

# Sucesiones en sede notarial

- TSJ Neuquén, Sala Procesal Administrativa, 7/10/2011, "Picasso, Esteban María c/ Provincia del Neuquén s/ acción procesal administrativa"\*

## Texto completo

### *Acuerdo n° 101*

En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los siete días del mes de octubre del año dos mil once, se reúne en acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los señores vocales doctores Ricardo Tomás Kohon y Oscar E. Massei, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, doctora Cecilia Pamphile, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "Picasso, Esteban María c/ Provincia del Nequén s/ acción procesal administrativa", expte. n° 2382/08, en trámite por ante la mencionada Secretaría del Tribunal, y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el señor vocal doctor Ricardo Tomás Kohon dijo:

I. A fs. 17-33, el escribano Esteban M. Picasso, con su propio patrocinio letrado y el del doctor Hernán Duarte, entabla acción procesal administrativa contra la Provincia del Neuquén. Solicita se deje sin efecto la Resolución n° 124/07 de la directora del Registro de la Propiedad Inmueble de Neuquén y la Resolución

Interlocutoria n° 321 del 20/12/2007 (registrada en el t° IV, f° 671-676 del protocolo de interlocutorias) dictada por la Sala III de la Excm. Cámara de Apelaciones de la Primera Circunscripción, en cuanto confirma el rechazo de la inscripción de la escritura pública n° 105, del 21/11/2006, que obra al folio 338 del Registro Notarial n° 31 de Neuquén capital. Relata que, con fecha 21 de noviembre de 2006, concurren al Registro Notarial n° 31 los herederos de Justino Sancho y Aurelia Todero, con la intención de realizar la partición del acervo hereditario compuesto por un solo inmueble.

Dice que, fallecido Justino Sancho, se dictó declaratoria judicial de herederos a favor de sus hijos: Nélide, Julio Eduardo, Norberto, Norlando Oscar, Nilda Blanca, Mirta Esther y Ethel Gladis, todos de apellido Sancho, así como de Aurelia Todero, en su carácter de cónyuge supérstite y que dicha declaratoria se inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Afirma que, fallecidos Aurelia Todero, Norlando Oscar Sancho y Julio Eduardo Sancho, sus herederos acreditaron el fallecimiento y el directo parentesco que los unía con los causantes (hijos, cónyuges y nietos), por medio de las respecti-

\* El texto del fallo fue contribuido por el escribano Esteban M. Picasso.

vas partidas de defunción, nacimiento y casamiento, las cuales fueron tenidas a la vista por el actor, al momento de confeccionar la escritura pública mencionada.

Relata que, presentada la escritura al Registro de la Propiedad Inmueble, su directora consideró que, previamente, era necesario “Transcribir la parte pertinente de las declaratorias de Julio Eduardo, Norlando Oscar y Aurelia Toderó y citar las carátulas completas de dichos sucesorios”.

Estima que el cumplimiento del requisito exigido por el Registro es innecesario, puesto que deviene inconstitucional y gravoso a los intereses de los otorgantes del instrumento.

Por ello, interpuso el recurso previsto en el art. 1 de la Ley 1652 y art. 11 de la Ley 2087 ante la Cámara de Apelaciones del fuero, cuya Sala III confirmó la decisión del Registro (ver sentencia en los autos “Esc. Esteban María Picasso s/ recurso de apelación contra la Resolución Registral 124/07 del Registro de la Propiedad Inmueble” [expte. 25805/07]).

Argumenta que quienes concurren a la escritura son descendientes o cónyuges de las personas fallecidas, por lo cual les es aplicable el artículo 3410 del Código Civil, en cuanto establece la posesión hereditaria de pleno derecho para los herederos forzosos.

Señala que, contrariando el régimen estipulado en el Código Civil, la Ley 2087 en su artículo 51, prescribe que “En el caso de tratarse del inciso c) del artículo 16 de la mencionada ley, cuando el documento a inscribirse resultare de una partición extrajudicial, debe expresarse en él que se ha dictado la declaratoria de herederos o aprobado el testamento”.

Juzga que la incorporación del requisito de “declaratoria de herederos o aprobación del testamento”, que, se entiende, debe ser judicial, tergiversa la norma de fondo que no exige ninguna formalidad ni intervención de los jueces a fin de entrar en posesión de la herencia.

Sostiene que el requisito que exige la Ley Registral local subvierte los claros términos de una ley nacional, como es el Código Civil (art. 75, inc. 12, C. N.), lo que juzga inconstitucional.

Asevera que, además, exigir a los herederos forzosos atravesar por el trámite judicial a fin de poder inscribir la transmisión de dominio *mortis causa* de un bien inmueble importa el aumento de los gastos que deben afrontar, dado que deberán abonar los honorarios profesionales de sus letrados, que rondan en el 10% del valor del inmueble.

Explica que el Código Civil, en su artículo 3410 estipula 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”. Asimismo, cita el artículo 3417 del mismo cuerpo legal, donde se establece que “el heredero que ha entrado en posesión de la herencia [...] continúa la persona del difunto y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor...”.

Interpreta que, del juego de estos dos artículos, puede afirmarse que el heredero ocupa el lugar del fallecido en cuanto a la titularidad de los bienes del causante, sin

necesidad de declaratoria de herederos ni documento similar.

Juzga que la Cámara de Apelaciones del fuero yerra al enfocar la cuestión desde el punto de vista procesal, ya que estima que las normas del Código de Procedimiento no pueden exigir más requisitos que aquellos previstos en la normativa de fondo. Con relación a la Resolución Registral n° 124/07, observa que, cuando la Ley 17.801, en su artículo 16, inciso c, establece las condiciones para proceder a la anotación de la transmisión de dominio por tracto abreviado, no menciona a los “herederos declarados” como sí lo hace en los incisos anteriores, lo que a su juicio supone que de ningún modo la ley exige que los herederos que hagan la partición sean previamente “declarados” como tales. Y, refuerza, aun cuando la ley lo exige en los incisos anteriores (incs. a y b del art. 16, Ley 17.801) no surge de sus términos que la declaración de la calidad de heredero deba ser judicial.

Concluye, pues, que, en tanto la Ley 17.801 no impone a los herederos forzosos la tramitación previa de una declaratoria judicial para poder disponer de los bienes de su acervo, la exigencia del artículo 51 de la Ley Provincial 2087 resulta inconstitucional.

Plantea caso federal y hace reserva de ocurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ofrece prueba y formula petitório.

**II.** A fs. 46-7 y previo dictamen fiscal (fs. 42), se dicta la Resolución Interlocutoria n° 6714/09, que declara la admisibilidad de la acción.

**III.** Formulada la opción procesal por el procedimiento ordinario, a fs. 50 se corre

traslado de la demanda, el que es contestado a fs. 62-78 por la provincia accionada.

Realiza las negativas de rigor y solicita el rechazo de la demanda en todas sus partes, con costas.

Luego de transcribir las resoluciones atacadas, señala que comparte los fundamentos, ya que no encuentra inconstitucionalidad alguna en la aplicación de la normativa registral provincial.

Argumenta que, si bien el artículo 3410 del Código Civil parece excluir formalmente la declaración de herederos para el caso de los ascendientes, descendientes y cónyuge, aquella es una institución de tradición secular, cuya práctica no pudo ser desterrada por la vigencia del Código Civil. Explica que, posteriormente al dictado de la mencionada ley civil, exigencias derivadas de la necesidad de inscribir la transmisión del dominio en el Registro de la Propiedad la hicieron indispensable.

Afirma que todos los herederos ab intestato, incluso los ascendientes y descendientes, deben pedir la declaratoria, puesto que sin ella no pueden inscribir el dominio a su nombre en el Registro de la Propiedad.

Indica que la declaratoria de herederos se encuentra precedida de algunas diligencias obligatorias previas, que el actor no pudo válidamente realizar como escribano público, tales como, la publicación de edictos que pone en conocimiento la iniciación del juicio sucesorio a quienes pretenden tener derechos sobre la sucesión.

Reafirma que la declaratoria constituye el título hereditario, permite inscribir el dominio en el Registro de la Propie-

dad y recién, luego de ello, transmitir la propiedad de los inmuebles a terceros, hipotecarlos. Además, prosigue, implica la posesión hereditaria para los herederos que no gozan de ella de pleno derecho.

Asegura que, respecto de terceros, la declaratoria hace presumir la buena fe de quienes han contratado con los herederos declarados, con todas las consecuencias inherentes a ella. Dice que permite, por ejemplo, tener como válido el pago que un deudor de la sucesión haga a una persona incluida en la declaratoria, pues ella está en posesión del crédito, satisfaciendo así la exigencia del artículo 732 del Código Civil.

En apoyo a su postura, cita el artículo 3430 del Código Civil, por medio del cual los actos de disposición de bienes inmuebles a título oneroso efectuados por el poseedor de la herencia, tenga o no buena fe, son igualmente válidos respecto al heredero, cuando el poseedor ha obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de su testamento y siempre que el tercero fuera de buena fe. Si el poseedor de la herencia hubiese sido de buena fe, deberá solo restituir el precio percibido. En cambio, si fuere de mala fe, debe indemnizar a los herederos de todo perjuicio que el acto haya causado. Será considerado tercero de buena fe quien ignorase la existencia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero aparente estaban judicialmente controvertidos.

De ello deduce que la exigencia de declaratoria es requisito ineludible aun para los herederos que adquieren la posesión hereditaria *ministerio legis*.

Finalmente, concluye que la presentación de los herederos ante el escribano,

aun cuando justifiquen su vínculo con el causante, carece de la debida publicidad y contralor del ministerio público que tiene el proceso sucesorio judicial.

Ofrece prueba y formula petitorio.

**IV.** A fs. 89-90, mediante Resolución Interlocutoria n° 6949/09 se declara la cuestión de puro derecho, corriéndose a las partes un nuevo traslado, a fin de que argumenten en derecho, carga que cumple la actora a fs. 97-99 y la demandada a fs. 91.

**V.** A fs. 101-105, dictamina el señor fiscal del Cuerpo, quien propicia el rechazo de la demanda, fundado en la necesidad de asegurar el tráfico jurídico de los bienes.

**VI.** A fs. 106, se dicta la providencia de autos, la que, encontrándose a la fecha, firme y consentida, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

**VII.** El actor recurre la Resolución 124/07 de la directora del Registro de la Propiedad Inmueble y la sentencia de la Cámara de Apelaciones del fuero, que confirma el rechazo de la inscripción definitiva del documento notarial ingresado bajo el EG 323/07, fundada en que debe transcribir las declaratorias de herederos de los causantes (Julio Eduardo y Norlando Oscar, ambos Sancho y Toderó y Aurelia Toderó) y citar las carátulas completas de los sucesorios.

Se agravia, porque la Ley Registral provincial (Ley 2087) impone como requisito previo a la inscripción de la partición privada la obtención de la declaratoria

de herederos (art. 51), que, se entiende, es judicial. Esta exigencia, afirma, no se encuentra en el Código Civil (art. 3410), ni en la Ley Registral Nacional n° 17.801 (art. 16, inc. c), que no exigen declaratoria de herederos dictada en proceso judicial a los herederos forzosos (ascendientes, descendientes y cónyuge).

Estima que en el planteo subyace una cuestión constitucional, en tanto una ley local no puede legislar imponiendo mayores requisitos que la ley de fondo, cuya competencia le corresponde al Congreso de la Nación, en forma exclusiva y excluyente, en virtud de la expresa delegación que hicieron las provincias (arts. 75, inc. 12, y 121 de la Constitución Nacional), alterando el orden jerárquico normativo previsto en el artículo 31 de la Carta Magna.

Por su parte, la demandada defiende la legalidad del actuar del Registro y de la Cámara, dado que el sistema legal vigente impone a todos los sucesores la necesidad de obtener declaratoria judicial de herederos o aprobación del testamento a fin de disponer de los bienes inmuebles o muebles registrables, con la finalidad de proteger el tráfico jurídico de aquellos y evitar daños a terceros.

Desde esta plataforma, se comenzará el análisis requerido.

**VIII.** El proceso sucesorio consta de dos tipos de actos: aquellos destinados a acreditar la calidad de heredero y los relativos a la liquidación y partición de los bienes relictos.

Ambos actos se encuentran concatenados, de suerte tal que solo puede procesarse a la liquidación y partición de la

universalidad de bienes, una vez individualizado el o los herederos.

Ahora bien, la necesidad de recurrir a una sucesión judicial depende, en nuestro derecho, del grado de parentesco que una al heredero con el causante, del llamamiento para recibir la herencia y de la naturaleza de los bienes transmitidos.

Es así que “solo de manera residual se podrá prescindir del trámite que hace al proceso sucesorio, si se trata de los herederos mencionados en el aludido 3410 y entre ellos no existen menores o incapaces y el haber que se transmita se componga de bienes muebles no registrables” (Morello - Sosa - Berizonce, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires*, IX-A, Abeledo-Perrot, 1999, p. 5).

Veamos.

1. El Código Civil dispone que, según el llamamiento a recibir la herencia sea por ley o por testamento, la sucesión será legítima, en el primer caso, o testamentaria, en el segundo (art. 3280 del C. C.).

Dentro de los herederos legítimos, se distinguen aquellos que reciben la posesión hereditaria de pleno derecho (herederos forzosos) de los que deben acudir a un juez que los ponga en posesión de los bienes.

En efecto, el artículo 3410 del Código Civil establece: “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”. (Texto conforme a Ley 17.711).

En cambio, los otros parientes (herederos no forzosos) llamados por la ley para recibir la herencia, el sistema actual dispone que “no pueden tomar la posesión de la herencia, sin pedirla a los jueces y justificar su título a la sucesión”. (Texto conforme Ley 23.264). (Art. 3412, C. C.).

Cabe aclarar que la posesión hereditaria difiere de la posesión ordinaria del Código Civil. En efecto, mientras que para esta última es imprescindible reunir el corpus (elemento material) y el *animus* (el elemento psicológico) (art. 2373, C. C.), en la “posesión hereditaria” el heredero continúa la posesión del causante desde el instante mismo de su muerte, aun cuando las cosas no estén, de hecho, bajo su poder (art. 3418, C. C.) o incluso ignorando que la herencia se le ha deferido (art. 3410, C. C., última parte).

En este sentido, el artículo 3417 reza: “El heredero que ha entrado en la posesión de la herencia, o que ha sido puesto en ella por juez competente, continúa la persona del difunto y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión. Los frutos y productos de la herencia le corresponden. Se transmiten también al heredero los derechos eventuales que puedan corresponder al difunto”.

La finalidad de la posesión hereditaria es dar debida publicidad de la transmisión hereditaria a esa persona determinada que es el heredero. En consecuencia, persigue un propósito de garantía, que juega tanto a favor del heredero como de los terceros.

La diferencia se encuentra dada porque algunos herederos la adquieren *ipso iure*

(art. 3410, C. C.) y otros deben solicitarla al juez (arts. 3412 y 3413, C. C.).

Explica Borda que: “Cuando la posesión hereditaria pasó al Código Napoleón, su objeto era el de dar publicidad a la transmisión sucesoria. Y esa fue la razón por la cual Vélez la incorporó a nuestro Código. Ella viene a representar, en materia de transmisión *mortis causa*, lo que la tradición en los actos entre vivos. Con referencia a estos, la entrega efectiva de la cosa es indispensable para transmitir su propiedad (art. 3265); el traspaso material permite que los terceros tomen conocimiento de la transmisión; es, pues, una forma de publicidad tendiente a evitar fraudes en perjuicio de terceros. De igual modo, la entrega de la posesión hereditaria por el juez sirve a ese fin de publicidad; solo que, tratándose de parientes muy próximos (cónyuge, ascendientes y descendientes), la ley ha considerado innecesaria la intervención judicial, pues en esos casos el vínculo y el derecho sucesorio son tan notorios que no se requiere ninguna exteriorización formal”.

Sin embargo, apunta que “Está bien que se exija el reconocimiento judicial del derecho sucesorio, puesto que de esta manera se protege a los terceros, que en tal forma pueden actuar sobre una base cierta en sus relaciones con quienes pretenden herederos. Lo que no se justifica es que se excluya de él a ciertos herederos, por próximos o legítimos que sean, pues la notoriedad del vínculo en que se funda este privilegio no es tal en las complicadas sociedades contemporáneas”. (Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil*, “Sucesiones”, 9ª edición, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 331).

En igual forma se expresa Córdoba, quien al comentar la reforma introducida por la Ley 17.711 al artículo analizado, que amplió la nómina de herederos forzosos, incluyendo al cónyuge, señala: “Un sistema ideado para tener vigencia en sociedades donde todos sus habitantes se conocían entre sí, de manera tal que se sabía quién era el hijo, cónyuge o padre de cada uno, reconocía tan solo la posesión de pleno derecho a los íntimamente vinculados al difunto, lo que ha llevado a parte de la doctrina a considerar que no puede traspasarse un método concebido en esas circunstancias de forma tal que, pese al incremento en las poblaciones, el desconocimiento de sus habitantes entre sí y otros factores que impiden la publicidad del vínculo entre sus integrantes, no sólo mantenga el sistema sino que amplíe sus miembros” (Córdoba, Marcos M., en obra *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dirección de Bueres, Alberto J. y coordinación de Highton, Elena I., tomo 6-A, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 341).

La complejidad de la sociedad y la necesidad de otorgar seguridad a las transmisiones de bienes *mortis causa* hicieron que la intención original del sistema ideado por Vélez Sarsfield cayera en desuso. Fue de práctica acreditar la calidad de heredero legítimo o testamentario frente al juez, en proceso judicial.

El fundamento de tal proceder puede encontrarse, de un lado, en la costumbre que venía de la época de la colonia; de otro, en el artículo 3284 del Código Civil, que otorga a los jueces del último domicilio del causante la jurisdicción sobre la

sucesión, sin distinguir entre los llamados a recibir la herencia.

Este uso se consolidó, por la exigencia impuesta por el modificado artículo 2505 del Código Civil, que derivó en la necesidad de registrar toda transmisión *mortis causa* de los derechos reales sobre dichos bienes.

El artículo 2505 del Código Civil establece que: “La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas”. (Texto conforme Ley 17.711).

Si bien en el Código originario la adquisición o transmisión de los derechos reales se hacía por el sistema de título y modo, este último, representado por la tradición (art. 577, C. C.), la modificación del artículo 2505 del Código Civil por la Ley 17.711 y la creación del Registro de la Propiedad Inmueble (L. 17.801), incorporó la publicidad registral a la legislación de fondo.

De esta manera, la normativa citada resta oponibilidad a las transmisiones o constituciones de derechos reales que no se encuentren inscriptas, sin hacer distinciones. En conclusión: el derecho real solo queda perfectamente constituido con la integración de tres elementos: título, tradición y publicidad registral. Faltando alguno de ellos no hay derecho real: habrá un proyecto de derecho real, o un derecho real en potencia, un derecho real en camino de ser tal pero que aún no lo es (cfr. Villaro, Felipe Pedro, *Elementos de*

*derecho registral inmobiliario*, La Plata, 1980, pp. 30-31).

2. Complementando el artículo 2505 del C. C. se encuentra la Ley Registral Nacional, de aplicación en todos los Registros de la Propiedad Inmueble existentes en cada provincia (art. 1), mediante la cual se establecen qué documentos son susceptibles de registración.

Entre ellos se encuentran: a) los que constituyan, transmitan, declaren, modifican o extingan derechos reales sobre inmuebles; b) los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares y c) los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales (art. 2, L. 17.801).

La declaratoria de herederos constituye, obviamente, un documento declarativo en los términos de la Ley Registral, puesto que reconoce derechos reales ya constituidos, originados en transmisiones *mortis causa*.

A su vez, el artículo 3 establece: “Para que los documentos mencionados en el artículo anterior puedan ser inscriptos o anotados, deberán reunir los siguientes requisitos: a) Estar constituidos por escritura notarial o resolución judicial o administrativa según legalmente corresponda...”

La normativa citada se estructura en base al principio de registración por tracto sucesivo; es decir que no puede procederse a la registración de un documento en el que el titular (quien disponga del derecho) sea una persona distinta de la que figura en la inscripción precedente. De suerte tal que “de los asientos existentes en cada folio deberá resultar el perfecto encadenamiento del titular del dominio y los demás derechos registrados, así co-

mo la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones” (art. 15, L. 17.801).

Este principio general admite excepciones, en las cuales quien dispone del derecho no es el titular inscripto (aspecto sustancial) y el asiento consecuente no se deriva estrictamente del anterior, ya que habrá una variación de la titularidad registral no recogida por un asiento autónomo. Son los supuestos conocidos como “tracto abreviado”, que nuestra ley enumera en el artículo 16 (Villaro, Felipe P., ob. cit., p. 85).

El artículo en cuestión enumera cuatro supuestos genéricos, que contemplan dos situaciones: una derivada de las transmisiones hereditarias y otra referida a instrumentaciones simultáneas. Los primeros tres incisos presentan, como rasgo común, la existencia de un juicio sucesorio por el titular de un bien registrado o por su cónyuge.

En efecto, el artículo 16 dispone que: “No será necesaria la previa inscripción o anotación, a los efectos de la continuidad del tracto con respecto al documento que se otorgue, en los siguientes casos: a) cuando el documento sea otorgado por los jueces, los herederos declarados o sus representantes, en cumplimiento de contratos u obligaciones contraídas en vida por el causante o su cónyuge sobre bienes registrados a su nombre; b) cuando los herederos declarados o sus sucesores transmitieren o cedieren bienes hereditarios inscriptos a nombre del causante o de su cónyuge; c) cuando el mismo sea consecuencia de actos relativos a la partición de bienes hereditarios; d) cuando se trate de instrumentaciones que se otorguen en forma simultánea y se refieran



a negocios jurídicos que versen sobre el mismo inmueble, aunque en las respectivas autorizaciones hayan intervenido distintos funcionarios...”.

Si bien en los tres primeros incisos no se menciona la necesidad de obtener previamente la declaratoria de herederos, la última parte del artículo contempla esta exigencia, al sostener que: “En todos estos casos el documento deberá expresar la relación de los antecedentes del dominio o de los derechos motivo de la transmisión o adjudicación, a partir del que figure inscripto en el Registro, circunstancia que se consignará en el folio respectivo” (art. 16, *in fine*, Ley 17.801).

“La relación de antecedentes a que aludimos y por la cual se cumple la legitimación exigida por el artículo 15 implica la enumeración de los actos a través de los cuales quien no es titular registral se conecta con el asiento registral y queda autorizado para disponer. En los tres primeros supuestos, la conexión deviene el juicio sucesorio, la declaratoria de herederos y la partición, por lo que deben consignarse en el documento estos elementos” (Villaro, Felipe P., *ob. cit.*, p. 91). ¿Cómo se compatibiliza, entonces, esta exigencia de declaratoria para todos los herederos *ab intestato*, con la posesión hereditaria de pleno derecho prevista para los herederos forzosos (art. 3410 del C. C.)?

Es que la declaratoria de herederos se exige a todos los herederos llamados por ley, sin distinción, puesto que, la publicidad registral la convirtió en el título necesario para acreditar frente a terceros la adquisición de los derechos registrables.

Explica Zannoni que: “no debemos olvidar que la transmisión hereditaria opera

[...] en dos niveles: el de la adquisición de la herencia como universalidad y, más adelante, el de la adquisición a título singular de determinados bienes o derechos adjudicados mediante la partición. Obsérvese que la posesión hereditaria de pleno derecho, si bien puede permitir un reconocimiento de la calidad de heredero respecto de la universalidad, no es suficiente, en cambio, para atribuir título oponible respecto de cada uno de los bienes que la integran, singularmente considerados. [...] Todo esto supone que el heredero, a despecho de las normas generales sobre posesión y propiedad de la herencia como universalidad, para poder oponer y hacer efectiva la transmisión de los bienes inmuebles que comprenda la sucesión a título singular, deberá peticionar judicialmente el reconocimiento de su calidad de heredero para que, previa adjudicación, el juez ordene a los registros la anotación o inscripción del dominio”. (Zannoni, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, tomo I, 5ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 480-481).

Es decir que, sin la declaratoria de herederos y/o la aprobación judicial del testamento, el derecho adquirido por transmisión *mortis causa* no resulta oponible a terceros.

En efecto, la declaratoria de herederos hace presumir la buena fe de quienes han contratado con los herederos que la han obtenido (art. 3430 del C. C.). Y, aun cuando pudiese invocarse la mala fe del tercero, esta debe ser probada por quien impugna el acto, ya que la buena fe se presume.

Por su parte, el artículo 732 del Código Civil permite afirmar que debe ser tenido

como válido el pago que un deudor de la sucesión haga a una persona incluida en la declaratoria de herederos, porque está en posesión del crédito (cfr. Borda, Guillermo, ob. cit., p. 346).

Del juego armónico de los artículos citados y los principios de publicidad y seguridad jurídica, se colige que la exigencia de declaratoria de herederos en las sucesiones ab intestato –o de auto aprobatorio de testamento en las testamentarias–, lejos de constituir un requisito impuesto por los códigos procesales o leyes registrales locales, deriva directamente del Código Civil y Ley Registral Nacional (L. 17.801).

**IX.** Desde esta perspectiva, la reglamentación local de la aplicación de la Ley Nacional de Registro en el ámbito de la Provincia del Neuquén no altera los términos de la normativa nacional, en tanto se limita a exigir, a los fines registrales, aspectos que surgen del proceso sucesorio.

En efecto, el artículo 51 de la Ley 2087 prescribe: “En el caso de tratarse el inciso c del artículo 16 de la mencionada ley [por la ley 17.801], cuando el documento a inscribir resultare de una partición extrajudicial, debe expresarse en él que se ha dictado la declaratoria de herederos o aprobado el testamento...”.

Por ello, si conforme a las normas del Código Civil –en especial, el artículo 2505 C. C.– y la Ley Nacional de Registros todos los herederos ab intestato deben pedir la declaratoria de herederos ante el juez del último domicilio del causante, puesto que sin ella no pueden inscribir el dominio a su nombre en el Registro de la Propiedad Inmueble, resulta lógico que,

en la reglamentación, se exija la transcripción de la parte pertinente de la declaratoria y de la carátula de los autos en los cuales tramita el sucesorio.

Tampoco se encuentra vulneración alguna de las normas constitucionales al legislar sobre el procedimiento sucesorio en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia.

La regulación procesal ha sido una de las materias no delegadas al gobierno federal (art. 75, inc. 12, C. N.) y, en consecuencia, se encuentra reservada a las provincias (art. 121, C. N.).

Se ha señalado, al principiar el análisis, que todo proceso sucesorio comprendía dos tipos de actuaciones: las tendientes a acreditar la calidad de heredero y aquellas relativas a la liquidación y partición del acervo hereditario.

La ley procesal local regula el proceso sucesorio contemplando que la acreditación de la condición de heredero se haga frente al juez competente mediante la obtención de la pertinente declaratoria o la aprobación formal del testamento (arts. 714, 726, 734 y cc. del C. P. C. C.).

Esto se condice con la normativa de fondo, puesto que es el propio Código Civil el que establece, según lo ya visto, los requisitos necesarios para tener por perfeccionada la transmisión del dominio sobre bienes inmuebles y que dicho título sea oponible frente a terceros.

La sucesión extrajudicial regulada por el art. 734 del C. P. C. C. no contempla la posibilidad de acreditar el parentesco frente al notario. Solo se refiere a los actos relativos a la liquidación y partición de la herencia, pero, previamente, debe existir un proceso sucesorio donde se hu-

biere dictado declaratoria de herederos o aprobación del testamento.

Tampoco la partición privada prevista en el artículo 753 y siguientes importa desentenderse de la sucesión judicial. Siempre será necesario el previo reconocimiento judicial de la calidad de heredero.

Únicamente podrá sortearse la sucesión judicial cuando solo existan herederos forzosos, capaces y mayores de edad, que estén de acuerdo y el haber que se transmite se componga de bienes muebles no registrables. En todos los demás casos, el sistema legislativo actual impone la necesidad de abrir una sucesión judicial.

Pero, se reitera, ello no deriva de las normas procesales citadas ni de las atinentes a los actos que deben inscribirse o anotarse en los respectivos registros públicos, sino del juego armónico de los artículos que regulan la sucesión y la transmisión de derechos sobre bienes inmuebles del Código Civil.

X. Resta analizar aún si la sucesión judicial, tal como se encuentra estructurada a nivel legislativo, responde a principios de justicia. Más concretamente, si las normas analizadas son razonables, entendida esta como adecuación o idoneidad de la norma para el logro del fin que se busca alcanzar mediante su dictado (cfr. Cianciardo, Juan, “Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales”, *La Ley* 2000-B, 720).

La Constitución establece parámetros a los cuales la legislación se debe adecuar, ofreciendo una orientación al legislador que debe elegir entre diferentes alternativas de regulación de los derechos constitucionales.

“A partir del juego armónico de los preceptos constitucionales, y reconociendo que los principios y derechos fundamentales establecen un cuadro flexible que da lugar a una serie de elecciones amplias para el legislador, este tiene un margen de apreciación para decidir qué peso conceder a los principios y valores jurídicos en juego y, sobre la base de ese juicio valorativo, establecer normas generales para reglamentar una cuestión.

”El control de razonabilidad, entendido como el control de la legitimidad de las opciones valorativas discrecionales de los legisladores, tiende a cumplir con la exigencia de que todos los actos estatales sean justos, lo que implica que sean razonables y proporcionales (cfr. Juan Vicente Sola, ‘Control judicial de constitucionalidad’, pp. 555 y ss.)”. (Del voto de mi autoría en el Ac. 1086/05).

La razonabilidad de la ponderación, denominada también como razonabilidad en la imputación y que en el derecho norteamericano se conoce como “regla del equilibrio conveniente”, requiere entonces que exista una adecuación entre el medio empleado por la ley y la finalidad perseguida: un equilibrio entre las ventajas que lleva a la comunidad la decisión normativa, con las cargas que le impone. Es decir que, para que las leyes sean razonables, “deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que como prestación o sanción establece dicho acto” (Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las le-*

yes, capítulo III “El debido proceso en la actualidad”, p. 31).

Conforme a ello, la razonabilidad de la ponderación exige que, en el acto de dictarse una norma, se haga una valoración comparativa de justicia entre el antecedente y el consecuente. La razonabilidad se presenta, entonces, como el patrón de justicia para determinar si la solución elegida por el legislador dentro de la zona de arbitrio que deja la Constitución es válida.

En el caso analizado, dicha ponderación se encuentra presente, ya que las normas que prescriben que la sucesión por causa de muerte se lleve a cabo judicialmente responden a exigencias de publicidad y seguridad jurídica que otorga certeza a los derechos en juego.

Esta es la finalidad de la publicación de edictos con carácter previo a la declaratoria de herederos, o de la posibilidad de citar a los herederos denunciados con domicilio conocido y que no se hubieren presentado al acto (art. 725, C. P. C. C.), la posibilidad de que los herederos mayores admitan a los coherederos que no pudieran justificar el vínculo (art. 727, C. P. C. C.), o que los acreedores del difunto se presenten a cobrar sus créditos o soliciten la apertura de la sucesión (art. 3314 del C. C. y 719 del C. P. C. C.), la intervención del Ministerio Público (art. 718, C. P. C. C.), etcétera.

Lo mismo acontece con las normas registrales nacionales y locales, que prescriben la necesidad de transcripción de declaratoria de herederos o auto de aprobación de testamento, a los fines de habilitar la inscripción registral de la transmisión de la titularidad del bien relicto.

Para todos estos actos, el legislador ha optado por su realización en sede judicial, regido por la seguridad y publicidad que otorga la constitución de un proceso universal que permita la intervención de todos los llamados a recibir la herencia (por ley o testamento) y también de aquellos que la pretendan o que tengan créditos sobre los bienes relictos, que posibilite el otorgar una rápida respuesta a las controversias que se susciten entre los intervinientes, asegurando el pleno ejercicio del derecho de defensa.

La razonabilidad que traduce la ponderación hecha por el legislador no permite hablar de inconstitucionalidad.

**XI.** Resulta oportuno precisar que la sucesión judicial no es la única forma de asegurar la debida publicidad de la transmisión de derechos *mortis causa* y, consecuentemente, otorgar seguridad a las transacciones que de ella se derivan.

Cabe la posibilidad que una reforma legislativa que responda adecuadamente a exigencias de publicidad y seguridad en el tráfico de bienes estructure un sistema extrajudicial.

Existen proyectos de ley, que se han presentado tanto a nivel nacional como provincial, a los fines de introducir la sucesión notarial (ver anteproyecto de ley de sucesiones extrajudiciales de 1973, publicado en *RdN* 1568, pp. 1583-73; anteproyecto de Código Procesal Civil, Comercial y Laboral de la Nación, PE 66/94; anteproyecto de Código Procesal Civil, Comercial y Laboral de la Nación, PE 445/94; anteproyecto de Código Procesal Civil, Comercial y Laboral de la Nación del senador Branda, S. 232/96; y, a nivel

provincial, proyecto de ley n° 712/04 de la provincia de Río Negro).

Sin embargo, no cabe a este tribunal juzgar el acierto o error de los fundamentos que inspiran tales reformas, ni valorar las bondades de uno u otro sistema sucesorio. Solo corresponde expedirse sobre la razonabilidad del sistema vigente, a los fines de su correspondencia con la Ley Fundamental.

Y, desde esta perspectiva, la opción ejercida por el legislador de estructurar el sistema sucesorio mediante la promoción de un proceso frente a un juez, fundado en criterios de publicidad y seguridad jurídica, no aparece como arbitraria y, por ende, no deviene inconstitucional.

Por lo expuesto, a la luz del sistema legal vigente, estructurado en el Código Civil, las Leyes Registrales (L. 17.801 y L. 2087) y el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, se concluye que la Resolución 124/07 de la directora del Registro de la Propiedad Inmueble y la sentencia de la Cámara de Apelaciones son legítimas, en tanto carecen de los vicios que se le imputan. En consecuencia, corresponde desestimar la acción intentada.

Por ello, propongo al acuerdo: 1) rechazar en todos sus términos la demanda deducida por el notario Esteban María Picasso; 2) en cuanto a las costas, en

atención de la complejidad de la cuestión planteada y la ausencia de antecedentes de este tribunal, entiendo que corresponde eximir de costas al actor, pese a su calidad de vencido (art. 68, segunda parte, del C. P. C. C., y 78, Ley 1305). Así voto.

*El señor vocal doctor Oscar E. Massei dijo:*

Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor Ricardo Tomás Kohon y, por sus mismos fundamentos, emito mi voto en idéntico sentido. Mi voto.

De lo que surge del presente acuerdo, de conformidad fiscal, por unanimidad, se *resuelve:*

1º) Rechazar en todas sus partes la acción procesal administrativa instaurada por Esteban María Picasso contra la provincia del Neuquén.

2º) Eximir de costas al actor (art. 68, segunda parte, del C. P. C. C., aplicable por reenvío previsto en el art. 78 de la Ley 1305).

3º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívense.

Con lo que se dio por finalizado el acto que previa lectura y ratificación firman los magistrados presentes por ante la actuario, que certifica. *Dr. Ricardo Tomás Kohon, vocal. Dr. Oscar E. Massei, vocal. Dra. Cecilia Pamphile, secretaria.*

# La verdad sobre las sucesiones notariales (el mundo ha vivido equivocado)

Esteban M. Picasso

Incluso si eres una minoría de uno solo, la verdad sigue siendo la verdad.

MAHATMA GHANDI

Si la historia la escriben los que ganan, / eso quiere decir que hay otra historia: / la verdadera historia, / quien quiera oír que oiga.

LITO NEBBIA

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Destruyendo dogmas. 3. El punto de partida: la posesión hereditaria. 4. La registración de la partición. 5. El fallo y la cuestión registral. 6. La intervención notarial en la trasmisión sucesoria. 7. Conclusión.

## 1. Introducción

Desde hace algunos años, vengo sosteniendo,<sup>1</sup> casi en soledad, que la mayoría de nuestros procesos sucesorios judiciales –además de ser un trámite absurdo y superfluo, propio de mentalidades pueblerinas– son absolutamente contrarios a los lineamientos de nuestro Código Civil y que cordilleras de expedientes judiciales podrían ser reemplazados, mañana mismo, por sencillas diligencias notariales.

Obviamente, estas afirmaciones significan romper lanzas con toda la tradicional doctrina jurídica argentina y, sobre todo, chocan con las infundadas creencias de los profesionales del derecho adocotrados en la veneración de la *declaratoria de herederos*, infaltable, infalible y, casi siempre, innecesario documento sobre el cual se construye toda nuestra práctica sucesoria.

Dado que nadie refutaba mis argumentos, decidí llevar mis convicciones a los hechos y presenté en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Neuquén una partición extrajudicial realizada en mi escribanía, según los expresos términos del Código Civil, es decir, sin contar con una inútil declaratoria de herederos que legitimara a los sucesores. Era mi inocultable

1. Ver nota extendida en p. 230.

objetivo forzar un *leading case* sobre la inconstitucionalidad de las normas registrales que prescriben la existencia de una declaratoria para realizar las particiones en sede notarial. Después de los consabidos trámites, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén dictó el fallo que motiva estas páginas y por el cual se rechazó mi insólita pretensión.

El director de la *Revista del Notariado*, con la amable generosidad que siempre ha tenido para mi persona, me ha permitido comentar la sentencia y volver a replantear esta descollante y crucial cuestión de nuestro derecho.

## 2. Destruyendo dogmas

La mayoría de las opiniones y manifestaciones que se realizan en torno a la declaratoria de herederos y al proceso sucesorio son confusas, equivocadas, contrarias a la lógica jurídica y a nuestro Código Civil. Sin embargo, son aceptadas no solo por el profesional medio (aquel quien ejerce su actividad sin cuestionar los principios que la sostienen), sino también por quienes teorizan y adoctrinan sobre el tema sin advertir las falencias de sus razonamientos.

Por ello, me parece imprescindible hacer referencia a lo que los epistemólogos denominan *paradigma*, que implica el concepto de *cosmovisión*, la manera de ver e interpretar el mundo, el conjunto de experiencias, creencias y valores que afectan la forma en que un individuo percibe la realidad y la forma en que responde a esa percepción. En este contexto, un *paradigma dominante* se refiere a los valores o sistemas de pensamiento preponderantes en una sociedad estable, en un momento determinado.

Existen algunas circunstancias y condiciones que facilitan que un sistema determinado adquiera esta primacía: a) organizaciones profesionales que legitiman el paradigma; b) líderes que lo introducen y promueven; c) medios de comunicación que lo difunden; d) su adopción por parte de las estructuras del Estado; e) educadores que lo enseñan; f) grupos de presión que acuerdan con el paradigma, como fuentes financieras que permiten investigar sobre el tema y científicos dispuestos a debatir sobre el núcleo teórico del sistema. Esta enumeración viene “de perillas”, porque todos estos elementos confluyen sobre la declaratoria de herederos, instrumento que –como veremos– existe,

sobre todas las cosas, por el propio discurso desarrollado por la comunidad científica sobre él.

Lo que yo hago es colocarme fuera de ese paradigma y exponer el sistema de transmisión sucesoria plasmado como regla en nuestro Código Civil, así como los obstáculos para su plena vigencia. Creo que con eso, con una mirada objetiva a nuestra normativa civil, ya existe material bastante para poner en crisis todo un sistema de afirmaciones dogmáticas carentes de sustento legal. Obviamente, es imposible, por una cuestión de espacio, refutar detalladamente cada juicio errado que realizan los sostenedores del paradigma dominante. Por ello, lo que haré es demostrar cuáles son los errores más comunes de su línea argumental y los que tienen directa relación con la sentencia comentada.

En este sentido, el fallo es interesante, pues aún en pocas líneas gran parte de las incoherencias más profundas del pensamiento mayoritario.

### 3. El punto de partida: la posesión hereditaria

Estamos todos de acuerdo en que, en virtud de la aceptación, el llamado adquiere la herencia, la cual se considera atribuida desde el mismo momento de la muerte del causante, atento a lo establecido por el artículo 3282:

La sucesión o el derecho hereditario se abre tanto en las sucesiones legítimas como en las testamentarias, desde la muerte del autor de la sucesión o por la presunción de muerte en los casos prescriptos por la ley.

Ante esta realidad, Zannoni se interroga:

... ¿puede ejercer desde ese mismo instante los derechos que la ley le atribuye como heredero? ¿Basta la aceptación de la herencia para que el heredero sea, *ipso iure*, considerado en el pleno ejercicio de los derechos y responsable del cumplimiento de las obligaciones que la herencia contiene? ¿Requiere para ello de un título o instrumento en el que conste que es heredero? ¿Quién otorga ese título?<sup>2</sup>

Dice el mismo autor que hay dos respuestas posibles:

2. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, tomo 1, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 429.



... una posibilidad es que, cuando la vocación o llamamiento a la herencia es atribuida directamente por la ley en razón de un vínculo de parentesco con el causante (el caso de los hijos, p. ej.), se considere que la prueba de ese vínculo –mediante el título de estado correspondiente– es suficiente para que el llamado sea considerado, sin otro trámite, *heredero*. Otra posibilidad es que la ley exija al llamado el reconocimiento previo de su vocación ante un juez o un oficial público competente para que estos declaren que el llamado es, efectivamente, heredero. En este caso, el juez o el oficial público competente examinarán el vínculo del parentesco de quien se considera llamado a la herencia del causante o, si se tratara de instituidos en testamento de este, analizarán ese testamento [...]. Finalmente, declarará quiénes son los herederos, y, solo a partir de ese momento, ellos podrán ejercer como tales los derechos hereditarios.<sup>3</sup>

La explicación de Zannoni es útil, aunque se ciñe en demasía a nuestro propio Código Civil. En realidad, los legisladores pueden combinar ambas opciones como se les ocurra, y así, al contrario de lo afirmado por Zannoni, bien podría disponer –como en el derecho prusiano– que la posesión de pleno derecho sea únicamente para los herederos testamentarios y quienes no sean mencionados en dicho instrumento deban realizar un trámite burocrático aunque sean parientes cercanos del causante.<sup>4</sup> Es decir, al revés de lo sostenido en nuestro ordenamiento.

### 3.1. *La posesión hereditaria en nuestro Código Civil*

Más allá de las sorpresas que pueden deparar el derecho comparado y los estudios históricos sobre la posesión hereditaria, lo único relevante para la comprensión del tema es entender cuál es la posición que tomó el legislador nacional frente a la posesión hereditaria de pleno derecho.

La clave del sistema se encuentra en el artículo 3410:

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.

Es evidente, con solo leer el artículo, que los ascendientes, descendientes y cónyuges no deben realizar ningún trámite judicial

3. Loc. cit.

4. GOYENA COPELLO, Héctor R., “Certificación de heredero del derecho alemán”, en *Tratado del derecho de la sucesión*, tomo 1, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 215.

para entrar en posesión de la herencia. En otras palabras: no necesitan contar con una *declaratoria judicial de herederos*.

Consecuencia obligada de haber entrado ascendientes, descendientes y cónyuge en posesión de los bienes –sin ninguna formalidad o intervención de los jueces– es que se convierten en propietarios, acreedores o deudores de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces (art. 3417). Por tanto, si el causante era propietario de cuatro inmuebles, sus herederos pasan a ser propietarios de cuatro inmuebles, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces. Y discúlpenme si soy reiterativo, pero el pensamiento jurídico dominante se construye por ignorar esta sencilla verdad: los sucesores mentados en el artículo 3410 no necesitan realizar ningún trámite judicial.

### 3.2. *La aplicación práctica de la posesión hereditaria*

Lo que se nos ha ocultado por décadas es cómo estos herederos ponen en acto sus derechos y cómo se ponen en práctica estas normas.

Supongamos, pues, que los sucesores desean realizar la partición notarial de los bienes de la herencia, solución a la cual pueden recurrir por estar presentes, encontrarse de acuerdo en la manera de distribuir los bienes, ser mayores de edad y no existir oposición de terceros (arts. 3462 y 3465). ¿Qué documentación debería pedirles el escribano? Descontados los títulos de propiedad, la prueba de la defunción del causante y los documentos personales, ¿cómo acreditan su condición de herederos? ¿Tal vez alguna declaratoria judicial? No, no. Eso es insostenible. Son propietarios de los inmuebles por el artículo 3417; no necesitan hacer ningún trámite judicial, según el artículo 3410. ¿Cómo podría el escribano pedirles una declaratoria judicial de la cual se encuentran expresamente exceptuados? Le basta al notario contar con la documentación que acredite el vínculo parental con el causante: acta de casamiento y partidas de nacimiento. El escribano no necesita más que lo que habitualmente pide un juez para legitimar al heredero que pretende iniciar acciones judiciales.<sup>5</sup> ¿Para qué más? Con esta documentación y la manifestación de los herederos de que son los únicos herederos (es decir que no faltan sucesores cuya ausencia imposibilite la partición [arts. 3462 y 3465, C. C.]) se cumplimenta

5. La transmisión de la propiedad se opera *ipso iure* en el instante mismo de la muerte del causante, y el heredero que ostenta posesión hereditaria de pleno derecho [...] continúan la personalidad del difunto, juzgándose que han sucedido inmediatamente a este sin solución de continuidad; y están habilitados para ejercer todas las acciones que incumbían al causante, aun las posesorias. SCBA, 3/5/1995, “Di Nucci, Juan C. c/ Dongo, Carlos R. y otros s/ disolución de condominio y sociedad”, Ac. 51848, en *DJBA* 149, 47; *Jurisprudencia Argentina*, 1995-IV, 91; *El Derecho*, 166, 324, *AyS* 1995-II, 199; *La Ley* Buenos Aires, 1995, 687.

todo lo necesario para la escritura de partición. Siguiendo estas pautas, obtendremos un documento muy similar al siguiente:

Escritura número doscientos treinta y cuatro. En la ciudad de Tandil, provincia de Buenos Aires, a siete de junio de mil novecientos once, ante mí, el escribano autorizante y testigos que se expresarán, comparecieron doña M. P. de C. y sus hijos, don J. C., casado, y don L. C., soltero, todos mayores de edad, domiciliados en este partido, a quienes conozco, doy fe, y dijeron: PRIMERO: que son esposa e hijos legítimos, respectivamente, de don Á. C., que falleció estando domiciliado en este partido, el día 4 de febrero de mil novecientos cinco, parentesco y circunstancias que me comprueban con las partidas de matrimonio que, debidamente traducidas y legalizadas, se transcribe a continuación con la partida respectiva de defunción. Dichas partidas siguen así [*siguen la transcripción de partida de casamiento, nacimiento de los hijos y fallecimiento del causante*]. Es copia fiel de su original que, como los anteriores, agrego también a esta escritura, doy fe. SEGUNDO: Que al fallecer don Á. C. quedarán cuatro pequeños inmuebles pertenecientes a la sociedad conyugal con doña M. P. de C. que son los siguientes: [*sigue la descripción de los inmuebles, así como sus antecedentes de adquisición*]. TERCERO: Que los comparecientes son los únicos sucesores universales de don Á. C. y se hallan actualmente en posesión de los inmuebles relacionados, posesión de derecho y de hecho continua y pacífica, no habiendo el causante testado y no teniendo actualmente la sucesión deuda alguna. CUARTA: Que los mencionados bienes les corresponden la mitad, por sus gananciales, a doña M. P. de C. y la otra mitad, por herencia, a sus legítimos hijos J. y L. C. QUINTO: Que en consecuencia estos aceptan pura y simplemente la herencia que les corresponde por fallecimiento de su padre, don Á. C., estando todos de común acuerdo y procediendo de conformidad con lo que prescriben los artículos tres mil cuatrocientos diez y tres mil cuatrocientos sesenta y dos del Código Civil, han convenido en dividirse los bienes expresados, resolviendo el condominio que sobre ellos tenían en la siguiente forma: adjudicando a doña M. P. de C. [...]; adjudicando a don J. C. [...]; adjudicando a L. C. [...] Adjudicaciones que hacen aceptar recíprocamente estando todos conformes con lo que se les adjudica. Los inmuebles referidos no adeudan contribución directa. La parte que corresponde por herencia a los señores J. y L. C., según las boletas de valuación agregadas, están exentas del pago de impuesto a la herencia según el artículo catorce, inciso primero de la Ley sobre Impuesto a las Sucesiones. Léida que les

fue a sus otorgantes esta escritura en presencia de los testigos del acto don J. R. hijo y don M. G., ambos vecinos hábiles que conozco, se ratificaron en su contenido y firman todos a excepción de la señora M. P. de C. que manifiesta no saber firmar, haciéndolo a su ruego el vecino también hábil y de mi conocimiento don A. P., por ante mí, de lo cual y demás circunstancias doy fe.

Esta escritura es real; existe. Pasó ante el escribano José A. Cabral de la ciudad de Tandil; fue inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble el 16 de octubre de 1911, bajo el número 61.397, serie A, y es la última escritura de partición que conocemos realizada sin que los sucesores cuenten con una declaratoria de herederos.<sup>6</sup>

Para mi línea argumental, es importantísimo dejar firmemente establecido que una escritura así es actualmente posible a tenor de lo establecido por el Código Civil. Y, para ello, traigo en mi ayuda dos autores muy reconocidos. Uno de ellos es el mismo Zannoni, quien dice:

Los acuerdos sobre partición pueden concluirse entre los herederos, incluso con anterioridad a la declaratoria de herederos o a la aprobación judicial del testamento, sin perjuicio que su oponibilidad exija, por razones de publicidad registral, el reconocimiento posterior del carácter hereditario. Por eso se ha resuelto que “los convenios entre herederos, adjudicando bienes de la herencia, son plenamente eficaces aunque se formalicen con anterioridad a la declaratoria”.<sup>7</sup>

La otra autoridad es Zinny, quien sostiene que los herederos pueden vender, donar o partir antes de la declaratoria de herederos. Así, afirma:

La compraventa, donación o permuta mediante las que el heredero transfiere uno de los inmuebles de la herencia no dejan de ser tales por el hecho de que se las celebre antes de que sea posible recurrir al tracto abreviado [...]. No obstante, suele ser frecuente, en este caso, instrumentarlas como “cesión de derechos”. ¿Por qué, cuando no podemos recurrir al tracto abreviado, nos cuesta reconocer a estos contratos como lo que son? ¿Por qué nos resultan tan poco familiares estas compraventas, donaciones y permutas?<sup>8</sup>

A continuación, Zinny se contesta a sí mismo, explicando que estos actos no pueden inscribirse en los registros inmobiliarios

6. CALVO, Juan L., *Actas de notoriedad, notariales y extraprotocolares*, La Plata, Ediciones Librería Jurídica, 1969, p. 169.

7. ZANNONI, Eduardo A., óp. cit. (cfr. nota 2), p. 669. Dice el doctrinario en la nota que dicha partición es *provisional*, por no haberse cumplido formalidades prescriptas para el acto. Dicha afirmación es equivocada, porque la posterior inscripción no es una formalidad del acto particionario en sí mismo. Además, la falta de inscripción no puede ser invocada por los herederos, para quienes el acto está completamente finiquitado (art. 19, Ley 17.801).

8. ZINNY, Mario A., *Cesión de herencia*, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 52.

por la mencionada ausencia de la declaratoria de herederos y, por lo tanto, solo despliegan sus efectos entre las partes. Afirma que esa circunstancia obstaculiza el reconocimiento de su verdadera naturaleza jurídica:

Como nosotros estamos acostumbrados a las compraventas, donaciones o permutas plenamente eficaces, susceptibles por ello de desplegar la totalidad de sus efectos tanto entre las partes como respecto de terceros, sencillamente nos ocurre que a estas, que solo lo despliegan entre transmitente y adquirente, nos cuesta reconocerlas como lo que son.<sup>9</sup>

Vemos así que ambos autores defienden la posibilidad de que los herederos puedan realizar particiones, ventas, donaciones, etcétera, con anterioridad a la declaratoria de herederos, instrumento que solo *es exigido a los efectos registrales*.

En el mismo sentido, afirmó la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que:

La inscripción de los títulos en el Registro constituye una condición de eficacia necesaria para [que] el derecho real pueda producir la plenitud de sus efectos, pero ello no quiere significar que el derecho real, como tal, no sea preexistente al acto de inscripción, pues aquel existe desde que a su respecto se han cumplido las exigencias de “título y modo” que la ley requiere, aunque el mismo pueda resultar ineficaz o inoponible a terceros. Es decir que el derecho nace con la tradición y la escritura, mientras que la inscripción en el Registro no tiene carácter constitutivo sino declarativo (perfeccionador).<sup>10</sup>

Comprendido entonces que, según nuestro Derecho Civil, los herederos pueden realizar partición y disposición de los bienes sin contar con ningún tipo de declaratoria.

### 3.3. *Los defensores del Código Civil*

Antes de abordar la interpretación de la normativa registral, es necesario darle una mirada a las distintas posiciones doctrinarias sobre la posesión de pleno derecho legislada en nuestro Código y comprender cómo nos insertamos dentro de un *paradigma dominante* que nos lleva a desconocer el Código Civil.

Nuestros primeros doctrinarios eran sumamente críticos de las incipientes costumbres de la comunidad jurídica que

9. Loc. cit.

10. SCBA, 6/11/1979, RepLL, 1980-2270.

pretendían contradecir lo preceptuado por Vélez Sarsfield y, por el contrario, defendían a capa y espada el texto del artículo 3410. Llerena sostenía, al analizar la posesión de pleno derecho que tienen los herederos y, específicamente, el significado de la expresión “sin ninguna formalidad o intervención de los jueces”:

Es decir, sin necesidad de ningún acto de posesión material y sin necesidad de que el juez le mande dar la posesión judicial, pues entra de pleno derecho por el solo hecho de la muerte del autor de la sucesión. Con esta posesión puede [el heredero], desde luego, ejercer actos materiales sobre los bienes. Puede también vender y hacer tradición [...] sin necesidad de que haya tomado la posesión material de los bienes, pues le basta la que tenía el causante de la herencia...<sup>11</sup>

En la práctica de los tribunales de la Capital, como en la mayor parte de las provincias argentinas, se ha establecido como necesario, la declaratoria del heredero por el juez de la sucesión, aun cuando se trate de descendientes o ascendientes. Esta declaratoria, que en realidad no puede dar ni quitar a los herederos a favor de los cuales se hace, puesto que siempre se declara en ella que es sin perjuicio de terceros, es inútil tratándose de herederos descendientes o ascendientes; es inútil porque, con arreglo al artículo que estudiamos, ellos entran en posesión de la herencia y pueden disponer libremente de los bienes sin necesidad de declaración alguna por parte del juez.<sup>12</sup>

Se ha querido dar tanta importancia a esta práctica que aun se ha llegado a oponer como un defecto en los títulos de propiedad transmitidos por descendientes la circunstancia de no constar en la escritura de venta la citada declaratoria. Un vendedor a quien se le oponía esto como defecto en el título de sus antecesores, para disculpar la falta de ella en la escritura, decía que esta práctica no se observaba antes por el poco valor de las fincas, que en cierto modo dispensaba del rigorismo de las formas. Pero el doctor Gerónimo Cortés, fiscal de Cámara, a quien se le pasaron en vista los antecedentes, decía sobre esto: “En concepto del fiscal, la verdadera explicación de aquella práctica debe buscarse y encuentra en el derecho especial establecido para la América Española, conforme al cual la posesión hereditaria de los bienes entre ascendientes y descendientes legítimos se transmite ‘ipso jure’ sin necesidad, por parte de los herederos, para poder disponer de dichos bienes, de intervención judicial ni de declaración alguna. Este mismo derecho es el que ahora nos rige y tampoco en la actualidad los ascendientes y descendientes legítimos, para

11. LLERENA, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, tomo IX, Buenos Aires, p. 228.

12. *Ibidem*, p. 230.

entrar en posesión de los bienes hereditarios y disponer libremente de ellos, siendo mayores de edad, necesitan la intervención del juez, ni declaración alguna judicial, en razón de que la ley, reputando notorio el vínculo de sangre que une a tales personas, no exige el que se compruebe previamente [...] Desde que el que pretende la posesión de la herencia pruebe que está en grado sucesible no necesita establecer la prueba negativa de que no hay otros herederos más próximos, puesto que, como hemos dicho, esa declaratoria no da ni quita derechos a los herederos<sup>13</sup>.

Por su lado, Machado se expresaba en estos términos:<sup>14</sup>

¿Cómo es que vino a introducirse entre nosotros la costumbre de la declaratoria de herederos, tratándose de ascendientes y descendientes legítimos? Sin duda, los escribanos que vinieron de España, donde regían las leyes de partidas y recopiladas que ordenaban esa formalidad, sin conocer las Leyes de Indias, exigieron para la transmisión de la propiedad esa declaratoria de herederos, como una condición necesaria de validez, y he aquí por qué se ha considerado la supresión como un defecto en los títulos. ¿Pero qué valor puede tener su falta para los descendientes legítimos residentes en la República que la ley supone tan conocidos que no se dude del parentesco? La declaración del juez de únicos y universales herederos se hace, sin perjuicio de terceros y con la calidad de, en cuanto hubiere lugar por derecho; en estas condiciones, la resolución no agrega valor alguno a la calidad de heredero descendiente o ascendiente que se atribuye al enajenante. Pero toda práctica inveterada crea, en el espíritu de los funcionarios acostumbrados a cumplirla, un elemento de juicio que, con la continuidad de su aplicación, viene a llenar el mismo lugar que debería ocupar una disposición expresa, y suprimiéndola deja una especie de vacío que no sabe cómo llenar. ¿Cómo se sabrá que el enajenante es heredero descendiente o ascendiente? ¿Cómo, que es único heredero o que solo son tres o cuatro? Sencillamente por el conocimiento de la familia o de las personas, y, si ellos no tienen ese conocimiento, el adquirente tiene perfecto derecho para exigir al enajenamiento le afirme, por testigos que pueden figurar en el instrumento, que tiene las calidades que se atribuye, presentándole los documentos donde así constare, partida de nacimiento, matrimonio de sus padres y de su fallecimiento, para obtener el convencimiento de que es tal heredero como se titula. En una palabra, el comprador puede exigir, particularmente, que demuestre el vendedor con la exhibición de documentos que es heredero, y con la de testigos que es único o únicos si son varios los enajenantes. Así, este va-

13. *Ibidem*, p. 231.

14. MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, tomo 7, Buenos Aires, 1901, p. 597.

cío puede llenarse al otorgarse la escritura haciendo constar en el título mismo esas circunstancias. Es lo que hace la ley de sellos para 1900, en su art. 14, cuando dice: “si la posesión judicial se tiene de derecho, el sello se pagará en el acto de hacer cualquier disposición de la herencia”.

No hay, pues, necesidad de declaratoria de herederos desde que la ley pone en posesión de la herencia a los descendientes y ascendientes legítimos por la muerte del causante, la declaratoria solo tiene lugar para aquellos que deben pedir la posesión judicial, y es previa la justificación de su derecho que el juez se las concede; eso es lo que importa la expresión del art. 3411, que dice: “acreditando la muerte del autor de la sucesión y su título a la herencia”. El vacío que deja la exigida declaratoria de herederos se llena con ventaja pidiendo particularmente, sin forma de juicio, esos antecedentes que se dan al juez; y, aún más, se puede sustituir por dos testigos respetables que afirmen bajo su palabra que es único o que son los únicos hijos del causante; eso es más positivo y real que la publicación de edictos que nadie lee, llamando a los herederos...

¿Qué es lo que interesa al comprador? Saber que el heredero es tal como se titula y que es el único o que son los únicos descendientes o ascendientes. Eso lo consigue con más seguridad por los medios privados que por los judiciales de la declaratoria, que son una vana formalidad, que no expresan la verdad, ni satisfacen ni convencen.

La derrota ideológica de estas opiniones ha sido apabullante. Así como Stalin borraba a sus enemigos hasta de las fotos, las opiniones de Machado y Llerena han sido eliminadas de todos los libros de sucesiones y, por dar un ejemplo, en el artículo de la *Enciclopedia Jurídica Omeba* que trata sobre la posesión hereditaria, apenas tienen una mención bibliográfica a pie de página.

#### 3.4. *Las voces críticas*

Acalladas las sabias voces de Machado y Llerena, el pensamiento jurídico argentino se construyó en base a conspicuos censores de la posesión de pleno derecho plasmada en el artículo 3410. Bibiloni ha sido, sin duda alguna, quien con mayor precisión y contundencia ha sabido sintetizar las objeciones del pensamiento jurídico dominante. Sus expresiones –siempre repetidas– han servido para que varias generaciones de profesionales hayamos sido educados para vituperar y denostar las solucio-



nes consagradas por Vélez Sarsfield (o por lo menos, para no entenderlas).

Todo este sistema que el derecho nacional no conocía hasta el Código no puede coexistir con un sistema racional de estabilidad jurídica. Se ha formado o desarrollado en el derecho feudal. Se apoya en la notoriedad del parentesco. Esa notoriedad no puede existir sino por la cohabitación en la aldea. El señor la conoce. Los aldeanos saben que tal persona tenía uno, dos, diez hijos. Que deja viuda. Que no tenía más herederos que sus padres. Que ambos viven. Que uno había fallecido, etc. E importa poco que al tercero se le pruebe el parentesco alegado con documentos directos. Siempre quedará la grave cuestión de la existencia de herederos concurrentes o preferentes: art. 3416. Si se reflexiona que en las ciudades las gentes no se conocen o, aunque se conozca al causante, poco o nada se sabe de sus herederos; que puede no ser legítimo el que se dice tal y pretenda muerto al que está vivo, o ausente, o distanciado de su familia; que en el extranjero, el comerciante, el fabricante, tiene bienes y que allí nada se conoce de su situación de familia, si el parentesco, en definitiva, contra lo que presupone el art. 3410, no prueba nada sobre la existencia de herederos que tienen derecho a los bienes, ¿qué sistema de crédito puede fundarse sobre bases tan inseguras? Mucho más prudente era el derecho español, que exigía la intervención judicial para declarar herederos a quienes tienen título para recoger los bienes.<sup>15</sup>

### 3.5. *Un inefable sincretismo*

Empero, los embates de Bibiloni y sus corifeos no trajeron por resultado la reforma del Código Civil. El artículo 3410 siguió y sigue incólume, pero los operadores del derecho se dedicaron a ignorarlo con desprecio olímpico y continuaron tramitando inútiles e innecesarias declaratorias de herederos, invocando para ello las más variadas motivos; entre ellos, la inscripción registral. Por ello, ya en 1932, Rébora, decía de la posesión de pleno derecho:

En tales circunstancias se comprende muy bien que la nueva regla incorporada por el artículo 3410 no produjese precisamente una conmoción y que, al contrario, aparecieran huellas del esfuerzo a que habría de dar lugar su entera asimilación. Desde luego, en cuanto haya mediado esfuerzo, este no ha girado entre nosotros

15. BIBILONI, Juan A., *Anteproyecto de reforma al Código Civil*, tomo 3, Buenos Aires, 1940, p. 401.

como giró entre los tratadistas europeos, sobre la idea de las consecuencias que ese apoderamiento, producido sin intervención alguna de los órganos de jurisdicción, debiera producir ya en cuanto a las recíprocas posiciones del heredero y los acreedores de la sucesión, ya en cuanto a la del heredero y las de los deudores de la sucesión, ya en cuanto a la del heredero y el patrimonio en trance de transmisión. Estas consecuencias fueron, sí, debatidas con referencia a los efectos aparejados a la declaratoria de herederos. Pero como la declaratoria de herederos entraña apoderamiento judicial y el apoderamiento judicial se establece con prescindencia del automático y acaso se sobrepone a él, lo que la declaratoria de herederos proporciona es, en realidad, una solución diferente y, en cierto modo, algo que podría ser llamado “la otra solución”.<sup>16</sup>

Pasemos el párrafo a buen romance. Lo que Rébora nos dice es que los estudiosos del derecho, en lugar de concentrarse en precisar la casuística de la aplicación del artículo 3410 –que era y es la ley vigente–, se dedicaron –y aún lo hacen, agregó yo– a dilucidar los alcances de una declaratoria de herederos que es una solución completamente distinta a la establecida por Vélez Sarsfield para estos supuestos. ¿Más claro aún? En vez de aplicar el derecho, lo reinventaron. Las afirmaciones de Rébora, quien, por otro lado, tampoco desplegó grandes esfuerzos para reforzar desde la doctrina la aplicación de la posesión de pleno derecho establecida en el Código Civil, son completamente exactas. La mayoría de los profesionales del derecho, dedicándose desde aquellos lejanos años, a algo que poco y nada tenía que ver con el texto expreso del Código Civil fueron la génesis de un pensamiento sesgado y divorciado de las normas legales que no vaciló en silenciar a los doctrinarios que mantenían ideas opuestas, las cuales, poco a poco, fueron ninguneadas, enterradas y olvidadas para permitir que se enseñorease el paradigma dominante, aunque fuera *contra legem*.

Fornieles muestra con claridad esta dicotomía, que rompe la coherencia de nuestro sistema jurídico:

Casi todos los [códigos] modernos confieren la posesión hereditaria a los herederos en general, cualquiera que sea su grado; o exigen a todos que pidan la posesión a los jueces [...] No hay, pues, sino dos criterios a seguir: extremar el principio de identidad hasta el punto de que se considere que el heredero es también poseedor de las cosas poseídas por el causante, sin necesidad de

16. RÉBORA, Juan C., *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1952, p. 327.

que realice ninguna prueba ni acto exterior de aprehensión; o someter a todos los herederos a las reglas comunes, imponiéndoles la obligación de probar su título para disponer de las cosas heredadas.

En Francia, por ejemplo, donde se ha seguido el primer sistema, la justicia no interviene sino en caso de contestación, cuando varias personas se disputan una herencia o cuando controvierten el modo de dividirse los bienes o surge cualquier otra disensión: no se inician como aquí juicios sucesorios cada vez que muere una persona, pues los interesados se incautan privadamente de los bienes y se los distribuyen. Un escribano redacta el inventario y ante el mismo se hace el reparto. Para remediar cualquier incertidumbre, se acostumbra levantar un acta de notoriedad en que dos testigos comparecen ante un escribano, declaran conocer la familia de la persona fallecida y expresan cuáles son sus parientes. Esa acta tiene por objeto asegurar la buena fe de los compradores y ponerlos a cubierto de posibles reivindicaciones. Ello es así para toda clase de herederos.

El sistema es deficiente, lleno de lagunas, y la jurisprudencia ha tenido que corregirlo dando validez a las enajenaciones del heredero aparente, sin lo cual habría fracasado. Más de acuerdo con nuestras necesidades reales es el procedimiento del Código Civil alemán. Allí interviene la justicia en la siguiente forma: cada vez que un interesado lo desea, se presenta ante el tribunal de la sucesión con el justificativo del fallecimiento del causante y los documentos que demuestren el derecho a heredar (vínculo de sangre o exhibición de un testamento). Es un trámite voluntario donde no existe contradictor. El tribunal se incauta de las piezas acompañadas y practica, si lo desea, las averiguaciones que estime necesarias, con facultad asimismo para hacer publicaciones a fin de que se enteren otras personas. Hecho esto y habiendo arribado el juez a una convicción favorable al peticionante, le expide un “certificado de heredero”, que consiste en una atestación suscripta por el tribunal, en donde se certifica el derecho de una o varias personas a la sucesión del “de cujus”, indicándose, en el caso de que sean varias, la extensión del mismo. Este certificado de heredero no tiene valor absoluto ni impide que si existe otra persona con mejor derecho, lo ejerza luego, pero tiene un doble efecto trascendental; crea una presunción a favor del heredero allí comprendido y además protege, de una manera completa, a los terceros que contraten con él, que son considerados de buena fe y que quedan a cubierto de cualquier reclamo posterior [...]. Nuestro derecho ofrece esta particularidad, que, reproduciendo los mismos textos del Código Civil francés, funciona en la práctica de una manera muy parecida a la del Código Civil

alemán [...]. Ningún hijo legítimo podría presentarse ante un escribano, como en Francia, para vender un inmueble de su padre fallecido, por no constar el dominio inscripto a su nombre en el Registro de la Propiedad y porque, no habiendo hecho la comprobación de su vínculo de familia, no habría forma de liquidar el impuesto a la herencia. Es una ventaja que así sea, porque la declaratoria de herederos llena mejor que el acta de notoriedad los fines que ambas se proponen.<sup>17</sup>

Vemos así que Fornieles acepta sin chistar –por estar de acuerdo a sus ideas– esta oposición entre norma y práctica, y esta misma conducta podemos rastrear en gran parte de la doctrina, que acepta mansamente este estado de cosas sin cuestionarlo. El punto aquí es analizar esta incongruencia en relación a la normativa registral.

Para ello, es necesario dejar de lado los prejuicios que podemos tener contra la posesión de pleno derecho regulada en el Código Civil. No interesa aquí discutir si es mejor la solución del derecho alemán<sup>18</sup> o la del derecho francés. Vélez Sarsfield zanjó la discusión, y la reforma del año 1968 ratificó y amplió aún más la postura de que los ascendientes, descendientes y cónyuge del causante no necesitan ninguna formalidad o intervención de los jueces para entrar en posesión de la herencia. Solo cabe aceptarla como parte de nuestro derecho vigente.

La cuestión a debatir es otra: si tenemos un Código Civil *a la francesa*, ¿podemos tener normas registrales *a la germana*? ¿No debería existir coherencia entre ambos ordenamientos? ¿Cuál debe marcar su preponderancia y supremacía?

#### 4. La registración de la partición

Para defender la inscripción de nuestro documento, debemos tener en consideración lo afirmado por conocidos autores en cuanto a la relación de las normas sustanciales y las registrales. Así Moisset de Espanés y Ventura sostienen:

Las normas registrales deben considerarse una herramienta al servicio de las prerrogativas sustanciales generadas por las leyes que regulan la constitución, modificación, o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Por ello, una interpretación armónica del sistema jurídico positivo no puede hacerlas aparecer como obstáculo para la plena realización de dichas prerrogativas...

17. FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, Buenos Aires, TEA, p. 238.

18. En realidad, nuestra práctica sucesoria tampoco se asemeja al derecho alemán. Se maneja con criterios propios que no viene al caso analizar aquí.

En consecuencia con lo antedicho, debe prevalecer la idea de que en cualquier supuesto en que las normas sustanciales confieren facultades dispositivas a los titulares de derechos, estos tendrán también legitimación registral para realizarlos; caso contrario, las normas registrales serían un obstáculo para su ejercicio y, como expresáramos, no es esa la función que deben cumplir en un sistema jurídico.<sup>19</sup>

Similares ideas sostiene Marcelo Falbo:

Toda otra reglamentación que sea necesaria para ejecutar la Ley 17.801 no debe alterar su espíritu, procurando que el Registro sea el reflejo fiel e inmediato de la realidad extrarregistralmente constituida, facilitando y simplificando el trámite de la inscripción y ampliando, aun en caso de duda, los supuestos en que ella ha de considerarse procedente.

En ningún caso una reglamentación puede restringir, limitar o condicionar la inscripción del documento, con exigencias no requeridas por la legislación de fondo que impliquen la necesidad de modificar o ampliar las declaraciones de sus otorgantes. El sistema registral y, más aún, su reglamentación deben estar al servicio de la relación negocial y no a la inversa.<sup>20</sup>

Parafraseando a estos autores, podemos sostener que *si el acto jurídico está de acuerdo con la ley de fondo, la ley registral no puede negar la inscripción*; ergo, si el Código Civil confiere facultades dispositivas a los herederos en ausencia de la declaratoria, también poseen legitimación para petitionar la inscripción sin necesidad de recurrir a los jueces. Pero sabemos que –a despecho de estas consideraciones– la normativa registral impone –o, al menos, parece imponer– la tramitación de un proceso sucesorio sumamente oneroso, del cual los herederos se encuentran expresamente eximidos por el artículo 3410. Simplemente, se acepta este absurdo porque el pensamiento jurídico sobre las sucesiones se maneja con ideas propias, totalmente inconsistentes con los principios generales que se afirman en otras oportunidades.

#### 4.1. *El problema de la interrupción del tracto*

Es sabido que nuestros registros inmobiliarios se rigen por la Ley 17.801, que se atiene al principio del tracto continuo establecido

19. MOISSET DE ESPANÉS, Luis y VENTURA, G. B., “Aplicación amplia del tracto abreviado”, Universidad Notarial Argentina, 2006 (trabajo presentado en el XIV Congreso Nacional de Derecho Registral [Villa Carlos Paz, septiembre 2006]).

20. FALBO, Marcelo N., “Principio de irrestricción”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 786, noviembre-diciembre 1982, pp. 1653-1656 (ponencia presentada ante la XI Convención Notarial del Colegio de Escribanos de Capital Federal [Buenos Aires, septiembre 1982]).

en su artículo 15, por el cual “No se registrará documento en el que aparezca como titular de un derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente...”. Por ello, si un inmueble figura inscripto a nombre de Juan Pérez, solo se registrarán documentos en que aparezca Juan Pérez como titular de derechos sobre ese inmueble.

El principio de tracto funciona fantásticamente, hasta que Juan Pérez muere. En este caso, es evidente que el tracto continuo esbozado es de imposible realización. El causante no se levantará de la tumba para firmar ningún papel más, ni siquiera para facilitarle la vida a los registradores. La única solución de este intríngulis es rendirse a la realidad que nos impone nuestra frágil naturaleza y, simplemente, aceptar que los herederos ocupen el lugar del causante. En estos casos, se registrarán documentos en que aparezcan como titular de derecho *una persona distinta* de la que figure en la inscripción precedente. En lugar de Juan Pérez, aceptará documentos emanados de los herederos de Juan Pérez; por lo tanto, en estos supuestos *no será necesaria la previa inscripción, a los efectos de la continuidad del tracto con respecto al documento que se otorgue*.

¿Y cómo sabe el Registro que quien figura como titular en el documento debe ser tenido por heredero? La respuesta es sencilla: esa información surgirá de la escritura pertinente, ya sea de partición, de venta, de donación, etcétera. En definitiva, el contenido de la escritura es tema del derecho de fondo, y atañe al *tracto sucesivo sustancial*, y no del derecho registral. Como ya hemos visto, si los herederos pretenden vender o partir un bien de la sucesión, se presentan ante el escribano, acreditan: a) el título del causante sobre el inmueble, b) el fallecimiento del titular, c) su vínculo familiar, de ascendientes, descendientes o cónyuges; y manifiestan que son los únicos herederos (es decir, que no faltan sucesores cuya ausencia imposibilite la partición [arts. 3462 y 3465, C. C.]); elementos suficientes para ser legitimados como herederos por el notario.

Recordemos que la legitimación notarial es:

... aquella operación de ejercicio por medio de la cual el notario califica la naturaleza jurídica y, legalizado el acto o negocio, estudia la situación relativa de los sujetos y las condiciones objetivas que justifican el otorgamiento del acto notarial, con el fin de que se produzcan las consecuencias queridas por aquellos [...] por la legitimación, el notario admite a una persona como sujeto ins-

trumental, la individualiza, verifica su aparente capacidad y habilidad, justifica la titularidad de su derecho o situación relativa para el negocio que pretende y su libertad de disposición, bastan- tea las facultades del representante y autoriza el otorgamiento de las partes.<sup>21</sup>

En síntesis: el escribano se aviene a confeccionar una escritura en que determinadas personas actúen como los herederos del causante, pues ha llegado a la conclusión –luego del análisis de la documentación, de las manifestaciones de las partes y del derecho vigente– de que deben ser tenidos como herederos del causante (de la misma manera que, aplicando sus conocimientos jurídicos, llega a la conclusión de que una persona debe ser tenida como presidente de un directorio, padre de un menor, cónyuge de otra, dueño de un inmueble, acreedor o deudor de un crédito, intendente de una municipalidad, representante de una miríada de instituciones oficiales y privadas, etc.). Con la lectura de dicha escritura, el Registrador, así como todo otro público interesado, puede entender que el titular inscripto ha muerto y que los titulares que figuran en el instrumento son los nuevos propietarios. ¿O es que de la escritura que hemos transcrito no surge claramente quiénes son los sucesores de C.? ¿Cuál puede ser el impedimento para el Registrador para entender lo que todos entendemos? Se ve así que, a efectos de no interrumpir el tracto registral, no es necesaria la declaratoria de herederos y es suficiente el instrumento por el cual los herederos actúan como tales.

El problema es que la Ley 17.801, al tratar en su artículo 16 de los supuestos de tracto abreviado, habla de “herederos declarados”. ¿Qué debemos entender por “declarados”? ¿Declarados por quién? ¿Declarados cómo? ¿Basta una declaración tácita? ¿Es necesaria una declaración expresa? Es significativo resaltar que el adjetivo *declarados* no figuraba en el anteproyecto de Ley del Registro de la Propiedad para la Provincia de Buenos Aires redactado por Scotti y Falbo,<sup>22</sup> lo cual demuestra claramente que la ley podía funcionar sin dicho adjetivo. Pero, puesto a dilucidar qué alcance tiene la expresión *declarados*, expresa Zannoni:

No debe olvidarse, a este respecto, que la organización de cualquier sistema de publicidad registral del dominio exige la aceptación del principio de *tracto sucesivo*. En la Ley 17.801, este prin-

21. GATTARI, Carlos N., *Manual de derecho notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 59.

22. SCOTTI, Edgardo A., *Aportes al derecho registral argentino*, Buenos Aires, Fides, 2002.

cionario está incorporado en el art. 15, según el cual “no se registrará documentos en el que aparezca como titular del derecho una persona que figure en la inscripción precedente”. Y es por ello que el art. 16, inc. b, acepta la inscripción de los documentos que transmitan o cedan bienes hereditarios, siempre que lo hagan los herederos declarados.<sup>23</sup>

Hasta acá, coincido con Zannoni, aunque sigue sin explicar cómo debe realizarse la declaración. Continúa:

A tal fin, el Decreto 2080/80, reglamentario de la Ley 17.801, dispone que del documento a inscribir debe resultar “que se ha dictado declaratoria de herederos o aprobado el testamento” y que “se ha ordenado la inscripción y cumplido los demás recaudos legales para hacerla efectiva...” (art. 37, incs. a y b).<sup>24</sup>

Pero, adviértase que hemos pasado del ámbito de la norma nacional al del decreto reglamentario. Es este y no aquella quien dilucida el alcance de la palabra *declarados*. Esto implica que el Decreto 2080/80 –así como cualquier norma reglamentaria de la Ley 17.801– podría optar por una interpretación diferente, pero elige la que abiertamente choca con el Código Civil.

#### 4.2. *La inconstitucionalidad del Decreto 2080/80*

No es ninguna novedad que el decreto atropelle la ley de fondo, lo cual fue criticado por la doctrina y rechazado por la jurisprudencia, pues el decreto es solo una norma local, destinada a reglamentar el funcionamiento del Registro de la Propiedad de la Capital Federal y, como tal, debe ajustarse a lo dispuesto en la Ley 17.801 y en el Código Civil. Así, la justicia, en reiteradas oportunidades, limitó las desmesuradas pretensiones registrales nacidas del Decreto 2080. En autos “Santamarina, Miguel A.”, en sentencia dictada el 11/8/1988, la Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil expresó:<sup>25</sup>

23. ZANNONI, Eduardo A., óp. cit. (cfr. nota 2), p. 440.

24. Loc. cit.

25. Fallo completo publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 815, octubre-diciembre 1988, p. 1531.

Aplicar el art. 125 del Decreto 2080/80, reglamentario de la Ley 17.801 en el ámbito de la Capital Federal y Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en cuanto supedita la inscripción del documento que constituye derecho real de hipoteca a la consignación en moneda del país, resulta anticonstitucional por haber creado por vía reglamentaria un requisito adicional a los previstos en las leyes que rigen la materia.



Es claro que, en nuestro caso, el requisito adicional –e inconstitucional– es obligar al heredero a tramitar un proceso sucesorio sumamente oneroso, cuando se encuentra expresamente eximido de esa carga por el artículo 3410. Una locura total, tan desatinada como si la reglamentación –a despecho de las normas del Código Civil– pretendiera que las escrituras públicas sean visadas por un juez antes de registración; sin embargo, es tanto lo que aprendimos a aborrecer el 3410, que aceptamos cualquier norma que lo contradiga.

También las disposiciones del decreto 2080 fueron consideradas inconstitucionales por la Sala F de la misma cámara. Con fecha 20/2/2004, y al tratar la oposición del Registro de la Propiedad a inscribir una cesión de derechos hereditarios luego de haberse inscripto la declaratoria respectiva, expresó:<sup>26</sup>

En definitiva, la disposición del Decreto 2080/80 (t. o. Decreto 466/99) en que se sustenta la decisión del Registro desnaturaliza la función que cumple la declaratoria. Su aplicación, como sucede en el caso, lleva a impedir la cesión con posterioridad a la inscripción de la declaratoria, con lo que, siguiendo por ese camino, se exigirá al coheredero la transmisión *ut singuli* de su parte indivisa en el inmueble (que se juzga en condominio si hay más de un heredero). Y, de este modo, se quiebra el principio del art. 3451, que es norma de fondo, por un decreto reglamentario. Ello llevó a sostener que dicha disposición es inconstitucional, por lo que en supuestos como el de autos debe dejar de aplicarse, ordenando judicialmente la inscripción.

La doctrina notarial tampoco se ha quedado atrás en la tarea de señalar la inconstitucionalidad de muchas de las normas del Decreto 2080/80, en cuanto las mismas avanzan y contradicen las leyes nacionales. Así, Miguel Falbo sostiene:

En consecuencia, de lo que dejamos expuesto de la manera más breve posible, resulta la “inconstitucionalidad” del Decreto 2080/80, dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, pues de su examen resulta que no se ha limitado a “reglamentar” una ley nacional, cuidando de “no alterar su espíritu” (art. 86, inc. 2, C. N.), sino que, precisamente, muchas de sus disposiciones, en vez de subordinarse a la ley, asumen las características propias de ley material y no de acto puramente administrativo, como, conforme a derecho, debería tener esa normativa para que no pudiera ser impugnada en su validez.<sup>27</sup>

26. Publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, tomo 206, p. 503.

27. FALBO, Miguel N., “Análisis crítico del Decreto 2080/80 en cuanto a su legalidad y aplicación en ese notarial”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 786, noviembre-diciembre 1982, pp. 1643-1651 (trabajo presentado en la XI Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal [Buenos Aires, septiembre 1982]).

De más está decir que estas palabras vienen como anillo al dedo a la situación que estamos estudiando. También Olivé critica el Decreto 2080/80, pues “un decreto reglamentario asume posiciones doctrinarias sobre temas de derecho de fondo”,<sup>28</sup> y, en la misma tesitura y para la misma Convención, se expide un grupo de casi veinte colegas,<sup>29</sup> pasando prolija revista a todos los rasgos inconstitucionales del Decreto 2080/80.

No me sorprende en demasía que la calificada doctrina que en minuciosa tarea se ocupó de señalar la inconstitucionalidad de muchas de las disposiciones del Decreto 2080 haya omitido criticar la aberración más significativa de todas, la que impone al heredero un trámite engorroso y que involucra un enorme esfuerzo pecuniario, diligencia de la cual se encuentra relevado por el artículo 3410. Y no me sorprende porque, como vengo reiterando, hemos sido magníficamente catequizados para olvidar que los herederos no requieren ningún pronunciamiento judicial.

Ahora bien, habiendo entendido que la norma reglamentaria no puede contradecir lo dispuesto por el Código Civil, es necesario volver a encarar el adjetivo *declarados*. Al respecto, recordemos por un lado que, como sostuve antes, apoyándome en Moisset de Espanés, Ventura y Falbo, *si el acto jurídico está de acuerdo con la ley de fondo, la ley registral no puede negar la inscripción*; ergo, si el Código Civil confiere facultades dispositivas a los herederos en ausencia de la declaratoria, también poseen legitimación para petitionar la registración sin necesidad de recurrir a los jueces. Además, debemos tener en cuenta que nuestra Corte Suprema sostiene el criterio de que:

La interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto.<sup>30</sup>

Es obvio que si interpretamos que la “declaración” implícita en el “declarados” de la ley registral solo puede ser realizada por los jueces destruimos el valor y el efecto del art. 3410 del Código Civil. Interpretación más caprichosa es casi imposible.

Para cumplir con la letra, el espíritu y las necesidades de la ley registral basta con la sencilla declaración notarial inserta dentro del documento de la cual surge que las personas que suscriben la partición (o disponen de cualquier otra manera de

28. OLIVÉ, Rodolfo E., “Análisis crítico del Decreto 2080/80 en cuanto a su legalidad y aplicación en ese notarial”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 786, noviembre-diciembre 1982, pp. 1727-1744 (trabajo presentado en la XI Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal [Buenos Aires, septiembre 1982]).

29. MORA ARTACHO DE REGALZI, Ana M. y otros, “Análisis crítico del Decreto 2080/80 en cuanto a su legalidad y aplicación en ese notarial”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 786, noviembre-diciembre 1982, pp. 1683-1725 (trabajo presentado en la XI Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal [Buenos Aires, septiembre 1982]).

30. Ver nota extendida en p. 230.

los bienes) son los herederos del causante, lo cual como ya he vimos, no es más que legitimar expresamente a los otorgantes

## 5. El fallo y la cuestión registral

Estos son, en síntesis, los argumentos presentados ante el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, atacando la Ley Provincial 2087 –que reglamenta en el ámbito local la Ley 17.801– y afirmando que la norma local no puede legislar imponiendo mayores requisitos que la ley de fondo, cuya competencia le corresponde al Congreso de la Nación en forma exclusiva y excluyente, en virtud de la expresa delegación que hicieron las provincias (arts. 75, inc. 12, y 121 de la C. N.), y alterando el orden jerárquico normativo previsto en el artículo 31 de la Carta Magna.

Es interesante hacer notar que la sentencia empieza con una correcta reseña de nuestro sistema jurídico y, por lo menos, cita textualmente el artículo 3410. También podemos estar de acuerdo con sus apreciaciones en que el sistema ideado por Vélez Sarsfield cayó en desuso y que es de práctica acreditar la calidad de heredero legítimo o testamentario frente al juez, en proceso judicial. Sin embargo, también debemos remarcar que, según nuestro Código Civil, “los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente” (art. 17).

Luego, el fallo hace mención a la reforma del artículo 2505 del Código Civil, en cuanto establece que:

La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas. (Texto conforme Ley 17.711).

Y empieza a descarrillarse cuando considera que “la normativa citada resta oponibilidad a las transmisiones o constituciones de derechos reales que no se encuentren inscriptas, sin hacer distinciones”. Estas afirmaciones son desatinadas, ya que el heredero es propietario de los bienes desde la muerte del causante y puede oponer su adquisición aunque no se encuentren

registradas. Y así lo ha afirmado reiteradamente la correcta jurisprudencia:

31. CNCiv., Sala C, 28/9/2001, "Armendano, Carlos Enrique c/ Anselmo, Bartolomé s/ prescripción adquisitiva", expte. L. 321249 (sumario n° 15392, en Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil, Boletín n° 12/2003).

32. CNCiv., Sala B, 16/9/2004, "Fernández, Emeterio s/ sucesión ab intestato", expte. R. 389498 (sumario n° 16198, en Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil, Boletín n° 20/2004).

33. SCBA, 3/5/1995, "Di Nucci, Juan C. c/ Dongo, Carlos R. y otros s/ disolución de condominio y sociedad", Ac. 51848, en *DJBA* 149, 47; *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, 1995-IV, 91; *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, 166, 324, *Acuerdos y Sentencias*, 1995-II, 199; *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 1995, 687.

34. SCBA, 24/8/1999, "Kikel de Chiesa y otros c/ Mastromauro, José Américo s/ petición de herencia", Ac. 66697, en *Diario de Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires*, 157, 117.

35. Cám. Paz Tucumán, 7/2/1997, "Carlino, María Lucía c/ Carlino, Francisco s/ nulidad de acto jurídico" (*La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 96-425).

Si los sucesores tienen la posesión hereditaria de pleno derecho (art. 3410 del Código Civil), pueden promover directamente el juicio de usucapión, sin iniciar con antelación la sucesión del poseedor. Solo deberán acreditar el deceso y el vínculo de parentesco con el causante.<sup>31</sup>

Si, al tiempo de realizarse la venta de la mitad indivisa del inmueble integrante del acervo sucesorio, los intervinientes en el acto ya revestían la calidad de herederos forzosos del causante, por lo que gozaban de la posesión hereditaria desde la muerte de aquel (arts. 3263, 3279, 3282, 3410 y concordantes del Código Civil), con la natural consecuencia de que podían prescindir de la investidura formal de la declaratoria de herederos a los fines de la transmisión de derechos respecto de la parte indivisa que correspondía al "de cujus" en el mencionado inmueble, aquellos se encontraban legitimados para su realización por derecho propio...<sup>32</sup>

La transmisión de la propiedad se opera *ipso iure* en el instante mismo de la muerte del causante, y el heredero que ostenta posesión hereditaria de pleno derecho [...] continúan la personalidad del difunto, juzgándose que han sucedido inmediatamente a éste sin solución de continuidad; y están habilitados para ejercer todas las acciones que incumbían al causante, aún las posesorias.<sup>33</sup>

Es en el momento de la muerte que la sucesión se da, se otorga al heredero, mucho más cuando en virtud de la posesión hereditaria los herederos legitimarios la adquieren desde el día de la muerte del autor de la sucesión, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces (art. 3410, C.Civ.). Con la muerte del causante queda deferida la sucesión.<sup>34</sup>

El Código Civil distingue entre los herederos ascendientes y descendientes legítimos que tienen la posesión hereditaria de pleno derecho y los otros que están obligados a pedirla. Los que tienen *ipso iure* antes de la declaratoria pueden ejercer todas las acciones que dependen de la sucesión, demandar y ser demandados.<sup>35</sup>

Más allá de esto, el núcleo central de la decisión del Tribunal Superior descansa en estos párrafos:

Complementando el artículo 2505 del C. C. se encuentra la Ley Registral Nacional, de aplicación en todos los Registros de la Pro-

piedad Inmueble existentes en cada provincia (art. 1), mediante la cual se establecen qué documentos son susceptibles de registración.

Entre ellos se encuentran: a) los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles; b) los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares y c) los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales (art. 2, L. 17.801).

La declaratoria de herederos constituye, obviamente, un documento declarativo en los términos de la ley registral, puesto que reconoce derechos reales ya constituidos, originados en transmisiones *mortis causa*...

La normativa citada se estructura en base al principio de registración por tracto sucesivo, es decir que no puede procederse a la registración de un documento en el que el titular (quien disponga del derecho) sea una persona distinta de la que figura en la inscripción precedente. De suerte tal que “de los asientos existentes en cada folio deberá resultar el perfecto encadenamiento del titular del dominio y los demás derechos registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones” (art. 15, L. 17.801).

Este principio general admite excepciones en las cuales quien dispone del derecho no es el titular inscripto (aspecto sustancial) y el asiento consecuente no se deriva estrictamente del anterior, ya que habrá una variación de la titularidad registral no recogida por un asiento autónomo. Son los supuestos conocidos como “tracto abreviado”, que nuestra ley enumera en el artículo 16 (Villaro, Felipe P., ob. cit., p. 85).

El artículo en cuestión enumera cuatro supuestos genéricos, que contemplan dos situaciones: una derivada de las transmisiones hereditarias y otra referida a instrumentaciones simultáneas. Los primeros tres incisos presentan, como rasgo común, la existencia de un juicio sucesorio por el titular de un bien registrado o por su cónyuge...

Si bien en los tres primeros incisos no se menciona la necesidad de obtener previamente la declaratoria de herederos, la última parte del artículo contempla esta exigencia al sostener que: “En todos estos casos el documento deberá expresar la relación de los antecedentes del dominio o de los derechos motivo de la transmisión o adjudicación, a partir del que figure inscripto en el Registro, circunstancia que se consignará en el folio respectivo” (art. 16, *in fine*, Ley 17.801).

“La relación de antecedentes a que aludimos y por la cual se cumple la legitimación exigida por el artículo 15, implica la enumeración de los actos a través de los cuales quien no es titular regis-

tral se conecta con el asiento registral y queda autorizado para disponer. En los tres primeros supuestos, la conexión deviene el juicio sucesorio, la Declaratoria de Herederos y la partición, por lo que deben consignarse en el documento estos elementos” (Villaro, Felipe P., ob. cit., p. 91).

Lo que torna muy interesante y alentador al fallo es que hace caso omiso a la palabra *declarados*, de la cual tanto he hablado. Podemos pensar que el Tribunal Superior no le otorga a la misma identidad alguna para fundar la necesidad de una declaratoria de herederos y debe ir a buscar la motivación en otro lado. Al hacerlo, arriba a argumentos aun más endeblés.

Es evidente que conceptualizar la declaratoria de herederos como “un documento declarativo en los términos de la ley registral, puesto que reconoce derechos reales ya constituidos, originados en transmisiones *mortis causa*”, además de ser una noción errada, ya que el instrumento solo declara sobre la cantidad y calidad de herederos,<sup>36</sup> no aporta demasiado a la cuestión, puesto que lo que se trata de dilucidar es si los herederos mencionados en el artículo 3410 deben tramitarla.

En cuanto a que el documento (a tenor el art. 16, *in fine*) debe contener la relación de los antecedentes del dominio o de los derechos motivo de la transmisión o adjudicación a partir del que figure inscripto en el Registro, es información que emanará de la escritura, sin necesidad de la declaratoria. Volvemos a reiterar que del acto notarial surgirá: a) que el titular registral ha fallecido y b) que los otorgantes han acreditado ser sus herederos; únicos elementos que el Registro necesita para reanudar el tracto. El Registro no necesita ni puede imponer por vía reglamentaria que esta escritura –reitero una vez más: perfectamente confeccionada según las normas del Código Civil– sea bendecida por una declaratoria judicial. Lo único que le interesa al Registro es saber que los otorgantes de una escritura de partición de bienes hereditarios son sucesores de la persona a nombre de la cual los bienes figuran inscripto.

El Tribunal Superior no aporta mucho citando a Villaro. No hace más que consignar el pensamiento de un prestigioso registralista que se adscribe –sin discutirla– a una tradicional línea de pensamiento, al paradigma dominante del que ya he hablado; pero Villaro no responde al cuestionamiento de por qué los sucesores del artículo 3410 deben recurrir, para disponer

36. LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Curso introductorio al derecho registral*, Buenos Aires, Zavallía, 1983, p. 274.

de los bienes del causante, a una declaratoria de herederos de la cual se encuentran eximidos por el Código Civil.

Pretende el fallo apoyarse en Zannoni en cuanto afirma que

... no debemos olvidar que la transmisión hereditaria opera [...] en dos niveles: el de la adquisición de la herencia como universalidad y, más adelante, el de la adquisición a título singular de determinados bienes o derechos adjudicados mediante la partición. Obsérvese que la posesión hereditaria de pleno derecho, si bien puede permitir un reconocimiento de la calidad de heredero respecto de la universalidad, no es suficiente, en cambio, para atribuir título oponible respecto de cada uno de los bienes que la integran, singularmente considerados [...]. Todo esto supone que el heredero, a despecho de las normas generales sobre posesión y propiedad de la herencia como universalidad, para poder oponer y hacer efectiva la transmisión de los bienes inmuebles que comprenda la sucesión a título singular, deberá peticionar judicialmente el reconocimiento de su calidad de heredero, para que, previa adjudicación, el juez ordene a los registros la anotación o inscripción del dominio". (Zannoni, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, tomo I, 5° edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 480/481).

En realidad, estas apreciaciones tienen una relación lejana con el tema que nos ocupa, pero además son equivocadas. Se chocan de narices con el artículo 3264, en cuanto afirma:

Los sucesores universales son al mismo tiempo sucesores particulares relativamente a los objetos particulares que dependen de la universalidad en la cual ellos suceden.

Y también chocan con la constante jurisprudencia que sostiene que

... la falta de inscripción de la declaratoria no priva a las partes de su condición de herederos, pues tal calidad proviene de la ley y no la da la declaratoria, ni esta tiene influencia en la transmisión de la herencia, la que se opera de pleno derecho y sin intervalo de tiempo desde el día de la muerte del autor de la sucesión. Desde ese momento, de acuerdo con el sistema seguido por el C. C., el heredero se hace propietario de los bienes que componen el acervo (art. 3254, 3282, 3415, 3419, 3420).<sup>37</sup>

37. CNCiv, Sala D, 11/5/1971, *Jurisprudencia Argentina*, tomo 11-1971, p. 396.

Por ende, los herederos no deben apurar una inscripción registral para tener un derecho pleno sobre sus bienes. Es más, como ya hemos visto –con el apoyo de Zinny–, pueden venderlos aun en ausencia de una declaratoria. Si así lo hacen, por una escritura traslativa de dominio pero sin contar con la declaratoria, ¿quién es el propietario? Obviamente que el comprador, ningún juez podría sostener lo contrario, ya que el acto es plenamente válido entre las partes (art. 2505, C. C.; art. 20, Ley 17.801). Se ve así que los herederos transmitentes –en contra de lo sostenido por Zannoni– han ejercido su pleno derecho sobre los bienes que componen la herencia.

Han transmitido los bienes singulares dependientes de la universalidad, y ningún juez (o doctrinario) podría dudar de que el adquirente sea el nuevo propietario. Por ello, en realidad, quienes tendrán problemas para inscribir el título de adquisición no serán los herederos sino –en todo caso– el nuevo adquirente. Tenemos, pues, un sistema registral que se niega a registrar derechos perfectamente adquiridos según el derecho civil.

### 5.1. Otros argumentos del fallo

Ya he dicho que las únicas normas legales que sostienen la exigencia de la declaratoria de herederos para los herederos consignados en el artículo 3410 son las reglamentarias de la registración. Sin embargo, los defensores del paradigma vuelven, una y otra vez, a tratar de apuntalarlo, apelando a otras normas del Código Civil, conducta de la cual no escapa el tribunal neuquino.

38. Ver LLAMBÍAS, Jorge J. y otros, *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, tomo V-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, p. 65; MEDINA, Graciela, *Proceso sucesorio*, tomo I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 28; GOYENA COPELLO, Héctor R, *Curso de procedimiento sucesorio*, (7ª ed., ampliada y actualizada), Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 30.

#### 5.1.1. El artículo 3284

Así, se trae a colación el artículo 3284 del Código Civil, en cuanto establece que la jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto. La doctrina no deja de resaltar que existe aquí un equívoco uso del lenguaje jurídico y que el Codificador debió usar la palabra *competencia* en lugar de *jurisdicción*.<sup>38</sup> Pero lo importante, más allá de la inexactitud del término, es que la norma no alude a un proceso sucesorio al solo efecto de determinar quiénes son los herederos del causante. Como claramente nos dice Zavala, el artículo



3284 tiene aplicación directa solo cuando la actuación judicial fuese necesaria y forzosa para dirimir un *conflicto u oposición* de intereses suscitados entre partes.<sup>39</sup> Es del mismo criterio Belluscio, al sostener:

... el verdadero proceso sucesorio [...] solo requiere de la intervención de los jueces en los casos previstos en el art. 3465 del Código Civil, esto es, cuando existen menores, incapaces o ausentes, cuando terceros interesados se oponen a la partición privada y cuando no hay consenso unánime para realizarla. La mera demostración del carácter de heredero, si no hay controversia, no precisa de la actuación de los tribunales, ya que se limita al cotejo de la documentación de la cual surge el vínculo...<sup>40</sup>

### 5.1.2. *El artículo 3430*

Más interesante es la referencia a este artículo. Dice el Tribunal:

En efecto, la declaratoria de herederos hace presumir la buena fe de quienes han contratado con los herederos que la han obtenido (art. 3430 del C.C). Y, aun cuando pudiere invocarse la mala fe del tercero, esta debe ser probada por quien impugna el acto, ya que la buena fe se presume.

En el artículo 3430, se establece que

Los actos de disposición de bienes inmuebles a título oneroso efectuados por el poseedor de la herencia, tenga o no buena fe, son igualmente válidos respecto al heredero, cuando el poseedor ha obtenido a su favor declaratoria de herederos [...] y siempre que el tercero con quien hubiese contratado fuere de buena fe...

En un análisis jurídico riguroso, este artículo no contradice al 3410. Los herederos siguen entrando en posesión de la herencia sin necesidad de declaratoria judicial, lo cual implica que sin este pronunciamiento pueden disponer de los bienes del acervo, incluidos los bienes inmuebles. El único efecto del artículo es declarar inoponible el acto del heredero aparente frente al vero sucesor, en el supuesto de que el primero no contara con la declaratoria.

Adviértase que de la lectura del mismo artículo 3430 podemos extraer que el acto es jurídicamente posible en ausencia de la declaratoria, pues sería ilógico sostener que el legislador se tomó

39. ZAVALA, Gastón A., *Declaratoria extrajudicial de herederos. La intervención notarial*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, p. 35.

40. BELLUSCIO, Augusto C., "El juicio sucesorio y la prueba de la calidad de heredero", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 841, abril-junio 1995, pp. 181-195.

el trabajo de decretar la invalidez de un acto imposible. Aun en ausencia de la declaratoria, la transferencia será válida *erga omnes* y el único que puede prevalerse de la norma es el heredero verdadero; los terceros –entre ellos, el Registro de la Propiedad– no pueden invocarla.

### 5.1.3. *El artículo 732*

En su confusa referencia a este artículo, el Tribunal vuelve a incurrir en uno de los errores más comunes que jalonan la práctica sucesoria. Ya hemos visto que los ascendientes, descendientes y cónyuges entran en posesión de la herencia sin necesidad de ninguna formalidad judicial (art. 3410). Por ende, son propietarios, acreedores o deudores de todo lo que el causante era propietario, acreedor o deudor (art. 3417), consecuencia obligada de ser sucesores particulares de los bienes que componen la herencia “relativamente a los objetos particulares que dependen de la universalidad en la cual ellos suceden” (art. 3264). Supongamos que el causante era titular de un plazo fijo. Si sus herederos, ingenuamente, se presentan a cobrarlo, es seguro que el abogado del banco les pedirá que acrediten su condición de sucesores con una declaratoria. Y la gran mayoría de los profesionales del derecho les dará la misma errada indicación; pero no necesitan ninguna declaratoria. Han entrado en posesión de la herencia *ministerio legis*; solo deberán acreditar la muerte del causante y su condición de sucesores (con las respectivas partidas), y el banco deberá abonar el plazo fijo. Si el banco no se aviene al pago, tendrán que iniciar un juicio de cobro de pesos, en el que seguramente los jueces les darán la razón a los herederos, como surge de la abundante jurisprudencia que hemos reseñado, la cual ratifica la plena vigencia del artículo 3410. Pero, en vez de demandar al banco, la mayoría de los profesionales prefiere hacer iniciar a sus clientes un innecesario proceso sucesorio, y sus conductas contribuyen a consolidar las antojadizas costumbres y peregrinas creencias en torno a la transmisión sucesoria.

Por otra parte, el Tribunal dedica la mitad de su fallo a destacar las bondades de nuestros procesos sucesorios judiciales. Estas loas son absolutamente innecesarias a los efectos de la decisión, porque, como bien dicen los mismos sentenciantes, no les corresponde

... valorar las bondades de uno u otro sistema sucesorio. Solo corresponde expedirse sobre la razonabilidad del sistema vigente, a los fines de su correspondencia con la Ley Fundamental.

Lo que debían decidir es si, de acuerdo a nuestro Código Civil, los herederos mencionados en el artículo 3410 deben tramitar una declaratoria para inscribir actos jurídicos relativos a los bienes inmuebles que integran el acervo hereditario. Y esto lo han hecho con endeblés argumentos que no convencen en lo más mínimo.

## 6. La intervención notarial en la transmisión sucesoria

A mí me parece que la mejor manera de volver a la plena vigencia del artículo 3410 y a liberar a gran parte de la población del calvario de los procesos judiciales es repensar y analizar el sistema sucesorio establecido en nuestro Código Civil.

Al respecto, creo haber sido suficientemente claro en relación a cómo se confecciona la escritura de partición o de transmisión de bienes por escritura pública. Ya dije que los sucesores deben presentar el título de propiedad y la prueba del fallecimiento y del vínculo parental con el fallecido. Podemos agregar que, para que el título no sea observable, deben concurrir todos los herederos, pero sin que esto implique una prueba diabólica, pues exigir al heredero presunto la demostración de la inexistencia de otra persona con derecho al acervo relicto implica una prueba negativa de imposible realización.<sup>41</sup> Así, si se presenta una persona que acredita ser hijo legítimo del causante, es ajustado a derecho que al acto notarial concorra el cónyuge superviviente, o se demuestre su fallecimiento, o que renunció a la herencia, o que cedió sus derechos (supuesto en que concurrirá el cesionario), pero el interesado no deberá probar, por ser de prueba imposible, que no existe un hermano con igual derecho. De la misma manera, si quien comparece invoca ser padre del causante, el acto deberá integrarse con la madre (pues ambos tienen igual derecho sobre los bienes [art. 3567]), pero no tiene que probar la inexistencia de cónyuges e hijos del causante. Por su parte, el nieto deberá probar la muerte de su padre y traer a su abuela. ¿Sencillo, no? Si surge del vínculo invocado la existencia de un heredero con igual o mejor derecho, deberá compare-

41. MOLINARIO, Alberto D., "Derecho sucesorio y derecho registral inmobiliario", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 1976-B, p. 537.

cer al acto o acreditarse su fallecimiento o la renuncia o cesión de los derechos hereditarios.

### 6.1. *Protección del tercero adquirente*

Y aquí aparece el problema que desvelaba a Bibiloni: ¿qué pasa si hay un heredero concurrente o preferente? Por ejemplo, la madre e hijo legítimo del causante venden un inmueble ocultando la existencia de un hijo ilegítimo o, de buena fe, desconociendo su existencia. ¿Qué problema para el comprador, ¿no?

El gran error del pensamiento jurídico argentino es creer que el proceso judicial puede, por sí mismo, poner algún tipo de freno a este problema. En relación al tercero adquirente, su resguardo se encontrará siempre en la existencia de una norma ad hoc y no en el proceso en sí.

Para demostrar esto, citemos a Fleitas Ortiz de Rozas, quien explica que el primitivo Código Civil austríaco establecía que nadie podía entrar por sí en la posesión de una herencia; el derecho a la sucesión debía justificarse ante el tribunal que se pronunciaba sobre la entrega de la posesión y ordenaba la inscripción de los bienes. Pero no existía una norma de protección del tercero adquirente y, por aplicación de los principios generales, los terceros no tenían defensa alguna frente al heredero real.<sup>42</sup> Es decir: el proceso sucesorio no sirve para proteger al adquirente.

Sin embargo, en nuestro país, ha dicho Llambías que

... a partir de la reforma del art. 1051 se brinda protección al tercero adquirente a título oneroso y de buena fe, con un carácter general y que lógicamente comprende o abarca al adquirente de un heredero aparente.<sup>43</sup>

El artículo 3430 es, pues, completamente superfluo y no tiene más objeto que seguir perpetuando innecesarios juicios sucesorios.

Se advierte así que la garantía al tercero adquirente no tiene relación alguna con la forma de otorgar la posesión hereditaria (que puede ser por la misma ley, como en el caso del art. 3410) ni con los recaudos que se adopten antes de otorgarla (publicar edictos, citar a otros coherederos, etc.), pues basta la norma que ampare al tercero, sean cuales sean las opciones elegidas por el legislador.

42. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel M., "El heredero aparente: el problema y la ley", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 137, pp. 855-876.

43. LLAMBÍAS, Jorge J. y otros, óp. cit. (cfr. nota. 38), p. 397.

## 6.2. *El heredero relegado*

Dice un gran defensor de nuestros procesos judiciales:

Es fácil imaginar el supuesto en que un hermano oculta la existencia de otro, tal vez ausente, y logra de esta forma hacerse declarar heredero y, con la posesión judicial de la herencia, disponer de los bienes del causante.<sup>44</sup>

Y tiene razón; el sistema no tiene forma de evitarlo y ello demuestra su total inoperancia. Es un trámite inútil en busca de un resultado imposible. Pero el interés en proteger los derechos de un eventual tercero es solo un argumento oportunista para seguir defendiendo procesos sucesorios indefendibles. La única herramienta, y por demás inútil, que tiene a su alcance la justicia para evitar que un heredero oculte la existencia de otro son los edictos, piezas anacrónicas y sin utilidad práctica que, como es sabido, nadie lee y así lo sostiene la doctrina más objetiva.<sup>45</sup> Para demostrar que la preocupación en la existencia de otros herederos no es sincera, basta asomarse al Código de Procedimientos nacional. Al heredero instituido en el testamento solo le es requerido mostrar este instrumento para ser investido con la posesión hereditaria, sin que nadie le pida publicación de edictos ni se preocupe de la existencia de otros coherederos, y esto es así desde hace más de cien años y no lleva visos de ser modificado.

La mejor defensa contra alguien que pretenda perjudicar a un coheredero es hacerle saber y, mejor aún, insertar en la escritura que ocultar la existencia de un heredero con un derecho concurrente constituye una estafa por omisión, que recibe una sanción que fluctúa entre un mes y seis años de prisión,<sup>46</sup> sin perjuicio de las indemnizaciones que reclame el damnificado. Empero, no hay que preocuparse. Aun siendo extremadamente sencillo ocultar la existencia de un heredero, es interesante hacer constar que, sobre casi 18.000 sucesiones iniciadas en la Justicia Civil de la Capital Federal (año 2004), solo se suscitaron 10 acciones de petición de herencia: es decir, una bajísima tasa de litigiosidad, el 0,05 %.<sup>47</sup>

## 6.3. *La experiencia francesa y el acta de notoriedad*

Creo que el argumento más contundente a favor de nuestro Código Civil es recordar que similares soluciones se aplican en

44. DI LELLA, Pedro, "Suficientes instituciones funcionan mal para enmendar las que funcionan bien" (ponencia presentada en las XX Jornadas de Derecho Civil [Buenos Aires, 2005]).

45. LLAMBÍAS, Jorge J. y otros, óp. cit. (cfr. nota 38), p. 352; BELLUSCIO, Augusto C., óp. cit. (cfr. nota 40), p. 195.

46. SCHNEIDER, Mariel V., "Heredero aparente de mala fe y delito de estafa por omisión", en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 1/1/2002, tomo 2002-E, p. 1023.

47. Datos estadísticos de la Cámara Civil, obtenidos en la página web de la Corte Suprema de Justicia, <[www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)>: protocolización de testamentos, 44; ab intestato, 16.491; testamentarias, 1271; vacantes, 14 [información de abril de 2005]).

Francia, desde hace dos siglos, sin mayores inconvenientes. Y no es ninguna aldea feudal, sino un país de más de sesenta y seis millones de habitantes y una de las diez economías más poderosas del mundo. Sin embargo su transmisión sucesoria no recurre indiscriminadamente a un proceso judicial.

Así, explica Belluscio:

... en el derecho francés se conoce como acta de notoriedad el acto pasado ante ciertos oficiales públicos por el cual los declarantes atestiguan que un hecho es –según una fórmula consagrada– de notoriedad pública y de su conocimiento personal [...] constituye –tanto en las sucesiones legítimas como en las testamentarias– el modo no previsto en la ley sino basado en una práctica constante de demostrar la calidad de heredero, para lo cual no es necesario y ni siquiera posible acudir a la intervención de los jueces. A partir del acta de notoriedad, el escribano extiende certificados de propiedad para su presentación ante bancos, sociedades y administraciones diversas, así como los relativos a los inmuebles para su publicación en los registros inmobiliarios y la transferencia de los automotores.<sup>48</sup>

El trabajo de Belluscio (que desgraciadamente no se ocupa de la cuestión registral; es decir la más importante de todas) remarca que las costumbres francesas se construyen alrededor del *acta de notoriedad*. En su trabajo, brinda un fuerte espaldarazo a la actuación notarial en los procesos sucesorios, diciendo:

La mera demostración del carácter de heredero, si no hay controversia, no precisa de la actuación de los tribunales, ya que se limita al cotejo de la documentación de la cual surge el vínculo o la disposición por causa de muerte invocados por los interesados, y a lo sumo una sumaria declaración de testigos. Por lo tanto, puede suplirse con ventaja por un trámite notarial privado acreditativo de la notoriedad de la situación, como el que se lleva a cabo en Francia o en España, bien que debiera ser perfeccionado mediante una reglamentación legal que estableciese cuál será la documentación que deba ser entregada al notario a fin de que este expida una certificación del carácter de herederos en las sucesiones ab intestato, cómo debe ser comprobada ante él la autenticidad del testamento ológrafo a fin de que lo protocolice, si es necesaria la declaración de testigos, si es menester una actuación notarial cuando el testamento ha sido otorgado por acto público y cómo impedir la duplicidad de actas.<sup>49</sup>

48. BELLUSCIO, Augusto C., óp. cit. (cfr. nota 40), p. 181.

49. *Ibidem*.

Sin embargo, lo único que deberíamos tomar de la experiencia francesa es la inutilidad de nuestros propios procesos judiciales. Pero no debemos caer en el error de crear inútiles procedimientos notariales. Es que tengo la impresión de que, así como nosotros hemos desarrollado el fetiche de la declaratoria de herederos judicial (talismán al cual nos aferramos para conjurar la angustia de no saber a ciencia cierta quiénes son los herederos del causante), los franceses han desarrollado el del acta de notoriedad notarial.

Belluscio nos explica que durante mucho tiempo la costumbre notarial consideraba equivalentes el acta de notoriedad y la relación de antecedentes hecha por el escribano como preámbulo del inventario. Estas relaciones eran, en lo esencial, muy similares a las consignadas en la escritura de partición que transcribimos con anterioridad.<sup>50</sup> Mas, en el año 1964, la Corte de Casación juzgó que el notario era responsable por la omisión de un heredero al haberse abstenido de requerir el acta de notoriedad y conformarse con las declaraciones de los interesados y la deliberación del consejo, aun –y aquí viene el fetichismo– cuando verosímilmente se habría incurrido en el mismo error en caso de levantarse aquella. Es decir, se responsabiliza al notario aunque se afirma que el acta de notoriedad no hubiera servido para evitar la omisión del heredero.<sup>51</sup>

El acto notarial *a la francesa* no es más que otro trámite inútil, puesto que, en lo sustancial, se asienta sobre las declaraciones de testigos que afirman haber conocido al difunto, sobre el lugar y fecha del fallecimiento, que no se ha levantado inventario y que no se le conoce disposición por causa de muerte; es decir, los mismos hechos sobre los cuales pueden declarar los herederos. Y es indudable que si los sucesores desean hacer algún embeleco, no les será difícil conseguir un testigo falso ad hoc; ergo, los testigos nada suman a la certeza de los derechos.

Aun siendo Belluscio el doctrinario más ceñido a los términos del Código Civil –¡lástima que no se ocupó de la cuestión registral!– disiento de su opinión y lamento que considere necesaria una reglamentación para perfeccionar el sistema del Código Civil. Por un lado, existen cuestiones constitucionales que lo impiden, ya que las provincias no pueden reglamentar el Código Civil. Pero, más allá de eso, la misma idea de una reglamentación constituye, en sí misma, un freno al impulso que debe tener el notariado en esta cuestión. Seguramente, otro hubiera sido el

50. *Ibíd.*, p. 188 (se puede ver una fórmula de preámbulo de inventario).

51. *Loc. cit.*

impacto de las palabras de Belluscio si no hubiera sugerido perfeccionar el régimen del Código Civil con una reglamentación.

Es verdad que, al internarnos por un camino nuevo –como es la aplicación del artículo 3410 en su espíritu original–, pueden surgir dudas y titubeos, pero eso no justifica quedarse paralizado hasta que todos los interrogantes queden resueltos por una norma reglamentaria. Escribo estos párrafos y pienso que el Código Civil se limita a decir en su artículo 1003:

Si los otorgantes fuesen representados por mandatarios o representantes legales, el notario expresará que se le han presentado los poderes y documentos habilitantes, que anexará a su protocolo...

Y nadie ha pretendido reglamentar qué documentación se debe solicitar en todos los casos de representaciones posibles, sino que los distintos supuestos han sido estudiados y analizados por la doctrina sin esperar –ni alentar– una reglamentación ad hoc. Lo mismo hay que hacer en relación con la práctica sucesoria: buscar, mientras se avanza, las respuestas nuevas a los interrogantes nuevos.

Acá van algunos aportes sobre los temas que justifican, según Belluscio, una reglamentación.

Básicamente, los herederos deben demostrar el hecho de la muerte del causante o de un heredero preferente, los casamientos, los divorcios, los nacimientos, la cesión o renuncia a los derechos hereditarios, lo que se logra con documentación que los escribanos estamos acostumbrados a manejar, y no parece necesario contar con una reglamentación a estos efectos.

Sobre la cuestión de la existencia de testamentos, recordemos que la doctrina tiene dicho que el heredero testamentario cuando además es legitimario no debe pedir la posesión hereditaria, lo cual sería redundante.<sup>52</sup> Ya Segovia sostenía que también es innecesario pedirla cuando otro coheredero ya la tiene (ya sea de pleno derecho o conferida judicialmente) y reconoce el carácter y los derechos de quien no la tiene.<sup>53</sup>

De esto extraigo que: a) debe haber, al menos, un heredero con posesión de pleno derecho; b) deberán concurrir a la partición los herederos legitimarios no mencionados en el testamento, pero cuya existencia se presume, y los herederos designados en el testamento, que no deben pedir la posesión hereditaria. En el supuesto de testamento ológrafo, estando todos los herederos

52. BUERES, Alberto J. (dir) y HIGHTON, E. I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, tomo 6-A, Buenos Aires, Hammurabi, p. 349.

53. Ver SEGOVIA, Lisandro, *Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1881, p. 456.



de acuerdo en la autenticidad del testamento (puesto que, de otra manera, el escribano no haría partición) es ocioso llevar el testamento al juez y bien puede el escribano protocolizarlo en el mismo instrumento. En cuanto a los testigos, el Código Civil no los exige para realizar la partición ni ningún otro acto sobre los bienes, por lo que mal podría exigírsele por vía reglamentaria. Lo más interesante es el punto de la duplicidad de actas, pues muestra cómo la archiconocida *declaratoria de herederos* más la doctrina y la jurisprudencia nacida a su sombra influyen en nuestra mirada sobre la realidad. Es así como Belluscio, luego de analizar la experiencia francesa, donde no parece haber ningún mecanismo para evitar la duplicidad de actas, se inquieta ante este vacío y pretende eliminarlo por vía reglamentaria. Lo que debemos preguntarnos es ¿cuál es, en definitiva, el problema de la existencia de varias actas sobre el mismo causante? Belluscio afirma:

A partir del acta de notoriedad el escribano extiende certificados de propiedad para su presentación ante bancos, sociedades y administraciones diversas, así como los relativos a los inmuebles para su publicación en los registros inmobiliarios y la transferencia de los automotores.<sup>54</sup>

Cuando el sucesor se presente ante estas instituciones con su certificado extendido por el escribano, se enterará de la existencia de un acta anterior porque los obligados no se avendrán a pagar dos veces y los Registros no registrarán, puesto que los bienes han dejado de estar a nombre del causante. Aún más, en nuestro derecho, cuando de bienes registrables se trata, la existencia de actas anteriores surgirá del certificado registral previo al otorgamiento del acto por los herederos. Por ello, es superflua la creación de cualquier otro trámite.

## 7. Conclusión

De todo lo analizado, extraigo dos sencillas e irrefutables verdades:

- 1) Los herederos mencionados en el artículo 3410 no requieren una *declaratoria de herederos* (ni ningún otro trámite judicial o notarial) para entrar en la plena propiedad de los bienes que componen la herencia, pudiendo disponer libremente de ellos.

54. BELLUSCIO, Augusto C., óp. cit. (cfr. nota 40), p. 181.

- 2) Las normas registrales no pueden obstaculizar la inscripción de los actos de los sucesores solicitando una declaratoria de herederos de la cual se encuentran eximidos por el Código Civil.

Son fáciles de recordar y tienen la virtud de ser una filosa herramienta para tener en cuenta al sopesar los distintos discursos sobre las sucesiones, ya que, si parten de la base de negar estas afirmaciones, son equivocados y contrarios a nuestro ordenamiento civil.

#### Notas extendidas

1. Ver mis aportes en el XIV Congreso Nacional de Derecho Registral (Córdoba, 2006). Además: PICASSO, Esteban M., "La sucesión sin proceso ni declaratoria de herederos", en *Cuadernos del Centro de Estudios Notariales*, Lomas de Zamora, Delegación Lomas de Zamora del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 3 (presentado en la XXVIII Jornada Notarial Argentina [Rosario, 2008]). Íd., "Los herederos del art. 3410 del Código Civil y la inscripción registral de sus actos (sin declaratoria)", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 891, enero-marzo 2008, pp. 57-68. Íd., "El falso paradigma de las declaratorias de herederos", en *Revista de Derecho de Familia, Persona y Sucesiones*, Buenos Aires, La Ley, noviembre 2009. Íd., "El paradigma de la declaratoria se defiende", en *Revista de Derecho de Familia, Persona y Sucesiones*, Buenos Aires, La Ley, agosto 2010, p. 203.

30. *Fallos*, 278: 62; 8/6/1982, "Baez, Ambrosio A. c/ Báez, Pablino M.", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 1982-C, p. 409; 26/6/1984, "Widman, Juan c/ Segovia, José M.", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 1985-B, p. 291, y en *Jurisprudencia Argentina*, 16/1/1985; 10/3/1992, "Jakim, Horacio S. c/ Amparo Compañía Argentina de Seguros S. A.", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 30/11/1992; 3/12/1991, "Cornes, Guillermo J. J. c/ Massuh S. A. - División Adamas", en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 30/12/1992.

## Anexo. Las sucesiones notariales y el anteproyecto de Código Civil

Esteban M. Picasso

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El fracaso de una política. 3. Sucesión ab intestato versus sucesión testamentaria. 4. El heredero aparente. 5. Los herederos forzosos sin investidura judicial.

### 1. Introducción

Ya entregado a la redacción de la *Revista del Notariado* el artículo que antecede, nuestra Presidenta anunció una profunda mo-

dificación del Código Civil, que –hasta donde sé– fue gestada por un puñado de abogados que hizo circular sus ideas entre no más de un centenar de juristas. Todo de forma tan subrepticia que, al escribir estas líneas –30/3/2012–, no logré encontrar el proyecto en Internet y solo pude interiorizarme de su contenido por una copia remitida por un colega. Como algunas de las novedades tienen estrecha relación con el tema de las sucesiones y el artículo ya redactado, solicité al director unas cuartillas más para ocuparme del tema.

La innovación más trascendente es que se institucionaliza, en el título VII del libro V, un proceso sucesorio judicial que tiene por objeto identificar a los sucesores, determinar el contenido de la herencia, cobrar los créditos, pagar las deudas, legados y cargas, rendir cuentas y entregar los bienes (art. 2335). Si la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia. Puede ejercer todas las acciones transmisibles que correspondían al causante. No obstante, a los fines de la transferencia de los bienes registrables, su investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos (art. 2337).<sup>1</sup>

Recalco: este proceso sucesorio es judicial y –claro está– es contrario a cualquier expectativa que pudiera tener el notariado de participar activamente en estos trámites.

## 2. El fracaso de una política

Esta solución no me sorprende en lo más mínimo. Es el único resultado esperable, dada la política medrosa que ha tenido la mayor parte de la dirigencia notarial en torno a esta cuestión. Grandes organizadores de charlas, seminarios y congresos sobre las incumbencias notariales en los procesos voluntarios, dispuestos siempre al estudio teórico y a defender las virtudes notariales frente a los mismos escribanos, pero apocados y timoratos para ensayar cualquier acción que pudiera poner en entredicho las incumbencias que los abogados supieron ganar pisoteando –con nuestra notarial venia– todo el Código Civil.

En lugar de defender nuestras incumbencias, la acción política –si se puede llamar así a reuniones protocolares o a la mera

1. El mismo proyecto dice que la partición del acervo sucesorio es “declarativa y no traslativa de derechos”, por lo cual, en realidad, no sería necesaria la declaratoria de herederos para inscribir la partición hereditaria; pero –más allá de su evidente desprolijidad– no hay duda de que el espíritu de la norma es imponer el proceso sucesorio.

entrega de proyectos legislativos– se centró en pergeñar o avallar vergonzosas participaciones de los notarios bajo la sombra de los jueces y como meros partiquinos de los abogados. Y no hago leña del árbol caído; lo digo ahora porque ya lo dije antes:

... se han aplaudido iniciativas, como el Proyecto de la Comisión Reformadora, en las cuales el escribano se adosa a los trámites sucesorios sin ninguna ventaja para el justiciable porque los gastos aumentan al agregar nuestra presencia [...] la diplomacia de la seducción descansa en que los abogados sigan percibiendo sus honorarios y permitan a los escribanos cobrar los suyos. Creo que no es necesario agregar que quienes pierden son nuestros requirentes, al tener que abonar, aún más, por los trámites sucesorios [...]. Desde lo teórico, y en lo personal, tal sendero me parece poco ético; se asemeja demasiado a compartir un botín de guerra que hoy un sector usufructúa a espaldas de las normas legales. Es, además, un papel indigno para el notariado, pues implica renunciar a la lucha por sus propias incumbencias, otorgadas por el Código Civil [...] por seguir esta línea de conducta y negociación, el notariado ha perdido tiempo en desarrollar, defender y publicitar proyectos que realmente promuevan las virtudes de las sucesiones notariales: rapidez, economía, sencillez.<sup>2</sup>

¿Está todo perdido? No. Siempre podremos realizar elegantes reuniones para seguir hablando ad infinitum sobre la intervención notarial en los trámites sucesorios y seguir palmeándonos las espaldas entre nosotros. Pero, si lo que se busca es un resultado concreto, es evidente que debemos convertir la crisis en oportunidad, abandonar toda esta política a lo Chamberlain y decidirnos –realmente– a ponerle el cascabel al gato. A mi modo de ver, esto solo se logra granjeándose el apoyo de los justiciables, demostrándoles que los procesos sucesorios son, en la mayoría de los casos, un juicio inútil, complicado y oneroso, cuya mayor utilidad es equilibrar las finanzas de los abogados, y que los escribanos podemos ofrecer soluciones más prácticas, rápidas y sencillas. Obviamente, esto implica debatir con los abogados e ir a enfrentarlos en lo que ellos consideran sus incumbencias.

Y el momento es más que oportuno, no solo porque la misma Presidenta ha puesto en la agenda de la ciudadanía el tema de la reforma –es decir, ha dejado de ser una discusión de profesionales–, sino porque el mismo anteproyecto, como veremos, es un arma formidable para demostrar algunas verdades en torno al proceso sucesorio. Es que, como gran paradoja, estas in-

2. PICASSO, Esteban M., *Sucesiones ante escribano (su presencia en el Código Civil y nuevos proyectos legislativos)*, Buenos Aires, Di Lalla, 2007, p. 168.

novaciones alientan, por lo menos, desde la letra de la ley (que seguramente no logrará alterar nuestras seculares prácticas), además de apoyar, por vía indirecta, las afirmaciones que vengo sosteniendo.

### 3. Sucesión *ab intestato* versus sucesión testamentaria

El anteproyecto, siguiendo los tradicionales lineamientos del Código de Procedimiento nacional, estatuye dos procedimientos diferentes para las sucesiones, según existan o no disposiciones testamentarias. Las dos diferencias que aquí importan son que el heredero que inicia la sucesión *ab intestato* debe denunciar la existencia de otros herederos y publicar edictos por un día en el *Boletín Oficial* para que quienes se consideren con derecho a los bienes se presenten dentro de los tres días (art. 2340). Nada de esto se establece para las sucesiones testamentarias (art. 2339), y el heredero instituido queda investido de la calidad de heredero con la declaración de validez formal del testamento (art. 2339). Esta diferencia, que se origina en las leyes coloniales<sup>3</sup>, se arrastra en nuestro Código de Procedimientos nacional y en la mayoría de los provinciales y demuestra, muy a las claras, que a la comunidad jurídica, en realidad, le importan un ardite los derechos de los herederos preteridos o de los acreedores del causante. Es así que, si un completo extraño al círculo familiar, digamos la amante del causante, se presenta con un testamento, es puesto en posesión de la herencia sin más trámite, aunque conozca perfectamente que el *de cuius* tenía una esposa y cuatro hijos menores de edad. Pero, si se presenta la esposa por sí y sus hijos menores de edad, es obligada a publicar edictos razonando que tal vez el caballero tenía otro hijo de alguna amante cuyos derechos deban ser preservados.

Por otro lado, es en los edictos y no en otra cosa donde la teoría jurídica hace descansar la pretendida importancia de un proceso inútil. El anteproyecto, casi con ironía, reduce a su mínima expresión cualquier efecto práctico del proceso sucesorio al disminuir hasta la insignificancia las publicaciones. Si antes lo habitual era efectuarlo por tres días en un diario de la zona y en el *Boletín Oficial*, ahora se limita a un solo día en este último. Ningún autor serio defiende la efectividad de los edictos. Y todos sabemos que ningún heredero se preocupa en leerlos para saber si se ha iniciado un proceso sucesorio que

3. BELLUSCIO, César A., *El juicio sucesorio y la prueba de la calidad de heredero*, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 841, p. 194.

le interese. Pero, si se elimina la publicación de edictos, se derrumba todo la pretendida utilidad del proceso sucesorio ab intestato y todo el discurso construido por la grey jurídica sobre él, por lo cual era necesario mantenerlo, aunque fuera reducido a la mínima expresión.

#### **4. El heredero aparente**

El anteproyecto tiene como virtud demostrar, como sostuve con anterioridad, que la protección del tercero que contrata con el heredero aparente no descansa en la declaratoria de herederos o en la intervención de un juez.

Artículo 2315. Actos del heredero aparente. Son válidos los actos de administración del heredero aparente realizados hasta la notificación de la demanda de petición de herencia, excepto que haya habido mala fe suya y del tercero con quien contrató.

Son también válidos los actos de disposición a título oneroso en favor de terceros que ignoran la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, o que los derechos de este están judicialmente controvertidos.

El heredero aparente de buena fe debe restituir al heredero el precio recibido; el de mala fe debe indemnizar todo perjuicio que le haya causado.

Esta norma bien podría ser los términos de nuestro actual 2430; no habla de la declaratoria de heredero y acredita que mencionarla era innecesario para subsanar las deficiencias que se advertían en la redacción original dada por Vélez Sarsfield.

#### **5. Los herederos forzosos sin investidura judicial**

Pero lo más interesante del anteproyecto es que nos coloca en la necesidad, al menos teórica, de revisar nuestros postulados sobre la actuación de los herederos.

Artículo 2280. Situación de los herederos. Desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquel de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión, y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor...

Artículo 2325. Actos de administración y de disposición. Los actos de administración y de disposición requieren el consentimiento de todos los coherederos, quienes pueden dar a uno o varios de ellos o a terceros un mandato general de administración...

Artículo 2337. Investidura de pleno derecho. Si la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia. Puede ejercer todas las acciones transmisibles que correspondían al causante. No obstante, a los fines de la transferencia de los bienes registrables, su investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos.

Corolario del juego de estas normas es que los herederos no necesitan una declaratoria de herederos para los actos de administración ni para los de disposición que no involucren bienes registrables. De aprobarse este anteproyecto, los escribanos deberíamos despertar a la realidad de escrituras en que determinadas personas invocan ser coherederos de un causante, ya sea para extender mandatos de administración o disposición o –directamente– para realizar dichos actos, y todo ello sin contar con ninguna declaratoria de herederos.

Esta intervención notarial, como ya dijera en la nota principal, se debe realizar teniendo a la vista la partida de defunción del causante, los instrumentos que dicen parentesco de los otorgantes con el *de cuius*, y observando que no falten herederos de derecho igual o preferente pero sin caer en la petición de pruebas diabólicas. Supongamos que el causante era titular de un boleto de compraventa sobre un importante bien. Queda más claro, merced a la nueva normativa, que no necesita una declaratoria de herederos para ceder el boleto a un tercero. De la misma manera, tampoco la necesitan para percibir o ceder una imposición bancaria ni cualquier otro crédito que el causante tenga contra un tercero. Además, por imperio de las mismas normas, el tercero no puede solicitar que los herederos acrediten su derecho por intermedio de una declaratoria de herederos. Este instrumento, vale reiterarlo, juega únicamente en relación a los bienes registrables. Lo único que puede pedir el deudor es que sean todos los coherederos los que se presenten a percibir el crédito o a cederlo, en su caso, atento a lo dispuesto por el artículo 2325. El

anteproyecto, en su artículo 883, ampara los pagos hechos al acreedor aparente, que incluyen, claro está, el presente supuesto, protección similar al del actual 732.

Casi como una burla del destino, estos artículos nos llevan, expresamente, a tener que elaborar una praxis de la actuación de los sucesores sin declaratoria, pero sabiendo que la misma no alcanza a los bienes registrables. La misma praxis que el notariado, con notable tozudez, se negó a desarrollar por más de un siglo. Pero yo creo que este anteproyecto –en caso de ser sancionado– no logrará romper nuestras prácticas seculares: los abogados seguirán tramitando inútiles declaratorias y engrosando los procedimientos con inútiles trámites, y nosotros trataremos de no molestarlos con planteos incómodos.

## Responsabilidad del escribano

Obligación de restituir las sumas de dinero que recibió en depósito para una inversión inmobiliaria. Retención indebida. Relación contractual entre el depositante y el escribano depositario. Rechazo de la responsabilidad subsidiaria atribuida al fondo fiduciario de garantía.

• CNCiv., Sala F, 5/10/2011, “G., E. R. c/ L. s/daños y perjuicios”. (Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, nº 102, año xxvi, 1/6/2012, fallo 116325).

**Hechos:** *Una persona que entregó a un escribano una suma de dinero en moneda extranjera a fin de que fuera otorgada en préstamo a un tercero para la adquisición de un inmueble y constitución de hipoteca de primer grado en favor del prestamista inició demanda contra dicho notario a fin de obtener la restitución del dinero. Alegó que la operación no se realizó y que el notario retuvo de forma indebida el importe. El juez de primera instancia admitió*

*parcialmente la acción e hizo extensiva la condena al fondo fiduciario de garantía del Colegio de Escribanos. La sentencia fue apelada y la Cámara la modificó.*

1. El escribano demandado debe restituir al accionante las sumas de dinero que este le entregó en depósito a fin de que fueran otorgadas en préstamo a un tercero para la realización de una escritura de compraventa y constitución de