

y conviene fijar su alcance práctico, tanto para determinar los derechos recíprocos de los sucesores de un causante, cuanto para esclarecerlos en relación á terceros. Si la posesion hereditaria es meramente jurídica, no es menester tomar de hecho posesión de las cosas comprendidas en el caudal sucesorio, á fin de encontrarse habilitado el titular del derecho para llamarse dueño perfecto de aquellas: en el caso contrario y mientras no aprehenda materialmente los objetos incluidos en el haber, que fué del causante, no puede transmitirlo como dominio perfecto, ó ejercitar acciones posesorias contra terceros.

Como antecedente legislativo en pró de una de estas soluciones se invoca el principio del artículo 2379 de nuestro código civil, segun el cual «la posesion de los « inmuebles solo puede adquirirse por la « tradicion hecha por actos materiales del « que entrega la cosa con asentimiento del « que la recibe ó por actos materiales del « que la recibe con asentimiento del que « la entrega». Tambien se cita el principio del artículo 577 del mismo código, el cual determina que «antes de la tradicion de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningun derecho real.»

Yo considero que la posesion hereditaria es por naturaleza incorpórea, es ideal, es meramente jurídica, consistiendo en el uso y goce de la calidad de heredero, y no puede, por lo mismo, equipararse á la posesion de objetos determinados, á las *res singula*, como dicen los romanistas.

Para demostrar con claridad esta tésis, es menester remontar á los principios generales, dando desde ya como establecido —por su evidente claridad— y como exento de discusion, desde los albores de la ciencia jurídica, que las herencias, como un todo ideal, como universalidades de de-

Posesión hereditaria

¿REQUIERE ACTOS MATERIALES Ó BASTA EL TÍTULO LEGAL?

Ha sido, más de una vez, objeto de controversia en nuestro foro y entre los notarios la siguiente proposición, ¿La posesión de la herencia, por parte de aquellos que deben pedirla á los jueces, requiere actos materiales, ó basta una posesión ideal, ó sea la que surge de la declaración del título de herederos?

Este punto es de trascendencia positiva

recho, no son susceptibles de posesion corpórea (1).

Es sabido que la antigua legislación española que rigió, hasta poco há, como derecho general entre nosotros, siguiendo en la materia de que trato, al derecho romano, (2) no estableció en sus primeros códigos el principio de la trasmision de la posesion hereditaria al sucesor, sinó mediante la presentacion á los jueces (3): los herederos no sucedían inmediatamente en la posesion que había tenido el difunto (4).

Pero la ley 2, título 7, libro 3 del fuero real, acordó la posesion hereditaria á todos los herederos legítimos, sin necesidad de solicitarla de los jueces. Otro tanto determinó, en cuanto á bienes de mayorazgo, la ley 45 de Toro.

Y la 43 del título 32, libro 2º de la recopilacion de Indias, dispuso que los jueces se abstuviesen de apoderarse de bienes yacentes y de darlos á los que les correspondiesen por ley, cuando el difunto dejare, en la provincia donde falleciese, *notoriamente hijos ó descendientes legítimos, ó ascendientes por falta de ellos, tan conocidos que no se dude del parentesco por ascendencia ó descendencia.*

«Este derecho de Indias es el que seguimos en este título, dice el doctor Velez Sarsfield en la nota al art. 3410 del código civil, en el cual historia magistralmente la legislación colonial en el sentido que dejo bosquejado: y agrega *«limitando la*

« *posesion hereditaria* POR DERECHO, solo á « las sucesiones entre ascendientes y descendientes, siguiendo en los demás casos « de sucesiones intestadas, la ley 6, título « 22 libro 10, novísima recopilacion que « hemos citado, y en las sucesiones por « testamento lo que dispone la ley de partida tambien citada. Creemos tener « tanta más razon para no dar la posesion « hereditaria en las sucesiones intestadas, « á todos los herederos legítimos, como lo « hace la ley francesa, cuanto que por este « código creamos otros herederos legítimos « á más de los que reconocían las leyes « españolas, tales como los hijos y padres « naturales, marido y mujer, en los casos « que se designan».

Consecuente con este sistema, el codificador, despues de establecer que los otros parientes llamados por la ley á la sucesion, los cónyuges, los hijos y padres naturales, no pueden tomar la posesion sin pedirla á los jueces y acreditar su título á la sucesion (5), agrega «Dada la posesion judicial de la herencia, tiene los mismos efectos que la posesion hereditaria de los ascendientes ó descendientes (6).

Por fin: el artículo 3418 aclara mas aun el propósito del legislador cuando estatuye que «el heredero sucede no solo en la propiedad sinó tambien en la posesion al difunto» y lo autoriza á ejercer las acciones posesorias, *aun antes de haber tomado de hecho posesion de los objetos hereditarios.*

El doctor Segovia anotador concienzudo é ilustrado de nuestro código civil, dice en la nota 13 al artículo 3415 y con referencia al pasaje que comienza así: «Dada la posesion de la herencia». «es decir decretada la posesion judicial, ó reconocida

(1) Nota del Dr. Velez Sarsfield al artículo 2764 del Código Civil—leyes 1 y 3 del Digesto «De reivindicacione» § 3,

(2) Constitucion de Justiniano—ley 3, tít. 33, libro 6, Código.

(3) Ley 2 título 14, partida 6ª.

(4) Maynz sostiene en el tomo 3º de su curso de derecho romano (§ 478) que en esos códigos se distinguían los herederos necesarios de los voluntarios en que los primeros adquirirían la herencia de pleno derecho y sin necesidad de acto alguno adquisitivo; *más no la bonorum possessio.*

(5) Art. 3412 del código civil.

(6) Art. 3415 idem; idem.

judicialmente la calidad de heredero y acordado, en consecuencia, el gobierno de la sucesion, pues la ley no dice «*puesto el heredero en la posesion de los bienes hereditarios*», ni determina la manera de hacerlo: y ya hemos insinuado en la nota 7ª que no se trata de una posesion material, que puede ya existir, sinó de un reconocimiento solemne del derecho de poseer.»

El Dr. Llerena sostiene análogas doctrinas en sus «Concordancias y comentarios» (7).

La legislacion francesa á que se refiere el ilustre autor del código civil en la nota al artículo 3410 de que me he ocupado ya, confirma la inteligencia que se dá en estas páginas á la doctrina sobre la imaterialidad de la posesion hereditaria.

Uno de los expositores del código Napoleon—Aubry et Rau—explica lo que es la posesion hereditaria (*saisine hereditaire*) en Francia, y enseña que «los parientes legítimos llamados á la sucesion en tal carácter están, como continuadores y representantes del difunto, *investidos de pleno derecho* desde el momento de su muerte, no solamente de la propiedad, sinó tambien de la posesion civil de la herencia y de los objetos particulares que dependen de ella» (8)

Esta es tambien la doctrina expuesta uniformemente por Demolombe (9) Zachariæ (10) Chabot (11) etcetera.

La discrepancia más saliente que se advierte entre dichos autores, es la de que Demolombe sostiene que la posesion material de los objetos que forman la herencia tienen que solicitarla los sucesores *irregulares* (á los cuales podía acaso equipararse

en nuestro derecho á los testamentarios) pero la doctrina de Demolombe ha sido contestada con sólidos fundamentos por Aubry et Rau en el pasaje citado.

Resulta de lo dicho que hay plena armonía en los tratadistas en cuanto á la exactitud jurídica de la doctrina de que trato, respecto á la naturaleza de la posesion hereditaria que surge de la declaratoria ó reconocimiento judicial del título de heredero y con perfecta prescindencia de la posesion material de las cosas que forman la herencia; lo cual no implica sinó la confirmacion de otra regla de nuestro derecho, ó sea que el sucesor universal continúa la persona de su autor.

Si la continúa, reemplaza naturalmente al causante en la propiedad como en la posesion por el ministerio de la ley—á la inversa puede decirse que si el causante no tiene la posesion, ó la perdió antes de morir, su heredero no podría adquirir mediante la investidura legal de la posesion hereditaria más derechos que los que tuvo su causante, desde que nadie puede transmitir derechos más extensos que aquellos de que gozaba.

A esto puede agregarse que si bien el heredero continúa la posesion de su causante, mediante el ánimo de continuar en ella, faltando ese ánimo, puede perder la posesion, llegando Demolombe en el pasaje citado hasta entender que puede perderla después de la muerte del causante.

Reunidos así los antecedentes relativos á la naturaleza de la posesion hereditaria, se explica perfectamente cual ha sido la causa determinante de la distinta exigencia del legislador, en lo que toca á la tradicion de los inmuebles, por actos materiales, cuando se trata de contratos ó actos entre vivos para transferir el dominio ó

(7) Concordancias y comentarios al Código Civil Argentino, tomo 6º pág. 197 á 203.

(8) Cours de droit civil français § 609.

(9) Tomo XIII núm. 133 y XXI núm. 512

(10) Parágrafo 600

(11) Sobre el art. 724 núms. 13 y 14.

derecho real y la no exigencia de esa posesion material ó corporal cuando se produce la posesion hereditaria.

Puede decirse entonces que el principio general de nuestro derecho civil es la tradicion *in corpore*, y la excepcion la posesion *pro herede ó ideal*: así lo demuestra el doctor Llerena en su erudito comentario al artículo 3410 del Código Civil (12).

Laurent (13) analizando la diferencia entre uno y otro sistema, dice: «este principio (el de la posesion de la herencia) *por el solo efecto de la ley*, tiene un fundamento racional que Domat ha demostrado perfectamente. Dios nos ha hecho nacer en una familia á la cual nos ligan vínculos que son un misterio para el hombre; al hacer nos formar parte de ella, nos dá tambien una parte en los bienes que la familia posee, pues que los bienes son un accesorio de la vida. Esta copropiedad no se manifiesta en vida de aquel de quien somos herederos presuntivos; pero á su muerte toma toda su fuerza. Hé aquí porque adquirimos la propiedad de la herencia sin saberlo: en realidad no nos hacemos propietarios, lo somos desde antes».

Hé creído demostrar en las líneas que anteceden el alcance de la proposicion que formaba materia del presente artículo: pero, como todo principio teórico tiene proyecciones en el órden de la vida real y sirve de columna de apoyo á los derechos bajo su faz práctica, la doctrina de que me ocupo viene á servir de base á otra interesante controversia relativa á si los títulos de propiedad extendidos bajo el imperio de la antigua legislacion necesitaban, para ser completos, que promediase una declaratoria de herederos á favor de los descendientes que eran á su vez enagenantes.

(12) Tomo 6º, pág. 184.

(13) Tomo 9º núm. 212,

Un comprador rehusó los títulos como defectuosos, formando litigio mientras no se exhibiese dicha declaratoria y llegados los autos al fiscal de las Cámaras de Apelacion Dr. Cortés, éste sostuvo que eran innecesarias tales declaratorias desde que, tratándose de sucesion entre ascendientes y descendientes, la posesion hereditaria que *por derecho* correspondía á los últimos, hacía innecesaria tal declaratoria, tanto bajo el imperio de la antigua como de la nueva legislacion nacional, ó sea del código civil, explicándose así la práctica seguida en el sentido de no acompañar tales declaratorias, pues la notoriedad del vínculo de la sangre reputada por la ley, no requería demostración (14).

Siento que los estrechos límites del presente artículo no me permitan dar hoy *in extenso* las razones que me autorizan á pensar que el notable jurisconsulto, cuya opinion he citado, pagaba su tributo á un evidente error, por lo menos en lo que toca al código civil — haciendo una confusion entre la posesion hereditaria y la demostracion escrita y formal del título sucesorio.

Con posesion, ó sin ella, la demostracion del título hereditario, la documentacion, en forma, del parentesco y la declaratoria judicial ó legal de herederos, son tan indispensables, como que el artículo 1004 del código civil *declara nulas* las escrituras que no trajesen insertos los documentos habilitantes. Y esas declaratorias son documentos habilitantes para transmitir derechos basados en relaciones de familia.

El testamento mismo, sin ser aceptado por un fiscal, ó sin ser convencido un fiscal de su validéz mediante ejecutoria ¿daría á cualquier comprador una tranquilidad bastante de que en días venideros no

(14) Doctor Cortés, vistas fiscales, tomo 1º, pág. 270.

sería atacado como nulo ó denunciados los bienes como fiscales, segun se ha visto en ciertos casos?

¿Qué escribano concienzudo querría cargar con las responsabilidades consiguientes á faltar en el título la declaratoria de herederos?

¿Cómo se llevarían, confiadas á la memoria, ó sin procedimiento sério, las relaciones de familia, vinculadas de un modo estrecho á la trasmision de la propiedad raíz?

Tal situacion, primitiva por su naturaleza, sería hoy abiertamente inconciliable con todo el sistema de propiedad territorial que las leyes de la nacion y provincias resguardan cada día, reglamentándolo más: y hasta (me atrevo á decirlo) pugnaría con el adelanto de nuestra legislacion civil en materia de registro de propiedad y gravámenes.

Aun cuando puede decirse en rigor que la Cámara de Apelaciones en lo Civil ya no forma jurisprudencia ó doctrina convincente á fuerza de ser variadas ó encontradas ó ligeras sus sentencias, sin embargo, si es menester, en homenaje á los principios, recordar los fallos de ese tribunal, para el caso en que se produzcan nuevas decisiones en el mismo sentido que las anteriores, citaré como meros precedentes prácticos de la admision de las doctrinas que sostengo, que la Cámara ha exigido declaratorias de herederos en multitud de ocasiones, conceptuándolas implícitamente necesarias (15) aun cuando no haya bienes que heredar; que para deducir acciones es necesario pedir á los jueces la posesion hereditaria, en los casos establecidos, sin bastar la declaratoria (16) y por fin que la

posesion hereditaria dá accion reivindicatoria. aun cuando el sucesor carezca de la posesion material (17).

Sin embargo, de lo dicho y aun careciendo una persona de la posesion hereditaria podría iniciar acciones posesorias contra terceros cuando, de hecho, tiene la posesion material del inmueble sobre el cual verse la accion misma.

Buenos Aires, Febrero 23 de 1898.

Antonio L. Gil.

(15) Fallos Cámara Civil, série 4ª, tomo 14 pág. 171.
Id Id série 4ª, t. 12 pág. 247 y 120
Id Id » 3ª, » 8 » 102
Id Id » 3ª, » 1º » 331

(16) Fallos série 4ª, tomo 14. pág. 171