

XXXIV JORNADAS NOTARIALES  
ARGENTINAS.  
MAR DEL PLATA 2023

OPORTUNIDAD  
DE LA PARTICION DE HERENCIA.

¿Partición sin declaratoria?

por Esteban M. Picasso

([escribanopicasso@gmail.com](mailto:escribanopicasso@gmail.com))

Tema III. Partición

Coordinadora: Esc. **Silvia IMPELLIZZERI**

Subcoordinadora: **Not. Karen WEISS**

## PONENCIAS:

### PRIMERA:

La partición judicial de bienes puede ser celebrada por los herederos legitimarios en ausencia del proceso sucesorio. No está condicionada a los términos de una eventual declaratoria (salvo acuerdo expreso de las partes) y es oponible a los terceros desde su inscripción en los registros respectivos o desde el momento en que aquellos tomen conocimiento de la partición.

### **SEGUNDA**

Se deberán remover todos los obstáculos registrales a la inscripción a las particiones de bienes realizadas por los herederos legitimarios. Con dicho objeto se propone la eliminación de la frase final del art. 2337 y reemplazarla por la siguiente: A los fines de la transferencia de los bienes registrables no será necesaria una declaratoria de herederos.

### **PRIMERA PARTE.**

Nuestra ponencia reexamina y profundiza una de las conclusiones aprobadas en la XXVIII Jornadas Notariales Argentinas (Rosario, 2008), declaración a la cual, según nuestro entender, no se le ha dado la importancia que merece. Me estoy refiriendo a la afirmación del grupo III en cuanto sostuvo:

*La partición de herencia en sede notarial puede otorgarse a partir del fallecimiento del causante y aún antes de haberse dictado la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento. Adquirirá plena eficacia una vez cumplidas esas etapas.*

Nos parece interesante que el lector relea estas sencillas afirmaciones, reflexione cuidadosamente sobre ellas y exprese, aunque sea para sí mismo, si co-mulga o no con estas ideas. No está de más que se tome un segundo para escribir sus conclusiones. Y si quiere esbozar algunos fundamentos en dos o tres líneas no sería sobreabundante.

Detrás de la afirmación rosarina se esconde la inmensa dificultad que existe en nuestro pensamiento jurídico para comprender la correcta relación de los ordenamientos civil, procesal y registral en torno al fenómeno sucesorio. En crear esta confusión ha tenido una parte descolante el notariado de fines de Siglo XIX y principios del XX; nosotros somos herederos de una antigua tradición de errores. Pero, antes de hacer memoria de viejas historias vayamos a las afirmaciones de las Jornadas rosarinas y a los textos legales.

Debemos convenir en que las conclusiones son sorprendentes, contra intuitivas, contradictorias con lo aprendido en nuestro paso por las universidades y allí radica su originalidad y valía. Una declaración que agregara una obviedad a un tema trillado del derecho sería de escasa utilidad. No es el caso de las afirmaciones de Santa Fe. Salimos de la Facultad de Derecho convencidos que todo heredero necesita una declaratoria judicial para ser tenido como tales (esta es la respuesta correcta del examen), por eso aceptamos mansamente la existencia de lentos y onerosos procesos sucesorios judiciales y, a lo sumo, pedimos que sean realizados por los escribanos. Pero la declaración en análisis parece esquivar, por lo menos por un tiempo, a este instrumento que entendíamos imprescindible. ¿El heredero necesita una declaratoria? ¿Para qué?

La afirmación de Rosario se basó en el aporte de los escribanos Leandro N. y Selene Posteraro Sánchez en un trabajo presentado durante las Jornadas intitulado “Partición de herencia al décimo día” ya que los autores abogan –con buen criterio– que se guarde el novenario ante que los deudos se ocupen de los problemas pecuniarios originados por la muerte del causante. Pero, la verdad sea dicha, del contenido del estudio surge que los sucesores pueden hacer la partición desde el momento siguiente al fallecimiento del causante, aún antes de llevarlo a su última morada (si las males maneras llegan a tanto). Sin embargo nuestra praxis es completamente opuesta: en la inmensa mayoría de los casos los herederos no plasman por escrito ningún acuerdo hasta contar con su declaratoria y nosotros, como profesionales, no somos demasiado conscientes de las indudables ventajas que podrían surgir de estos convenios.

Leandro N. Posteraro Sánchez se sintió atraído por la temática desde sus primeros trabajos doctrinales. Y es así que en el XVI Encuentro del Notariado Novel celebrado en Tafí del Valle, (2004) bajo el seudónimo de Cedro Colorado se ocupó de este punto. Luego de recordar que la partición provisional (art. 3464 CC.) es aquella mediante la cual los herederos hacen una división del uso y goce de uno o todos los

bienes hereditarios afirma: **También se llama partición provisional<sup>1</sup>** a la partición que realizan los herederos antes del dictado de la declaratoria de herederos o del auto aprobatorio del testamento, en cuyo caso la misma quedará supeditada a distintas circunstancias: como la no oposición de terceros y a que los otorgantes resulten declarados herederos, aunque entendemos que en realidad se trata de una partición condicional, pues producirá todos sus efectos una vez corroborada la falta de oposición de terceros, declarados judicialmente los herederos, e inscripta en el registro correspondiente. **Estimamos la imposibilidad de otorgar una partición por vía notarial si aún no se ha dictado la DH** o el auto aprobatorio del testamento, pues carecemos como notarios de la prueba de uno de los requisitos esenciales que es la presencia de todos los herederos (art. 3462 del CC). Lo que en realidad podría otorgarse es un **compromiso de partición**, que luego de dictada la DH o el auto aprobatorio de testamento se podrá instrumentar por vía privada o judicial.

¿Se advierte que estas ideas difieren de las conclusiones rosarinas? En Tucumán consideraba que la partición no era posible pues los escribanos no conocen si todos los herederos que se presentan son todos los herederos que existen, La única opción era un nebuloso **compromiso de partición**. Por otro lado, la declaración de Rosario, afirma que la partición es posible aunque de una eficacia limitada.

En el año 2005, los colegas bonaerenses trataron de nuevo la cuestión en sus Jornadas provinciales concluyendo que: *Es posible otorgar escritura de partición desde el fallecimiento del causante, incluso antes de la declaratoria de herederos o auto aprobatorio del testamento. Dicho acto partitivo quedará supeditado a la declaratoria de herederos o auto que aprueba el testamento"*

Para 2019, ya en plena vigencia del nuevo Código, Posteraro Sánchez reitera sus apreciaciones en un artículo de la Revista del Notariado<sup>2</sup>. En el mismo año se celebran en Tandil las XLI Jornadas Bonaerenses en la cual se adoptan conclusiones cercanas a las prohijadas en la provincia de Santa Fe y anteriores jornadas bonaerenses:

*La partición puede ser realizada desde la muerte del causante. Si tuviera por objeto bienes registrables, sólo produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral. Si la misma es otorgada en distintos actos, puede complementarse para su inscripción con otra escritura donde se cumplan los requisitos del tracto*

---

<sup>1</sup> Donde hay negritas, siempre son mías.

<sup>2</sup> Posteraro Sánchez, Leandro N, "Modalidades de la partición extrajudicial de herencia" Revista del Notariado 937, (Julio-Septiembre 2019)

*abreviado; o bien se presentará en el proceso sucesorio, donde cumplidos dichos requisitos se libraré oficio y testimonio a los fines de su inscripción.*

Vemos que las conclusiones no dicen que la partición sea provisional, sino que habla sobre la eficacia frente a terceros.

En Tandil se presenta un trabajo grupal coordinado por las notarias Mariana Hefling y María Losardo<sup>3</sup> donde se sostiene que *La partición puede realizarse desde el fallecimiento del causante. Si es con anterioridad a la declaratoria de herederos o aprobación del testamento, su eficacia quedará sujeta a que los partícipes sean los herederos declarados y sus cesionarios en su caso, y a la determinación del pasivo*<sup>4</sup>.

Posteraro Sánchez también contribuye a estas jornadas bonaerenses y entre sus consideraciones abunda sobre los requisitos de la partición privada formalizada con anterioridad al dictado de la declaratoria o aprobación del testamento. *Cualquier acuerdo de partición privada entre los copartícipes puede concluirse a partir del fallecimiento del causante, e incluso con anterioridad a la declaratoria de herederos o auto aprobatorio de testamento, en su caso; sin perjuicio de que si tuviere por objeto bienes registrables, para su oponibilidad a terceros se requiera la publicidad registral en los registros de bienes correspondientes, lo cual necesitará de dichas resoluciones judiciales. Así se ha considerado este tipo de partición como una “partición provisional”, en virtud de no estar aún cumplidas la totalidad de las formalidades para el acto. El acto se deberá complementar con la acreditación de la calidad de copartícipes en la herencia de los otorgantes, por medio de las resoluciones judiciales pertinentes.*

Para estos casos nos explica el colega que será necesaria una declaración de los comparecientes, de que revisten el carácter de herederos, y que no existen otros con iguales derechos. Estima de buena técnica que los sucesores acrediten su calidad de tales con la presentación de las partidas correspondientes (nacimiento, matrimonio). En caso de haber testamento, estima conveniente acompañar una copia de él, sin interesar el tipo de disposición de última voluntad (ológrafo, público, etc.) Asimismo explica que se deberá acreditar el fallecimiento del causante con la presentación del certificado de defunción que sugiere acompañar en copia certificada al protocolo conjuntamente con los certificados de matrimonio y/o nacimiento.

---

<sup>3</sup> Partición privada de la indivisión hereditaria y postcomunitaria. Validez del título de adjudicación de inmueble y transmisión por compensación o colación.

<sup>4</sup> Referencia que extraen de Lamber, Néstor Daniel, “El título de adjudicación de inmueble por partición privada de la indivisión hereditaria y poscomunitaria” Revista del Notariado, 927 (ene - mar 2017).

Otra mirada sobre el tema que nos ocupa la tenemos en las XXVI Jornadas de Derecho Civiles (La Plata 2017) en la cuales la comisión de Sucesiones (Colación y Partición) aprueba por unanimidad:

***“Los convenios particionarios pueden celebrarse a partir de la muerte del causante y son vinculantes para los herederos o cesionarios que los celebren.***

Hay que ser muy cuidadosos al leer esta afirmación puesto que aquí *convenio particionario* es un pacto distinto a la *partición de la herencia*. Esto solo se capta al leer el trabajo de la Dra. Jorgelina Guilisasti quien sustenta la tesis afirmando:

***Convenio particionario*** es el acuerdo que realizan los herederos con capacidad, o las personas habilitadas para celebrarlos, cuyo objeto es establecer la distribución de los bienes para su futura adjudicación.

*Los convenios referidos a la partición no están regulados en el código unificado, pero se encuentran admitidos por el principio de autonomía de la voluntad, que rige en el derecho patrimonial.*

*Pueden celebrarse antes de la promoción del proceso sucesorio y, una vez promovido, antes de las operaciones de inventario y avalúo, dado que la finalidad es establecer en forma anticipada la forma en que se liquidarán los bienes transmitidos.*

*Estos convenios tienen diferentes funciones. Si se celebran en forma anticipada, la de prevenir futuros conflictos derivados del desacuerdo en la partición. Si concurren con otros actos jurídicos, como la división de condominio, la de dar por finalizadas las indivisiones, etc. Asimismo, pueden ser presentados para su homologación, dándole la forma de la denominada partición mixta. Si se dan los recaudos para la partición privada, pueden ser ejecutados en esa instancia. La utilidad de su celebración es evidente, dado que permite anticiparse a la etapa particionaria, en la que el acuerdo se torna exigible.*

Podemos entender de esta exposición que los profesores del Derecho Civil concluyen que las “particiones” no pueden hacerse pero sí se pueden realizar “convenios particionarios”, sutileza que merece ser refutada. Recordemos que Posteraro Sánchez también había hecho esta distinción aunque luego la abandono para pasar a denominar “provisional” a la partición realizada antes de la declaratoria.

Ninguno de los autores citados hasta aquí reconoce haber tomado nota de lo sostenido por Zannoni: *“Los acuerdos sobre la partición pueden concluirse entre los herederos, incluso con anterioridad a la declaratoria de herederos..., sin perjuicio de que su oponibilidad exija, por razones de publicidad registral, el reconocimiento posterior del carácter hereditario.* Afirmación que, bien entendida, es la vara con la cual

se resuelven todas las contradicciones que se vislumbran en las distintas posiciones reseñadas.

### **La engañosa utilidad de la declaratoria de herederos.-**

El primer punto a clarificar es que la declaratoria de herederos es un instrumento ajeno al derecho civil, pese al esfuerzo de nuestros legisladores para embutirlo dentro de los códigos. Pretender resolver una cuestión sucesoria extrajudicial apelando a la existencia o no de una declaratoria es tan descabellado como buscar soluciones en la ley de quiebras o aplicar criterios procesales del juicio de división de condominio a una escritura donde los comuneros no tienen contienda. Decía la Dra Stratta *"la declaratoria de herederos aparece como una anomalía dentro del sistema de la posesión hereditaria por ser una institución extraña al Código primitivo, se la trata como un apéndice, de lo cual deriva una mayor atención de su aspecto procesal que de las cuestiones sustanciales implicadas por ese elemento de la transmisión mortis causa"*<sup>5</sup>. Pero esto no es sencillo de ver pues hemos sido educados en considerar a la declaratoria (y al expediente sucesorio) como parte del sistema del derecho civil. Me animo a señalar que cada vez que una cuestión jurídica extrajudicial se resuelve mencionando al trámite judicial o a la declaratoria se está cometiendo un atentado a la más elemental lógica jurídica.

Defender esta afirmación en torno al problema que nos ocupa no es nada difícil. Reconocemos que era más complejo dilucidar la cuestión con el Código Civil de Vélez Sarsfield. La doctrina (y la práctica) jurídica tratando de imponer una declaratoria que Vélez Sarsfield ignoró se ensañaron, durante más de un siglo, en desvirtuar y desconocer las soluciones del Codificador. Para ello retorcieron incansablemente la interpretación de cada artículo del Código que pudiera ser favorable a una posesión *ipso iuris*. Pero fue tan fuerte la impronta del Codificador que cuando los nuevos legisladores tratan de entronizar la declaratoria en el Código Civil y Comercial no hacen más que demostrar su inutilidad en el orden civil. Esto lo podemos demostrar apelando a la más estricta y elemental lógica, la cual nos llevará a conclusiones contrarias a nuestras lecturas, entendimientos y experiencias. Es que, bien entendidos nuestros códigos civiles son contra intuitivos: nos conducen a resultados contrarios a nuestros reflejos profesionales y a lo enseñado por la doctrina hegemónica.

---

<sup>5</sup> Stratta, Alicia J.: Derechos y obligaciones de los herederos, Sucesiones En Zannoni, E. y otros. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1991, pág. 29.

La base de nuestro razonamiento está en el art. 2337 del CCCN al cual podemos dividir en dos incisos. El primero estipula: *“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”*. La parte final aclara: *“No obstante, a los fines de la transferencia de los bienes registrables, su investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos.”* Es irrefutable que la primera parte nos indica la existencia de un principio general y la segunda consagra una excepción a dicho principio (que se aplica nada más a a los bienes registrables).

Pues pensemos, en vía de hipótesis, que hacemos una partición de bienes no registrables. Para darle sabor consideremos que el patrimonio está compuesto de cuadros y esculturas de gran valor, joyas, relojes, paquetes accionarios de sociedades navieras, algunas financieras e inmobiliarias, en fin un principesco patrimonio carente de bienes registrables.

La partición se hará por escritura pública. No entraremos a considerar si es viable el instrumento privado, pues nuestros clientes quieren hacerlo por escritura pública y el mixto es impensable pues los sucesores afirman no necesitar la declaratoria de herederos y, por ende, tampoco del expediente sucesorio, único lugar de donde puede salir un documento mixturado.

**¿El Punto más Importante?** La legitimación de los herederos. ¿Cómo el escribano legitima las partes? La declaratoria es innecesaria por definición. El artículo 2337 alude a ella solo en relación con los bienes registrables, pero aquí no los hay. Entonces lo hará como sostiene Posteraro Sánchez en sus trabajos del año 2019: acreditaran la defunción del causante y el parentesco con las actas de casamiento o nacimientos necesarias. Esa es la ventaja de la investidura<sup>6</sup> de pleno derecho

Vimos que en sus juveniles consideraciones Posteraro Sánchez vacilaba ante la posibilidad de la actuación del notario: *Estimamos la imposibilidad de otorgar una partición por vía notarial si aún no se ha dictado la DH o el auto aprobatorio del testamento, pues carecemos como notarios de la prueba de uno de los requisitos esenciales que es la presencia de todos los herederos (art. 3462 del CC). Lo que en rea-*

---

<sup>6</sup> Dejo sentado que, a mi entender, lo de “investidura” es un recurso cómodo para no ahondar en el tema más complejo de la posesión de los bienes de la herencia. Es un recurso parroquial, nos aleja del tronco común del derecho romano y español donde este concepto de investidura no se utiliza. Pero como nos permite entendernos sigamos por acá; siempre y cuando estemos de acuerdo que la investidura de pleno derecho no requiere una actuación judicial (salvo lo que veremos sobre los inmuebles).

*lidad podría otorgarse es un compromiso de partición, que luego de dictada la DH o el auto aprobatorio de testamento se podrá instrumentar por vía privada o judicial.*

Mas, por definición, el escribano no puede solicitar una declaratoria. Los herederos legitimarios no necesitan contar con este instrumento para realizar partición de los bienes inmuebles no registrables y por tanto sería desatino solicitarla. Entonces... ¿cómo sabemos que los herederos son todos? ¡Pues porque lo afirman los comparecientes! No nos queda otra solución. Podría aquí citar innumerables antecedentes, pero me abstengo. Apelo a la lógica y a las palabras de Sherlock Holmes: “Una vez descartado lo imposible, lo que queda, por improbable que parezca, debe ser la verdad”. Y siendo lógicamente imposible solicitar la declaratoria... Por otro lado ¿Quién mejor que un pariente directo para conocer la composición de la familia cercana?

Atribuyo a la resistencia a pasar por este aro la gélida recepción que la doctrina notarial brindó al Capítulo I, Título VI, Libro V del nuevo Código en cuanto dispone que los herederos pueden hacer actos de administración y disposición de bienes, así como otorgar poderes (Art. 2325) desde la muerte del causante hasta la partición (Art. 2323)<sup>7</sup>. Aunque he buscado, no he encontrado ningún formulario notarial en que se afirme con claridad que estos actos pueden ser realizados sin contar con la declaratoria. Lo cual, nuevamente, es la única solución lógica ya que la declaratoria es un requisito para la transferencia de bienes registrables, pero no para su administración ordinaria o extraordinaria.

La afirmación de los comparecientes de ser todos los herederos no implica que el escribano deba aceptar contradicciones entre esta aseveración y las constancias que surgen de la documentación aportada. Si se le presenta un testamento que menciona cinco herederos deberán estar los cinco (o los sucesores o cesionarios del faltante o acreditar que renunció a la herencia, etc.). Quien dice ser heredero de su abuelo deberá justificar el salto generacional y además el escribano deberá tener en cuenta la existencia de bienes gananciales y la participación que le cabe al cónyuge (o a sus herederos) sobre la administración y disposición de los bienes.

No está de más dedicarle un párrafo al supuesto de herederos legitimarios que concurren con herederos testamentarios. En principio, lo que importaría para resolver la cuestión es que uno de los sucesores demuestre su investidura como legitima-

---

<sup>7</sup> Lo cual no es más que desarrollar expresamente lo que tácitamente emanaba del código anterior ya que siendo los herederos propietarios de los bienes del causante caía de su peso que podían administrar y disponer de ellos (Art. 3417 CCA).

rio y acepte el derecho de los demás. Esto ya lo decían expresamente Machado<sup>8</sup> y Segovia<sup>9</sup> con relación a los ausentes (recordemos que, en la redacción original del Código, los ascendientes o descendientes legítimos del causante que viviesen en una provincia distinta que la de aquel debían pedir la posesión de la herencia a los jueces)

*“Los herederos residentes en el extranjero o en otras provincias se presentarán al juez de la sucesión pidiendo la posesión de la herencia, si los coherederos presentes que han entrado en ella, se negaren a darle intervención desconociéndolos, pues si están conformes, no necesita de autorización judicial, porque la posesión tomada por ellos aprovecha a los ausentes.”*

Esto es aplicable tanto a los herederos testamentarios como a un familiar que no puede demostrar el vínculo parental con el causante. Los herederos que han probado el parentesco lo aceptan como coheredero y proceden a actuar conjuntamente con ellos<sup>10</sup>.

Vista la situación desde este otero, las respuestas fluyen con facilidad. Es evidente que el acto de partición que realicen los intervinientes es una “partición” hecha y derecha. No hay aquí un “convenio partitivo” (contrato al que bien podríamos llamar “boleto de partición”) previo a la verdadera partición. Tampoco existe posibilidad de llamarla provisional ya que las partes no sujetan sus derechos al dictado de una declaratoria. Parten aquí y ahora sin sujetarlo a ninguna condición.

**Inexistencia de condición.-** Téngase en cuenta que al hablar de una “partición condicional” estamos considerando que el acto partitivo tiene una condición (perdón por la redundancia) implícita e impuesta por el sistema legal con independencia de la voluntad de las partes, pero, en realidad, no existe tal norma y la condición no puede nacer sin un acuerdo expreso. Demos un ejemplo: Sempronio, hijo único de un padre viudo, recibe por herencia dos relojes. Cayo exhibe un testamento ológrafo por el cual el padre de Sempronio lo nombra heredero del 50% de los bienes y, por ende, reclama un reloj. Pueden hacer partición de los bienes condicionada a que un perito certifique la veracidad del testamento, pero no incluyendo esa cláusula (y aceptado

---

<sup>8</sup> Machado, O., [comentario al Art. 3411], en *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, t. 8, , pp. 605, Ed. Lajouane, Buenos Aires 901

<sup>9</sup> Segovia, Machado Lisandro *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*. Tª II, Pág. 456, Ed. Pablo Coni, Buenos Aires, 1881

<sup>10</sup> ¿Podrían los parientes colaterales o los testamentarios partir sin la presencia de un heredero legítimarlo antes de obtener la investidura judicial? Yo entiendo que teóricamente sí, pero como es introducir en el tráfico jurídico un instrumento notarial que sólo tiene valor entre las partes puesto que los otorgantes carecen de posibilidad de accionar contra terceros, es mejor abstenerse o, al menos, introducir una firme advertencia sobre el particular

Sempronio la autenticidad del testamento) no puede luego venir contra sus propios actos reclamando por la falsedad del instrumento.

Resumiendo, nuestra opulenta partición de bienes no registrables es definitiva “ab initio” y no está sujeta a ninguna condición.-

### **Los bienes registrables.**

Los autores del Código Civil y Comercial han tenido la gentileza de explicarnos que la necesidad de la declaratoria de herederos no impacta en el derecho civil pues su utilidad se reduce a constituirse en una herramienta (innecesaria y carísima) para el cumplimiento del tracto registral. Esto surge de los Fundamentos que acompañan al ordenamiento en cuanto afirman, con descuidada redacción: “*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 previsto en la legislación registral.*”

Los codificadores no plantean ninguna novedad. Son muchos los autores que remarcan que la declaratoria de herederos se impone en nuestro derecho por las necesidades registrales. Ya hemos citado a Zannoni, pero antes que él, López del Carril enseñaba a su alumnado: “*En todo el Código Civil no se registra una sola mención de la declaratoria de herederos. Vélez Sarsfield, **en razón del especial sistema de posesión hereditaria que adopta, aniquila en forma consciente -por omisión deliberada- la declaratoria de herederos...La declaratoria de herederos subsiste por dos razones: por tradición y por la necesidad de tener un instrumento en que conste la posesión hereditaria a los fines de la inscripción registral, de manera que puede afirmarse que la declaratoria de herederos se mantiene como institución, sin norma de fondo que la ampare...***”<sup>11</sup> (Ahora está “amparada” por la parte final del art. 2337) Cualquier autor que se ocupe del tema afirmará, a la corta o la larga, con más o menos claridad, que la actividad registral ha sido el verdadero valladar contra la posesión hereditaria “ipso iure” legislada en el viejo código y acogida en el nuevo ¡con exactamente los mismos ribetes! Es fantástico advertir que junto con esta explicación se nos ha inducido a pensar que el derecho registral es inmodificable en este punto.

Ayer como hoy, la posesión hereditaria de pleno derecho no ha sido desterrada de nuestro ordenamiento civil sino solamente limitada en su eficacia por la actividad

---

<sup>11</sup>EG (seud.), “Apuntes de clase de Julio López del Carril. Derecho Civil 5”, Ed. Norte, Buenos Aires, 1974.

registrar. Para resolver todos los interrogantes que nos ocupan basta con leer las normas que indican cual es la correlación existente entre el derecho civil y el registrar.

El nuevo ordenamiento civil trae una norma específica para resolver la cuestión; el artículo 2363: *Conclusión de la indivisión. La indivisión hereditaria sólo cesa con la partición. Si la partición incluye bienes registrables, es oponible a los terceros desde su inscripción en los registros respectivos.*

La norma no condiciona el acuerdo entre las partes al dictado de la declaratoria y muchos menos a la inscripción del acuerdo ¿porqué debería hacerlo el interprete? Haya o no declaratoria, la partición es un hecho consumado entra los intervinientes desde la firma del convenio y oponible a los terceros desde su inscripción. Esto está claro. Pero el deseo ferviente de darle algún valor a la declaratoria nos lleva a no poder llamar pan al pan ni partición a la partición.

A la misma conclusión llegamos si apelamos al art. 1893 CCCN: *Inoponibilidad. La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente. Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso. Si el modo consiste en una inscripción constitutiva, la registración es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real. **No pueden prevalecerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real.** Es decir que entre los intervinientes la partición será plenamente eficaz desde la firma del convenio y con relación a los terceros se necesitará su inscripción registral.*

Y la solución será idéntica si nos atenemos a la normativa registral: *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 prevalecerse 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. (art. 20, ley 17801)*

Tendemos a pensar que las exigencias registrales modifican el derecho puesto que esto es lo que nos han enseñado tratando de evitar que hiciéramos la pregunta correcta: ¿Porqué el derecho registral puede aquí modificar al civil?

**La declaratoria no es un documento habilitante.**

Durante las últimas décadas del Siglo XIX y principios del Siglo XX, cuando buena parte del notariado argumentó con denuedo para que los herederos fueran a los tribunales a pedir una declaratoria judicial, se sostuvo que este instrumento estaba comprendido entre los documentos habilitantes mentados en el art. 1003 del Código Civil.

Esa discusión sería hoy impensable por la claridad del artículo 307 CCCN: ***Si el otorgante de la escritura es un representante, el escribano debe exigir la presentación del documento original que lo acredite, el que ha de quedar agregado al protocolo, excepto que se trate de poderes para más de un asunto o de otros documentos habilitantes que hagan necesaria la devolución, supuesto en el cual se debe agregar copia certificada por el escribano.***

Está muy claro que nos encontramos en el campo de la representación y, obviamente, el heredero no representa al causante, sino que actúa por su propio derecho.

#### **La inscripción registral y la oposición de los acreedores.**

Posteraro Sánchez entiende que para realizar la partición antes del dictado de la declaratoria no es necesario pedir certificados de dominio con reserva de prioridad ya que el acto no tiene por objeto inmediato la constitución, modificación o transmisión de derechos reales. Pero entiende ineludible solicitar un informe de dominio, ya que de existir embargos u otras medidas cautelares, así como otros derechos reales que afecten los bienes, la partición no podrá otorgarse válidamente si los acreedores embargantes, inhibientes, o titulares de otros derechos reales o de medidas cautelares no prestan su conformidad (por ser terceros con un interés jurídico en los términos del art. 2371 inc. b CCCN)

Es necesario matizar esas apreciaciones. En la especie, el certificado de dominio cumplirá su función: impedir la anotación de nuevas medidas cautelares durante el plazo de su vigencia. Firmada la partición, el instrumento puede ser ingresado al Registro para su inscripción, donde seguramente será observado por la falta de la declaratoria pero será inscripto provisionalmente con lo cual seguirá defendiendo a los bienes de la acción de los acreedores. El escribano puede estirar la presentación de la escritura hasta el cuadragésimo quinto día posterior a la firma (art. 5°, ley 17801) lo cual sumado a la inscripción provisional y sus eventuales prorrogas arroja un plazo de más de diez meses: suficiente para obtener una declaratoria que convierta la inscripción provisional en definitiva y así cualquier oposición de los acreedores a la partición será repelido por la inscripción consumada.

En cuanto a la situación de los embargantes, entendemos que se hace una interpretación demasiado estricta del art. 2371 CCCN. No es la existencia de acreedores lo que impide la partición extrajudicial (aún si fueran embargantes o titulares de derechos reales inscriptos sobre los bienes del sucesorio). Los acreedores deben solicitar (y obtener) en tiempo oportuno (es decir *antes* de la partición) la efectiva protección judicial que impida el acto partitivo. Y como la buena práctica legal es acompañar la partición conjuntamente con el escrito inicial del proceso es muy difícil que los acreedores encuentren un intersticio donde apalancar su petición. Es más, entendemos que la inclusión de la partición en el sucesorio reemplaza a la publicidad registral para quienes toman vista del expediente con posterioridad a la presentación en el expediente. (arg. art 1893 *in fine*)

De todo lo expuesto podemos llegar a las siguientes conclusiones que solicitamos que el plenario comparta:

**La partición judicial de bienes puede ser celebrada por los herederos legítimos en ausencia del proceso sucesorio. No está condicionada a los términos de una eventual declaratoria (salvo acuerdo expreso de las partes) y es oponible a los terceros desde su inscripción en los registros respectivos o desde el momento en que aquellos tomen conocimiento de la partición.**

## **SEGUNDA PARTE**

Es necesario hacerse una pregunta con inescindible relación con la anterior conclusión: **¿Porqué los registros de bienes no inscriben los actos partitivos de los herederos en ausencia de la declaratoria?** Es cierto es que ahora tienen apoyatura en la parte final del artículo 2337 al cual pese a estar dentro del Código Civil no es más que una remisión a las normas registrales. En otras palabras, si las disposiciones registrales, por obra del legislador, se modificasen y no se exigiera la declaratoria, la última frase del artículo perdería utilidad. Pero tampoco se inscribían las particiones durante la vigencia del Código Velezano ¿O tal vez sí? Y la historia no es como la que nos contaron.

Hemos demostrado que la partición notarial realizada por los herederos sin contar con una declaratoria es ajustada al derecho civil: plenamente eficaz entre las partes y solo depende de su inscripción registral para su oponibilidad a terceros. Lo mismo podemos predicar de cualquier escritura de compraventa. Ahora bien ¿porqué los registros inscriben las compraventa y rechazar la partición? Bien mirado, y

sin forzar la comparancia, es tanto como si el registrador, sin desconocer la validez que el documento pudiera tener para las partes, pidiera que un juez declare que el vendedor es el titular del bien que se transfiere. En otras palabras: un instrumento es plenamente válido en el orden civil, pero no lo suficientemente bueno para ser publicitado en nuestros registros

Mejor se ve la incongruencia si pensamos en una compraventa realizada por los herederos en ausencia de la declaratoria. El comprador (por sí o por medio de su escribano) ha analizado la documentación y llegado a la conclusión que los vendedores son viuda e hijos del titular del bien (título que además está registrado). Le exhiben acta de defunción, acta de matrimonio, partidas de nacimiento. El adquirente adquiere, pero cuando quiere anunciar al mundo su compra (que no otra cosa es la publicidad) el registrador le dice: Concurra al juez. El título es perfectamente válido, pero publicidad no hay.

El Código Civil y Comercial, en un síntesis de todas las explicaciones falaces que se han acumulado sobre la materia, explica que esto ocurre para poder cumplir el tracto abreviado. Esto es un argumento pueril. ¿Cuál es el problema del tracto? Explicado sin preciosismo es que el registrador tiene una ficha donde consta que un bien es propiedad de una determinada persona: llamémosle Ángel Córscico. por tanto solo aceptará actos de disposición de Ángel Córscico. Pero si Ángel Córscico se muere el bien quedará paralizado hasta que no se lo avisemos al registrador y le informemos quienes son los herederos que lo reemplazarán en la ficha. Un problema menor porque toda esa información está en la escritura de partición: el fallecimiento del titular registral y quienes son sus herederos.

Entonces ¿a que viene un sistema tan complejo, lento y oneroso?

Sospecho que todo se precipitó por un enroque de ministros españoles en el Siglo XIX sumado al famoso efecto mariposa.

El 8 de febrero de 1867 se publica en la Gaceta de Madrid la siguiente: *“REAL ÓRDEN. Excmo. Sr. : En vista de la instancia elevada por D. Salvador Barnuevo solicitando que se declaren admisibles á inscripción los testimonios librados por los Notarios de las adjudicaciones hechas á los herederos y legatarios en las particiones extrajudiciales aprobadas por medio de escritura pública, **que se practican por los interesados en uso del derecho que les conceden las leyes; la Reina (Q. D. G.), de acuerdo con lo propuesto por V.II., ha tenido á bien mandar: 1° Que pueden protocolizarse las diligencias originales de inventario, avalúo, liquidación y partición hechas extrajudicial y privadamente, siempre que, teniendo los interesados capaci-***

*dad legal para ello, otorguen escritura pública de aprobación, conformidad y ratificación de las mismas.... 4º Que reuniendo dichos testimonios los requisitos expresados, son admisibles á inscripción en los Registros de la Propiedad. Madrid 5 de febrero de 1867. ARRAZÓLA. Sr. Subsecretario del Ministerio de Gracia y Justicia.”.*

El texto resuelve, al más alto nivel ministerial, la cuestión registral, **permitiendo la inscripción de actuaciones extrajudiciales de partición de bienes que constan por escritura pública.** El firmante, Arrazola, fue estudiante de Filosofía y Teología, hablaba latín como un senador romano, Doctor en Jurisprudencia Civil por Valladolid, Rector de esa casa y luego Decano de la facultad de derecho de la Universidad Complutense.

Siete meses después Arrazola había sido reemplazado por Roncalli,(de quien no podemos decir mucho, lo cual ya es bastante) que ante la misma cuestión se pronuncia de una manera distinta. (La Gaceta de Madrid, 6 de septiembre de 1867) *Ilmo. Sr.: Visto el expediente instruido á consecuencia de la duda que se ha suscitado sobre si las escrituras públicas de particiones de herencias ó hijuelas de las mismas son títulos bastantes para la inscripción de los bienes hereditarios; la Reina (Q.D.G.), de acuerdo con lo propuesto por V.I., se ha servido declarar que dichas escrituras no pueden ser inscritas si no se acompaña á ellas el testamento, ó en su caso el testimonio de la declaración judicial de herederos, ó se insertan estos documentos en la misma escritura de partición bajo la fe del Notario autorizante; debiendo contener la inserción, además de la relación necesaria, el auto íntegro de la declaración judicial de herederos, y en caso de testamento, la cabeza y pié del mismo, la cláusula de institución de herederos y todas las demás que puedan modificarla, como también las que sean precisas para que los Registradores tengan el conocimiento necesario de la legalidad de las formas extrínsecas del documento y de la capacidad de los otorgantes, cuya calificación les corresponde según el art. 18 de la ley hipotecaria... De Real órden lo comunico á V. I. para su inteligencia y demás efectos. Dios guarde á V. I. muchos años. Madrid 5 de setiembre de 1867. RONCALLI.* Y así arrancó la historia, con una interpretación de la ley hipotecaria que tuvo mejor suerte que su predecesora. Digamos, al pasar, que los argumentos son muy endeables. No es necesario conocer la legislación hipotecaria para darnos cuenta que el registrador justamente lo que está evitando es calificar a los otorgantes (derivando esa tarea al juez) y en cuanto a las formas extrínsecas del documento (la escritura de partición) serán siempre las mismas, no importando lo que se transcriba en ella. Por otra parte, hago notar que los registradores no aceptaron el no como respuesta.

Ante el cambio ministerial vuelven a insistir con un tema que ya había quedado decidido pocos meses antes. La historia vuelve a repetirse en nuestro país, por eso pongo atención al detalle.

Para tener un panorama claro de los antecedentes y secuelas de la cuestión debemos hacer una breve reseña histórica.

**Las Siete Partidas.** A mediados del Siglo XIX nos dice Escriche<sup>12</sup>: *“Puede el heredero sea testamentario ó legítimo apoderarse por sí mismo de la herencia que se hallare yacente, sin que nadie la posea”*. Y lo fundamenta en la Partida 6, título 6, Ley 11. Es decir que el derecho español decimonónico se basaba en normas de seis siglos atrás.<sup>13</sup> Hevia Bolaños<sup>14</sup> Gutiérrez Fernández y Gorosabel<sup>15</sup> son otros autores que avalan las afirmaciones de Escriche.

La ley expresaba: *“En que manera debe el heredero tomar la herencia si entendiere que le es provechosa. Habiendo tomado acuerdo el heredero si le place de recibir la herencia en que es establecido por heredero de otro o le pertenece por razón de parentesco, debelo decir llanamente otorgándose por heredero, y aún se puede esto hacer por hechos, aunque no lo diga públicamente Y esto seria como si el heredero usase de los bienes de la herencia, así como heredero o señor, labrando la heredad, o arrendándola, o disfrutando de ella o usando de ella en otra manera cualquiera semejante a estas; porqué por tales señales o por otras semejantes se prueba que quiere ser heredero, y es tenido de guardar y de hacer todas aquellas cosas aquellas cosas que el heredero debe hacer, y esto ha lugar no tan solamente en el que es establecido por heredero, más en otro cualquiera que óbviese derecho de heredar á algún hombre que muriese sin testamento.”*

Esto implica que, en ausencia de contradictor, el heredero podía entrar a poseer los bienes sin ningún tipo de intervención judicial. No es nada diferente a lo que se hace hoy día: si los beneficiarios están en posesión de los bienes con ellos se quedan; si están desocupados en ellos se meten, si están en poder de un tercero los reclamarán privadamente y sólo en caso de negativa iniciarán una acción judicial. Esta solución se aplicaba a herederos testamentarios o abintestatos, los cuales con-

---

<sup>12</sup> ESCRICHE, Joaquín “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”. Tº 2, Pág. 28. Librería de la Señora Viuda E Hijos De D. Antonio Calleja , Editores; Madrid, 1847

<sup>13</sup> En la nota al art. 3410 nos dice Veléz Sarsfield que el derecho español carecía de sistema en cuanto a la posesión, pero en realidad tenía seiscientos años de coherencia.

<sup>14</sup> DE HEVIA BOLAÑOS, Juan, Curia Filípica (Primer y Segundo Tomo) Nueva impresión hecha sobre el original. París, 1853. El original data de Lima 1603.

<sup>15</sup> GUTIERREZ FERNANDEZ, Benito, “Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español” Imp. de la Viuda é hija de D. Antonio Peñuelas, Madrid 1884. Tº III, Pág. 410; GOROSABEL, Pablo. “Código Civil de España”, Impr. de la V. de Mendizábal, Tolosa, 1846.- pag. 337.

taban exactamente con los mismos derechos. Este punto no es menor, pues Vélez Sarsfield sostiene una interpretación contraria y de ahí surgen diferencias entre el derecho argentino y el español. Y es tan fuerte la influencia de Vélez Sarsfield que condiciona todos los estudios posteriores sobre la materia. En síntesis, en el derecho castellano, cualquier heredero sabiendo que los bienes de la herencia estaban vacantes podía entrar en posesión de ellos. Por otra parte, las Partidas traían un formulario *ad hoc* para ilustrar como debían realizarse las particiones extrajudiciales entre distintos sucesores (Partida, 3, Título XVIII, Ley 80), modelo que no trae rastros de actuación judicial.

Las Partidas no hacían más que seguir las leyes romanas<sup>16</sup> siendo la partición privada de la herencia una práctica que nos llega desde las XII Tablas.<sup>17</sup> Con base en las disposiciones de las VII Partidas encontraremos hasta el Siglo XIX que la literatura jurídica española **sostiene incansablemente la posibilidad de la partición privada de los bienes sucesorios sin necesidad alguna de intervención judicial.** Encontraremos tanto afirmaciones teóricas como colecciones de formularios notariales con particiones de este tipo. Así tenemos en el Siglo XVI las obras de De Arguello<sup>18</sup> De Palomares y Monterroso Alvarado<sup>19</sup> (este ampliamente conocido en América, donde gozaba -por Real Cédula de 1569- del privilegio exclusivo para ser vendido en las Indias). En el Siglo XVIII la obra de Ripia explica que la partición puede ser extrajudicial aunque suele acercarse a los jueces para su aprobación<sup>20</sup> (lo cual obviamente es costumbre muy distinta que ir a pedir la posesión de los bienes o una declaratoria previa). También el Febrero Novísimo trae varios modelos de particiones

---

<sup>16</sup> PETIT, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Pág. 549. Editorial Porrúa, México, 2007

<sup>17</sup> MACKELDEY, Ferdinand. “Manual de derecho romano”, Impr. de José María Alonso, Madrid, 1847; Pág. 661.- VARELA, Carlos Adquisición sin entrega de los bienes hereditarios. Fundamentos romanísticos de nuestra regulación” en “Fundamentos romanísticos del Derecho Contemporáneo” Pág. 2888. Editorial BOE, Madrid 2021. Artículo corto, claro y exento de las confusiones que se producen en nuestro pensamiento nacional al tratar de hacer concordar las afirmaciones de Vélez Sarsfield (art. 3410 del C.Civil) con las realidades del derecho romano.

<sup>18</sup> DE ARGUELLO, Antonio, “Tratado de Escrituras y Contratos Públicos”, Ed. de Domingo Palacio, Madrid 1651, folio 16.

<sup>19</sup> MONTERROSO Y ALVARADO, Gabriel “Práctica Civil y Criminal; y Instrvccion De Escrivanos, dividida en nueve Tratados”. Impr. de Juan de Rueda, Valladolid 1626, Pág.

<sup>20</sup> De la RIPIA, Juan; “Práctica de testamentos y modos de suceder”, Impr. de Ángel Pascual Rubio, Madrid 1718. Pág. 196, 114, ídem Pág. 202.-

extrajudiciales ante notario.<sup>21</sup> Y un escribano anónimo nos legó sus formularios con particiones extrajudiciales<sup>22</sup> sin rastros de intervención judicial.

En España, la legislación monárquica y la doctrina se preocuparon desde siempre en desalentar la intervención de los jueces en las sucesiones, que eran entendidas como diligencias privadas. Al respecto es ilustrativo citar las afirmaciones de Gómez de la Serna ya que este autor está detrás de los grandes cambios que sacudirán el derecho español durante el Siglo XIX: la ley de Enjuiciamiento, la Hipotecaria y el Código Civil. Pero las consideraciones que transcribimos se vinculan con las postrimerías de la etapa anterior a la codificación

*“No deben los jueces entrometerse ligeramente en promover juicios de testamentaria ó abintestato; respetando por el contrario los intereses individuales de los acreedores, de los legatarios y de los herederos, solo deben mezclarse cuando sea interpelada su autoridad por los que tengan derechos legítimos que crean amenazados, ó cuando la debilidad é incapacidad de las personas ó su ausencia exijan una vigilancia mas inmediata que la que por regla generales dispensa á los que no están en el mismo caso. Consecuencia de esto es que no deberán ser judiciales sino extrajudiciales las particiones en los casos siguientes: 1.º Cuando el testador en su previsión señaló el modo de dividirse la herencia... 2.º Siempre que el testador haya elegido personas que con el nombre de albaceas, testamentarios, contadores, partidores ó cualquier otro formen el inventario aprecios, cuentas y particiones de sus bienes como sujetos imparciales , íntegros y de toda su confianza... 3.º En los casos en que no habiendo el testador hecho la partición ni nombrado personas que la hagan, los herederos o bien testamentarios ó bien legítimos, siendo mayores de veinticinco años quieran hacerla por sí. El juez que olvidándose de estos principios que tienen por objeto evitar que se disipen en diligencias judiciales y en costas los bienes hereditarios, oficiosamente se entrometa á entender en sucesiones y promueva juicios de testamentaria ó abintestato incurrirá en responsabilidad, y cualesquiera que sean sus intenciones, difícilmente podrá libertarse de la nota con que la opinión pública señala á los que en el ejercicio de las funciones judiciales no se pro-*

---

<sup>21</sup> DE TAPIA, Eugenio *Febrero Novísimo* “Librería de Jueces, abogados y Escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo Método y adicionada con un Tratado del Juicio Criminal y alguno otros” Tº VI, Pág. 6 por Don Eugenio De Tapia, Imprenta de Ildefonso Bompíe, Valencia 1829.

<sup>22</sup> ANÓNIMO ARAGONÉS del Siglo XVII, “Formulario de Actos extrajudiciales de la Sublime Arte de la Notaría”. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de Ed. Reus Madrid, 1968.

*ponen por término la administración de justicia, sino un interés sórdido tan indigno del cargo que desempeñan*".<sup>23</sup>

El 1º de enero de 1856 comienza a regir la Ley de Enjuiciamiento habiendo intervenido Gómez de la Serna en su redacción. Al exponer sobre las ideas que alentaron a la comisión redactora alude a la "prevención del abintestato".

*"La prevención judicial de los ab-intestato no es, no debe ser más que la protección que la sociedad dispensa a las personas ausentes, incapacitadas o ignoradas a quienes corresponde una herencia para que esta no caiga en manos extrañas e infieles que la malversen, es un medio de que no sea defraudado el Estado de lo que por títulos justos en defecto de herederos testamentarios y legítimos le corresponde. No debe por lo tanto llevarse esta protección más allá de que sea necesaria para conseguir su objeto. Y en este punto la Comisión tenía que evitar dos vicios opuestos de la antigua práctica, e igualmente perniciosos, el Abandono con que algunos jueces miraban punto tan interesante dando lugar a que se apoderase de los bienes quien ningún derecho tenía a la herencia, defraudando así a los herederos, y **el abuso de entrometerse en herencias que no necesitaban la protección judicial**, la cual, en verle de serles favorable, les era a las veces funestísimas por la avaricia de los interesados en la percepción de derechos que con mil pretextos retardaban el día en que la herencia fuera a manos de aquellos a quienes legítimamente correspondía.*

Montado en estas razones, propuso la Comisión redactora que solo pudiera prevenirse el abintestato cuando no constara la existencia de disposición testamentaria y no dejara el finado descendiente, ascendientes, o colaterales dentro del cuarto grado, o que existiendo estos se hallaren ausentes, o fueran menores o incapacitados, si bien en este caso debía limitarse el juez a adoptar las medidas indispensables para el enterramiento del difunto y para la seguridad de los bienes, a proveer de guardador a los menores y a los incapacitados y a dar, a los parientes oportuno aviso de la muerte de la persona a cuya sucesión legítima se reputaban llamado<sup>24</sup>.

Esta "prevención del abintestato" disparaba un proceso complejo donde se publicaban edictos para tratar de ubicar a los sucesores ya que –por definición- no se conocía ninguno. Pero la idea central era que los herederos no necesitaban recurrir

---

<sup>23</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBAN, Juan M. "Tratado académico- forense de procedimientos judiciales" Libr. de Don Ángel Calleja. Madrid. 1848. Tº II, Pág.113

<sup>24</sup> GOMEZ DE LA SERNA, Pedro. "Motivos de las variaciones principales que se han introducido en los procedimientos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.", Impr. de la Revista de Legislación, Madrid, 1857, Pág. 90.

a la actuación judicial en ausencia de conflictos<sup>25</sup>. El meneado Juzgado de Bienes de Difuntos no fue más que una institución especializada dedicada a la prevención de los abintestatos de los españoles fallecidos en las colonias y desde su creación la monarquía española trató de mantener a raya a los funcionarios que pretendían inmiscuirse en los trámites sucesorios en desmedro de herederos o albaceas<sup>26</sup>. Recordemos que este tipo de medidas ya regían en la Edad Media y amparaban cuerpo, bienes y almas de los viajeros y peregrinos, muertos lejos de su hogar.<sup>27</sup>

Antes que los españoles pudieran coincidir en un Código Civil se dicta su ley Hipotecaria. Por ello, afirma su Exposición de Motivos:<sup>28</sup>

*“Los grandes cambios que en los principios de las leyes hipotecarias se introducen, hacen indispensable que el proyecto sea extenso y descienda a muchos pormenores para que no puede haber dudas acerca de los antiguo que queda o derogado, o reformado o subsistente.[...]Si la legislación hipotecaria estuviera comprendida en un código civil guardasen entre sí la unidad y correspondencias necesarias, sin dudas muchas de las disposiciones que están escrita en el proyecto no se encontrarían en el título del código consagrado especialmente a las hipotecas, sino que estarían diseminadas en toda la obra. Si existiendo un código civil homogéneo en todas sus partes, se tratara para completarlo de establecer una ley especial de hipotecas, tampoco sería necesario dar tanta extensión a la obra. Si, aún fuera de estos casos, la comisión adoptara los principios establecidos en nuestras leyes seculares, y respetando lo que existe se limitara a desenvolver prácticamente las reglas escritas en nuestro antiguo derecho, sería también fundada la censura. Pero nada de esto sucede: el proyecto cambia profunda y radicalmente en sus principios cardinales la antigua legislación de hipotecas: casi todas las disposiciones que hasta aquí han regido respecto a ellas, sufren en mayor o menor escala cambios importan-*

---

<sup>25</sup> La importancia de la prevención fue disminuyendo, hasta desaparecer, por los avances del transporte y las comunicaciones. Hoy, cualquier sucesor se entera al instante del fallecimiento del causante y puede tomar las medidas necesarias.-

<sup>26</sup> “MANDAMOS que cuando de tal difunto pareciere testamento y los herederos o ejecutor de ellos estuvieran en el lugar donde falleciere o vinieren a él, que en tal caso la justicia ni regidor de él no se halla de entrometer en ello ni tomar los dichos bienes, sino dejarlo hacer y cobrar a los dichos herederos cumplidores y ejecutores del dicho testamento, y si algunos bienes hubieren cobrado la tal justicia y regidor se los entreguen, dándoles cuenta con pago a los tales herederos o cumplidores, y esto mismo MANDAMOS que se guarde y cumpla, y cuando el lugar do falleciere el tal difunto estuviere o viniere a él persona que tenga derecho a heredar sus bienes abintestato, porque en cualquier de estos dos casos ha de cesar y cesa el oficio de la dicha justicia y regidor y se ha de guardar lo contenido en este capítulo, asentando el dicho escribano solamente en su libro la razón de ello para que se sepa cuando convenga a la persona que heredó al tal difunto” Carta Acordada del 9 de noviembre de 1526, norma de creación del Juzgado de Bienes Difuntos.

<sup>27</sup> Ver al respecto, Gallegos Vázquez, Federico “La jurisdicción especial de los peregrinos” <https://www.omniamutantur.es/>

<sup>28</sup> “Ley Hipotecaria, Reglamento General para su ejecución” Edición Oficial, Impr. del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1861.-

*tes: el derecho civil experimenta alteraciones trascendentales: apenas hay una de sus instituciones a que no afecte la innovación: en el orden de la familia a la sociedad conyugal y a la potestad paterna: en el de tutelas y curadurías a las relaciones entre el menor o incapacitado y los que están encargados de su guarda: en el de la propiedad y de los demás derechos en la cosa a su adquisición, su conservación, su transformación y sus modificaciones: en el de las sucesiones al respeto a la voluntad del testador o a la disposición de las leyes: en el de contratos a la seguridad del cumplimiento de muchos importantísimos. Toda esta está íntimamente ligado con la Ley de Hipotecas: a todo afecta gravemente el nuevo sistema; todo ha sido sujetado a revisión; todo ha sufrido grandes modificaciones”*

Esta orientación otorgaba a la normativa marcadas ínfulas de revolucionaria, sin demasiado apego a la confusa legislación vigente, lo cual probablemente haya impulsado a los registradores a considerarse también una especie de cruzados de la modernidad más que unos simples burócratas sujetos a la nueva ley.

A nuestro entender no existe en la redacción original de la ley hipotecaria nada que pudiera alentar la necesidad de una declaratoria judicial para los trámites abintestatos. También parece ser la opinión del omnipresente Gómez de la Serna quien, luego de haber participado en la redacción de la ley, realiza un estudio exhaustivo sobre ella, sin tocar el tema.<sup>29</sup> Al poco tiempo de regir la ley, los escribanos de Zaragoza publican una colección de formularios ajustados a la nueva ley. Allí tampoco las particiones de los abintestatos se encontraban mediadas por ninguna intervención de los tribunales.

Sin embargo, en 1863, ante una consulta a la Dirección de los Registros para saber si para inscribir bienes a nombre del único hijo de un causante viudo bastaba presentar la partida de defunción y la fe de bautismo se resolvió que era necesaria una declaratoria judicial.<sup>30</sup>

Cuatro años después todavía había serias dudas sobre el criterio a seguir y es cuando se dictan las dos reales órdenes conteniendo criterios distintos que hemos citado.

En 1875, la opinión registral es explicitada en una resolución que confirmaba la negativa a inscribir la declaración jurada de heredero hecha en expediente de juris-

---

<sup>29</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro “La ley hipotecaria , comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación” Impr. de la Revista de Legislación, Madrid ,1862.Pagina 111

<sup>30</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, op. cit.Tº II, pag. 1057. Aunque tiene el mismo pie de imprenta. que el tomo I es posterior a 1867 (según surge de su contenido.)

dicción voluntaria<sup>31</sup> diciendo: 1° *Qué después de publicada la Ley de Enjuiciamiento Civil no existen otros medios legales para obtener la declaración de heredero abintestato que los consignados y determinados en los artículos 368 al 375 de la misma, cuyos trámites son obligatorios para todos cuantos se crean con derecho a la herencia de una persona...* 3° *Que una vez establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil los trámites que deben observarse para obtener la declaración de heredero abintestato, no es lícito á los particulares ni á los Tribunales adoptar otros distintos, porque los preceptos de derecho público á cuya clase pertenece el procesal, no pueden ser modificados por la voluntad de los interesados...* 5° *Que siendo revocables en cualquier tiempo las providencias dictadas por los Jueces en los expedientes de información para perpetua memoria, ... carecen de la autoridad y firmeza de la cosa juzgada, y en su consecuencia, no constituyen un verdadero título de adquisición del dominio de los bienes por derecho hereditario, ni pueden considerarse como inscribibles declaraciones de derecho que no causen estado, atendidos los efectos que la Ley hipotecaria atribuye a la inscripción de la herencia...* 8° *Que además de estas razones, aducidas para negar á las informaciones de testigos el carácter de medios legales y suficientes de acreditar que una persona ha fallecido sin otorgar testamento, y que determinadas personas son las que tienen mejor derecho a sus bienes, existe otra muy importante, fundada en la imposibilidad de que los testigos sepan y tengan certeza de estos hechos negativos, los cuales solo pueden justificarse por el medio solemne de los edictos publicados con repetición en los periódicos oficiales, convocando a todos los que se consideren interesados, para que dentro del plazo que la ley prescribe acudan á usar de su derecho en la forma y de la manera establecidas.*<sup>32</sup>

Obsérvese que los registradores consideran que la declaratoria tiene los efectos de la cosa juzgada, conclusión que nunca fue admitida en nuestro país<sup>33</sup>.

El empecinamiento burocrático tuvo sus consecuencias. Manresa y Navarro explican que “se notó en la práctica la inconveniencia de estos procedimientos, por dilatorios, costosos é innecesarios, cuando se trataba de descendientes, ascendientes o colaterales dentro del cuarto grado; y como los registradores de la propiedad se negaban á inscribir las particiones de herencias intestadas si no se había hecho

---

<sup>31</sup> La doctrina procesal no consideraba al proceso de división de bienes hereditarios un procedimiento de la jurisdicción voluntaria.

<sup>32</sup> Citado por VICENTE Y CARAVANTES, José. “Apéndice al Tratado Histórico Crítico Filosófico de procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva ley de enjuiciamiento”, Madrid, 1879, página 196.

<sup>33</sup> LLERENA, Baldomero, “Concordancias y Comentarios del Código Civil” T° VI, pág. 182 y ss. Imprenta y Librería de Mayo, Buenos Aires, 1889.

*la declaración de herederos en la forma prevenida por la ley de Enjuiciamiento civil, se aprovechó la ocasión de llevar a las Cortes la reforma de algunos artículos de la ley Hipotecaria, para incluir en ella la de dicho procedimiento*<sup>34</sup>.

Así fue que por ley del 17 de julio de 1877 se modificó la Ley Hipotecaria y por Real Decreto del 20 de mayo de 1878 se dispuso que la declaración de herederos abintestato debía hacerse por los trámites señalados en la ley de Enjuiciamiento Civil, pero sin necesidad de publicar edictos cuando sucedan abintestato parientes legítimos en la línea recta. En síntesis, le dijeron al registrador: Acá legislamos nosotros y se registra como nosotros legislamos.

¿Por qué no se volvió a la sencillez de las Partidas? Lo ignoramos. Lo importante es que las autoridades españolas reaccionaron rápidamente y simplificaron un trámite que las consideraciones registrales habían complicado sin necesidad. Y lo hicieron eliminando la publicación de edictos que los registradores habían ensalzado y a los cuales nuestros proyectos nacionales siguen otorgando un parroquial protagonismo. Además, la sucesión de hechos narrados muestra como muta la relación entre declaratoria, partición e inscripción. Todo esto sujeto a cambio, nada es permanente. No hay nada de la esencia de lo registral o principios inmanentes que no puedan repensarse y modificarse. La voluntad del legislador, no la del registrador, es la que inclina la balanza.

Cuando por fin se dicta el Código Civil Español, siguiendo los lineamientos que ya venían de tiempos de las Partidas, no se hacen distinciones entre herederos abintestatos y testamentarios y ambas categorías suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones (art. 611) mientras que la posesión<sup>35</sup> de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia. (art. 440) sin diferenciar tampoco entre testamentarios o abintestatos. Pero los contrastes se mantuvieron en la actual Ley Hipotecaria que establece en su artículo 14: “El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato...”<sup>36</sup>

Es así que en España no existe, como en nuestro país, un trámite para que los herederos testamentarios sean puestos en posesión de los bienes y como los regis-

---

<sup>34</sup> MANRESA Y NAVARRO, José María. “Comentarios a la última Ley De Enjuiciamiento Civil Española”, Impr. y Encuadernación De A. De J. Lozano, México, 1892T° III, Pág. 238.

<sup>35</sup> Cuando un español habla de posesión, habla de posesión y no de investidura.

<sup>36</sup> Digamos, de paso, que para la ley española la transferencia entre *de cuius* y herederos no es un supuesto de tracto abreviado.

tradores nunca objetaron a los designados en testamentos públicos (fueran legitimarios o no) estos nunca necesitaron la intervención judicial. Es sólo para los abintestatos que se requiere un trámite notarial en el cual, a diferencia de nuestra legislación proyectada no se publican edictos; salvo supuestos muy puntuales.

**Derecho patrio.** En 1832, se publica en nuestro país el “Prontuario de Práctica Forense,”<sup>37</sup> obra póstuma de Manuel Antonio Castro, quien repite más o menos los conceptos de toda la doctrina hispánica ya explicitados, siendo inexistente la idea de una declaratoria. Castro, a diferencia de Vélez Sarsfield, no menciona ninguna discrepancia entre el derecho metropolitano y el indiano. En cuanto a la partición de bienes repetía lo que ya hemos visto:<sup>38</sup> *... puede hacerse de dos modos, a saber; extrajudicial entre herederos mayores que se convienen en practicarla en esta forma o judicial cuando los herederos así lo solicitan y cuando es entre menores, aunque haya entre los herederos alguno o algunos mayores. También se procede a la partición extrajudicial, aun cuando haya menores o ausentes, si el testador así lo dispuso expresamente, nombrando contador y partidador extrajudicial y las partes están conformes en hacerla de este modo... según así se declaro y dispuso en la Cédula del 20 de Enero de 1792<sup>39</sup>, como más conforme a las leyes del título 4, Libro 5 de la Recopilación quedando a salvo el acto de la aprobación de la cuenta y adjudicaciones que se practiquen por el comisionado y el poder reclamar cualquier agravio porque justamente se notare...y a este fin siempre es muy útil, pedir al juez su aprobación con precedente audiencia del Defensor de Menores, si lo hubiere.*

**La Codificación Civil.** Vélez Sarsfield en la nota al art. 3410 consideró, erróneamente, que la legislación castellana imponía que la posesión de los bienes sucesorios fuera solicitada por los herederos a los jueces; además sostuvo que estas leyes seguían los antecedentes romanos. Esto es parcialmente cierto: los españoles continuaron con los criterios romanos, pero ni unos ni otros consideraban imprescindible la actuación judicial no habiendo conflictos entre los interesados en el acervo. A su vez, el Codificador entendía que las leyes del Juzgado de Bienes de Difuntos constituía una legislación especial por la cual ciertos herederos legitimarios podían evitar el trámite sucesorio que creía impuesto por las leyes de Partidas. Ya hemos visto que esto tampoco era así: la legislación civil de la Península y las Indias era la misma. El Juzgado de Difuntos era una institución del derecho procesal más organi-

---

<sup>37</sup> CASTRO, Manuel Antonio, “Prontuario de Práctica Forense”, Impr. de la Nación Argentina, 1863. Edición facsimilar del Instituto del Derecho Argentino, dependiente de la Universidad de Buenos Aires, con nota preliminar de Ricardo Levene, Buenos Aires 1945.

<sup>38</sup> CASTRO, op. Cit. Pág. 236

<sup>39</sup> CASTRO, op cit, Pág. 229

zada que la peninsular pero con la misma idea: prevenir en los abintestatos ante la manifiesta ausencia de herederos y albaceas que pudieran hacerse cargo de los bienes y disponer los funerales del difunto..

Pero, más allá de sus equivocadas apreciaciones, Vélez Sarsfield dispone que los herederos legitimarios entren en posesión de los bienes sin ninguna intervención judicial, considerándolo la legislación vigente en Indias

**Los doctrinarios del Siglo XIX.** En 1884, el Fiscal de la Cámara de Apelaciones de Capital Federal, Gerónimo Cortés, debe dictaminar en una causa muy comentada en años posteriores y dejada en el olvido desde la Gran Guerra. En ella se cuestionaba el título de propiedad de una finca por no constar la declaratoria a favor de los disponentes. El comprador por boleto, para deshacer la operación, objetaba que en el título antecedente (del año 1856) los vendedores (una viuda y dos hijos) se titulaban herederos del prefallecido titular del bien sin que la escritura contuviese una declaratoria ni se refiriese a testamento alguno. La defensa de los demandados alegó que en las escrituras de aquella época no se hacían tales declaraciones pues el escaso valor de los bienes dispensaba del rigorismo de las formas. Pero Cortés enfatiza *“la verdadera explicación de aquella práctica debe buscarse y se encuentra en el Derecho Especial establecido para la América Española<sup>40</sup>, 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,... 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 entrar en posesión de los bienes hereditarios y disponer libremente de ellos, siendo todos mayores de edad, necesitan la intervención del Juez ni declaración alguna judicial en razón que la ley reputando notorio el vínculo de sangre, que une a las personas no exige el que se compruebe previamente”*.<sup>41</sup>

Llerena (1889) concuerda con Cortés. Al comentar la expresión *“sin ninguna formalidad o intervención de los jueces”* del art. 3410 explica: *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...sin necesidad de que haya tomado la posesión material de los bienes, pues le basta la que*

---

<sup>40</sup> CORTÉS, Gerónimo, “Vistas Fiscales expedidas en el carácter de fiscal de la Cámara de Apelaciones de la Capital,” Impr. Europea, Buenos Aires T. I, 21.

<sup>41</sup> CORTES, idem.

tenía el causante de la herencia"...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, aún 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>42</sup>

Machado es el más fervoroso entusiasta del art. 3410 ya que lo considera una disposición que "se armoniza con los ideales de la sociedad moderna que necesita facilidad, movimiento y vida, enterrando para siempre esas trabas de la posesión judicial en que un funcionario levantaba un acta y daba la posesión ordenada por el juez."<sup>43</sup> Él, igual que Vélez y Cortés, consideraba que la posesión *ipso iure* era una creación original del Derecho Civil Indiano, mientras que el derecho metropolitano exigía la intervención judicial. En base a estos errores descarga sus críticas contra los escribanos que piden declaratorias: "¿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 porque 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**

---

<sup>42</sup> LLERENA, Baldomero, "Concordancias y Comentarios del Código Civil" Impr. y Libr. de Mayo, Buenos Aires, 1889. T° VI, Pág. 182 y ss.

<sup>43</sup> MACHADO, José O. "Exposición y Comentario del Código Civil" Félix Lajoune, Editor 1901.- Pág. 599. T° VIII, pag 509,

**como llenar.** *¿Cómo se sabrá que el enajenante es heredero descendiente o ascendiente? ¿Cómo, que es único heredero o que sólo 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... 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... 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.*<sup>44</sup>

Dicen que Dios escribe derecho con palotes torcidos. Algo parecido pasaba con estos doctrinarios. Defendían las posturas clásicas del derecho romano y el castellano (en cuanto a evitar la intervención de los jueces) pero creyendo que era una solución del derecho indiano. Desgraciadamente, sus errados razonamientos introducen en la ecuación el tema de la notoriedad que nunca había aparecido en los antecedentes peninsulares y que fue utilizado para criticar estas soluciones, afirmando que la notoriedad no era idea para avalar en una sociedad moderna.

Tómese debida nota que, al revés de lo sostenido por la doctrina del Siglo XX, los tratadistas decimonónicos entienden que la declaratoria es el elemento perturbador que viene a trastocar las prácticas coloniales de evitar los procesos sucesorios.

### **Los Escribano discuten entre sí y algunos lidian con los registradores.**

A fines del Siglo XIX comenzaremos a encontrar voces notariales que critican las particiones sin declaratorias. (Hasta que no aparezca mejor explicación concordaremos con Machado: son los escribanos quienes abogan por estos cambios y no conocemos, en este período, críticas que no vengan de nuestros viejos colegas). No

---

<sup>44</sup> MACHADO, José O. op. cit, Pág.597

encontramos en sus razonamientos ninguna apelación directa a los criterios de los registradores españoles, pero sus posiciones eran aún más extremistas que la de aquellos. Mientras los funcionarios hispánicos siempre consideraron “palabra santa” la disposición testamentaria, nuestros antecesores también objetaban los testamentos realizados aún a favor de herederos beneficiarios, razón por la cual todas las sucesiones debían pasar por el trapiche judicial. También existían defensores de las posiciones clásicas y las discusiones de unos y otros se reflejan en las revistas notariales de Capital Federal y Provincia de Buenos Aires así como en otras publicaciones de efímera existencia. Por los comentarios de unos y otros podemos darnos una idea de la extensión de estas prácticas y los obstáculos que se alzaban para las mentes más ortodoxas. No son controversias de mayor vuelo doctrinario más allá de apoyar o tratar de refutar a Cortés, Llerena y Machado, únicos autores que aparecen citados. No existe ninguna referencia a las leyes castellanas ni a la abundante bibliografía hispánica. Ayer, como hoy, más de seiscientos años de antecedentes son ignorados (dos mil doscientos, si empezamos a contar desde las XII Tablas). En general, los partidarios de las declaratorias tratan de torcer la interpretación del derecho civil apoyándose en la existencia de los nuevos códigos de procedimientos y la legislación registral, inspirados en las normas españolas.

Obviamente nadie habla de procesos sucesorios notariales o menciona la jurisdicción voluntaria. Al contrario, el ferviente deseo de los partidarios de las declaratorias es sacarse de encima cualquier tipo de posible responsabilidad que pudiera rozarlos. Así decía un colega:

*Con posesión, o sin ella, la demostración del título hereditario, la documentación en forma, del parentesco y la declaración judicial o legal de herederos, son tan indispensables, como que el art. 1004 del Código declara nulas las escrituras que no trajesen insertos los documentos habilitantes. Y esas declaraciones son documentos habilitantes<sup>45</sup> para transmitir derechos basados en relaciones de familia.*

***El testamento mismo, sin ser aceptado por un fiscal, o sin ser convencido un fiscal de su validez mediante ejecutoria ¿daría a cualquier comprador una***

---

<sup>45</sup> Al contrario de la posición sostenida por algunos escribanos, los tribunales siempre consideraron que las declaratorias no eran documentos habilitantes. *La disposición del Art. 1003 Código Civil –respecto a la obligación de transcribir en las escrituras los documentos habilitantes- solo se aplica cuando se trata de justificar la personería de los otorgantes, más no su derecho; en consecuencia, si una de las partes otorga una escritura diciéndose heredera de otra, no es necesario transcribir la declaratoria de herederos* Jur. Trib. Santa Fe T.V.P. 260, Cámara Apelaciones Sala 1era, Rosario, Agosto 24-1926’

*tranquilidad bastante que en días de que en días venideros no sería atacado por nullo o denunciados los bienes como fiscales, según se ha visto en ciertos casos?*<sup>46</sup>

*¿Qué escribano concienzudo querría cargar con las responsabilidades consiguientes a faltar en el título la declaratoria de herederos? ¿Cómo se llevarían, confiadas a la memoria o sin procedimiento serio, las relaciones de familia, vinculadas de un modo estrecho a la transmisión de la propiedad raíz?*

*Tal situación, primitiva por su naturaleza sería hoy abiertamente irreconciliable con todo el sistema de propiedad territorial que las leyes de la nación y provincias resguardan cada día, reglamentándolos más, y hasta (me atrevo a decirlo) pugnaría con el adelanto de nuestra legislación civil en materia de registro de propiedad y gravámenes.*<sup>47</sup>

En el 1900 encontramos un colega cuyas cavilaciones ante la cuestión igualan a la indecisión de Hamlet: *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: Si el causante y sus hijos residían en el lugar de los bienes, los segundos entran desde luego en posesión de éstos, sin formalidad alguna, pues tales herederos continúan la persona del difunto y por consiguiente son propietarios, acreedores o deudores...]* 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 indubitable y consigne la falta de dicho requisito, para salvar no su responsabilidad –que no tiene ninguna- sino su competencia profesional. Excusamos decir que el caso explicado es excepcional y sólo de aplicación entre descendientes y ascendientes legítimos o entre estos y aquellos<sup>48</sup> pues la regla general es que deben intervenir previamente los jue-

---

<sup>46</sup> Entendemos que se refiere al testamento a favor de los herederos *minsterio legis* ya que el resto de los sucesores debían pedir la posesión judicial (Art. 3412 CCA)

<sup>47</sup> GIL, Antonio L. *Posesión hereditaria ¿Requiere actos materiales o basta el título legal?* Revista Notarial Nro. 5, Pág. 73, La Plata, 1898

<sup>48</sup> Aquí existe un error porque los descendientes excluyen a los ascendientes, y los herederos ascendientes presuponen la falta de descendientes. Art. 3567 CCA.

ces, como resulta claramente de los art. 3411, 3412, 3413 y siguientes del Código citado<sup>49</sup>.

Que sí, que no; que no, que sí ¿Autorizar o no autorizar? ¡He ahí el dilema! Pese a sus protestas, se percibe que el colega está muy preocupado por la responsabilidad que le puede caer en un supuesto como el descripto.

Al año siguiente, otro articulista<sup>50</sup> -José Insua- suma su aporte para desincentivar el dictado de las declaratorias judiciales. Serán tres José Insua los que darán su opinión sobre este tema; lo cual no deja de ser asombroso y destacable. El primero, 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.*

*Una escritura de venta puede hacerse válidamente con arreglo al Código Civil, sin más designaciones que las exigidas por el art. 1004, la individualización de la cosa y la determinación del precio. Sin embargo, mucho antes de que las leyes reglamentarias lo exigieran los escribanos no sólo habían creado la práctica de tener los títulos a la vista, sino que los estudiaban y los relataban claramente en las escrituras de transmisión.*

*La institución notarial no es actualmente un mero depositario de la fe pública: se acude a ella considerándola además como la garantizadora de la estabilidad de*

---

<sup>49</sup> 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. 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 advierte 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.

<sup>50</sup> INSÚA, José, "Declaratoria de herederos" en Revista Notarial, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 85, 1901, p. 156.

*ciertos derechos privados. El Escribano no solamente es requerido para dar fe de las voluntad de las partes: se le exige que estudie los títulos, sus condiciones intrínsecas y extrínsecas, la capacidad de las partes, la naturaleza de la convención, en fin, todo cuanto tenga atinencia con el acto y luego se le pregunta ¿me asegura usted que puedo hacer y estar tranquilo con esto?*

*Tal exigencia legítima de las partes y la confusión que las opiniones de algunos abogados y las resoluciones contradictorias de los tribunales, han introducido en la interpretación de la ley crearon un sistema de previsión, de cuya observancia no debe desprenderse por el bien de todo.*

*No creo que la exigencia de la declaratoria de herederos, haya sido traída por los Escribanos que vinieron de España, como lo supone el Dr Machado, ni me parece que deba atribuirse la uniformidad con que todos á la mayoría (sic) la exigen al hábito que en ellos haya creada la práctica interesada. Basta decir que reputados abogados han sostenido que la declaratoria de herederos es un documento habilitante, para que el cuerpo notarial quede justificado de todas sus exigencias al respecto, que por cierto no se fundan en la rutina<sup>51</sup>.*

*...En los casos del artículo 3410, dada la proximidad y notoriedad del parentesco se le concede al heredero la facultad de ejercer los derechos y acciones de propietario sin diligencia previa de ninguna especie...Pero, a pesar de todo, aunque los herederos del art. 3410 tengan la posesión de la herencia y puedan disponer de ella siempre estarán obligados a justificar su carácter de herederos. Y es que si bien aquél artículo los hace entrar ipso jure en la posesión adquisitiva del dominio, la ley es impotente, por la misma naturaleza de los hechos, para servir de justificativo o comprobante del título. La ley nos concede el título pero no puede concedernos la prueba del título, desde que no se trata de presunciones legales.*

*Cuando el único o todos los herederos mayores de edad, se presentan a enajenar bienes de la herencia ¿puede el escribano extender la escritura, sin que se le exhiba justificativo alguno, fundándose simplemente en la notoriedad? Opino que no, porque no le es dado sustituir a los jueces haciendo apreciaciones de esta naturaleza.<sup>52</sup>*

*El heredero debe, pues justificar su carácter, y para ello hay dos caminos, en los casos del art. 3410: 1º la exhibición de la declaratoria judicial, 2ª la exhibición de la partida de defunción que justifique el deceso del causante y las partidas que justi-*

---

<sup>51</sup> En su fervor de impulsar la declaratoria comienza diciendo que no es un documento habilitante para luego afirmar que lo es.

<sup>52</sup> Vaya uno a explicarle al colega las virtudes de la jurisdicción voluntaria.

fiquen el parentesco. **Entre los dos procedimientos, uno meramente particular y otro con sanción judicial, indudablemente el último es el mejor.** El Dr. Machado ha tomado en cuenta esta circunstancia y sienta que bastaría, y aún es preferible, la atestación de testigos responsables que figurasen en el instrumento para acreditar el carácter de único o únicos heredero.

**No obstante el respeto que me merece el eminente tratadista, no considero propio de las funciones notariales la recepción de tal prueba.** Se comprende que la ley disponga que se justifique la identidad personal ante el Escribano por medio de dos testigos...Pero no se justificaría que los derechos sucesorios, el dominio exclusivo sobre los bienes que se van a enajenar, el título de único propietario se acreditase por testigos ante el Escribano.

**Es verdad que esa prueba quizás fuera más segura que la judicial; pero en ese camino muchas cosas podrían probarse ante el Escribano con ventajas, sin que de ello podamos inferir que éste pueda eficazmente recibir estas pruebas.** Toda información testimonial para surtir efecto debe ser recibida y aprobada judicialmente, y los escribanos deben rehuir, en lo posible aceptar y consignar atestaciones de testigos y rechazarlas, sin excepción, cuando se trata por ese medio de justificar, ante ellos, derechos sobre los bienes.

...el Dr. Machado tiene razón al afirmar que la publicación de edictos no asegura mayormente que no puedan existir otros derechos. Pero la citación por edictos es un remedio legal, y por lo tanto, deficiente y todo, satisface muchas más que la simple información particular. Por otra parte, si la publicación de edictos no es bastante para basar la declaración de únicos herederos, podría aconsejarse que los jueces exigieran la prueba testimonial, pero no que se prescindiera de ellos para admitir la producción de esa prueba ante el notario.

La declaratoria de herederos acredita: que se ha probado en juicio el deceso del causante y el derecho de suceder de las personas declaradas herederas, que citados por edictos a los que se creyeren con derecho a la herencia, no se presentó ningún otro que los herederos declarados; que estos son únicos y universales herederos

Aunque se dicte sin perjuicio de tercero, porque no puede ser de otro modo, ese auto es suficiente para justificar la buena fe del adquirente de los bienes de la herencia. Su posesión puede considerarse sin vicio, salvo la prueba en contrario.

Cuando el comprador adquiere reconociendo el carácter de único o únicos heredero, aceptando la simple afirmación del enajenante, o fundándose en el cono-

*cimiento de la familia, o en la notoriedad, es a su cargo la prueba de la buena fe de su posesión; y aún se podría impugnar su título como defectuoso a ese respecto. Porque la afirmación del enajenante, para el caso, nada valdría, el conocimiento del adquirente, si resultaba incompleto, de nada le serviría tampoco y la notoriedad sería un hecho que no resultaba del título, pues aún la atestación de dos testigos responsables, consignada en la escritura, no formaría prueba legal, porque estas cosas solo pueden probarse en juicio.*

*¿Cómo podría alegar el adquirente su creencia, sin duda alguna, de ser el verdadero y único dueño por haber hecho la adquisición del único y verdadero propietario?*

*Solo fundándose en el auto judicial que acredita la calidad del enajenante, porque ese auto es la mayor de las pruebas que en este caso pueden producirse, es por sí mismo, un instrumento de absoluta fuerza probatoria, con relación a terceros de buena fe.*

*Para terminar diré que en la Provincia no pueden hacerse escrituras sin la declaratoria judicial, porque el Registro de la Propiedad las exige para anotar el dominio a nombre de los herederos. Ni siquiera basta transcribir la declaratoria en la escritura de enajenación.*

*En la reforma del Código debe establecerse que, no existiendo institución de herederos<sup>53</sup>, éstos deben justificar su carácter de tales por medio de la declaratoria judicial, cuando traten de dividir, enajenar o constituir derechos reales sobre los bienes hereditarios.<sup>54</sup>*

El indiscutible paladín de los anti-declaratoria es el escribano Jonas de Tres Arroyos, un patriarca al cual han continuado cuatro generaciones de escribanos. Decía: *... si dos o más individuos comparecen ante un escribano y le dicen: Nosotros somos hijos únicos de los cónyuges A y B que han fallecido ab intestato. Somos mayores de edad y queremos repartirnos los bienes yacentes, los cuales son estos y aquellos y aquí están los títulos; de cien escribanos es casi seguro que cincuenta responderían: Comparezcan ante el juez competente, háganse declarar herederos,*

---

<sup>53</sup> Vemos que todas las críticas de Insua (como las del registrador español) se acallan si existe un testamento a favor de un heredero legitimario. Esto nos habla a las claras de una fe ciega en que el testador no omitirá ningún coheredero, pues de no pensarlo así, los problemas de la sucesión testamentaria y abintestato son similares.

<sup>54</sup> Los activistas de las sucesiones notariales no hacen más que seguir el criterio del colega. Buscar la sanción de un régimen legal que convalida los obstáculos impuestos por la registración a los derechos de los particulares otorgados por la *posesión ipso iure*.

después vengan a mí<sup>55</sup> con la declaratoria y extenderé la escritura de división que desean.

*Los cincuenta restantes harían la escritura, pero quizás algunos, pensando que los títulos darían lugar a cuestiones enojosas al caer en manos de los primeros, procurarían esquivar poner manos a la obra<sup>56</sup>*

*Si se me presenta una o más personas pidiendo que les haga una escritura de división de herencia, se la haré siempre que me traigan los siguientes elementos: 1º Partida de casamiento de los padres, 2º Partida de nacimiento en que conste que los comparecientes son hijos legítimos de tal matrimonio. 3º Partida de defunción del padre y madre 4º Inventario de Bienes y tasación que puede ser respecto a los inmuebles lo de la última valuación para el pago de la contribución directa. Con estos elementos, transcribiendo las partidas en la escritura, transcribiendo el inventario, y relacionando los títulos procedo a hacer la división que, en mi opinión es perfectamente válida de acuerdo con lo dispuesto por el Código Civil Argentino.*

***Lea Ud. el Código Civil y verá Ud. que en ninguna de sus disposiciones se menciona el auto de declaratoria de herederos, por que los herederos cuando lo son, lo son por ministerio de ley y no necesitan que nadie los declare tales.***

*Nos comenta que ha sostenido este principio ante muy buenos señores abogados y que le dieron la razón, pero que convenía mucho a los intereses de ellos y del gremio en general que no se hiciera apóstol de ese principio... Además agrega: Si hay testamento la cuestión se simplifica, pues para hacer la escritura de división de herencia no hay que hacer más que referirse al testamento si está en el protocolo del Escribano, o copiarlo si no lo está.-*

*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, en los que se presentan documentos falsas, se preteren herederos y se malversan bienes,*

---

<sup>55</sup> En la redacción original del Código, la partición de bienes hereditarios debía hacerse por escritura pública. (Art. 1184 inc. 2. CCA) Por eso los clientes volvían luego de obtener la declaratoria. Más los abogados empezaron a argumentar que bastaba un instrumento privado presentado en el expediente, práctica que fue recogida por la reforma al mencionado artículo. Y los clientes no volvieron más.

<sup>56</sup> Descripción exacta de cómo se reproducen las pacaterías notariales.

*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.*

*Una escritura de la naturaleza de la que nos ocupa, antes de inscribir la cual se solicito por el oficial encargado de la ofician competente el parecer del superior acerca de si procedía o no la inscripción y la contestación fue que debía inscribirse, como se hizo.*

Al mismo tiempo que debían discutir con sus tozudos colegas (quienes luchaban a brazo partido contra la opinión de los más eminentes doctrinarios de la época para imponer la declaratoria) los clasicistas trataban de mantener a raya a los registradores quienes, siguiendo los ejemplos españoles, pretendían observar los títulos que las omitían. Los escritos del Dr. Blanco, Director del Registro de Capital Federal, nos ilustra sobre los razonamientos que alentaban el magín burocrático: *Al ser idénticas nuestra ley de Registro y la ley hipotecaria española de 1861, es evidente, en virtud de tal identidad, que nuestro Registro ha sido creado por la misma razón y para cumplir los mismos fines que fijan sus propios antecedentes... De modo, pues, que en todos aquellos puntos en que la comprensión o aplicación de nuestra ley ofrezca dificultades, por el hecho de no haber sido reglamentada o por que carece de antecedentes en nuestra legislación, los antecedentes o el reglamento de la ley española deben ofrecernos reglas seguras para aplicarla o para interpretarla con acierto...*<sup>57</sup> Las mismas ínfulas revolucionarias que inflamaban los pechos de los registradores españoles alentaban en los nacionales, con la gran diferencia que nosotros ya teníamos un Código Civil y una corriente doctrinaria contraria a la declaratoria, pero el registrador tiene la llave de la inscripción y le basta con el expediente de rechazar una y otra vez los documentos que considera inapropiados hasta hartar la paciencia de los díscolos. El escribano respalda sus opiniones con sus recursos y el espinazo de sus clientes mientras que el registrador no paga costo alguno por sus resoluciones.

Tal cual ocurrió en España, las decisiones registrales son oscilantes, alternado períodos en que se inscriben particiones sin declaratorias con otros en que no.<sup>58</sup> En 1911 el Escribano Cabral de Tandil hace la partición de bienes de Ángel Córscico<sup>59</sup> y su escritura, es la última referencia concreta a una partición sin declaratoria; aunque dos años después Baldana publica la primera edición de su famosa obra, en donde las particiones aún figuran sin declaratoria<sup>60</sup>.

La escritura de Cabral era del siguiente tenor:

*“Escritura 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 María Poggi de Córscico, y sus hijos don Juan Córscico, casado y don Luis Córscico, soltero, todos mayores de edad, domiciliados en este Partido, a quienes conozco, doy fe y dijeron: 1ero: que son esposa e hijos legítimos, respectivamente, de don Ángel Córscico, que falleció estando domiciliado en este Partido el día 4 de febrero de 1905, parentesco y circunstancias que me comprueban con las partidas de matrimonio y nacimiento que me presentan conjuntamente con la partida de defunción y en copia agrego a la presente. 2do: Que al fallecer don Ángel Córscico quedaron los siguientes bienes pertenecientes a la sociedad conyugal con doña María Poggi de Córscico... 3ero: Que los comparecientes son los únicos sucesores universales de don Ángel Córscico, y se hallan actualmente en posesión de los bienes relacionados, posesión de derecho y de hecho continua y pacífica, no habiendo el causante testado y no teniendo actualmente la sucesión deuda alguna. 4to: Que los mencionados bienes les corresponden la mitad por sus gananciales a doña María Poggi de Córscico y la otra mitad por herencia a sus legítimos hijos Juan y Luis Corsico. 5to. : Que en consecuencia éstos aceptan pura y simplemente la herencia que les corresponde por fallecimiento de su padre don Ángel Córscico, estando todos de común acuerdo y han convenido en dividirse los bienes expresados, resolviendo el condominio que sobre ellos tenían en la siguiente forma: Adjudicando a doña María Poggi de Córscico...Adjudicando a don Juan Córscico... Adjudicando a Luis Córscico... Adjudicaciones que hacen aceptan recíprocamente estando todos conformes con lo que se les adjudica. Léida que les*

---

<sup>58</sup> Para una reseña más detallada de las contradicciones del pensamiento notarial y su lucha con los registradores, ver PICASSO, Esteban, “La persistente presencia de los procedimientos sucesorios notariales en el nuevo Código Civil y Comercial y su proyección al futuro, Revista del Notariado 932, Buenos Aires, 2018.

<sup>59</sup> Ver CALVO, Juan L., *Actas de notoriedad, notariales y extraprotocolares*, Ediciones Libr.Jurídica, La Plata 1969, Pág. 169.

<sup>60</sup> En ediciones posteriores, Baldana inserta declaratorias en sus formularios de particiones. Pero en un tozudo y silencioso “Eppur si muove” publica, sin comentarlos, antiguos formularios sin declaratoria de la época rosista.

*fue a sus otorgantes esta escritura se ratificaron en su contenido y firman por ante mí, de lo cual y demás circunstancias, doy fe”.*

La escritura sigue la redacción enseñada por libros de formularios de la época<sup>61</sup> y se ajusta exactamente a los lineamientos de la sugerida por Posteraro Sánchez. Lo fabuloso de la opinión del colega y de todos aquellos notarios que han tratado la cuestión es como vuelven a repensar un tema que ya estaba dilucidado un siglo atrás pero cuya existencia se fue soterrando hasta serles desconocida.

**La imposición del registrador.** Los vaivenes de los criterios registrales terminan, hasta donde sabemos, en la Provincia de Buenos Aires con la resolución del 15 de octubre de 1913, firmada por el director del Registro, Telésforo B. Ubios<sup>62</sup> *quien considero que: por escritura otorgada... ante el escribano \*\*\*, las señoras \*\*\* y \*\*\* hicieron cesar el condominio y se adjudicaron respectivamente los bienes que en ellas se deslindan,... realizando dicho acto en su carácter de únicos y universales herederos de sus legítimos padres... Que, solicitada la inscripción, el subgerente \*\*\*, la ha denegado expresando que previamente debe inscribirse la declaratoria de herederos, con respecto a los bienes que fueron del causante, decisión de la que reclama el escribano \*\*\*, por considerarla improcedente de acuerdo con lo dispuesto en la ley de octubre 10 de 1890 y constituir la declaratoria de herederos un título universal y declarativo que no transmite el derecho real de bienes determinados, habiéndose operado la transmisión por el simple hecho de la muerte del causante, (artículo 3410 y 3418 del Código Civil); Que es exacto que, con arreglo a las prescripciones de la ley de fondo, cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes y descendientes, el heredero entra en la 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 la herencia, sucediendo el heredero no sólo en la propiedad, sino también en la posesión del difunto, ... pero de ello no se sigue que los herederos estén excusados para ejercer actos de dominio de acreditar judicialmente tal carácter y obtener la declaratoria correspondiente... y así lo han entendido los otorgantes en el caso de que se trata, pues de la misma escritura resulta que han tramitado el juicio sucesorio y obtenido el auto judicial que establece su situación legal; Que es mediante esa declaratoria de herederos que los otorgantes han podido*

---

<sup>61</sup> CASTILLO, José, *Estudio teórico práctico para el oficio de escribano público*, Buenos Aires, Pedro Igon y Cía. Editores, Buenos Aires, 1893,

<sup>62</sup> UBIOS, Telésforo Bernardo. *Colección de Disposiciones que rigen la Institución*. Registro de la Propiedad, Hipotecas, Embargos e Inhibiciones de la Provincia de Buenos Aires, Taller de Impresiones Oficiales, La Plata 1914.

*hacer cesar el condominio, constituyendo ella el título invocado al efecto, por lo que es evidente que le comprende la prescripción del inciso 4º, artículo 3º de la ley de octubre 10 de 1890 pues aunque en principio las declaratorias de herederos no consagren derecho reales, en caso como el presente producen este efecto: Que a los escribanos les está impedido autorizar escritura alguna que transmita o modifique derechos reales “sin tener a la vista el título que debe servirles de referencia, debidamente inscripto, así como el certificado en que conste el dominio del inmueble y sus condiciones, (artículo 6º) y, en el caso, no se han observado ninguna de esas formalidades, por cuanto los otorgantes no han registrado el título que acredita su derecho, o sea la declaratoria de herederos, y el certificado que cita el oficial público expresa precisamente que el dominio consta a nombre del causante; Que a esto se agrega la exigencia contenida en el artículo 10 de la ley de la materia cuya cláusula prescribe que en las inscripciones se establezca “el encadenamiento y correlación entre las inscripciones que existan y las que con posterioridad las modifican” formalidad que omitiría de anotar el acto realizado por los otorgantes, sin registrar previamente el título con que han procedido; Que tal es el criterio dominante, consagrado por reiteradas resoluciones... Por lo expuesto se declara que la denegatoria pronunciada por el subgerente escribano \*\*\* arreglada las disposiciones vigentes y hágase saber al escribano \*\*\*”.*

Con este último cañonazo se sella la victoria de los burócratas. De aquí en más, los antecedentes de la cuestión van cayendo en el más profundo olvido y los herederos terminarán haciendo procesos sucesorios al sólo efecto de conformar a los registradores ¡Vae Victis!

No hacemos aquí críticas de las posiciones de Ubios. Voces muy autorizadas han dicho con incomparable claridad y economía de palabras: “*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 [...]** 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>63</sup>

**Discusiones tardías.** En 1924 encontraremos las últimas consideraciones sobre un problema práctico originado por la omisión de la declaratoria. Se trata de una consulta realizada al Colegio de Escribanos de la Capital Federal sobre la validez de una partición de bienes efectuada por un hijo y una nieta de la causante, acreditando el deceso con la partida de defunción y su derecho con el testamento. El título fue observado por no haberse promovido el juicio sucesorio.

El segundo de los José Insúa,<sup>64</sup> se expide de manera contundente considerando que la escritura es inobjetable.

*En la época que se hizo, siempre que la institución de herederos recayera en ascendientes y descendientes del testador y fueran mayores de edad, los escribanos no requerían para el otorgamiento de las particiones por escritura pública más que la partida de defunción del causante y su testamento, **obrando así en conformidad con las disposiciones del Código Civil que rigen el caso.** Hay muchas escrituras en esas condiciones sin que esta oficina tenga noticia de que hayan sido observadas*

Entiende el dictaminante que: 1º *El heredero forzoso tiene su derecho a la herencia por la ley [...] **Su título de propiedad lo constituye la ley misma, por ello se dice que adquiere la propiedad por “Derecho Civil”** por que la transmisión no emana de un acto de mera voluntad del causante, a quién está prohibido disponer a favor de otros, salvo en la parte que no afecta la legítima. 2º 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». De modo que al título de propiedad que les da la ley, se une también el de posesión en la que entran el día mismo de la muerte del causante, continuando su persona como si fuera aquél mismo que poseyera (art. 3417)... 3º 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 y testimonio fehaciente de su mente (de ahí “testamento”)] 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***

---

<sup>63</sup> 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)

<sup>64</sup> INSÚA, José, *Partición de herencia por escritura pública*, en Revista del Notariado, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, Nº 308, 1924, pp. 230-231.

**su eficacia, como instrumento probatorio, a la aprobación o revalidación judicial.** 4° El art. 3462 del Código, que menciona la escritura, autoriza, cuando todos los herederos son mayores de edad y están presentes, a hacer la partición de la herencia en la forma que juzguen conveniente. 5° Finalmente el Código de Procedimientos (art. 626), siguiendo al Código Civil, prescribe el juicio, testamentario, -cuando, hay menores o incapaces o ausentes; -cuando terceros con interés jurídico se opongan a la partición privada, y cuando los, herederos mayores -y presentes no se -pongan de acuerdo para hacer la partición privadamente. No está, pues, comprendido el caso.

*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 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.**

*Al art. 3410 y la doctrina expuesta en la nota al mismo; que el Dr. Cortés ha ampliado luminosamente en la vista que se registra en la página 265, tomo I de sus Vistas Fiscales, (en la Biblioteca del Colegio)<sup>65</sup> podría agregarse el art. 3430...*

*No ve esta oficina, por otra parte, que acción puede haber contra un título apoyado por disposiciones expresas del Código Civil, ni quién podría intentarla; habiendo otorgado la división la totalidad de los herederos instituidos.*

La Comisión Directiva del Colegio de Capital Federal, con la firma de su presidente César Petracchi, comparte *in-totum* los términos del dictamen, de esta manera queda consagrado como una norma de referencia para casos similares. En otras palabras, se constituye en la doctrina oficial del Colegio de Escribanos de Capital Federal.

---

<sup>65</sup> También está en el Colegio de Provincia de Buenos Aires.

Destaquemos que Insúa no hace ninguna referencia a la registración. Tampoco se pregunta ni explica porqué las escrituras que se hacían antaño sin intervención judicial requerían ahora este nuevo trámite que, con variedad de argumentos, considera innecesario en el orden civil.

El dictamen repercute en la Provincia de Buenos Aire y es publicado en la Revista Notarial (aún antes que en Capital Federal).<sup>66</sup> Su comentarista expresa:

***Es bien sabido que tanto en esta Provincia como la Capital Federal circulan infinidad de títulos emanados o que tienen por base una partición de herencia entre descendientes o ascendientes mayores de edad, practicada directamente ante escribano con prescindencia de toda intervención judicial; vale decir sin la declaratoria de herederos si el causante murió abintestato o sin la declaratoria de validez del testamento etc., en el caso contrario,***

*Los títulos que reposan sobre una partición en estas condiciones han sido y son aún hoy corrientemente observados. Yo mismo, sin mayor examen y siguiendo la práctica establecida -no tanto por propia convicción cuánto por el natural temor de afrontar por mí sólo la responsabilidad de proveer al cliente de un título que el mejor día debía serle rechazado con la consiguiente indignación de su parte- he decidido observar recientemente un título en esas condiciones, que tenían por origen una partición hecha en el año 1893 ante un viejo y distinguido colega de la Capital Federal, sobre la base de un testamento y una partida de defunción que no pasaron por la autoridad de los jueces.*

*La réplica de la parte afectada por la observación puso a mi clienta en el caso de haberse demandado por cumplimiento de contrato y a mí en el caso de concretar y fundar en las disposiciones legales terminantes el rechazo del título.*

***Agrega que el estudio detenido de la cuestión lo ha llevado al convencimiento de la sinrazón del reparo puesto al título y ha debido por tanto aceptarlo...que al terminar su estudio se entero de que un caso exactamente igual acaba de producirse en el Colegio de la Capital Federal...y que ha servido para sentar otro precedente de gran valor: la aceptación del título por el Banco Hipotecario Nacional que lo había rechazado.***

Luego de reproducir la doctrina de Insúa destaca que el caso es una sucesión testamentaria y cabría preguntarse qué ocurriría si el causante hubiera fallecido abintestato. Afirma que la única diferencia sería que en lugar de constatarse el

---

<sup>66</sup> BERTOMEU, R.M, *Partición de Herencia por Escritura Pública*. en Revista Notarial, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 206,pág 3561, año 1924

carácter de herederos por medio de testamento lo sería por medio de las respectivas actas o partidas de nacimiento, etc. a agregarse o insertarse en las escrituras de partición.

Al finalizar la reseña se pregunta: *¿Cómo es que siendo la ley tan clara y terminante se promueven ante los tribunales tantas sucesiones innecesarias?* Y se responde: *La respuesta no corresponde al Escribano porque no es él llamado a tramitarlas.* Es evidente que el comentarista no cae en la cuenta que el notariado es llamado a tramitar particiones sin declaratorias. Su indiferencia frente a la cuestión es más que significativa de la desidia con la cual el notariado miraba el tema.

Antes de finalizar ese mismo año aparece en las páginas de la Revista del Notariado el tercer (¿y último?) José Insúa<sup>67</sup> quien criticando el dictamen de su tocayo trata de enterrar cualquier conato de pensamiento divergente frente a las costumbres del foro.

*...la práctica que se ha implantado por los jueces de dictar la declaratoria que la mayoría de los abogados solicitan antes del período de liquidación o división de los bienes hereditarios, responde a la mejor hermenéutica de interpretación procesal. No es necesario que la ley la prescriba expresamente, como no prescribe el pronunciamiento de muchos otros autos que surgen de la tramitación seguida: ella tiene su razón de ser en las demás disposiciones que regulan la forma de tramitación del juicio.*

*Se invoca en contrario que los ascendientes y descendientes legítimos entran en la posesión de la herencia; sin intervención de los jueces (art. 3410 del Código Civil) 2º Que anteriormente los jueces no dictaban el auto de declaratoria. 3º una Vista del eminente juriconsulto Dr. Géronimo Córtes de pasados años, que la considera innecesaria.*

***En derecho, el camino más peligroso para errar es atribuir carácter absoluto a las disposiciones legales.*** *Todo el derecho es relativo y sujeto a coordinación y los artículos de las leyes, raras veces se escapan a esta regla limitativa de su alcance o significación. Lo primero que se ofrece al espíritu de quien medite sobre el carácter del juicio sucesorio ab intestato es que el juez no puede asistir como un comendador de piedra, que contemple con impasibilidad de estatua de lo que pidan y resuelvan los interesados se percibe a simple vista y ello por la más sencillas nociones de doctrina procesal y de lógica de simple sentido común, que su interven-*

---

<sup>67</sup> INSÚA, José. "La declaratoria de herederos en los juicios ab intestato" Revista del Notariado, Pág. 49, Nro. 314, Buenos Aires 1924.

*ción judicial inviste la misma competencia y autoridad de aplicación legal que en cualquier otro juicio siendo el sucesorio de jurisdicción voluntaria y mediando conformidad de partes su tarea se simplifica sin duda. Pero hay un punto el más importante del juicio en que su función judicial activa, su imperio judicial privativo, se aplica como base angular de toda la sustanciación; la calidad de ser herederos quienes concurren a él, calidad que debe estar justificada en autos. A nadie se le ocurriría sostener que un juez pueda admitir por parte en la tramitación, al primero que se presente invocándose herederos fundando en su simple afirmación o en la notoriedad. Y se sigue también que siempre se han pronunciado, explícita o implícitamente, con o sin auto especial de declaratoria de herederos, Pero dentro de un procedimiento regular, lo indicado es que se pronuncien por medio del auto especial de declaratoria, en el que previa intervención del Ministerio público juzguen de la suficiencia de los justificativos presentados, como juzgan de la suficiencia de los justificativos presentados, como juzgan de la suficiencia de la prueba en cualquier otro juicio informativo. Porqué este carácter tiene el primer período del juicio ab intestato cuando no hay contienda, sobre su calidad, entre los herederos. El juez no puede acceder a la venta de bienes o a cualquier otra medida de liquidación, sino teniendo en cuenta haberse acreditado el carácter de herederos de quienes piden tales medidas, como no puede aprobar la partición sino es en razón de las mismas circunstancias.*

*Con solo esto juzgo que quedan contestados los argumentos que se hacen sobre la falta de necesidad de la declaratoria. Pero para mayor precisión vamos a ocuparnos de cada una de las tres razones que se invocan y hemos consignado anteriormente.*

*Es cierto que el artículo 3410 del Código Civil no exige la intervención de los jueces en el arreglo y división de los bienes hereditarios, cuando se trata de ascendientes o descendientes. Pero no lo es menos que sí requieren esa intervención deben, justificar su personalidad de herederos por actuar en el juicio y su derecho a la herencia, para poder recibir los bienes mediante la sustanciación judicial por ello solicitada. Tanto el Código civil como el de procedimientos hablan en las disposiciones respectivas, de los herederos y para el juez no pueden ser tales sin que los hayan justificado suficientemente en el juicio siendo esto así nada más natural que antes del período a disposición o distribución de los bienes dicte un pronunciamiento que así lo establezca, como también que son ellos los únicos que se han presentado. Los ascendientes y descendientes legítimos de lo único que están exhibidos en ex-*

*pedir la posesión judicial porque la tienen de derecho, aunque nuestro juicio la posesión jurídica de la herencia va implícita en toda declaratoria de herederos.*

***De mi parte he entendido siempre, no obstante las disposiciones del código civil y hasta sin desmedro de ellas, que la declaratoria de herederos es necesaria para poner el título a salvo de reclamaciones. La notoriedad es una cuestión de hecho cuya apreciación y extensión no puede tomar a su cargo del adquirente, sin peligro. La posesión de la herencia como heredero en grado sucesible, está en las mismas condiciones por lo menos cuando no ha habido partición y adjudicación judicial aprobada. Entretanto si previa las justificaciones correspondientes los herederos han obtenido la declaratoria de tales y se presentan a vender basados en ese auto judicial el comprador se coloca en un firme dentro de las disposiciones del Código Civil. Como adquirente de buena fe nada tiene que temer, ni nada tiene que probar. Si hay herederos que no se han presentado ni se han denunciado en el juicio, nada puede hacer contra el y sólo le cabría acción personal contra sus coherederos.***

Podemos dar por cerrado aquí las discusiones sobre el tema. Nada más se debatirá sobre esta cuestión en los últimos cien años. La controversia será reemplazada por la promoción de la llamada jurisdicción voluntaria, entendida como un símil de proceso judicial dirigido por un notario, posición de la cual sería muy extenso ensayar una crítica aquí. En todo caso deberíamos comenzar por preguntarnos: Las escrituras que sugiere Posteraro Sánchez, idénticas a las que hacía el Escribano Cabral, siguiendo los formularios de Castillo, las cuales tienen innumerables antecedentes en la legislación española ¿Se encuadran dentro de la jurisdicción voluntaria? ¿O la jurisdicción voluntaria tiene que tener, por definición, otros ribetes? Sea cual sea la respuesta siempre se podrá afirmar que lo que entendemos por jurisdicción voluntaria tuvo el negativo efecto de ocultar y oscurecer los antecedentes históricos de una cuestión sencilla como la expuesta.

En vista de todo lo reseñado, la propuesta que elevamos al plenario es la siguiente:

**Se deberán remover todos los obstáculos registrales a la inscripción a las particiones de bienes realizadas por los herederos legitimarios. Con dicho objeto se propone la eliminación de la frase final del art. 2337 y reemplazarla por la siguiente: A los fines de la transferencia de los bienes registrables no será necesaria una declaratoria de herederos.**

### **(Bonus track)**

Lo más seductor de este tema es ver como un discurso jurídico puede sostenerse en el tiempo sin una base sólida. Una cuestión que podría haberse solucionado con un firme sosegate (judicial o legislativo) a los registradores se fue complicando cada vez más levantando innecesarias polvaredas e imponiendo la carga de un proceso lento y oneroso a sucesores que bien podrían, como los Córscico, dividir la herencia en una sencillas escritura.

Quienes obstaculizaron las particiones notariales (defendiendo las declaratorias) no se limitaron a decir que era una exigencia del registrador (argumento bastante soso para un proceso lento, arduo y oneroso) sino que siguieron sumando fundamentos que repetidos durante más de un siglo terminaron siendo aceptados, renovados y acrecentados por la grey jurídica.

Algunos no tienen mayor interés. Nadie sostiene hoy que el juicio sucesorio es necesario para liquidar impuestos aunque a Borda le pareció una explicación viable para dejar de lado una norma del Código Civil. Pero existe un pseudo fundamento al cual es necesario aludir pues condiciona nuestra manera de pensar sobre este tema aunque carezca de apoyatura normativa.

**La declaratoria de herederos y la buena fe del tercero.** Todos nosotros hemos sido educados en que la declaratoria de herederos es el instrumento fundante de la buena fe del tercero que adquiere al heredero aparente. Somos hijos del art. 3430 del Código Civil, en su redacción introducida por la reforma de 1968: *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 fuese de buena fe.*

La mención de la declaratoria era completamente innecesaria, pues bastaba la reforma al artículo 1051<sup>68</sup> que 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>69</sup> Tan superfluo era la inclusión que el nuevo Código Civil y Comercial lo reemplaza con una nueva redacción en la cual la protec-

---

<sup>68</sup> Art. 1.051. Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable.

<sup>69</sup> Llambias, Jorge J. "Código Civil Anotado" Tomo V-A, pag. 397.-

ción del tercero no depende de la declaratoria<sup>70</sup>; otra prueba más de su inutilidad en el orden civil y de que la declaratoria es una mera exigencia registral.-

---

---

<sup>70</sup> 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.