

**PERSONERIA. MENORES.** Representación promiscua por el Ministerio Pupilar. **EXCEPCION DE FALTA DE PERSONERIA.** Principios generales. **SUCESION.** Principios generales. Comunidad hereditaria. Posesión de la herencia. **PERSONAS JURIDICAS. NULIDAD PROCESAL.** Causas de nulidad; falta de intervención del Ministerio Pupilar; convalidación.

1. La Reforma de 1968 al art. 57 inc. 2º C. Civ., ha puesto término a la vexata quaestio en torno a la representación promiscua, por el Ministerio Pupilar, de los menores bajo patria potestad; actualmente, es innegable dicha representación.

2. La nulidad de los actos procesales cumplidos sin intervención promiscua del Ministerio Pupilar, constituye una medida de protección para el menor, que no puede aducirse en el solo interés de la ley sino que requiere siempre la concreta determinación de los perjuicios sufridos por el incapaz a causa de omitirse aquella intervención.

3. Los actos procesales nulos por omitirse la intervención promiscua del Ministerio Pupilar, se convalidan por ausencia de perjuicio o por confirmación por dicho Ministerio.

4. Pese a haberse suprimido en el Código Procesal Civil de Santa Fe de 1962 la excepción dilatoria de falta de personería en el demandado, de cualquier modo debe autorizarse pretorianamente dicha defensa, en paridad con la reconocida por la ley respecto del actor.

5. La sucesión hereditaria no es una persona jurídica, pese a algunas similitudes en realidad sólo aparentes; por ende, en un proceso que interesa al sucesorio, son los herederos los genuinos sujetos procesales.

6. En la sucesión entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero toma la posesión de la herencia desde la apertura misma del sucesorio, sin necesidad de pedirla a los jueces, ni de otra formalidad y aunque ignorase la muerte del causante y su llamamiento a la sucesión.

7. No es admisible el agravio de que la demanda debió dirigirse y la sentencia dictarse contra la sucesión como persona autónoma y no contra los herederos.

Mangini, José Anselmo c. Ruiz de Vitale, María y otros

2ª instancia. Rosario, 6 de abril de 1972.

A la cuestión de si es nula la sentencia recurrida, dijo el Dr. Alvarado Ve-

Hoso: 1º) El recurso de nulidad deducido a fs. 49 contra la sentencia de fs. 41/3, se fundamenta en la circunstancia de no haberse dado oportuna par-

ticipación en el pleito al Ministerio Público de Menores a pesar que esta ejecución afecta los intereses de un menor.

No obstante que los argumentos del recurso han perdido actualidad en esta sede, donde se ha otorgado la participación referida y la representante del Ministerio ha dictaminado en el sentido de que "el procedimiento se halla arreglado a derecho, por tener el menor representación legal en la persona de la madre", estimo conveniente tratar el problema en cuestión, no sólo porque no comparto la corriente doctrinaria en la cual parece haber encauzado la opinión de la defensora actuante respecto de sus propias facultades, sino también para dejar debidamente aclarada la situación operada en autos.

2º) Sabido es que la representación promiscua del Ministerio de Menores se extiende en razón de lo dispuesto en el art. 59 C. Civ., a todos los incapaces señalados en los arts. 54 y 55, cuya representación necesaria señala el art. 57.

Pues bien: antes de la reforma al C. Civil (Ley 17.711), el hecho de que el art. 59 se refiriera a todos los incapaces y el art. 57, inc. 2º expresara que los representantes de menores impúberes o adultos eran sus tutores (no refiriéndose concretamente a los padres, como lo hace la ley reformada), permitió que el pensamiento jurídico nacional se dividiera en dos grandes grupos respecto de la necesidad de la representación promiscua del Ministerio de Menores en los supuestos de incapaces sometidos a patria potestad. Así, por la representación promiscua de los menores bajo patria potestad se inclinaron Segovia ("Código Civil Argentino", ed. La Facultad, 1933, t. 1, p. 26, nota 5); Machado ("Exposición y Comentario del Código Civil", ed. Lajouane, 1898, t. 1, p. 122, art. 59); Orgaz ("Personas individuales", ed. Depalma, p. 203); Lafaille ("Curso de Derecho Civil — Derecho de Familia", ed. 1930, p. 433, nº 6) y Spota ("Tratado de Derecho Civil — Parte General", t. 1, p. 271, ap. c), nº 664), en tanto que por la exclusión de la representación promiscua, se expidieron Salvat ("Derecho Civil — Parte General", ed. 1947, t. 1, pág. 361, nº 715), Galli ("La Revista Notarial", La Plata, 1917, nº 273, p. 5084 a 5098), Alsina ("Tratado...", t. 1, p. 519) e Ibáñez Frocham ("La Función del Ministerio Pupilar en el Proceso Civil", en "Revista de Derecho Procesal", año 3, nº 4, 4º trimestre, 1945).

Y la primera, que es "la tendencia universal del pensamiento jurídico en materia de organización de la protección de los incapaces, que señala la intervención estatal en todo lo relativo a

incapaces, cualesquiera fueren sus representantes" (cf. Borga, Eduardo B., "Asesor de Menores", Enc. Jur. Omeba, t. 1, p. 813), ha sido receptada en la reforma civil de la ley 17.711, que expresamente ha modificado el art. 57, inc. 2º, a fin de dar por terminada la "vexata quaestio" reseñada.

3º) He aclarado lo precedentemente expuesto, pues el proceso no cae en nulidad por el solo hecho de haber actuado el menor representado por su madre —como inexplicablemente lo afirmara la Defensora actuante a fs. 66— sino porque en todo el curso del pleito no se han realizado actos que fueran susceptibles de invalidarlo, cosa que, por cierto, es radicalmente distinta.

Sobre el punto, y recordando que la no actuación del Ministerio Pupilar vicia el procedimiento y no anula directamente las actuaciones, considero, con la corriente más acertada de la doctrina y jurisprudencia al respecto, que "la nulidad de los actos realizados sin la intervención del representante del Ministerio Público no es de tal carácter que el acto de procedimiento no puede quedar convalidado por la ratificación de dicho Ministerio (Spota, op. cit., p. 274), pues la nulidad desempeña en el caso una medida de protección al incapaz, en lo que atañe a su persona y sus derechos.

En tal sentido, —y como lo señala Borga (op. cit., p. 823)— cabe acotar que "relativizada así la nulidad a que da lugar la omisión en la actuación del Ministerio Pupilar sin menoscabo de la protección debida a los intereses y derechos del incapaz, el propio Ministerio —ni mucho menos el quejoso— no puede pedirla en el solo interés de la ley (art. 1048, C. Civ.), "debiendo siempre señalarse en concreto la lesión sufrida por el menor a causa de la omisión de su representación promiscua; este argumento se adecua plenamente —ocioso es destacarlo— con el régimen de nulidades que consagra nuestra ley ritual (v. art. 126, C. P. Civ.)

4º) Aclarado entonces que en autos se otorgó participación —aunque tardía— al Ministerio que ejerce la representación promiscua, y que éste nada ha objetado contra el procedimiento cumplido en autos —el que, por otra parte, se ajusta perfectamente a derecho— corresponde rechazar el recurso en estudio. Voto por la negativa.

A la misma cuestión, dijeron los Dres. Casiello e Isacchi: De conformidad con lo expuesto por el Vocal preopinante, adherimos al voto que antecede.

A la cuestión, de si es justa la sentencia apelada, continuó diciendo el Dr. Alvarado Veloso: El pronuncia-

miento de fs. 41/43, que manda llevar adelante la ejecución hipotecaria incoada, no conforma a los demandados, quienes se agravian sosteniendo que, por ser ellos los herederos de una sucesión que es una persona normal distinta de los herederos, debió demandarse —y condenarse— a aquélla y no a éstos, insistiendo así en la excepción de "falta de acción" que opusiera en el responde.

1º) En rigor de verdad, dicha improcedente excepción en el juicio de ejecución hipotecaria (v. arts. 513 y 508, C. P. Civ.) no es tal, sino una excepción dilatoria cuyo objeto es atacar la ausencia de un presupuesto procesal: "la debida representación del demandado".

Para mejor proceder lo que seguidamente expondré, repárese en el siguiente ejemplo: habiendo A. sufrido un daño provocado por B., demanda a C. (a quien considera en uso de la patria potestad de B.), cuando el rigor la tiene D., por haberla perdido C.; nótese que en el caso supuesto, C. no puede comprometer el patrimonio de B., pues no es su representante legal, no obstante lo cual carece de defensa apropiada en el régimen de excepciones dilatorias que autoriza el art. 139, C. P. Civ., pues éste suprimió el inc. 3º del art. 583 de la ley 2924, que preveía la excepción "de falta de personería en el demandado", por no tener el carácter o representación con que se lo demanda".

Carlos y Rosas ("Explicaciones..."), p. 98, n. 4) sostiene que la hipótesis contemplada en la norma derogada es de imposible aplicación —y por ello la derogan como codificadores— pues si la demanda se dirige contra un incapaz, "no se advierte cómo puede considerarse mal entablada, ni menos que el mismo pueda excepcionarse, ya que habrá de intervenir por intermedio de su representante legal", confundiendo así "personalidad" y "personería", a pesar de hacer clara distinción entre ambos vocablos en p. 97, n.º 3.

Si se repara que en el ejemplo propuesto precedentemente y a la luz de la legislación vigente no existe posibilidad de defensa dilatoria para aquél que ha sido incorrectamente demandado, no cabe duda de que debe autorizarse pretorianamente la defensa de falta de personería en el demandado, al igual que la ley lo hace respecto del actor.

Esta acotación, que no sólo es de lege ferenda, me parece suficiente —en aras de la igualdad de las partes y en pro de la vigencia de todos los presupuestos procesales, según la división que propone y acepta la doctrina moderna— para analizar los argumentos

fundantes del recurso, el que logra escapar así al rigor de la norma contenida en los art. 513 y 508, C. P. Civ.

2º) Es cierto que gran parte del pensamiento jurídico contemporáneo, al estudiar los presupuestos procesales de la acción —y, entre ellos, la capacidad para ser parte en un proceso— asimila a las personas naturales o jurídicas algunas masas de bienes o patrimonios (herencias, masa del concurso o quiebra), que carecen de personalidad propia, sosteniendo que, al sólo efecto de su defensa en juicio, poseen una aparente personalidad, autónoma, limitada y transitoria.

La cuestión, por cierto, no es novedosa. Ya en 1910, Saleilles ("De la personnalité juridique", París, p. 2), enseñaba que "lo que se encierra bajo esos nombres un poco extraños de 'personalidad civil', 'personal morales, civiles o jurídicas', no son sino expresiones cómodas para disimular las realidades que el derecho tiene cierta dificultad para clasificar y definir. Ellas tienen en mira ciertas formas de agrupamientos de personas con derechos que les pertenecen exclusivamente en su condición de grupo. Es el derecho de las colectividades, al menos en el campo del derecho privado. Esos agrupamientos de personas, por lo demás, se encuentran en todas partes. Mientras ellos son todavía amorfos y se encuentran en estado inorgánico, el Derecho no ve en ellos más que una yuxtaposición de personas. No hay allí entidad jurídica diferenciada. Pero en cuanto esas colectividades se organizan a la manera de instituciones durables, presentando una real unidad de administración y de decisión, el Derecho se halla obligado a aceptarlas, como una realidad que se le impone a él mismo. Solamente que no puede definirla más que por medio de símbolos y de comparaciones. La compara con las personas reales, teniendo una individualidad distinta y derechos distintos.

En esta tesitura se encuentra For-nieles ("Tratado de las sucesiones", t. 1, 2ª ed., Abeledo, B. A., 1941, p. 226/7), quien sostiene que "la indivisión o la comunidad no constituyen una persona moral" pues "las diferencias son fundamentales".

"Toda persona moral tiene un patrimonio propio distinto de cada una de las personas físicas de que está formada. Este patrimonio se halla afectado directa y exclusivamente al interés colectivo en vista del cual la persona moral ha sido creada de donde resulta que los acreedores de ella en ningún caso son acreedores de sus miembros. Por el contrario la copropiedad entre

herederos no reconoce ningún fin distinto del interés individual de ellos y las fracciones de esa copropiedad les pertenecen directamente formando parte de su patrimonio individual. El acreedor que contrata con el conjunto de los herederos obrando unidos, como por ejemplo si les presta una suma de dinero para hacer reparaciones en el inmueble de la sucesión tiene por garantía además de los bienes de la comunidad, los bienes propios de cada comunista, porque en la copropiedad, hallándose afectada directamente al provecho individual de ellos, todo lo que se haga en interés de la cosa común es hecho en el interés personal de cada uno (Van Bervliet, "Cours de Droit Civil", n° 256 y ss., citado por Fornieles, op. y p. cit.).

Además, "para que las personas morales puedan funcionar, necesitan un órgano que las represente y que obre con independencia de la voluntad de los asociados, porque no se conciben dos voluntades en una sola persona: priva la mayoría que borra las disidencias. Pero en el estado de indivisión, cada heredero conserva la libertad más absoluta. Como dice la nota 3451, "la comunidad deja a cada uno con toda su independencia de acción, el derecho de no procurar sino sus intereses particulares". Supongamos que la sucesión es demandada en una acción reivindicatoria o de cobro de pesos. Mientras todos los herederos intervengan juntos, defendiendo el mismo interés, se obtiene la sensación de que existe una entidad de derecho demandada; pero si unos se avienen a la demanda y otros la resisten, queda deshecha la comunidad y nos hallamos en presencia de Acciones individuales. Inversamente, si se reúnen los herederos para autorizar al administrador a que mueva demanda contra un tercero por simulación, reivindicación, cobro de un crédito, etc., la mayoría decide conceder las facultades necesarias, basta que uno solo se oponga para que la persona autorizada no pueda obrar en nombre de la sucesión, debiendo hacerlo a nombre individual de sus mandantes. A diferencia de lo que ocurre cuando hay discrepancia respecto a la administración, en los actos de disposición, ni la mayoría tiene fuerza para obligar a los disidentes, ni el Juez autoridad para imponer una solución, todo lo cual demuestra que la pretendida persona de derecho es una construcción en el aire". (Fornieles, op. cit.).

Por su parte, Borda ("Manual de Sucesiones", 4ª ed., Ferrot, B.A., 1970, p. 195/6) afirma que "la teoría que ve en la comunidad hereditaria una persona-

lidad jurídica, tropieza, hay que reconocerlo, con obstáculos casi insalvables en los textos de nuestro código. Toda persona jurídica debe sustentarse necesariamente en un patrimonio, pero el art. 3420 establece la transmisión de la herencia a los sucesores en el momento mismo de la muerte, de tal modo que esta entidad carecería de patrimonio propio. No tiene tampoco un interés o un objeto propio, distinto del de los coherederos. Carecen de un órgano que las represente y que obre con independencia de la voluntad de los asociados; por el contrario, en la comunidad cada uno de los herederos conserva la libertad más absoluta (véase nota al 3451). Así, por ejemplo, si la mayoría decide iniciar un pleito por reivindicación, cobro de pesos, etc., basta que uno de los herederos se oponga para que el administrador no pueda ya obrar a nombre de la masa sino sólo en el de los que le han conferido autorización para hacerlo. A la inversa, si la sucesión es demandada, algunos de los herederos pueden resistir la acción y otros allanarse, lo que no se explicaría si se tratara de una entidad jurídica.

No es extraño, por tanto, que la mayor parte de los fallos que han aludido al problema, hayan negado la existencia de una entidad sucesión distinta de los herederos. Pero ha ocurrido aquí un fenómeno curioso. Al par que esa personería ha sido por lo común negada cuando el tema se ha tocado explícitamente (decimos por lo común porque no pocos fallos reconocen su existencia), la práctica de los tribunales ha ido aceptando soluciones que implican admitir la existencia de una entidad distinta: 1) Se acepta la designación de un administrador de la masa, cuyos actos son válidos (se entiende que dentro de la esfera administrativa que le está asignada) aún en contra de la voluntad de algunos de los herederos, tal ocurre con frecuencia cuando la designación se hace judicialmente; más aún, las decisiones no se toman por mayoría, sino que el Juez decide prescindiendo de ellas (art. 3451); 2) Se ha decidido que la escritura de venta de un inmueble de la sucesión debe ser otorgada por ella o por el Juzgado; de tal modo que el comprador no puede negarse a depositar el precio alegando que antes de otorgarse la escritura debe tramitar el juicio sucesorio de un heredero fallecido presuntivamente. Se comprende con facilidad qué gravísimos inconvenientes jurídicos presentaría la solución contraria; 3) Se ha admitido el concurso de las sucesiones; en materia comercial

esta solución ha sido acogida expresamente por la ley 11.719 que permite pedir la quiebra de la sucesión hasta seis meses después del fallecimiento (art. 4º); 4) Los frutos e intereses producidos por los bienes acrecen la masa hereditaria; 5) Se reconoce a los coherederos el derecho de ser inquilinos de un inmueble de la sucesión, lo que supone un contrato con una entidad distinta”.

No se me escapa que “hoy la sucesión goza de una personería jurídica restringida (“la herencia como tal—dice Elguera—contrata, acciona, es demandada, transmite y adquiere el dominio y ha llegado a concursarse”) y que todo esto muestra las fallas insanables del sistema de la sucesión en la persona, aceptado por nuestro código. En el sistema de la sucesión en los bienes, por el contrario, los herederos sólo adquieren su hijuela una vez pagadas las deudas y hecha la partición. En tre tanto, la sucesión goza de una personería restringida. Todos los inconvenientes y contradicciones ya señalados, desaparecen con este sistema simple, armónico, práctico” (Borda, op. et loc. cit.).

Sin embargo, y reiterando lo que ya anticipara, entiendo que la sucesión no es una persona jurídica y su similitud con ella es simplemente aparente, porque no se trata de una entidad con capacidad propia ni personería autónoma, como sucede con las sociedades y entidades de orden público (Devis Echandía, “Nociones...”, p. 475). En síntesis, y como enseña Guasp (“Tratado...”, p. 189, ed. 1956 y p. 182, ed. 1962), quienes deben figurar como partes en un proceso, son los sujetos relacionados con estas aparentes personalidades.

Esta tesis, que encuentro recepcionada en el art. 511, C. P. Civ., permite—en definitiva—rechazar el agravio referido a la personería de los demandados.

3º) Sin embargo, resta agregar algo que terminará de aventar cualquier duda que naciera a base de la precedente argumentación.

Los hoy demandados—cónyuge e hijos de D. Luis Vitale—fueron declarados sus herederos en fecha anterior a la que, en conjunto, suscribieran la hipoteca que sirve de base a estos obrados.

Como la Juez a quo ha hecho mérito de esta circunstancia, para mí irrelevante, he de recordar el principio de universalidad que informa—genéricamente—el régimen sucesorio argentino al establecer el Código Civil en su

art. 3279 que “la sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla”. Así, para la ley, “transmisión de activos y pasivos” no significa otra cosa que transmisión del patrimonio en el sentido de que se reciben los bienes con obligación de satisfacer deudas y cargas que lo gravan” (Prayeros, “D. de Suc.”, B. A., 1957, p. 6).

Ahora bien: del art. 3410 C. Civ. (y del juego armónico que, antes de la ley 17.711 podía efectuarse entre los arts. 3410, 3411 y 3412, que inexplicablemente quedó sin reformar para su encuadre en la nueva norma del art. 3410), se infiere sin lugar a dudas, que cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes y descendientes (hoy, además, cónyuges), los hijos que residen en la provincia donde se hallan los bienes entran en la posesión de la herencia desde el mismo día de la muerte del autor de la sucesión, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignoren la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia.

Claro está que, como con verdadero acierto lo destacara el nunca suficientemente recordado Dr. José Lo Valvo, en su erudito y muy valioso trabajo sobre “la posesión hereditaria” (S. Fe, Imp. de la U. N. L., 1936), “Debemos guardarnos de creer que la posesión hereditaria sea una verdadera posesión, pues en ella no hay la menor tenencia, no hay la menor aprehensión; lo que ocurre es que como la exigencia de la posesión hereditaria obedecía—lo mismo que la tradición— a un propósito de publicidad, el codificador distinguió la posición de mayor o menor notoriedad en que podía hallarse el heredero: si ascendiente o descendiente presente, su situación era una; si no presente u otro pariente, su situación era otra”.

En el primer caso—único que interesa por ser el presentado en autos—“el requisito de la publicidad podía darse por extremado y entonces, la ley, confiriendo automáticamente la posesión de la herencia, declaraba consolidada ipso jure la adquisición hereditaria, con todos sus efectos: constituye, así, la posesión hereditaria de pleno derecho” (id., p. 13).

Agrega el autor citado (fs. 14), glossando el art. 3410 C. Civ. que desde el día de la muerte del causante “y aún mediando ignorancia, quedan cumplidos los efectos de los arts. 3417 y 3418”.

4º) Como en el caso de autos se ha

acreditado que todos los demandados constituyen la totalidad de herederos de D. Luis Vitale, a cuyo nombre aún figura inscripta en el Registro General la finca hipotecada, habida cuenta de lo precedentemente acotado respecto de la "personalidad de la sucesión" y de lo normado en el art. 3410 del C. Civ., parece fácil colegir que los demandados han sido correctamente vinculados a este proceso y que, al no haber opuesto la única excepción (de pago) que no renunciaron al constituir la garantía hipotecaria, deben sufrir los efectos de la ejecución.

En suma: la sentencia inferior es

justa y merece ser confirmada. Voto por la afirmativa.

A la misma cuestión, dijeron los Dres. **Casiello** e **Isacchi**: Compartiendo los fundamentos expuestos precedentemente, votamos por la afirmativa.

Con lo que terminó el Acuerdo y atento los fundamentos y conclusiones del mismo, la Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, resuelve desestimar el recurso de nulidad y confirmar la sentencia de fs. 41/43, con costas. — **Adolfo Alvarado Vellos** — **Guillermo S. Casiello** — **Jorge A. Isacchi**. —