intimación, debe presentar oposición, siguiéndose en lo demás el procedimiento de las acciones posesorias, es decir, que el juez frente a la oposición, debe decretar el comparendo verbal ( art. 1177 ) y si al sentenciarse por el Juez, éste considerase que la oposición del demandado es injusta, lo condenará en la forma prescripta por el art. 1307 inc. 1.º.

3.a y 4.a. *Circunstancias.* — La tercera posibilidad ya la hemos analizado a través del comentario de la primera circunstancia y en cuanto a la cuarta, la analizaremos al estudiar el art. 1307 inc. 2.º.

Producida la oposición en el caso del inc. 2.º del art. 1305, o habiendo transcurrido el plazo sin que se halla opuesto el demandado, o bien considerando el juez insuficiente la prueba presentada por el actor se procederá con arreglo a lo prescripto en los arts. 1171 a 1179 expresa la parte final del art. 1306.

Quiere decir que se sigue el procedimiento establecido para la acción posesoria de conservar la posesión, pero cabe criticarle a nuestro codificador la falta de precisión al referirse a los artículos de las acciones posesorias que legislan el procedimiento, ya que los artículos 1171 a 1176 inclusive ninguna aplicación pueden tener en el procedimiento a seguirse en esta acción, dado que contemplan casos aplicables solamente a la acción posesoria en sí, y que siendo nuestra acción de naturaleza distinta, no corresponde la aplicación de los referidos artículos. Hecha la aclaración entremos al procedimiento. Entablada la oposición o transcurrido el plazo para la misma, el juez, de

acuerdo al art. 1177 convocará a juicio verbal con término de tres días al actor y al demandado si este reside en el mismo lugar, y en caso contrario, aumentando el término con un día por cada cinco leguas. Si las partes o una de ellas comparece, el juez oírás sus exposiciones, y en caso de ofrecerse prueba, señalará otra audiencia con término de *diez días*, en que deberá producirse la prueba ofrecida. Si por razones especiales fuere insuficiente el término, pidiéndose por la parte, podrá el Juez aumentarlo.

La determinación del día para esta audiencia no obsta a que las partes puedan pedir y el juez admitir diligencias de esa u otra prueba en los días intermedios; y evacuada, se reservará hasta el día de la audiencia.

Los testigos se examinarán con arreglo a lo establecido en el art. 388.

De lo ocurrido en una y otra audiencia se extenderá acta en que con claridad y precisión se consigne lo alegado, las declaraciones de los testigos y demás pruebas producidas ( art. 1178 ).

El juez pronunciará sentencia dentro de los seis días siguientes ( art. 1179 ).

Esta es la parte del procedimiento de las acciones posesorias que creemos aplicable al de la acción de la entrega efectiva de la herencia integrada con las disposiciones de los artículos 1307 y 1308. No analizaremos particularmente este procedimiento que es ampliamente estudiado por el Dr. A. Lagarmilla en su libro sobre « Acciones posesorias ».

Debemos agregar eso sí, que como ya lo expresamos en otra oportunidad, como la prueba a producir versará sobre la calidad de heredero del actor, corresponde la intervención preceptiva del Fiscal de lo Civil y el de Hacienda hasta que se desinterese al Fisco.

Un problema surge aquí, es necesario la declaratoria de heredero, al resolver el litigio, para que al heredero se le faculte entrar a ocupar los bienes hereditarios?

Ya hemos hecho notar, que algunas legislaciones exigen previamente este requisito, en la nuestra no sucede tal cosa, ¿pero ella es necesaria una vez entablada la contienda?

En nuestro derecho solamente en un caso se habla de la



declaratoria de heredero, en el art. 1135, para el juicio abintestato, en el juicio sucesorio nada se dice al respecto, y ello ha dado lugar a que autores como el Dr. Vazquez Acevedo entiendan que no procede la declaratoria de heredero en nuestro derecho (1).

La jurisprudencia ha sido contraria al Dr. Acevedo, ya que en el juicio sucesorio es práctica corriente la declaratoria pertinente, la que tiene sus conveniencias prácticas, puesto que se tomará como base para la liquidación del impuesto hereditario y para la partición.

Puesto en el trance de opinar, no tendríamos más remedio que manifestar, que la posesión legal del Dr. Acevedo es inobjetable, ya que no existen disposiciones que la consagren, pero también aceptamos sus beneficios prácticos.

En cuanto al problema que se plantea frente a la acción que estamos estudiando, este presenta una faz nueva, ya que teniendo en cuenta la semejanza de situaciones que se plantean entre nuestro Instituto y el del abintestato en los artículos 1134 a 1138 inclusive, discutiéndose en ambos por procedimientos sumarios, la calidad de heredero del reclamante, y procediendo en el abintestato la declaratoria de heredero, como efecto de la dilucidación de la controversia planteada, creemos también que existiendo en nuestra acción una situación semejante correspondería la declaratoria entablada para que lo coloque al heredero en la situación legal del art. 1039 del Cód. Civil, judicialmente apreciada por el Juez.

Este criterio en cierto modo, estaría de acuerdo, a la posición legal planteado por el Dr. Acevedo, pues este admite como caso de excepción a su posición la contemplada en el considerando 3.º de su argumentación que dice: « En que a los jueces sólo les es dado hacer declaraciones semejantes en juicio contradictorio seguido en la forma y por los trámites de ley ».

Pero, para el caso de la entrega efectiva de la herencia, debemos hacer una salvedad, que esa declaratoria, se tiene que limitar, exclusivamente a declarar, que el actor tiene o no tiene la calidad de heredero que reclama, pero no se le puede dar otro alcance ya que el opositor no es heredero y en este juicio sumario, a diferencia del juicio sucesorio o el de abintestato no hay

(1) Ver comentario al act. 1043 pág. 208 en obra ya citada.

llamamiento de herederos que podrían tener derechos encontrados con el del reclamante en este juicio.

De aquí otro problema ¿hace cosa juzgada la declaratoria de heredero pronunciada en este juicio frente al juicio sucesorio o a otro (petición de herencia) en que estuviera en discusión la calidad hereditaria?

Por las razones expuestas anteriormente, opinamos que nó, ya que aquí no ha habido contradictor en ese sentido, además que la declaratoria de heredero, no hace cosa juzgada en cuanto al estado civil, ya que este no prescribe nunca y podría siempre reeverse esta situación; lo único que prescribe, son los derechos emergentes de ese estado civil.

Art. 1307. Si la oposición del demandado fuere injustificada, se le condenará a entregar en el día los bienes hereditarios, bajo apercibimiento de apremio personal, y se le impondrán las costas, costos, daños y perjuicios.

« Se procederá del mismo modo, si dentro del término señalado en el art. anterior no hubiere formalizado oposición ».

Ha sido lógico el codificador en castigar severamente al demandado, cuando su oposición ha sido injusta a juicio del Juez, hay que tener en cuenta, que el opositor en esta acción no se atribuye a sí ningún derecho, de manera que la ligereza, la obstinación o mala fé, debe castigarse severamente. Como ya lo hemos hecho notar hay dos casos de oposición, uno cuando el juez decreta el desapoderamiento porque considera suficiente la prueba producida y la otra cuando considere insuficiente la prueba presentada y no decreta el desapoderamiento.

En el primer caso, la oposición tiene en su contra, una grave presunción, como es la que emana de la apreciación previa hecha por el Juez, de forma que nada más lógico que castigar severamente al demandado, cuando se constate que litigó sin razón

El segundo caso, es totalmente al revés, la presunción está a favor del demandado, y cabe suponer que difícilmente será condenado, pero indudablemente, que este es el único caso, en que el demandado puede ser un litigante de buena fé, sobre

todo que su oposición ya lleva una gran dosis de verosimilitud, de manera que la ley no ha sido justa al no prever este caso.

Finalmente queda, el caso contemplado en el inc. 2.º del artículo que comentamos.

El legislador previó la situación que habiéndose decretado el desapoderamiento, el demandado dejó transcurrir el plazo de tres días que tenía para formular oposición y no lo hizo, la sanción en este caso es idéntica a cuando el demandado se opone y su oposición es considerada injusta.

Tal vez, el legislador haya sido un poco severo, y hubiera sido más lógico dejar a los principios generales que resolvieran el caso. No hay que olvidarse no obstante de cual es la posición del demandado en este juicio, y que el simple hecho de que el Juez decreta el desapoderamiento ya es una presunción grave en su contra que en el caso de que se confirme debe castigarse y en cierto modo queda confirmada su sin razón, cuando obliga al actor una vez decretado el desapoderamiento, a seguir el juicio en toda su secuela, sin que el demandado comparezca a exponer sus razones para obrar de esa forma. Por otra parte el demandado, para no ser castigado le queda el recurso de presentarse en autos reconociendo el derecho del actor y terminando por lo tanto ahí, todos los procedimientos.

El art. 1308, no tiene comentario especial, además ya lo hemos tratado anteriormente al hablar del recurso que le queda al actor cuando el juez no juzga bastante la prueba presentada (art. 1305).

### AUTORES CONSULTADOS

- Actas de la Comisión Revisora del Cód. de Proc. Civil.  
RAFAEL GALLINAL estudios sobre las fuentes de nuestro Cód. de Proc. Civil « Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración Tomo XVIII.  
JULIAN DE LA HOZ ( vista ) jurisprudencia Abadie Santos Tomo XIV.  
TORO MELO Y ANIBAL ETCHEVERRIA y REYES Cód. de Proc. Civil anotado.  
DR. J. A. DE FREITAS ( apuntes ) Revista Nueva Tomo I.  
P. ALADIO « Sentencias sobre cuestiones civiles ».  
JOAQUIN SECCO ILLA « Versiones taquigráficas « Revista jurídica año III N.º 30.  
JOSE A. DE FREITAS ( « Lecciones de Proc. Civil ».  
A. VAZQUEZ ACEVEDO. « Concordancias y Anotaciones del Cód. de Proc. Civil ».  
FREITAS « Consolidacao das Leis Cívis ».  
E. LAGARMILLA « Acciones en Materia Civil ».  
LUIS BAJAC « Anotaciones del Cód. de O. de los Tribunales Cíviles ».  
PABLO DE MARIA ( escrito ) Rev. de Derecho Jurisprudencia y Administración Tomo VII.  
A. LAGARMILLA « juicio de concurso » Rev. de Derecho y Ciencias Sociales Año II-1934 N.º 4.  
E. J. COUTURE. Estudio sobre el fuero de atracción en el juicio sucesorio » Gaceta del Foro, año I-1936 N.º 7.  
CARAVANTES. « Procedimientos judiciales. Tomo III ».  
E. PETIT. « Derecho Romano ».  
GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN. « Procedimientos judiciales ».  
MANRESA. « Ley de Enjuiciamiento Civil ».  
ESTEVEZ SAGUI. « Procedimientos Cíviles en el Foro ».  
RAYMUNDO L. FERNANDEZ « Cód. d Proc. Civil y Comercial de la Capital de la Nación Argentina. Concordado y Comentado.  
VICENTE ROMERO y GIRON y ALEJO GARCIA MORENO. « Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos ».  
Cód. de Procedimientos en Materia Civil y Comercial del Paraguay.  
Cód. de Proc. Civil Boliviano.  
Cód. de Proc. Civil Costa-Riqueño.  
Cód. de Proc. Civil de Guatemala.  
CORNEJO. « Cód. de Proc. Cíviles ».  
M. ELIZALDE « Concordancias del Cód. Civil Chileno con el Cód. Francés »  
J. ESCRICHE « Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia ».  
J. O. MACHADO. « Exposición y Comentarios del Cód. Civil Argentino ».  
A. LAGARMILLA « Acciones posesorias ».  
A. GUILLLOT. « Comentarios al Cód. Civil ».  
MANUEL DERGUI. « Apuntes de las clases del Dr. Tristán Narvajas.



## INDICE

|                                                                         | <i>Pag.</i> |
|-------------------------------------------------------------------------|-------------|
| De la entrega efectiva de la herencia. Parte II. Tít. XXIII Cód. de     |             |
| Proc. Civil Origen del Instituto .....                                  | 11          |
| Naturaleza jurídica de la acción de la entrega efectiva de la herencia. |             |
| Acciones Reales y personales .....                                      | 14          |
| Derecho real .....                                                      | 18          |
| Derechos personales o de obligación .....                               | 19          |
| Doctrinas monistas .....                                                | 21          |
| La acción de entrega efectiva de la herencia, es por naturaleza una ac- |             |
| ción real. Otras clasificaciones.....                                   | 22          |
| Competencia .....                                                       | 23          |
| La acción de entrega efectiva de la herencia, la Bonorum Possessio, la  |             |
| Quorum Bonorum y el interdicto de adquirir la posesión de los           |             |
| bienes hereditarios. El derecho romano. Teoría de la Quorum             |             |
| Bonorum .....                                                           | 29          |
| Nociones generales .....                                                | 30          |
| Derecho español .....                                                   | 32          |
| La ley de 1881 .....                                                    | 41          |
| El Derecho Español y el nuestro .....                                   | 45          |
| Derecho Argentino .....                                                 | 46          |
| El Derecho Argentino y el nuestro .....                                 | 52          |
| Derecho Venezolano .....                                                | 53          |
| El Derecho Venezolano y el nuestro .....                                | 56          |
| El Derecho Paraguayo.....                                               | 57          |
| El Derecho Paraguayo y el nuestro .....                                 | 59          |
| Derecho Boliviano.....                                                  | 59          |
| El Derecho Boliviano y el nuestro. Derecho Costa Riqueño. Asegura-      |             |
| miento de bienes .....                                                  | 61          |
| Del juicio de sucesión .....                                            | 63          |
| Del inventario. Administración .....                                    | 64          |
| Partición. El Derecho Costa-Riqueño y el nuestro .....                  | 66          |
| Derecho de Guatemala.....                                               | 67          |
| Del Derecho de Guatemala y el nuestro .....                             | 73          |
| Derecho Peruano .....                                                   | 74          |
| El Derecho Peruano y el nuestro .....                                   | 75          |
| Derecho Chileno .....                                                   | 76          |
| Párrafo 3.º. De la dación de la' posesión efectiva de la herencia ..... | 77          |

|                                                                                                                                                                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Párrafo 5.º Disposiciones comunes de los párrafos precedentes. ....                                                                                                                                          | 78  |
| De las diligencias para obtener la posesión efectiva de la herencia ....                                                                                                                                     | 79  |
| El Derecho Chileno y el nuestro. Semejanzas .....                                                                                                                                                            | 81  |
| Diferencias .....                                                                                                                                                                                            | 84  |
| La acción reivindicatoria y la de la entrega efectiva de la herencia. Ac-<br>ción Reivindicatoria, Su naturaleza. Definición. ....                                                                           | 87  |
| Quienes pueden instaurar la acción reivindicatoria .....                                                                                                                                                     | 88  |
| Contra quienes procede la reivindicación .....                                                                                                                                                               | 89  |
| Objeto de la acción reivindicatoria .....                                                                                                                                                                    | 89  |
| Prohibición de enajenar la cosa que se reivindica. Del procedimiento.                                                                                                                                        | 90  |
| Semejanzas y diferencias entre la acción reivindicatoria y la de la entre-<br>ga efectiva de la herencia .....                                                                                               | 91  |
| La acción de petición de herencia y la de la entrega efectiva de la heren-<br>cia. Acción de petición de herencia. Definición. Naturaleza de la<br>acción. ....                                              | 92  |
| Quienes pueden intentar la acción de petición de herencia .....                                                                                                                                              | 93  |
| Contra quienes procede la acción de petición de herencia. Objeto de la<br>petición de herencia. ....                                                                                                         | 94  |
| Del procedimiento. Semejanzas y diferencias entre la acción de peti-<br>ción de herencia y la entrega efectiva de la herencia. La acción<br>posesoria y la entrega efectiva de la herencia. Definición. .... | 95  |
| Naturaleza jurídica. Quienes pueden instaurar la acción posesoria.<br>Contra quienes se da la acción posesoria. Objeto de la acción<br>posesoria. ....                                                       | 96  |
| Procedimiento. Semejanza y diferencias entre la acción posesoria y la<br>entrega efectiva de la herencia .....                                                                                               | 97  |
| Fundamento de la acción .....                                                                                                                                                                                | 98  |
| Finalidad de la acción de la entrega efectiva de la herencia .....                                                                                                                                           | 99  |
| Nuestro procedimiento anterior al Código Civil de 1868 .....                                                                                                                                                 | 99  |
| El Procedimiento. Primera etapa .....                                                                                                                                                                        | 101 |
| Segunda etapa .....                                                                                                                                                                                          | 109 |

