

## LA POSESIÓN HEREDITARIA

Por **Marcos Mauricio Córdoba**

Es para mí un honor poder participar de estas mesas redondas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Expreso esto no como un formulismo sino con el auténtico significado de la palabra ya que considero que constituyen uno de los eventos jurídicos más trascendentes de nuestra República. Es conocida por todos la importancia de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, donde los participantes vuelcan el producto de su creación. Ésta es una creación destinada a resolver inconvenientes que el derecho aún no ha logrado hacer, pero es en ellas donde se expone la creación. Tenemos que atender especialmente que en estas mesas redondas es donde aparece la inspiración que crea aquellas soluciones que luego son allí expuestas. A este honor manifiesto lo enmarco en la alegría que provoca ver la importante concurrencia motivada por el evento, la que sin duda responde a la destacada labor cumplida por la Sra. Olga Pereyra de Moguel, Marina Laura Fernández, Juan María Papillú, los que han trabajado con auténtica vocación desde este Departamento de Derecho Privado, con el objeto de lograr este resultado. Es por todo ello que agradezco al director, doctor José María Orelle y a la profesora Lily Rosa Flah por brindarme reiteradamente la oportunidad de ser partícipe activo de este acontecimiento.

Ingresando al tema que nos convoca, considero necesario advertir que ya desde antiguo el profesor Eduardo Prayones nos advertía que la posesión hereditaria es la institución del derecho de la que se habla más y se comprende menos, a lo que parece adherir Zannoni al expresar que el concepto de posesión hereditaria es el que tantas confusiones y desvelos ha provocado en la doctrina. A efectos de facilitar la comprensión sobre la institución es que in-

tentaré que mi exposición resulte concreta y sintética. En primer término, tengamos en cuenta que el *Diccionario de la Lengua Española* indica como primera acepción del vocablo “posesión” a: el acto de tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para sí o para otro. Peña Bernaldo de Quirós ha conceptualizado a la posesión por el derecho con carácter provisionalmente prevalente, con independencia de que exista o no derecho real firme que justifique la atribución definitiva de esa potestad. Entre nosotros, el doctor Jorge Alterini explica con profunda claridad en qué consisten los elementos de esta posesión, es decir, el *corpus* y el *animus domini*, al expresar que el primero, el *corpus* o cuerpo de la posesión o de la tenencia, es el poder físico, la potestad de hecho sobre la cosa, que se advierte cuando una persona tiene una cosa bajo su poder. Este *corpus* no consiste en una mera relación material, sino que supone una mínima voluntad exigida por la ley para que el hecho tenga consecuencia jurídica. Es menester que esa relación física sea querida por quien tiene capacidad para quererla. Refiriéndose al *animus domini* o ánimo del dueño, cuya presencia sumada al *corpus* conduce a la posesión, enseña que implica el comportarse como lo haría el propietario. Lo hasta aquí dicho informa sobre los elementos de análisis esenciales de la posesión, posesión ordinaria o, para que quede bien claro, de aquella tratada por nuestro Código Civil a partir del artículo 2351, la institución que consiste en la potestad de una persona para, por sí o por otro, tener una cosa bajo su poder, con la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad. Cuando hablamos de posesión hereditaria nos referimos a otra institución que es aquella que atribuye la condición de heredero *erga omnes* con fines de publicidad. Esto implica que ella reviste a una persona de la naturaleza o estado de heredero, de forma que es oponible a todos y con el objeto de que sea públicamente conocido, dando así garantía a aquellos actos que éste ejerce en su propio nombre, respecto de aquellos derechos que se le han transmitido por causa de una muerte como integrantes de una universalidad.

Zannoni sostiene que estando el heredero investido de las titularidades transmisibles del causante, investidura que constituye la propiedad de la herencia, debe estar en condiciones de oponer su investidura ante coherederos, acreedores, legatarios y, eventualmente, frente a cualquier tercero, como hubiese podido hacerlo el causante. Aclara que no se trata de la adquisición como propiedad de la herencia, sino de hacer valer y ejercer la investidura que atribuye esa propiedad ante los demás *erga omnes*. Si recurrimos al contenido normativo del artículo 3410 del Código Civil, el que prescribe que cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero entra en posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignorase la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia, nos aparece con claridad la conclusión de que la posesión de los tres primeros títulos del Libro Tercero del Código Civil, a la que anteriormente he referido como posesión ordinaria y la posesión hereditaria del Título IV del Libro Cuarto, son dos instituciones distintas. Aubry y Rau lo explican al sostener que las universalidades de

derecho, tal el caso de la herencia, no son como objetos incorporables susceptibles de posesión. Enfatizo que la **posesión** y la **posesión hereditaria**, a pesar de identificarse por sus efectos, son dos instituciones distintas en consideración a su diverso modo de adquisición y ejercicio. El poseedor de la herencia posee la universalidad, y tal posesión se refleja sobre cada uno de los objetos que la integran. Vélez Sársfield no ha confundido una con otra desde el momento en que, en la redacción del artículo 2373, ordenó que la posesión se adquiere por la aprehensión de la cosa con la intención de tenerla como suya: salvo lo dispuesto sobre la adquisición de las cosas por sucesión. Resulta entonces que en la posesión existe necesariamente una relación de hecho, en tanto que en la posesión hereditaria existe una relación de derecho. En esta última se puede ser poseedor sin saber que se es heredero y aun sin saber que existe un bien sobre el cual se tienen derechos que emergen de esa posesión que puede ser tenido aun en desconocimiento. Ni el *corpus* ni el *animus* son elementos esenciales de la posesión hereditaria.

Nuestro Código Civil establece un sistema de otorgamiento de la investidura hereditaria que resulta distinto según los vínculos que hayan unido al causante con sus herederos. Así, establece que aquellos a los cuales resulta públicamente más fácil relacionar con el causante no deben requerir que la posesión les sea otorgada por los jueces, siendo la misma ley la que de pleno derecho los inviste. En la actualidad, la posesión hereditaria de pleno derecho les corresponde a los descendientes, ascendientes y cónyuge.

Los restantes herederos, cuyo vínculo con el causante se torna de más difícil conocimiento por parte de terceros, deben por ello solicitar su investidura al juez, a efectos de dar cumplimiento a la garantía de publicidad de su título. Éstos son los colaterales hasta el cuarto grado y los instituidos por el testamento. Considero, con Vidal Taquini, que debe incluirse entre éstos a la nuera viuda sin hijos.

Estos últimos herederos quedan investidos como tales a través del auto de declaratoria de herederos o por la declaración de validez del testamento en cuanto a sus formas, según se trate de herederos legítimos o testamentarios respectivamente.

Aparte de que la muerte determina la extinción de algunos derechos y puede dar origen a derechos nuevos, lo que diferencia la sucesión *mortis causa* de cualquier otra transmisión es que en ella, además de la transferencia del sujeto de los derechos, hay también una sucesión en las obligaciones y en la posesión.

La transferencia de obligaciones al heredero no puede ser analizada del mismo modo en que se efectúa el análisis de la transmisión de los derechos. El poder de disposición del propio derecho es viable en cuanto constituyen bienes de los cuales el titular se puede despojar, sea transmitiéndolos o renunciando a ellos. Concluimos así en que no se puede disponer igualmente de las obligaciones, pues ello implicaría disponer del derecho ajeno. Salvo que se trate de obligaciones inherentes a derechos que se transfieren, la transmisión de las obligaciones no puede tener lugar sino en cuanto sea aceptada por el titu-

lar del correspondiente derecho; a falta de este consentimiento un sujeto podrá asumir la obligación de otro, pero éste no quedará liberado.

Puesto que con la muerte se deja de ser deudor, si la deuda no se transmitiese a otro dejaría de existir como obligación. Por ello es que se transfiere normalmente al heredero. Por idéntica razón se transfiere también al heredero la posesión de la que el difunto gozaba. El objeto de la transmisión hereditaria es poner la herencia a disposición del llamado, es decir, de aquel con vocación hereditaria; la razón de ello se encuentra en la circunstancia de que con la muerte de las personas las relaciones jurídicas de las que eran titulares quedan privadas de sujeto.

La doctrina ha considerado que lo que ha desvirtuado en la práctica procesal la aplicación del sistema legal de la posesión hereditaria fue la creación efectuada por Vélez Sársfield, por la cual algunos herederos gozan de la posesión de pleno derecho, mientras que otros deben solicitársela al juez; y que por ello todos los sucesores –sin distinción– deben solicitar el reconocimiento de su derecho a la autoridad judicial.

Considero que ello no constituye otra cosa que una corruptela, puesto que cuando un juez dicta resoluciones contrarias a la ley, está prevaricando. La ley ha establecido un sistema y éste es el que debe aplicarse. Por ello, cuando Ovsejevich sostiene que en lo relativo al ejercicio extrajudicial de los derechos sucesorios no existe ninguna diferencia entre los herederos que gozan la posesión hereditaria de pleno derecho y los que deben solicitarla al juez, sea antes o después de reconocida su calidad, no me queda más que rebelarme, pues la aplicación de la ley permite no sólo la actuación judicial del heredero investido, sino también la extrajudicial: el artículo 3414 del Código Civil y el 3417 del mismo cuerpo legal, conjugados con los artículos 3410, 3412, 3415, 3416 y 3418, así lo establecen. La aplicación de cualquier solución distinta encuadra en la tipificación del artículo 269 del Código Penal. En conformidad con Soler, cabe aclarar que aun existiendo el elemento objetivo del prevaricato, es decir: resolución judicial contraria a la ley expresa, no siempre encontramos constituida la figura penal, ya que no hay prevaricato por culpa, pues el error y la ignorancia de derecho excluyen el prevaricato. Sostengo que ello resulta así porque es la ley misma la que da a los herederos designados en el artículo 3410 del Código Civil la posesión inmediata de los bienes y derechos del difunto, y no pueden ser privados, por disposición del juez, de un derecho que tienen por voluntad de la ley. No está permitido al hombre derogar las leyes que atañen al orden público, y la ley que rige las sucesiones *ab intestato* es de orden público. Por ello el heredero investido puede promover demandas, continuar las que ya se encontraban promovidas por el causante, contestar aquellas que se le entablen en su carácter de heredero, continuar las defensas en aquellas donde ya había sido demandado el *de cuius*, administrar los bienes hereditarios, tanto muebles como inmuebles, ceder los derechos sucesorios y, en general, disponer de los bienes.

Lo que no podrá efectuarse es la inscripción en los registros de aquellos actos de disposición para los cuales la ley especialmente los establece. Pero si el

heredero, por ejemplo, otorgó boleto de compraventa sobre un inmueble, produjo la transmisión física, y se encontraba investido de la posesión hereditaria, este heredero ha efectuado un acto de disposición legítimo.

Lafaille, con clara expresión de sobrados fundamentos, ha explicado que cualquiera sea el origen de la posesión hereditaria, el artículo 3415 equipara sus consecuencias legales, ya que dada la posesión judicial de la herencia, tiene los mismos efectos que la posesión hereditaria de pleno derecho. Recordemos que la adquisición de la propiedad resulta independiente de la adquisición de la posesión pues para la primera no es requerible la investidura, como se desprende del artículo 3417 del Código Civil. El derecho sucesorio y con él el dominio de los bienes se transmiten por el fallecimiento, la aceptación sólo priva del derecho a repudiar, sin que sea necesaria para que se opere la transferencia; la posesión hereditaria o la investidura no tiene más efecto propio que el de conferir título provisorio para ejecutar las acciones respecto de terceros o enajenar válidamente.

Al principio de esta exposición advertí sobre las grandes confusiones existentes en la doctrina autoral y jurisprudencial respecto de la posesión hereditaria, su adquisición y sus efectos, y si bien en otros países la institución ha creado confusiones, han sido resueltas en algunos casos, como en Alemania, debido en alguna medida a las facilidades que brinda un territorio reducido y una eficaz organización administrativa, mediante el otorgamiento de la posesión hereditaria en todos los casos a través de la intervención del Estado. En la organización del país a que me refiero, a través del poder administrativo. Resulta imposible la aplicación de este sistema en un ámbito como el que nos corresponde, en donde algunas personas tienen su domicilio y mueren a cientos de kilómetros de lugares donde existen oficinas públicas y a las cuales se accede muchas veces con las dificultades que surgen de la falta de caminos y medios de transporte adecuados. Concretamente, nuestro territorio es inmenso y nuestra administración pública ineficaz, comparada con la de aquellos países que utilizan el sistema de “certificado de herederos” de manera útil. El sistema creado por Vélez prevé modos distintos según los vínculos que hayan unido al causante con su heredero. Así, aquellos a los cuales resulta públicamente más fácil de relacionar con el causante no deben requerir que la posesión les sea otorgada por los jueces, siendo la misma ley la que de pleno derecho los inviste. Ya hemos dicho que en la actualidad ello beneficia a los descendientes, ascendientes y cónyuge. Los colaterales y los testamentarios requieren del pronunciamiento del órgano jurisdiccional, según lo establecen los artículos 3412 y 3413 del Código Civil. En el derecho argentino, la gran confusión respecto de la institución se provoca a través de un infortunado error de *pluma* de nuestro Codificador, que perduró hasta nuestros días; ello porque en la nota puesta al pie del artículo 3410, en el tratamiento de los derechos del heredero, Vélez cita a la Ley 43, Título 32, Libro 2 de la *Recopilación de Indias*, entre otras fuentes. La doctora Lloveras –así como también varios destacados representantes de nuestra doctrina– nos aclara con razón que la Ley 43 de la mencionada *Recopilación* dilucida un problema de competencia,

sin omitir en ningún caso la intervención del juez, y esta autora, al igual que el Dr. Francisco Ferrer (padre), Ovsejevich y otros, concluye en que las fuentes citadas por el Codificador en la nota al artículo 3410 son contrapuestas y agrega que Vélez ha consagrado en la norma mencionada una solución que no condice con las leyes recopiladas. La doctrina consideró entonces que esa sola cita asigna una gran importancia al estudio de esa legislación pero que de su análisis surge que la misma sostenía todo lo contrario de lo aseverado por nuestro Codificador. Comparto las primeras conclusiones expuestas, es decir, la Ley 43 mencionada no excluye la intervención de los jueces, pero no coincido respecto a que la *Recopilación* no preveía la solución adoptada por Vélez, ya que la Ley 42 indica que donde *hubiere herederos y ejecutores de testamentos los jueces de bienes de difuntos no cobren los bienes*. Aclara esta Ley: *mandamos, que cuando de algún difunto apareciere testamento, y los herederos, o ejecutores estuvieren en el lugar donde falleciere, o vinieran a él, en tal clase el juez general, ni la justicia ordinaria no se entrometan en ello, ni tomen los bienes, y los dejen cobrar a los herederos, o cumplidores, o ejecutores del testamento*. Concretamente, parecería que la doctrina autoral y los fallos le quitaron autoridad al derecho positivo contenido en el artículo 3410, por no advertir que la concepción de Vélez era correcta y que tan sólo se había deslizado un error de *pluma* al escribirse “Ley 43” cuando en realidad corresponde “Ley 42”. Lo concreto es que tal error derivó en la proliferación de resoluciones judiciales divergentes, constituyéndose así una situación de anarquía que privó de seguridad y de eficacia al Instituto del Derecho Sucesorio que presenta mayor influencia en el dinamismo de los negocios jurídicos.

Así, a título simplemente ejemplificativo, resulta conveniente leer la página 54 del tomo II de *Jurisprudencia Argentina* del año 1946, en donde obra un pronunciamiento de la Cámara Segunda de La Plata, la que resolvió que en tanto no se haya dado la posesión judicial de la herencia, la cónyuge sobreviviente no puede contestar las demandas que se hubiesen promovido contra la sucesión del marido, desconociendo así el contenido del artículo 3410 del Código Civil. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, el 27 de diciembre de 1957, se expedía sobre la cuestión al interpretar que desde la muerte del causante y hasta que no esté hecha la partición, cada uno de los herederos ejercita los derechos de su autor de una manera necesariamente indivisible. En igual sentido, el Superior Tribunal de la provincia de San Juan, en un fallo publicado en la página 251 del tomo IV de *Jurisprudencia Argentina*, juzgó que la manera indivisible que tiene la posesión para cada coheredero importa para cada uno la posesión por el todo, porque la limitación que significa la cuota parte de cada poseedor se refiere a las relaciones entre ellos, pero no con respecto a los terceros frente a quienes cada cual goza y padece la situación de poseedor por el todo. Recuerdo también un pronunciamiento judicial de la provincia de Tucumán, que desconocía la norma contenida en el artículo 3410. La Cámara Civil y Comercial de esa provincia, en el mes de marzo de 1980, en autos “Dip, José contra Ríos, José”, resolvió que después de la reforma introducida por la ley 17711 al artículo 3430 del Código Civil, para ser

considerado poseedor de la herencia es necesario que el órgano jurisdiccional se haya pronunciado declarando el carácter de heredero del peticionante o aprobando el testamento, perdiendo trascendencia la circunstancia de la posesión efectiva de los bienes que la componen. Por el contrario, la Suprema Corte de Catamarca, en un fallo publicado por *Jurisprudencia Argentina*, en el tomo I del año 1945, indicó que basta acreditar el vínculo que unía al heredero que posee la herencia *ministerio legis* con el causante de la misma para que aquél pueda ejercitar las acciones que correspondían a éste, sin necesidad de una declaratoria de herederos a su favor. Haciendo así aplicación estricta de la letra del artículo 3410. Los pronunciamientos judiciales mencionados a título ejemplificativo son prueba del estado de anarquía en cuanto al derecho aplicable al período de indivisión hereditaria en lo que respecta a la legitimación, a la posesión, a la indivisión. Tal estado, sin dudas, debe resolverse y hasta el día de la fecha los proyectos legislativos, a mi entender, han perseguido el mismo objetivo al intentar el dictado de normas de contenido preciso y congruente entre sí que eliminen la incertidumbre y faciliten el dinamismo de los negocios jurídicos derivados de la transmisión hereditaria. Pero del análisis de todos esos intentos legislativos resulta que el Anteproyecto de Bibiloni, la propuesta de la Comisión creada por decreto del año 1926, el Anteproyecto del año 1954 dirigido por Llambías, intentaban eliminar la incongruencia y la anarquía optando por la exigencia de declaración judicial en todos los casos; sin embargo, el Proyecto de 1993, sancionado por diputados y cuya autoría corresponde a la Comisión Federal de Juristas, optó por eliminar la incongruencia, pero manteniendo el doble sistema para no privar de los beneficios de la posesión hereditaria de pleno derecho, que evita la circunstancia de la herencia yacente. Tengamos en cuenta que si el hijo o la viuda son dueños de la cosa y en general son quienes viven de ella, no se los puede privar del derecho ni se les puede suspender el mismo. La declaratoria de herederos, o cualquier otra forma de pronunciamiento judicial, no agrega ningún elemento de certeza si tenemos en cuenta que ellos no producen los efectos de la cosa juzgada y que por aplicación del artículo 3313 de nuestro Código, durante veinte años, o, según la última propuesta de unificación durante diez años, podrán ejercerse peticiones de herencia que en caso de prosperar desplazan en forma total o parcial a los herederos, aunque hayan tenido declaratorias o aprobaciones de testamento a su favor. En concreto, la exigencia burocrática innecesaria de los anteproyectos mencionados no solucionan el problema, provocan la privación del ejercicio de derecho en forma inmediata, alteran al tráfico jurídico, la producción, los efectos de los medios de subsistencia previsibles y no dan certeza, como consecuencia de la alterabilidad de las posesiones hereditarias otorgadas por los jueces. Concretando, considero que debe mantenerse el sistema de Vélez, eliminando o subsanando el error de la nota al pie del artículo 3410, así como también las incongruencias que surgen de la letra del 3416 y 3486 y, en definitiva, procederse al dictado de normas que faciliten el dinamismo de los negocios jurídicos derivados de la transmisión hereditaria sin afectar los derechos que nuestra legislación reconoce hoy a los herederos más vinculados con



el causante. Todo ello con suficiente protección para los terceros. Insisto: imaginemos una asamblea societaria a realizarse al día siguiente de la muerte del dueño de acciones de esa persona jurídica y las consecuencias de la falta de posibilidad fáctica de protección de los derechos del socio. Pero también imaginemos la muerte de algún pequeño artesano o comerciante que habitaba algún lugar aislado de nuestra República y con cuyo producto mantenía a su familia; al día siguiente del deceso su viuda no sabrá si puede cobrar los créditos y utilizarlos para mantenerse ella y el resto de su familia pues, por aplicación estricta de las normas que se proponen, podría ser sujeto de sanción. Pensemos en un derecho para toda la República y para cada una de las características que en ella conviven y aprovechemos este ámbito donde hoy nos encontramos para exigirle a nuestra creatividad el aportar soluciones que nuestra sociedad requiere y que nuestra actividad en el derecho nos adjudica como deberes.

Reitero mi agradecimiento a quienes me permitieron estar con ustedes, y a ustedes, por su presencia.