

# La persistente presencia de los procedimientos sucesorios notariales en el nuevo Código Civil y Comercial y su proyección al futuro

Esteban M. Picasso

## RESUMEN

Se explica que el único obstáculo legal para la plena intervención de los escribanos en los trámites sucesorios se encuentra en las normas registrales, y, por ello, se recomienda la modificación del artículo 2337 del Código Civil y Comercial, para superar este escollo. La comprensión de la cuestión se encuentra condicionada por las equivocadas interpretaciones y creencias en torno a los procesos sucesorios. Como el autor considera que los mismos problemas interpretativos que inhibieron la actuación notarial en los procedimientos sucesorios durante la vigencia del anterior Código Civil se presentan en el nuevo Código Civil y Comercial, se realiza una revisión de los antecedentes históricos del tema.

## PALABRAS CLAVE

Procedimientos sucesorios, actuación notarial, inscripción registral, declaratoria de herederos.

*Fechas de recepción y aceptación*

3/7/2018 - 18/7/2018

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La solución elegante. 3. Una discusión centenaria. 4. ¿Una solución criticable? 5. La declaratoria de herederos y la cuestión registral. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

## 1. Introducción

El nombramiento de una comisión reformatora del recientemente sancionado **Código Civil y Comercial** (en adelante, “la Comisión” y “el CCCN”)<sup>1</sup> brinda una inmejorable oportunidad al notariado para insistir en que se remueva el único obstáculo legal que impide nuestra intervención en la gran mayoría de los procedimientos sucesorios que,

1. [N. del E.: El **Decreto PEN 182/2018**, del 7/3/2018, creó en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la Comisión para la Modificación Parcial del Código Civil y Comercial de la Nación, integrada por los doctores Julio César Rivera, Ramón Daniel Pizarro, Diego Botana y Agustina Díaz Cordero].

como veremos, se reduce a las disposiciones registrales. Este objetivo solamente se podrá alcanzar si se puede presentar y defender ante la Comisión y la sociedad en su conjunto una solución rápida, sencilla y económica al *tramiterío* sucesorio; una alternativa a nuestros arcaicos procesos judiciales que –en un abrir y cerrar de ojos– descongestione los tribunales, aliviando la tarea de innumerables jueces que podrán abocarse a temas más importantes que el papeleo burocrático, y libere a los herederos de trámites engorrosos y de costos exorbitantes. En este sentido, es indiscutible que para las sucesiones en que todos los herederos sean capaces y no exista conflicto entre ellos la solución más extraordinaria sigue siendo la que surgía de nuestro viejo Código Civil y que aún se encuentra claramente establecida en el nuevo, aunque –curiosamente– no la podemos ver.

## 1.2. La actuación notarial en los procedimientos sucesorios en el Código Civil y Comercial

Lamentablemente, hemos profundizado poco en la correcta interpretación y aplicación del Código Velezano que simplificaban extraordinariamente los trámites sucesorios, y casi cien años nos separan de las últimas escrituras extendidas a tenor de una correcta interpretación de su normativa. Nuestro conocimiento y percepción sobre el valor jurídico de sus disposiciones descansan básicamente sobre lo afirmado por las sólidas legiones conformadas por sus detractores. No es tarea sencilla refutar todas las interpretaciones erróneas, las creencias infundadas, las afirmaciones aventuradas, los razonamientos inconsistentes y hasta las falsedades aviesas y malintencionadas que se realizan en torno a nuestro viejo *Código Civil* (en adelante, “CCIV”) y su modo de proveer a la transmisión sucesoria. Es por eso que de todas las maneras posibles de presentar el tema de manera sencilla, elegimos una inspirada en el “pensamiento lateral”, que, según sus impulsores, nos debería llevar a romper patrones rígidos de pensamientos, desarrollando así ideas más creativas e innovadoras. Se supone que, de esta manera, podremos encontrar respuestas diferentes, nuevas e ingeniosas para problemas ya conocidos. Y es indudable que esto es lo que necesitamos para dar un poco de aire fresco al replanteo de esta antigua cuestión.

Entonces, abordaremos el problema enfrentándonos a un sencillo mandato de administración. Los otorgantes son la viuda de un señor recientemente fallecido y sus dos hijos: pretenden dar un poder a un tercero para administrar algunos bienes de la sucesión, entre ellos un inmueble cuya locación hay que renovar, para lo cual es necesario adicionar al mandato facultades especiales. El tema, como se ve, no es nada complejo, pues se encuentra legislado específicamente en el artículo 2325 *CCCN*.

*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.

Son necesarias facultades expresas para todo acto que excede la explotación normal de los bienes indivisos y para la contratación y renovación de locaciones.

Si uno de los coherederos toma a su cargo la administración con conocimiento de los otros y sin oposición de ellos, se considera que hay un mandato tácito para los actos de administración que no requieren facultades expresas en los términos del párrafo anterior.

El inconveniente es que –como el causante falleció hace dos días– estos requirentes no tienen declaratoria de herederos a su favor. ¿Será menester solicitarla? Nosotros razonamos que el artículo 2325 CCCN pertenece a un título encabezado por el artículo 2323, que advierte que sus disposiciones se aplican “desde la muerte del causante hasta la partición”. Y todos sabemos que una declaratoria no se consigue de un día para el otro. Asimismo, el capítulo al cual pertenece el artículo se llama “Administración extrajudicial”, y no parece muy coherente pensar que frente a un encabezado así deba contarse con un pronunciamiento judicial, más aún cuando el proceso sucesorio se contempla en el CCCN en un título distinto, el 7. Por otro lado, sabemos que nuestros requirentes tienen la investidura hereditaria de pleno derecho y la declaratoria solo se requiere para la transferencia de bienes registrables (art. 2337 CCCN), y aquí –como tenemos dicho– se trata de un sencillo poder de administración.

Estamos advertidos de que es facultad del juez –aun sin abrirse el proceso judicial– autorizar el otorgamiento de actos para los cuales es necesario el consentimiento de todos los sucesores si la negativa de uno de ellos pone en riesgo el bien común (art. 2327 CCCN). Pero no es el supuesto que nos ocupa: estos coherederos se llevan maravillosamente bien y no tienen ningún problema en suscribir el poder, por lo cual tampoco están reunidos los requisitos para la actuación judicial.

¿Es necesario que exhiban las actas de matrimonio y de nacimiento al escribano? Es de muy buena práctica. Si bien no son documentos habilitantes –ya que los herederos lo son por derecho propio–, son instrumentos legitimantes que establecen la relación con el derecho que se ejerce. Además, razonar de otro modo llevaría al apoderado a tener que exhibir, cada vez que se los requieran, los documentos que demuestren que los otorgantes eran parientes del causante.

Pero el problema importante es otro...: estos poderes requieren el consentimiento de **todos** los herederos (art. 2325 CCCN), y la pregunta importante es quién dice quiénes son *todos*. Descartemos hipótesis: a) No lo dirá el juez pues, por las razones que explicamos, no corresponde el dictado de una declaratoria. b) Con toda seguridad, no lo dirá el escribano, ya que jamás de los jamases podrá asegurarlo.<sup>2</sup> Entonces solo nos queda: c) Serán los mismos herederos quienes manifiesten que los presentes en el acto son todos los herederos y cargarán con las responsabilidades civiles y penales que les pudieran corresponder en caso de incurrir en falsedad.

Hasta aquí el razonamiento parece inexpugnable. Es que cualquier objeción a esta cadena de explicaciones convierte en papel mojado las normas apuntadas, haciendo fracasar toda una construcción del CCCN y convirtiendo en “judicial” aquello que el código denomina “extrajudicial”, y privaría a los herederos de una herramienta ágil para estas situaciones que son cotidianas. Por último, flaco favor le haría el notariado a la comunidad si se rehusara en base a escrúpulos infundados a extender los documentos con la rapidez y economía que el Código establece. Más cuando –reiteramos– la declaratoria de herederos solo se establece para la inscripción de bienes registrables.

Analicemos dos cuestiones más. La primera, sencilla, es que cae de su peso que los herederos pueden realizar estos actos por sí; no está obligados a hacerse representar por

2. Como tampoco puede hacerlo el juez. Por ello, ha sido siempre criticada la fórmula contenida en las declaratorias de “únicos y universales herederos”. Ver MAFFÍA, Jorge O., *Manual de derecho sucesorio*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 278.

uno de ellos o un tercero. El otro punto es que el mismo artículo 2325 CCCN habilita a que los herederos realicen actos de disposición y, por ende, abre la puerta a una innumerable cantidad de actos que pueden efectuar los sucesores:

- **Disponer** de todos los bienes muebles que componen la herencia, incluyendo el derecho de percibir todas las sumas de dinero que correspondan al causante (incluye cualquier clase de depósitos bancarios).
- **Enajenar** títulos valores, ya que los mismos no son bienes registrables (art. 1815 CCCN).
- **Transferir** acciones nominativas no endosables y las no cartulares.
- **Vender** la participación en todo tipo de sociedades como de establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios (ya que tampoco se pueden considerar bienes registrables; art. 470 CCCN).
- Todo esto sin contar con disponer plenamente de todos los derechos personales que pudieran tener contra terceros.
- Además, pueden si lo desean realizar partición de estos bienes (art. 2369 CCC),

Tomaremos una última hipótesis para seguir razonando. El causante adquirió tres fastuosos pisos a construir en la más importante avenida de Buenos Aires. Los boletos se extendieron en escritura pública. Fallece cuando los departamentos estaban terminados y a punto de serles escriturado. Su cónyuge e hijos necesitan transferir urgentemente los boletos. Y urgente es ya: dos días después del fallecimiento. Los distintos cesionarios no tienen inconveniente. Confían plenamente en el asesoramiento notarial y, además, saben que sus derechos están protegidos por el artículo 2315 CCCN. Pero hay que hacer la cesión por escritura pública (art. 1017 inc. c)... ¿sin declaratoria? ¿Cuál es la recomendación que da el lector?

Y esta es la pregunta insidiosa cuya respuesta ha dividido a la doctrina en general y al notariado en especial durante fines del siglo XIX y principios del XX. En esta cuestión naufragaron las incumbencias sucesorias del notariado y esta la causa por la cual es altamente probable que la administración extrajudicial de los bienes sucesorios se convierta en letra muerta en los años venideros. Es que aunque la posibilidad de legitimar al heredero *ab intestato* en ausencia de un pronunciamiento judicial fue el gran acierto de Vélez que –inicialmente aprobado por la doctrina– fue resistido por parte del notariado y luego por normas registrales y ha sido desterrado casi completamente de nuestra práctica profesional y de nuestra manera de razonar: el heredero lo es en cuanto pueda mostrar una declaratoria judicial, digan lo digan los textos legales.

En el nuevo CCCN, la posibilidad de los herederos de administrar y disponer de los bienes sucesorios se encuentra más claramente expuesta que en el ordenamiento anterior. La contradicción está ahí, interpelándonos. Si los herederos pueden –sin una declaratoria– ceder los derechos emanados de un boleto de compraventa sobre un importante inmueble, ¿a título de qué lo necesitan para transferir el dominio del mismo inmueble? Si logramos resolver la contradicción, podremos exigir una incumbencia que hemos perdido a lo largo de los años. De no ser así, ni siquiera nos animaremos a realizar –en ausencia de una declaratoria– los poderes de administración contemplados en el artículo 2325 CCCN.

## 2. La solución elegante

En las matemáticas se utiliza el concepto de “elegancia” para distinguir la solución de un problema que sorprende por su simpleza sin perder por ello eficacia. No sabemos si alguien ha aplicado concepto parecido al mundo del derecho, pero es indudable que, frente al mismo problema, la solución de Vélez Sarsfield muestra una elegancia que nuestros procesos sucesorios jamás tendrán.

El anterior Código funcionaba exactamente igual que las normas insertas en el nuevo y que recién analizamos. Por eso, una partición extendida según sus disposiciones era de este tenor:

... *comparecen Elena ROMAK (datos personales) viuda de sus primeras nupcias con Alfredo García, Primo GARCÍA (datos personales) y Segundo GARCÍA, (datos personales) de mi conocimiento [...] y EXPRESAN: a) Que la primera es la cónyuge supérstite y los restantes hijos legítimos de quien fuera Alfredo García, fallecido el [...] 2) Que lo acreditan con las siguientes actas y partidas [...] 3) Que son los únicos herederos del causante 4) Que vienen a liquidar la sociedad conyugal y el acervo sucesorio de la siguiente manera...*<sup>3</sup>

¿Nada más? Nada más. ¿Declaratoria de herederos? ¡Obviamente, no! ¿Cómo iba a pedir el escribano una declaratoria que el Código no contemplaba y, por el contrario, predicaba su inutilidad, ya que “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” (art. 3410 CCIV) y es propietario de los bienes desde ese momento (art. 3417 CCIV) y no existía ninguna limitación para que los enajenara? ¿Testigos? No más que los que pudiera necesitar cualquier otra escritura. ¿Edictos? ¿Comunicación al registro de juicios universales? ¿Registro de testamentos? ¿Patrocinio letrado? Nada de eso contemplaba el Código. ¿El escribano no “declara” que son herederos? Tampoco lo pedía el Código.

¿Nada más? Nada más.

¡Esta es una solución elegante! No más complicada que cualquier compraventa sencilla. Entonces, ¿por qué tenemos unos procesos judiciales interminables, complejos y horrorosamente ineficientes?

En nuestro país, es indudable que colisionaron dos concepciones distintas sobre la transmisión sucesoria. Una de ellas, habilitada en el Código de Vélez Sarsfield, permitía a los herederos actuar sin contar con una declaratoria de herederos judicial que los reconociera como tales. La otra<sup>4</sup> requería como *conditio sine qua non* la existencia del reconocimiento judicial. Este último paradigma es en el cual hemos sido educados y adoctrinados con tal eficacia que a la mayoría de los profesionales del derecho (abogados, jueces, escribanos y registradores) les parece casi ociosa cualquier discusión sobre este punto. Y este paradigma es el cual tenemos que poner en crisis para entender lo

3. No es creación nuestra. Es una síntesis de modelos similares que se encuentran en: BALDANA, Juan, *Teoría y práctica notarial*, Buenos Aires, Librería Nacional, 1913, p. 13; CASTILLO, José, *Estudio teórico práctico para el oficio de escribano público*, Buenos Aires, Pedro Igon y Cía. Editores, 1893, p. 563; CALVO, Juan L., *Actas de notoriedad, notariales y extraprotocolares*, La Plata, Ediciones Librería Jurídica, 1969, p. 169.

4. Originariamente fundada en una práctica *contra legem*, posteriormente afianzada por normas tributarias y registrales a los cuales se sumaron doctrinas y fallos *ad hoc*.

brillante del código derogado. Nuestro intento de hacerlo fue mostrando cómo, frente a un nuevo CCCN que indudablemente permite la disposición de bienes por parte de los sucesores sin una declaratoria, nuestros hábitos mentales son mucho más fuertes que la normativa legal.

### 3. Una discusión centenaria

El discurso jurídico dominante, aun dentro del notariado, nos enseña que la declaratoria de herederos es una institución que tiene su origen en el derecho indiano, que hunde sus raíces en las leyes de partidas, y que, por eso, la posesión de pleno derecho, legislada por Vélez Sarsfield, no pudo hacer pie en nuestro derecho. La historia es más complicada que eso...

¡Viva la Federación!

[Hay un sello que dice: “Vivan los federales, mueran los unitarios”]

En la Ciudad de Buenos Ayres, a quince de septiembre de mil ochocientos treinta y siete, Año veinte y ocho de la libertad. Veintidós de la Independencia y octavo de la Confederación Argentina. Ante mí el infrascripto Escribano Público del numero de ella y testigos don [...] y la esposa de este, doña [...], todos vecinos de esta ciudad a los que doy fé, conozco y dixerón: Que por muerte de sus padres, don [...] y doña [...] ellos como sus hijos legítimos y únicos herederos con su otro hermano don..., mayores de edad, han practicado división y partición de sus bienes, extrajudicialmente, correspondiéndoles la casa mortuoria sita en el cuartel [...], calle de Cuyo numero [...], edificada en terreno de [...] que hubo su finado padre por compra que hizo a doña [...] según escritura que le otorgo el [...] por ante el escribano publico numerario don [...] hoy finado, la cantidad de pesos [...] reales a doña [...] todo en moneda corriente. En el día han acordado vender los exponentes a don Fabián Gomez ya citado la acción de ambos que queda detallada e importa [...] pesos [...] En su testimonio así lo otorgaron y firmaron siendo testigos don [...], don [...] y don [...] Sigue a la obligación que otorgo don Geronimo Márquez a favor de doña [...] en catorce de dicho mes y año al folio cincuenta y seis. Firmados. Sebastiana Gomez, Manuel Gomez, Marcelo Ignés. [testigo {...}], [testigo {...}], [testigo {...}], y [testigo {...}]. Ante mí: N. N. escribano publico y de numero. Concuerta con la matriz.

Este es un extracto de una escritura de partición y posterior venta de bienes sucesorios transcrita por Baldana.<sup>5</sup> Tiene casi dos siglos de antigüedad<sup>6</sup> y es un indicio importante para desvirtuar las afirmaciones de quienes consideran que la partición judicial era extraña a nuestras costumbres.<sup>7</sup>

Este indicio, asimismo, es corroborado en 1884 por el entonces fiscal de la Cámara de Apelaciones de Capital Federal, Cortés, en una causa en la cual se cuestionaba un título de propiedad por no constar en él la declaratoria de herederos a favor de los dispo-

5. BALDANA, Juan, *Tratado de derecho notarial argentino*, Buenos Aires, Compañía General Fabril Financiera, 1946, p. 1375.

6. Podemos decir que tenemos una larga tradición de elegancia.

7. Cómo ya hemos visto, Baldana tiene formularios de partición extrajudicial en su libro de 1913, de lo cual se deduce inmediatamente que la institución estaba en uso aún en aquel entonces. Ver BALDANA, Juan, ob. cit. (cfr. nota 3), p. 13.

entes. Aunque la parte demandada adujera que la ausencia de la declaración se debía al poco valor de la finca, el fiscal afirmó en su dictamen que

... la verdadera explicación de aquella práctica debe buscarse y se 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 transmitía *ipso iure*, sin necesidad por parte de los herederos, para poder disponer de dichos bienes, de intervención judicial, ni declaración alguna. Este mismo derecho es el que ahora nos rige y tampoco en la actualidad, los ascendientes y descendientes legítimos para entrar en posesión de los bienes hereditarios y disponer libremente de ellos, siendo todos mayores de edad, no necesitan la intervención judicial [...] tal es [...] la verdadera explicación del supuesto defecto notado en los títulos de que se trata, en los cuales sin embargo de aludirse a diversas herencias entre padres e hijos legítimos no se contiene la declaratoria de herederos que hoy mismo no podría considerarse necesaria aunque ciertamente, no dejaría de ser útil.<sup>8</sup>

Nuestros primeros tratadistas estaban de acuerdo con tan encumbrado funcionario y critican la costumbre que empieza a establecerse de pedir una inútil declaratoria. Así, al tratar el artículo 3410, Llerena dice:

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 sólo 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 [...] 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 á 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 ó 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>9</sup>

Y dice en forma contundente

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 á los herederos.<sup>10</sup>

También Machado disparaba munición gruesa contra quienes abogaban por la declaratoria:

¿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

8. Ver CORTÉS, Gerónimo, *Vistas fiscales expedidas en el carácter de fiscal de la Cámara de Apelaciones de la Capital*, t. 1, Buenos Aires, Imprenta Europea, 1887, p. 271.

9. LLERENA, Baldomero, [comentario al art. 3410], en *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, t. 9, Buenos Aires, Peuser, 1902, 2ª ed., pp. 228-229. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente biblioteca digital de [Infojus-SAI](#); última consulta: 16/11/2018].

10. Ídem, p. 231. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente biblioteca digital de [Infojus-SAI](#); última consulta: 16/11/2018].

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 porqué 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.<sup>11</sup> [...] 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 hijuela es el verdadero y único título, pues se manda registrar como tal en el registro de la propiedad.<sup>12</sup>

### 3.1. Las posiciones notariales

No le faltaba razón a Machado al considerar que una parte del notariado se resiste a la aplicación de las soluciones establecidas por Vélez Sarsfield, ya que así queda reflejado en la *Revista Notarial* de la Provincia de Buenos Aires y la *Revista del Notariado* de Capital Federal desde sus primeros números. Así, en 1898, Gil considera que el fiscal Cortés confunde la posesión hereditaria con la demostración escrita y formal del título sucesorio. Para este escribano la declaratoria judicial se torna indispensable, pues constituye un documento habilitante, y su falta de inserción torna nula la escritura.<sup>13</sup> Dos años después, el colega González evacua una consulta diciendo:

... conceptuamos el caso de sumo interés para el notariado: Una persona murió intestada, dejando hijos legítimos, todos mayores de edad, están estos en la más perfecta armonía y desean privadamente liquidar la testamentaria por medio de escritura pública: ¿puede hacerse sin establecer previamente el título hereditario? se nos ha preguntado y hemos contestado lo siguiente: [...] En estos casos, lo regular y legal es que a la división de la herencia preceda la justificación del título hereditario y la competente declaratoria judicial para que los herederos no toquen inconveniente alguno cuando deseen transmitir a terceros el todo o parte de sus respectivas porciones hereditarias: pero si –no obstante esto– se empeñan los interesados en prescindir de tal formalidad, conceptuamos que el Escribano de Registro podría hacer el acto escriturario de división y adjudicación, siempre que le conste los hechos de una manera indubitante y consigne la falta de dicho requisito, para salvar no su responsabilidad –que no tiene ninguna– sino su competencia profesional. Escusamos decir que el caso explicado es excepcional y sólo de aplicación entre descendientes y ascendientes legítimos o entre estos y aquellos [sic] pues la regla general es que deben intervenir

11. ¿Se advierte que el mismo *horror vacui* nos perturba frente al capítulo de la administración judicial?

12. MACHADO, José O., [comentario al art. 3410], en *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, t. 8, Buenos Aires, Lajouane, 1901, pp. 597-599. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente biblioteca digital de [Infojus-SAI](#); última consulta: 16/11/2018].

13. Ver GIL, Antonio L., “Posesión hereditaria. ¿Requiere actos materiales ó basta el título legal?”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, 1898, N° 5, pp. 73-77. [N. del E.: ver texto completo [aquí](#)].

previamente los jueces, como resulta claramente de los art. 3411, 3412, 3413 y siguientes del Código citado.<sup>14</sup>

Es evidente que la melindrosa posición del colega es un abrazo de oso a la partición extrajudicial de la herencia. En 1901, Insúa, teniendo en consideración los argumentos de Machado sobre el artículo 3410 CCIV y las expresiones del fiscal Cortés, afirma que dicha doctrina:

... se conforma indudablemente con el espíritu del artículo citado, y por lo tanto, puede afirmarse que en los casos que caen bajo aquella disposición legal, la declaratoria de herederos no es necesaria para la adquisición eficiente de la posesión ni se precisa para la enajenación de los bienes de la herencia. No creo, por otra parte, que la declaratoria constituya un documento habilitante que, conforme al art. 1004, deba transcribirse en las escrituras [...] Pero de que una cosa no sea indispensable no se sigue que no pueda ser útil, y en esto disiento de la opinión del distinguido tratadista que no reconoce ventaja alguna a las declaratorias. Ante todo es necesario hacer notar que los Escribanos han creado al aplicar su ministerio, una serie de prácticas que si bien no son indispensables para la validez de los actos notariales son de verdadero interés público porque fijan y garantizan los derechos de las partes.<sup>15</sup>

Es interesante la posición de Insúa en el sentido de que respalda –sin vacilación– un trámite innecesario, sin preocuparse de los costos que aquellos involucran para los interesados. Afortunadamente, nunca faltaron colegas que defienden la doctrina correcta. El escribano Jonas escribe un excelente artículo en que, luego de abogar por la intervención notarial, expresa:

“... se me dirá ¿y si los que comparecen ante el Escribano y se dicen únicos herederos no fuere ni herederos ni únicos ¿qué sucedería? –Que si no eran herederos todo lo hecho sería nulo, y que si lo eran, sería nula la división, que habría que reformar, y en uno y otro caso, serían responsables civilmente por el valor de los bienes si hubieran recibido de más y criminalmente por la falsedad cometida. Pero eso pasa todos los días en los juicios sucesorios, y aún en testamentarios [...] porque el juez no es adivino y puede ser engañado como cualquier escribano. En la división hecha por escritura pública si está debidamente hecha, hay dos ventajas sobre el juicio sucesorio o testamentario: una evidente que salta a la vista, y es la economía de tiempo y dinero; otra improbable, y es la de que conociendo el Escribano a los causantes, a los herederos y sus negocios, con un trato bastante íntimo, frecuente y antiguo, tenga más seguridad que el juez, que por regla general no ha conocido a los causantes, no conoce a los herederos y no sabe nada de los intereses de familia.”<sup>16</sup>

14. Ver GONZÁLEZ, Leandro M., “Miscelánea. I. Pueden liquidarse sucesiones intestadas sin establecer el título hereditario”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, N° 32, 1900, p. 248. [*N. del E.*: ver completo [aquí](#)]. Se advierte claramente que si lo “regular y legal” es tramitar la declaratoria, es obvio que no hacerlo debería ser considerado “irregular e ilegal”; nuestro autor no nota la contradicción. Por otro lado, los arts. 3411-3413 CCIV no instituyen una regla general de la cual el 3410 sea una excepción; son supuestos diferentes. En todo caso, la regla general sería el art. 3410, ya que lo más habitual es que la herencia pase a los herederos forzosos.

15. Ver INSÚA, José, “Declaratoria de herederos”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 85, 1901, p. 156.

16. JONAS, E. R., “Herencias. Partición extrajudicial”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, N° 83, 1904, p. 356.

En 1908, la *Revista Notarial* lanza una consulta sobre este tema: “La división de la herencia que se otorgue de conformidad a lo dispuesto en los artículos 3410 y 3462 del Código Civil, ¿puede hacerse válidamente sin justificar judicialmente la calidad de heredero?”. Recoge el guante el colega J. González, quien afirma, haciendo base en el artículo 3410:

En presencia de este artículo no cabe a mi juicio ninguna duda para afirmar que al adquirir el heredero por efecto exclusivo de la Ley la posesión de la herencia queda habilitado para disponer de los bienes que la constituyen, como propietario que es de ellos y puede en consecuencia ejercer cualquier acto de disposición relativo a los mismos sin más restricciones que las que surjan de su capacidad legal. Y si así no fuera ¿Qué objeto tendrían las disposiciones legales citadas, especialmente las de art. 3410? Decididamente ninguno. Si el heredero a que se refiere ese artículo tuviere necesidad de justificar su título a la herencia, como en los casos de los artículos 3411, 3412 y 3413 para obtener la facultad de disponer de ella como dueño absoluto, forzoso sería concluir en que tal art. 3410 no tendría razón de ser.<sup>17</sup>

Cuatro años después, en 1911, el tema se sigue discutiendo. La redacción de la *Revista Notarial*<sup>18</sup> contesta una consulta realizada en el número anterior, donde un escribano plantea si se necesita o no la declaratoria para otorgar la división de herencia. La respuesta es muy breve y, como aclaran sus autores, se basa en un caso práctico resuelto y publicado en 1904.<sup>19</sup> Se trata de una partición realizada por un escribano sin contar con la declaratoria. Llevada a inscribir al Registro Inmobiliario de Dolores, le contestan: “Señor Escribano: No puede inscribirse, por cuanto los que realizan la división no tienen inscripto a su nombre adjudicación que solo puede tener lugar por testamento o declaratoria judicial”. Elevado el asunto al director general del Registro se expide:

Julio, 7 de 1904, Hágase saber al Señor Gerente del Registro de la Propiedad de Dolores que las observaciones que formula no tienen razón de ser y que lo resuelto por esta Dirección en casos de división de condominio no es aplicable a la escritura que presenta el Escribano Estévez Cambra que es de división de herencia...<sup>20</sup>

Concluye la consulta afirmando:

En resumen, cuando la sucesión tiene lugar con arreglo a lo establecido en el art. 3410 del Código Civil, los herederos mayores de edad pueden proceder a la división de sus bienes, sin necesidad de gestionar previamente la declaratoria de herederos. La innovación provocada por el señor Estévez Cambra mereció en ese entonces ser aplaudida, pues ella, además de facilitar en casos especiales la transmisión de los bienes beneficia grandemente a los interesados cuando, como en el presente caso, la exigüidad del valor de los bienes a

17. Ver GONZÁLEZ, J., “Divisiones de herencia”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 169, 1908, pp. 809-847. Por extraña razón, el autor, en forma sistemática, cita erróneamente los números de los artículos del Código Civil; hemos corregido ese detalle en la transcripción.

18. Ver [anónimo], en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 204, 1911, p. 2125 [sección “Correspondencia, Preguntas, Pedidos y Contestaciones”].

19. Ver [anónimo] “La herencia de padres a hijos. El artículo 3410 del Código Civil”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 120, 1904, p. 382.

20. Ídem, p. 2126. Igualmente la inscripción no prospera por constar en la escritura que los herederos se encontraban domiciliados en distinta provincia que los bienes.

dividirse, apenas sería suficiente para satisfacer, en su importe, los gastos que demandaría el obtener la declaratoria de herederos.<sup>21</sup>

Mas en seguida contestan los partidarios de la declaratoria. Así, en el número siguiente, Rodríguez, luego de reconocer que la opinión notarial no es uniforme y que ambas posiciones son defendidas por escribanos bien preparados, brinda sus argumentos, que sintetiza en estas conclusiones:

1° Que el título de herederos *ab intestato*, en el caso del art. 3410 CC solo puede ser reconocido y declarado por el juez de la sucesión, previos los trámites y formalidades legales. 2° Que la posesión de la herencia no importa la prueba del título de heredero y que, por lo tanto, para dividir enajenar o constituir derechos reales sobre bienes hereditarios, es necesaria la declaratoria judicial que reconozca tal carácter en favor de quienes pretendan celebrar actos de esa naturaleza. 3° Que la facultad que acuerda el art. 3462 del CC a los herederos mayores de edad, es a condición de justificar antes por los medios expresados el título de herederos.<sup>22</sup>

Enseguida, corre en apoyo de Rodríguez un colega que firma T. L. y P. Entre sus argumentos, desarrolla la idea de que el juicio testamentario como el intestado son instituciones de la ley procesal de orden público e irrenunciable porque no se han presentado sino en favor del ausente, como una garantía de sus derechos y a favor del fisco. El autor se destaca por ser el primero que trae en auxilio de sus ideas al derecho registral, lo cual es, en definitiva, el camino que ha seguido el CCCN.<sup>23</sup>

Sumamente destacable es que, en 1925, la oficina de consultas del Colegio de Escribanos de la Capital Federal se expide frente al caso de una observación a una partición realizada por un hijo y nieto de la causante, acreditando el deceso con la partida de defunción y su derecho con el testamento. Una síntesis de sus fundamentos se transcribe a continuación:

1° El heredero forzoso tiene su derecho a la herencia por la ley [...] 2° El art. 3430 del Código Civil confiere a los ascendientes y descendientes la posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión «sin ninguna formalidad ni intervención de los jueces». [...] 3° El testamento otorgado ante Escribano Público es y siempre ha sido considerado como un acto que hace fe absoluta, en tanto no sea impugnado. No sólo está equiparado a los demás instrumentos públicos, sino que se le juzga más solemne como ley del testador [...] de cumplimiento sagrado en tanto haya dispuesto dentro de la órbita de la ley [...] no conoce esta oficina que ese ni ningún otro acto notarial otorgado en el país esté sujeto para su eficacia, como instrumento probatorio, a la aprobación o revalidación judicial [...] 5° [...] En la escritura a dictamen, se reúnen todas las circunstancias que hacen la partición inobjetable; testamento con institución de herederos, que prueba acabadamente quienes son estos, transmisión legal por ser esos herederos descendientes legítimos del testador y por lo tanto sus herederos forzosos, propiedad y posesión de la

21. *Ibidem*.

22. Cfr. RODRÍGUEZ, Jacinto F., "División de bienes hereditarios entre ascendientes o descendientes legítimos, mayores de edad", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 205, 1911, p. 2135. [*N. del E.*: ver completo [aquí](#)].

23. T. L. y P. [seudónimo], "Partición extrajudicial. Requisitos de validez", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 206, 1911, p. 2184.

herencia por ministerio de la ley, sin necesidad de intervención judicial, autorización legal para hacer la partición por escritura pública, en razón de ser esos herederos mayores de edad \*\*\* el informe de... si bien admite que la partición puede hacerse privadamente entre herederos mayores de edad, afirma que para proceder a ella es necesario que previamente se les reconozca judicialmente como tales, sea aprobado las disposiciones del testamento o a falta de ellas dictando la declaratoria de herederos. He dicho ya que no conozco disposición alguna en que pueda basarse esta tesis, con relación al caso, ni el informe la cita. Y sería dar demasiada extensión a mi dictamen entrar en consideraciones al respecto...<sup>24</sup>

Todavía en 1926, encontramos en la *Revista del Notariado* un artículo que exalta las virtudes de la tramitación notarial del sucesorio:

Después de la vigencia del Código, los herederos mayores de edad, dividían la herencia de sus padres, generalmente por escritura pública y de acuerdo con lo establecido en art. 3462 del Código Civil [...] para llevar a efecto esto, se le entregaba al escribano el testamento del causante y la partida de defunción, con el fin de justificar el carácter hereditario y el fallecimiento. Con estas piezas y las escrituras de las fincas, se procedía a practicar la división de la herencia, adjudicándose a cada heredero, la porción que correspondía previo pago del Impuesto Fiscal, que consistía en un sello que se agregaba al protocolo. Después se inscriben los testimonios en el Registro de la Propiedad y todo quedaba concluido. Otras particiones se hacían sin testamento ni declaratorias [...] Nadie ha puesto dificultades a esos procedimientos, puesto que son de acuerdo con el Código Civil y no alteran la esencia de la partición como él dice. No hay nulidad alguna que oponer, de manera que cualquier transmisión que se funda en ellas es perfecta [...] sin embargo se exige por algunas sociedades de préstamos, la iniciación del juicio sucesorio, con el propósito de que el juez declare la validez del testamento, según la costumbre de hoy, lo que es a mi juicio innecesario. [...] Si hay algún artículo práctico en nuestros Códigos, es el comentamos, por cuanto ha seguido en parte el procedimiento antiguo, cuando las testamentarias se liquidaban en forma sencilla, y sin las tramitaciones, que tanto abultan los expedientes y cuestan a los interesados. Cada día vamos complicando más la vida con estas cosas nuevas, que se inventan para alterar los hechos consumados y la estabilidad de la propiedad, creándose desconfianzas, propias de espíritu cavilosos, cuando no hay peligros remotos ni nada que pueda presumirlos.<sup>25</sup>

Podemos decir que aquí se cierra toda una época en la cual el notariado debate en torno a la aplicación práctica del artículo 3410 del Código Velezano. En tiempos más cercanos, aquel abandonará la defensa de estas sencillas particiones, para abogar por un procedimiento más o menos parecido al judicial que concluya en una declaratoria de herederos notarial.

A nuestro entender, es Pondé quien se constituye en el punto de inflexión entre estas dos épocas, ya que claramente reconoce que los herederos legitimarios no necesitan hacer un trámite judicial ni obtener una declaratoria de herederos para hacer valer en plenitud sus derechos:

24. INSÚA, José, "Partición de herencia por escritura pública", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, N° 308, 1924, pp. 230-231. [N. del E.: ver completo [aquí](#)].

25. GIMÉNEZ, Eusebio G., "Partición de herencia entre herederos mayores de edad", en *Revista del Notariado*, N° 327-328, 1926, p. 7.

Deducción inmediata de la lectura del art. 3410 es la afirmación de que la intervención procesal de la justicia es innecesaria, con la fuerza y la drasticidad expresa devenida del «sin ninguna formalidad o intervención de los jueces» [...] no hay correlación entre la simplicidad del texto del artículo 3410 y la complicada gestión que requiere el trámite sucesorio [...] es llamativo cómo la costumbre ha logrado imponerse –con la aceptación expresa de los tratadistas y la aquiescencia también expresa de los poderes públicos– a las disposiciones terminantes del Código Civil. Mas, una resolución judicial, cual es el auto de declaratoria de herederos, no contemplado en nuestro Código Civil, se ha popularizado en desmedro del instituto jurídico base de la transmisión hereditaria entre nosotros que es el de la posesión de la herencia.<sup>26</sup>

Y más adelante, en referencia a la declaratoria judicial, afirma:

Nosotros creemos que es un infeliz sistema que recarga la tarea de los tribunales de justicia, congestionándolos con un quehacer impropio y dañando a la comunidad con la inevitable consecuencia del atraso en la administración de justicia.<sup>27</sup>

Pese a la contundencia de sus afirmaciones, termina rindiéndose al sistema consuetudinario y aboga por que los escribanos sean quienes dicten la declaratoria de herederos en reemplazo de los jueces. ¡Realpolitik en estado puro! Pero Pondé entiende claramente que está poniendo muletas a un sistema que caminaría mucho más ágilmente sin ellas.

#### 4. ¿Una solución criticable?

Cuando se confrontan los sencillos trámites notariales con los pesados procesos sucesorios, aparece, entre la mayoría de los colegas, un cierto escalofrío y posterior negación de la conveniencia de los mismos, que no es más que la manifestación del *horroris vacui* producido por la ausencia de la declaratoria. Y este es el principal problema que existe para defender la solución esbozada por Vélez Sarsfield: a los notarios no les gusta que alguien o un grupo de personas se presenten afirmando que son los únicos herederos del causante sin un documento que así lo certifique. Es inútil o no discutir sobre tal o cual texto legal si en definitiva a lo que nos estamos enfrentando es a un prejuicio recubierto de argumentos legales, prejuicio que descansa sobre la desproporcionada confianza en la declaratoria de herederos.

Por eso, lo primero que habrá que tener en claro es la inutilidad intrínseca del procedimiento sucesorio *ab intestato*, que, en su quintaesencia, se reduce a investir como herederos a aquellos que se presentaron ante el juez diciendo que son los herederos. Para eso, es imprescindible refutar a Bibiloni –paradigma de los defensores de la declaratoria de herederos–, quien criticaba el sistema del Código –como hemos expuesto– diciendo:

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

26. PONDÉ, Eduardo B., “Posesión hereditaria y declaratoria de herederos en el supuesto del artículo 3410 del Código Civil”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 759, 1965, pp. 400-401. [N. del E.: ver completo [aquí](#)].

27. Ídem, p. 406. [N. del E.: ver completo [aquí](#)].

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>28</sup>

Analicemos el problema desapasionadamente.

#### 4.1. La notoriedad del vínculo

Cuando Bibiloni desarrolla su argumentación, ya estaba más que establecido el uso de partidas de nacimientos donde constaba el vínculo entre el causante y los herederos que se presentaban ante el notario (o de matrimonios en el caso del cónyuge).<sup>29</sup> Podemos convenir, al menos, que es un sistema actualmente por demás consolidado. Mi acta de nacimiento –con varias décadas de antigüedad– se encuentra resguardada en el Registro Civil y cualquiera puede ir a consultarla. Además, por otro lado, el juez no hace más que mirar las partidas, nada distinto a lo que podrían hacer los escribanos. De hecho, los escribanos nos pasamos la vida mirando partidas de nacimiento y estableciendo –en base a ellas– la existencia del parentesco entre distintas personas. Así que es hora ya de abandonar la crítica sobre la supuesta “notoriedad” del vínculo.

#### 4.2. El interés del tercero

Otro sonado yerro conceptual de Bibiloni. Es obvio que existe un conflicto de intereses entre un tercero que contrata con el heredero aparente y el vero heredero, si llega a aparecer. ¿Corresponde mantener el contrato entre el heredero aparente y el tercero? ¿O, por el contrario, hay que resguardar el interés del tercero adquirente? Dilema al cual la doctrina comparada le dio varias respuestas (no viene al caso desarrollarlas aquí).

Vélez Sarsfield dilucidó el problema en el artículo 3430 CCIV, con una redacción de ardua interpretación pero que no mencionaba para nada una declaratoria de herederos (ni notarial o judicial) que sirviera como elemento constituyente de la buena fe del tercero. Ese paso lo da la reforma de 1968, que, al decir de Belluscio, introduce subrepticamente la declaratoria en el artículo 3430 CCIV.<sup>30</sup> Recordemos su texto:

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

29. Ver modelos mencionados en las fuentes bibliográficas citadas en nota 3.

30. Ver BELLUSCIO, Augusto C., “La reforma del derecho sucesorio en Francia”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2002-A, p. 1359, cita online AR/DOC/15324/2001.

Artículo 3430: 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 un testamento y siempre que el tercero con quien hubiese contratado fuere de buena fe [...] 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.

Si leemos atentamente, entenderemos que, siendo el tercero adquirente de mala fe, la declaratoria que haya podido obtener el heredero aparente no le sirve de nada frente al verdadero heredero. Es, por tanto, un elemento absolutamente superfluo, ya que lo definitorio es la buena fe del tercero, y no la declaratoria. Sin embargo, fue reiteradamente agitado por los críticos de los trámites sucesorios notariales como argumento para impedirlos. Ahora, en su nueva redacción, el CCCN nos brinda la solución correcta:

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 éste están judicialmente controvertidos.

Vemos así que ni la aprobación judicial del testamento, ni la declaratoria de herederos, ni el proceso sucesión per se sirven para configurar la buena fe del tercero. La base segura del crédito, que pretendía Bibiloni, queda así constituida sin ninguna necesidad de apelar a un proceso judicial.

#### 4.3. El interés de los herederos ignorados y acreedores

Otro argumento esgrimido para defender los procesos sucesorios judiciales es su utilidad para la defensa de las acreencias de los acreedores y los derechos de algunos herederos que podrían ser postergados por el rápido accionar de otros sucesores que dispusieran de los bienes a espaldas de ellos. Es así que algunos autores sostienen que el proceso sucesorio brinda seguridad a estos interesados. Obviamente, quienes así razonan siempre han visto la realidad con una mirada sesgada.

Veamos a vuelo de pájaro nuestro tradicional proceso sucesorio testamentario. El heredero lleva su testamento al juez, quien, luego de una consulta al Registro de Juicios Universales –por si hubiera otro proceso sobre el mismo causante–, lo declara válido en cuanto sus formas, y, a partir de ahí, el heredero declarado puede disponer de los bienes. ¿Sirvió el proceso para anotarlos a posibles herederos de la existencia del proceso sucesorio? No, para nada. ¿Sirvió para anotarlos a los acreedores? Tampoco.

Es que la apelación a los intereses de los acreedores y de eventuales terceros siempre fue un argumento oportunista, centrado en el poder mágico –no podemos considerarlo de otra manera– de los edictos. En nuestros tradicionales procesos testamentarios –y el CCCN paga tributo a esa tradición– no se publican, los cuales quedan reservados a las sucesiones *ab intestato*. Las razones de esta distinción es que nuestros primeros códigos

de procedimientos, siguiendo el Código de Enjuiciamiento Español, legislaban en forma conjunta la sucesión vacante con la intestada. Por eso, al heredero legitimario –que bien podía acreditar con su partida de nacimiento su condición– se lo obligaba a realizar una publicación de edictos a la cual el heredero testamentario no estaba sometido. Por ello, pretender justificar los procesos sucesorios en virtudes que la mitad de ellos no tienen carece de sentido alguno. Por otro lado, solo una mentalidad parroquial puede darle algún valor a los edictos sucesorios –que han sido reiteradamente criticados por su inutilidad–, más cuando el nuevo CCCN los ha reducido a su mínima expresión. En realidad, nadie puede contestar coherentemente qué valor tiene un edicto publicado en la ciudad de Formosa si el resto de los coherederos viven en Santiago del Estero, Asunción, Berlín y Kamtchatka.

Toda indagación que pretenda ubicar a otro heredero además de los que se presentan ante el notario o el juez es una pérdida de tiempo, casi una curiosidad malsana, y con ello solo se pretende justificar la percepción de ingentes sumas de dinero para solventar tan inútil investigación. La máxima expresión de este desaguisado es la publicación de edictos, pero de esa matriz salen otras costumbres ya institucionalizadas, como los registros de juicios universales y de actos de última voluntad, los cuales, en nuestra práctica procesal, deben ser consultados antes del dictado de una declaratoria de herederos.

Razonemos: Pedro desea vender un inmueble, pedimos los certificados de dominio e inhibición correspondientes. ¿Le pedimos constancia de que no haya un pedido de quiebra u otro juicio en su contra del cual pudiera surgir una posible limitación a su posibilidad de enajenar? Obviamente, no. Entonces, si los hijos de Pedro vienen a vender el mismo inmueble y acreditan su derecho, ¿a título de qué deberíamos solicitar que acrediten la inexistencia de alguien que pretenda controvertir su título? Si ese alguien existiera, tiene todo el derecho de trabar las medidas cautelares que considere convenientes, las cuales se verán plasmadas en el Registro de la Propiedad Inmueble, pero lo que no es aceptable –aunque lo aceptemos– es que alguien tenga que hacer un proceso judicial para demostrar la inexistencia de alguien con mejor derecho sobre sus bienes. Menos aún cuando ese proceso ni siquiera sirve para demostrar eso.

## 5. La declaratoria de herederos y la cuestión registral

Hemos dicho al principio de estas líneas que los argumentos desarrollados por la doctrina dominante para intentar socavar los procedimientos notariales “a la velezana” son infinitos, pero son nada más que eso: vanas argumentaciones. Lo que importa, en definitiva, es cuáles son los obstáculos legales a los actos realizados por los herederos en ausencia de una declaratoria. Afortunadamente, para quienes creemos firmemente en la inutilidad de los procesos sucesorios, el CCCN ha tenido a bien clarificar el punto, recalcando que la declaratoria solo es imprescindible para la transferencia de los bienes registrables y al solo efecto de cumplimentar el tracto abreviado establecido en la legislación registral (art. 2337 CCCN y los [fundamentos del anteproyecto](#)):

Se prevé que los herederos designados en el testamento aprobado o en la declaratoria tienen la libre disposición de los bienes de la herencia, pero que, a los fines de la transferencia de

los bienes registrables, su investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos, a los fines del cumplimiento del tracto abreviado en la legislación registral.<sup>31</sup>

A nuestro entender, esta solución está basada en los razonamientos de Zannoni que ya hemos tenido oportunidad de criticar desde nuestra ponencia en el XIV Congreso Nacional de Derecho Registral (Villa Carlos Paz, 2006).<sup>32</sup> Zannoni dice algo muy importante a lo que poca consideración y aplicación se da: “los acuerdos sobre la partición pueden concluirse entre los herederos, incluso con anterioridad a la declaratoria de herederos”;<sup>33</sup> aunque a continuación afirma: “sin perjuicio de que su oponibilidad exija, por razones de publicidad registral, el reconocimiento posterior del carácter hereditario”.<sup>34</sup> Y amplía esta contraposición afirmando:

Decíamos [...] que los herederos que gozan de la posesión hereditaria de pleno derecho, no necesitaban estrictamente esa declaratoria. Ocurre, reiteramos, que antes de ella, los regímenes de publicidad registral no permiten inscribir, es decir, registrar, la adquisición del dominio u otros derechos reales sin un previo control de legalidad y en su caso de mérito, judicial. La declaratoria de herederos ha venido a constituirse así mediante las normas de publicidad registral, en el título requerido para acreditar, frente a terceros, la adquisición de los derechos registrables.<sup>35</sup>

Se advierte claramente cómo entre la contradicción entre el derecho civil y un derecho meramente adjetivo como es el registral, el autor –como ahora el mismo legislador– le dan preeminencia al segundo.

Sin embargo, el criterio jurídicamente correcto es exactamente el inverso. Así lo explica Falbo:

3° Toda otra reglamentación que no 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 registración y ampliando, aún en caso de duda, los supuestos en que ella ha de considerarse procedente.

4° **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 comercial, y no a la inversa.<sup>36</sup>

Y también indican el camino interpretativo correcto Moisset de Espanés y Ventura:

Las normas registrales deben considerarse una herramienta al servicio de las prerrogativas sustanciales generadas por las leyes que regulan la constitución, modificación o extinción

31. LORENZETTI, Ricardo L. y otros [comisión creada por Decreto PEN 191/2011], “Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, [s. e.], 2012, p. 219.

32. PICASSO, Esteban M., “La partición de bienes hereditarios por acto notarial y su inscripción registral (art. 3462 del Código Civil, art. 16 de la ley 17.801). ¿Es posible prescindir de la declaratoria de herederos?”, La Plata, Universidad Notarial Argentina, 2006. [N. del E.: ver conclusiones del Congreso [aquí](#); fuente: web de la [Universidad Notarial Argentina Virtual](#); última consulta 21/11/2018].

33. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 669.

34. *Ibidem*.

35. *Ídem*, p. 464.

36. FALBO, Marcelo N., “Principio de irrestricción”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 786, 1982, pp. 1653-1656 (el destacado es nuestro). [N. del E.: ver completo [aquí](#)].

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 [...] 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, éstos 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>37</sup>

Pero justamente la función de la imposición de una declaratoria de herederos en la parte final del artículo 2337 CCCN es culminar un proceso de convertir a las normas registrables en un obstáculo difuso, más psicológico que real, para el ejercicio de derechos sustanciales que, en teoría, permanecen incólumes, ya que la declaratoria solo juega para inhibir la registración de los actos de disposición de los herederos y no para su realización. Así, por ejemplo, seguirá siendo de aplicación el artículo 20 de la *Ley 17801*:

Las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalerse de la falta de inscripción, y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado. En caso contrario, quedarán sujetos a las responsabilidades civiles y sanciones penales que pudieran corresponder.

## 6. Conclusión

Corolario de todo lo expuesto es que el único obstáculo legal que existe para una activa intervención de los escribanos en los procedimientos sucesorios son las distintas normas registrales. Por eso, lo único que habría que solicitarle a la comisión reformadora es la modificación de la frase final del artículo 2337 del Código Civil y Comercial:

*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. **Los registros de bienes no podrán solicitar una orden judicial para que los herederos dispongan de los bienes que fueran del causante.**

Con una sencilla redacción se cortan de cuajo todas las pretensiones registrales para oponerse a la plena vigencia de la posesión –hoy investidura– de pleno derecho y se recobran todas las incumbencias notariales hoy perdidas.

Al explicar el tracto abreviado, dice el maestro Falbo:

... el acto o negocio dispositivo puede realizarse extrarregistralmente por quien se encuentre legitimado para otorgarlo, aunque no sea el titular registral pero, para que proceda la inscripción del documento en el Registro, será necesario justificar plenamente el enlace o conexión del derecho del disponente con el que tenía el titular inscripto. Dicho enlace o conexión del derecho puede resultar [...] de un mismo documento, si él expresa el eslabo-

37. MOISSET DE ESPANÉS, Luis y VENTURA, Gabriel B., “Aplicación amplia del tracto sucesivo abreviado” [ponencia presentada en el XIV Congreso Nacional de Derecho Registral {Villa Carlos Paz, 2006}], [s. e.], 2006. [N. del E.: ver completo [aquí](#); fuente: web de la *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*; última consulta: 20/11/2018].

namiento de tales causas transmisivas a partir del titular inscripto, en cuyo caso procede la inscripción sin necesidad de ninguna espera.<sup>38</sup>

En la escritura de partición que esbozamos páginas atrás surge perfectamente el encadenamiento entre el titular registral y los sujetos disponentes.

Nada más necesita la técnica registral para proceder a la inscripción.

Nada más necesita el notariado para recuperar incumbencias abandonadas.

## 7. Bibliografía

- [Anónimo], en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 204, 1911, p. 2125 [sección “Correspondencia, Preguntas, Pedidos y Contestaciones”].
- “La herencia de padres a hijos. El artículo 3410 del Código Civil”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 120, 1904.
- BALDANA, Juan, *Teoría y práctica notarial*, Buenos Aires, Librería Nacional, 1913.
- *Tratado de derecho notarial argentino*, Buenos Aires, Compañía General Fabril Financiera, 1946.
- BELLUSCIO, Augusto C., “La reforma del derecho sucesorio en Francia”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2002-A, p. 1359, cita online AR/DOC/15324/2001.
- BIBILONI, Juan A., *Anteproyecto de reforma al Código Civil*, Buenos Aires, [editorial?], 1940.
- CALVO, Juan L., *Actas de notoriedad, notariales y extraprotocolares*, La Plata, Ediciones Librería Jurídica, 1969.
- CASTILLO, José, *Estudio teórico práctico para el oficio de escribano público*, Buenos Aires, Pedro Igon y Cía. Editores, 1893.
- CORTÉS, Gerónimo, *Vistas fiscales expedidas en el carácter de fiscal de la Cámara de Apelaciones de la Capital*, t. 1, Buenos Aires, Imprenta Europea, 1887.
- FALBO, Marcelo N., “Principio de irrestricción”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 786, 1982.
- FALBO, Miguel N., “Doctrina general del tracto sucesivo en el derecho inmobiliario registral argentino”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 854, 1981.
- GIL, Antonio L., “Posesión hereditaria. ¿Requiere actos materiales ó basta el título legal?”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, 1898, N° 5.
- GIMÉNEZ, Eusebio G., “Partición de herencia entre herederos mayores de edad”, en *Revista del Notariado*, N° 327-328, 1926.
- GONZÁLEZ, Leandro M., “Miscelánea I. Pueden liquidarse sucesiones intestadas sin establecer el título hereditario”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, N° 32, 1900.
- GONZÁLEZ, J., “Divisiones de herencia”, en *Revista Notarial*, La Plata, N° 169, 1908.
- INSÚA, José, “Declaratoria de herederos” en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 85, 1901.
- “Partición de herencia por escritura pública”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, N° 308, 1924.
- JONAS, E. R., “Herencias. Partición extrajudicial”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, N° 83, 1904.
- LLERENA, Baldomero, en *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, t. 9, Buenos Aires, Peuser, 1902, 2ª ed.
- LORENZETTI, Ricardo L. y otros [comisión creada por Decreto PEN 191/2011], “Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, [s. e.], 2012.
- MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, t. 8, Buenos Aires, Lajouane, 1901.
- MAFFÍA, Jorge O., *Manual de derecho sucesorio*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis y VENTURA, Gabriel B., “Aplicación amplia del tracto sucesivo abreviado” [ponencia presentada en el XIV Congreso Nacional de Derecho Registral {Villa Carlos Paz, 2006}], [s. e.], 2006.

38. FALBO, Miguel N., “Doctrina general del tracto sucesivo en el derecho inmobiliario registral argentino”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 854, 1981, p. 79. [N. del E.: ver completo [aquí](#)].

- PICASSO, Esteban M., “La partición de bienes hereditarios por acto notarial y su inscripción registral (art. 3462 del Código Civil, art. 16 de la ley 17.801). ¿Es posible prescindir de la declaratoria de herederos?”, La Plata, Universidad Notarial Argentina, 2006.
- PONDÉ, Eduardo B., “Posesión hereditaria y declaratoria de herederos en el supuesto del artículo 3410 del Código Civil”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 759, 1965.
- RODRÍGUEZ, Jacinto F., “División de bienes hereditarios entre ascendientes o descendientes legítimos, mayores de edad”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 205, 1911.
- T. L. y P. [seudónimo], “Partición extrajudicial. Requisitos de validez”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 206, 1911.
- ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1983.