

POSESIÓN HEREDITARIA Y DECLARATORIA DE HEREDEROS EN EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 3410 DEL CÓDIGO CIVIL

Por el escribano EDUARDO BAUTISTA PONDE

SUMARIO: I. Posesión hereditaria. II. Naturaleza jurídica de la posesión hereditaria. III. Origen de la posesión hereditaria. IV. Sustitución de la actividad jurisdiccional. V. La declaratoria de herederos. VI. El notario en sustitución del juez. VII. Las posibilidades inmediatas.

LA tramitación del llamado juicio sucesorio es proceso aceptado como ineludible cuando, por causa de muerte, se transmiten derechos patrimoniales. Es así, no obstante muy significativas disposiciones del código civil y también de alguna ley procesal. El tema, naturalmente, es comentado por los tratadistas argentinos, pero interesa actualizarlo con enfoque notarial.

Nuestra exposición busca poner de relieve, concretamente, cómo una norma impuesta por la práctica ha desfigurado la concepción jurídica de VÉLEZ SÁRSFIELD en aquellos casos en que la sucesión tiene lugar entre ascendientes y descendientes y de qué manera el régimen procesal que se aplica puede ser ventajosamente sustituido por la actividad notarial. Damos inicio de este modo a una labor que, esperamos, culminará algún día con la incorporación al quehacer del notariado, de la mayor parte de la materia conocida como propia de la llamada "jurisdicción voluntaria" que, al presente, se desenvuelve en ámbito jurisdiccional, tomado este término en el sentido estricto de actuación ante los tribunales judiciales. Va de suyo que comprometemos la continuación del esfuerzo, pero también abrigamos la esperanza de que el tema despierte la inquietud y avive el ánimo de los notarios, para que se unan a este afán esclarecedor, por ahora, constructivo para el mañana.

El eje en torno al cual girará la temática, es el artículo 3410 del código civil cuyo texto establece que "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 a la herencia". Para facilitar el desarrollo del tema es conveniente transcribir los artículos 3411, 3412 y 3413 que establecen previsiones distintas en cuanto a la toma de la posesión hereditaria en las restantes situaciones posibles dentro del régimen hereditario. Dice así el artículo 3411: "Si el autor de la sucesión hubiere fallecido, y sus herederos legítimos descendientes o ascendientes estuviesen fuera de la República o fuera de la provincia donde se hallen los bienes, para tomar ellos

400 — *Revista Notarial*

la posesión de la herencia deberán pedirla al juez del territorio, acreditando la muerte del autor de la sucesión y su título a la herencia". El 3412: "Los otros parientes llamados por la ley a la sucesión, los cónyuges, los hijos y padres naturales no pueden tomar la posesión de la herencia, sin pedirla a los jueces y justificar su título a la sucesión". Y por último el 3413 establece: "Los que fuesen instituidos en un testamento sin juicio alguno, deben igualmente pedir a los jueces la posesión hereditaria, exhibiendo el testamento en que fuesen instituidos. Toda contradicción a su derecho debe ser juzgada sumariamente".

Deducción inmediata de la lectura del artículo 3410 es la afirmación de que la intervención procesal de la justicia es innecesaria, con la fuerza y la drasticidad expresa devenida del "...sin ninguna formalidad o intervención de los jueces..." Empero no ocurre de tal modo y en todo el territorio nacional y en los ámbitos de competencia provincial la intervención del poder judicial se tornó indispensable, aun en la Capital Federal cuyo código de procedimientos determina en sus artículos 685 y 687: "Para que pueda iniciarse de oficio el juicio de *ab-intestato* y de herencia vacante, se requiere: 1º) Que no conste la existencia de disposición testamentaria; 2º) Que no deje el finado descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del sexto grado". "Si existiesen parientes de los expresados en el artículo anterior que estén ausentes, se limitará el juez a adoptar las medidas más indispensables para la seguridad de los bienes del difunto, y a hacer saber inmediatamente a los interesados la muerte de la persona a cuya sucesión se les cree llamados. Compareciendo los interesados, sólo tendrá lugar la intervención judicial en los casos y con arreglo a lo que se prescribe para el juicio testamentario".

El trámite de un juicio sucesorio *ab-intestato* lleva en sí un doble fin. Uno ceñido al derecho hereditario y otro referido al plano administrativo y fiscal. En orden al derecho hereditario las actuaciones consisten en la acreditación del vínculo familiar determinativo de la vocación hereditaria, corrientemente cumplido con las copias de las actas de defunción, matrimonio y nacimiento; el llamado a quienes se estimen con derechos hereditarios o crediticios, requisito que se cumple con la publicación de edictos, como una de las tantas figuras fictas a que debe recurrirse en ocasiones; intervención del Ministerio Público, intervención del Ministerio Pupilar si fuere del caso y todo ello finiquitado con la resolución del juez que declara, en base a las constancias de autos, quiénes son los herederos del *de-cujus*, qué constituye la denominada *declaratoria de herederos*. Lo fiscal se exterioriza para obtener la percepción de impuestos y tasas. Administrativamente, el proceso finiquita con la expedición de una copia del auto de declaratoria de herederos que ha de ser inscripta en los registros dominiales, tomándose razón de ella, asimismo, en las reparticiones y organismos estatales que corresponda.

Es evidente que no hay correlación entre la simplicidad del texto del artículo 3410 y la complicada gestión que requiere el trámite sucesorio. No demos en decir que ello así acaece porque las disposiciones del artículo 3410 no se cumplen y se aplica, en los casos que éste prevé, el mismo régimen determinado por los artículos 3411, 3412 y 3413. La razón que elaboró esa normatividad fue la busca de garantía, de certeza y de seguridad en la transmisión hereditaria. Por eso es que el artículo 3410 tuvo muy esporádica aplicación.

Posesión hereditaria y declaratoria... — 401

En general todos los autores se manifiestan satisfechos con esa intervención judicial no requerida por la ley. Máchado es una excepción, para nosotros una simpática excepción, corroborante de la lozanía de pensamiento optimista y precursor que ya en otras ocasiones señaláramos. Llerena, asimismo, es otra. El argumento casi matemáticamente repetido es el mencionado de la garantía, certeza y seguridad, agregándose la necesidad de un documento cual es la declaratoria de herederos, para ser inscripto en los registros de dominio y la intervención estatal para la percepción de los impuestos y tasas correspondientes. Es llamativo cómo la costumbre ha logrado imponerse —con la aceptación expresa de los tratadistas y la aquiescencia también expresa de los poderes públicos— a las disposiciones terminantes del Código Civil. Mas, una resolución judicial, cual es el auto de declaratoria de herederos, no contemplada en nuestro Código Civil, se ha popularizado en desmedro del instituto jurídico base de la transmisión hereditaria entre nosotros, que es el de la posesión de la herencia.

I. POSESIÓN HEREDITARIA

El régimen de la posesión hereditaria ha sido y es criticado por nuestros autores. Nosotros, inevitablemente, deberemos también referirnos a él más adelante pero muy sucintamente y con el solo objeto de dar ordenamiento al trabajo. Pero, criticado o no, es el sistema de nuestro derecho positivo.

Un soporte de la técnica de Vélez en la transmisión hereditaria está constituido por la teoría hereditaria desarrollada por Aubry et Rau, referida a que los sucesores continúan la persona del muerto. Otro apoyo sustantivo es la institución de la posesión hereditaria.

La teoría de Aubry et Rau es recogida en el contexto del Código Civil. El heredero se hace propietario de los bienes del muerto y ello aun cuando ignore que la sucesión le fue deferida, como así resulta de los artículos 3415, 3417 y 3420. El artículo 3415 señala que la posesión judicial de la herencia tiene los mismos efectos que la posesión hereditaria de los descendientes y ascendientes que prevé el artículo 3410 y aprecia que los herederos suceden al difunto sin ningún intervalo de tiempo y estableciendo retroactividad al día de la muerte del autor de la sucesión. El 3417 establece que el heredero que ha entrado en la posesión de la herencia o que ha sido puesto en ella por juez competente continúa la persona del difunto y es propietario, acreedor o deudor de todo aquello de que era propietario, acreedor o deudor el difunto. Y el 3420 establece que el heredero aun cuando fuera incapaz o ignorase que se le ha deferido la herencia es propietario de ella desde la muerte del causante. La previsión fundamental es la de la toma de la posesión hereditaria; pero el artículo 3417 señala que tomada la posesión el heredero continúa en la persona del difunto y es propietario de todo aquello que era de propiedad del difunto. Hay dos aspectos. Uno la propiedad, que se adquiere automáticamente con una retroactividad que la constituye simultánea al hecho del deceso. Otro, la posesión hereditaria, la que requiere que hagamos una distinción. Para los ascendientes y descendientes que no estuvieren fuera de la República o fuera de la Provincia donde se hallan los bienes, el heredero continuador de la persona del muerto se hace propietario de los bienes y entra en posesión de la herencia desde el día del de-

ceso. La posesión hereditaria deviene a ellos de pleno derecho y por ello la doctrina ha dado en llamarlos sucesores regulares. Pero, cuando se trata de ascendientes y descendientes que estuvieran fuera de la República o de la Provincia en que se hallen los bienes, o del cónyuge o de colaterales, o de extraños o de ascendientes o descendientes extramatrimoniales, debe recibirse la posesión hereditaria por parte de juez; son los sucesores a quienes la doctrina denomina irregulares.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN HEREDITARIA

El por qué de este distinguo nos lleva a un comentario sobre la naturaleza jurídica de la posesión hereditaria y su origen, cosa que haremos brevemente, pues no hay autor de nuestro derecho sucesorio que no exponga sobre el tema y con la consabida repetición, propia de hacerlo desde un mismo ángulo de observación y buscando idéntica conclusión.

Es preciso recordar la diferencia entre posesión como hecho material, como exteriorización física de la tradición, que requiere el complemento de sus dos atributos: *corpus* y *animus*. Y posesión hereditaria, cuyos caracteres son declarativos y publicitarios.

La causa por la cual los ascendientes y descendientes del muerto no radicados fuera de la República o de la provincia donde se encuentran los bienes no necesitan pedir la posesión hereditaria, es porque la población conoce, los vecinos están ciertos del íntimo vínculo familiar. No hace falta comprobación alguna para que se les reconozca como herederos ni consiguientemente es menester una declaración judicial para investirlos como tales. En cambio, sí, cuando están alejados del lugar o su vínculo familiar por menos inmediato no es tan popularmente reconocido; es preciso que la autoridad judicial reconozca su derecho y lo invista oficialmente de su carácter de heredero, haciéndolo entrar en posesión de la herencia, con lo que se cumple para con los terceros un proceso publicitario que suple al conocimiento del vecindario cuando se trata de un ascendiente o un descendiente radicado en el lugar.

Es, pues la posesión hereditaria, un instituto jurídico con mucho de simbolismo, en contraposición a lo esencialmente material de la posesión. No interesa la posesión corporal de los bienes desde que ellos pueden ser poseídos por terceros, detentados materialmente por otros, sin que ello obste a que se consume la posesión hereditaria. Ni tampoco es requerible el ánimo, porque los ascendientes y descendientes a quienes la posesión hereditaria corresponde de pleno derecho, la toman en el mismo instante de la muerte, aunque lo ignoren, con lo que, en consecuencia, no pueden tener ánimo de poseer a título de dueño.

III. ORIGEN DE LA POSESIÓN HEREDITARIA

VÉLEZ tomó la posesión hereditaria de la legislación francesa, basada ésta en la *saisine*. *Saisine*, originariamente, fue sinónimo de posesión, habiendo evolucionado a través de la historia, hasta hacerse término propio y exclusivo de la posesión hereditaria.

La *saisine*, para algunos comentaristas, deviene del antiguo derecho germánico, refiriéndola a la comunidad de bienes característica de su organización tribal. Así como había determinados bienes que pertenecían a la comunidad cuya administración podríamos decir la ejercía el jefe de la tribu y que al fallecer éste pasaban directamente a su sucesor en el mando; así también, en el plano familiar, la comunidad de bienes no creaba situaciones nuevas con la muerte del jefe de la familia porque sus sucesores venían ya compartiendo la posesión de los mismos bienes: tenían la *saisine*.

Otros autores vinculan la *saisine* a la organización social del medioevo, tipificado por el feudalismo. El régimen feudal estaba basado en un sistema de vasallaje. Vasallaje del señor feudal hacia su rey y vasallaje entre los distintos señores feudales en mérito y razón de la imposición de la fuerza que ejercían los unos sobre los otros. El instituto político era la pleitesía; el pleito homenaje era la exteriorización del sometimiento del vasallo a la autoridad del señor feudal. La forma, el simbolismo sobre todo, tenían caracteres trascendentes; por ello el señor feudal, además de poseer las tierras que pudieran corresponderle, debía recibir la investidura del monarca o bien del señor feudal al cual él, a su vez estaba sometido y del cual era vasallo. Este proceso no terminaba estrictamente entre los señores feudales, sino que se extendía a las relaciones entre el señor feudal y sus súbditos, y con respecto a ellos acaecía que, fallecidos, sus bienes retrovenían al señor feudal como un derivado de la pleitesía y el sometimiento que debían a su señor. Esa retroversión de los bienes del súbdito hacia su señor se concretaba en una frase determinativa de que *le serf mort saisit son seigneur vif*, o sea que el siervo muerto ase o da posesión a su señor vivo de sus propios bienes, con lo que éste podía imponer a sus herederos que reiteraran el pleito homenaje satisfaciendo las gabelas que él fijara para que pudieran recuperar los bienes que habían sido del muerto. Este concepto, basado esencialmente en el discrecionalismo del sistema feudal, sufre una paulatina modificación a raíz del propósito de los monarcas de disminuir la autoridad del señor feudal y alcanzar el predominio político y la unidad territorial que lograrán al comenzar la edad moderna; para ello ayudan y a la vez reciben mayor apoyo de las ciudades libres que, con la disminución del poderío del señor feudal, liberaban su economía de los gravámenes que éste imponía sobre ellas. La evolución llega al extremo de que la concepción pasa a ser diametralmente opuesta y totalmente defensiva de los derechos del súbdito en cuanto a que se produce el desplazamiento del señor feudal y aquella fórmula por la cual el muerto entregaba sus bienes al señor feudal se sustituye por el concepto de que el muerto entrega sus bienes a sus herederos sin intervención y sin intromisión del señor feudal. La fórmula fue *le mort saisit le vif, son hoir le plus proche, habile a lui succeder* o sea que el muerto ase o posesiona al vivo, su heredero más próximo hábil para sucederle. Esta forma de transmisibilidad de derechos hereditarios, basada en una investidura necesaria de dar, era lo que constituía la *saisine*, vale decir el modo de entregar la posesión hereditaria; por eso decimos que la naturaleza jurídica de la posesión hereditaria es o consiste en la investidura del carácter de heredero, con objetivo publicitario para que los terceros conozcan esta realidad.

En verdad, que siendo su naturaleza jurídica tan marcadamente asentada en la notoriedad de los hechos y en la publicidad de los mismos, la marcha del tiempo, como asimismo el aumento demográfico de las ciudades e igualmente

404 — *Revista Notarial*

la facilidad de traslado de los pobladores para radicarse en lugares distintos, destiñó la importancia de la posesión hereditaria de pleno derecho. Hoy no es aceptable que en los grandes centros poblados se determine la condición de heredero por el dicho vecinal. Además, la organización administrativa ha regulado las constancias matrimoniales, los nacimientos y las defunciones de manera muchísimo más seria y fehaciente. Complementariamente, los medios publicitarios se multiplicaron en información y en garantía.

En ese sentido la severa crítica que se hace a la construcción de VÉLEZ SÁRSFIELD es justificada. La notoriedad del vínculo con ascendientes y descendientes no posee fuerza suficiente como para liberar de toda intervención estatal. Ello explica que el artículo 3410 haya experimentado algo así como una derogación de hecho ante las normas procesales que asimilaron la situación del ascendiente o descendiente a los restantes casos, imponiendo la intervención judicial y desplumando a la posesión hereditaria del sentido que quiso darle VÉLEZ SÁRSFIELD al redactar el artículo 3410.

IV. SUBSTITUCIÓN DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

El estudio del artículo 3410 del código civil siempre fue hecho con una orientación destructiva, fuera para atacar su régimen de excepción, fuera para negar la afirmación de VÉLEZ hecha en la nota y según la cual tomaba los antecedentes de la legislación indiana, fuera para determinar su inconveniencia, fuera para afirmar con fruición que nunca se aplicó.

Nosotros apreciamos, en cambio, en ese artículo 3410, una posibilidad constructiva, un punto de apoyo capaz de tornarse trampolín de donde saltar a un mejoramiento legislativo.

No hacemos defensa de la posesión hereditaria de pleno derecho, aun cuando podríamos extendernos en su persistencia sin perturbaciones en Francia y en Bélgica; tampoco nos interesa rectificar la aseveración de que nunca tuvo aplicación a pesar de que aún en 1911 el escribano de Tandil José Antonio Cabral autorizaba e inscribía en el Registro de la Propiedad escrituras de partición de bienes habidos por sucesión *mortis-causa*, sin previa intervención judicial, es decir con plena aplicación del artículo 3410.

La costumbre logró imponerse a las disposiciones del artículo 3410. Ya vimos las causas que justificarían esta norma. Pero, ¿por qué la intervención del juez, por qué precisamente el poder judicial? Evidentemente que ello fue simplemente deductivo. Si en los supuestos de los artículos 3411, 3412 y 3413 los sucesores irregulares deben pedir la posesión de la herencia al juez, natural resultó, que, espontáneamente, se pensara en el juez como el funcionario propio para que intervenga en los casos previstos por el artículo 3410.

Interesa, pues, auscultar si esta tarea asignada al juez es realmente propia y exclusiva de la justicia. O, en otros términos, si hay otro u otros funcionarios que están en condiciones de atender con igual garantía para la comunidad esta actividad desarrollada en ámbito jurisdiccional.

Nos limitaremos concretamente al artículo 3410, *breviatis causa* pero no sin antes señalar que podríamos involucrar en la exposición todos los casos de devolución sucesoria, siempre que no hubiere contienda, como que se trata de

una de las materias más típicas de la llamada jurisdicción voluntaria y con respecto a la cual la doctrina es generosa en cuanto a la innecesaria intervención judicial.

Analicemos en qué consiste el quehacer del juez en la sucesión *mortiscausa* en los supuestos del artículo 3410. Eliminado, claro está, la contingencia de que hubiera contradicción o contienda, en cuyo evento el fuero del poder judicial es indispensable.

En líneas generales y dejando de lado casos especiales, los interesados ascendientes o descendientes acreditan su carácter de tales con la documentación expedida por el Registro Civil. Esos instrumentos públicos son la comprobación del deceso del causante, de su matrimonio, del nacimiento de sus hijos, del matrimonio de sus padres, de su propia condición de hijo y de toda la genealogía que, en definitiva, confirma la vocación hereditaria; la documentación relacionada con el patrimonio del muerto, reflejada en una manifestación de bienes, determina el acervo sucesorio. El juez, como medida de cautela y publicidad, llama por edictos a quienes se consideren con derechos como herederos o acreedores; da intervención al Ministerio Pupilar cuidando el interés de los incapaces, si hubiere, impone de las actuaciones al Ministerio Público y da vista a la repartición fiscal correspondiente para que vigile, determine y perciba los impuestos que correspondan. Y en base a todo lo que obra en el expediente, dicta una providencia que relaciona las constancias acumuladas y declara quiénes son los herederos del causante. Testimonio o copia de este auto judicial, denominado declaratoria de herederos, será el documento a inscribirse en los registros dominiales para modificar y rectificar las anotaciones registrales, sustituyendo el nombre del fallecido por el de sus sucesores.

Obsérvese que el juez no posee facultad especial alguna. No puede presumir, no puede elaborar, debe ajustarse a lo documentadamente acreditado. El juez no puede ejercer su más natural atribución cual es la de juzgar; se limita a homologar las realidades notorias y demostradas, eso sí, con toda la fuerza y la trascendencia que asigna su condición de funcionario investido de la fe pública, en su especialidad de fe judicial.

Si no hay qué juzgar, si la función es puramente homologativa como seguridad social, ese quehacer es, consiguientemente, propio de todo funcionario que esté dotado por la ley de facultades fideifacientes. La actividad procesal puede radicarse entonces ante el poder administrador y aún es más propio que así sea, desde que no hay contienda ni cosa a juzgar.

El expediente sucesorio cabría, y fuera más prudente, configurarlo ante reparticiones públicas dependientes del Poder Ejecutivo. Empero, no es aconsejable por razones diversas: falta de funcionarios y personal con conocimientos técnicos de derecho, carencia de oficinas suficientes en número y en ubicación y toda una gama de dificultades que no es ocasión de puntualizar. Pero el poder administrador tiene delegada parte de su fe pública en la institución notarial. Cuando es designado un escribano como titular o adscripto de un Registro de escrituras, el Poder Ejecutivo desplaza hacia él la fe pública para que la ejerza en la faz de fe notarial. Por eso el documento notarial hace fe hasta ser redargüido de falsedad. No por la intervención del profesional de derecho, sino por la función pública que en ese aspecto desempeña; posee, pues, el notario, como el juez,

facultades homologantes llevando la ventaja de que, no habiendo necesidad de juzgar, realiza un ejercicio apropiado a su función en tanto el juez lo recibe como postizo.

V. LA DECLARATORIA DE HEREDEROS

El auto de declaratoria de herederos ha cobrado una categoría realmente vigorosa. Dijimos ya que es más popular que la misma posesión hereditaria, auténtico instituto de la legislación de fondo. Hacemos la afirmación con un alcance limitado, al solo fin de señalar su desarrollo apoyándonos en la jurisprudencia sentada de que la declaratoria de herederos lleva ínsita la posesión hereditaria.

La importancia lograda por la declaratoria de herederos como régimen y la jerarquía del poder judicial que interviene da la impresión de que, ambos unidos, hubieran dado con el *non plus ultra* en la transmisión hereditaria. Nosotros creemos que es un infeliz sistema que recarga la tarea de los tribunales de justicia, congestionándolos con un quehacer impropio y dañando a la comunidad con la inevitable consecuencia del atraso en la administración de justicia.

Para ponerla en su justo lugar, veamos su contenido. Reiteramos que el código civil no trata esta figura jurídica que, con más ajuste al articulado de nuestra ley civil de fondo, hubiera de llamarse auto declarativo de la posesión de la herencia, llevando ínsito el reconocimiento de la justificación del carácter de herederos de los sucesores del fallecido. Sin embargo, en esta tergiversación jurídica, llegaron a observarse declaratorias de herederos cuando no incluían la constancia de que se declaraba a los herederos en posesión de la herencia.

Habíamos llegado al extremo que a los herederos que entran en posesión de la herencia de pleno derecho, se les negara ese estado porque no lo puntualizaba una resolución judicial que la ley no solamente no impone sino que, expresamente, elimina. La jurisprudencia reaccionó, naturalmente; al presente la interpretación es unánime en cuanto a que el auto de declaratoria de herederos implica la posesión hereditaria.

No fue esa sola ambición superjurídica que pretendió este modesto instituto consuetudinario de derecho como que hasta no hace muchos años, los autos declarativos de herederos decían enfáticamente que se tenía por *únicos y universales* herederos a quienes sucedían al de cujus. Mucho vuelo, demasiado y peligroso vuelo, con lo que es comprensible que se repitiera el mitológico acaecer de Ícaro y las cerasas resoluciones de aquellos jueces se hayan desdibujado, extirpando de esos autos declarativos el redundante “universales” y el imprudente cuanto a veces inexacto “únicos”.

La declaratoria de herederos no va más allá de una manera de acreditar el título a la herencia a que se refiere el artículo 3411 y no está basado en otra cosa que en una presunción, sin más ponderación que la que sabemos que, en derecho, tienen las presunciones. No obstante devenir de una resolución del juez, carece de la autoridad de la cosa juzgada y sus consiguientes efectos, salvo con respecto a terceros; no posee, pues, la fuerza de la sentencia. No consolida derechos hereditarios contra quienes los tengan mejores, no excluye herederos. Se dicta a favor de quienes se hayan presentado, sin requerir la justificación de la

inexistencia de otros herederos. Por eso es que la sobriedad y la prudencia es lo que ha subsistido en esas providencias judiciales, en la clásica forma del “en cuanto ha lugar por derecho” y el “sin perjuicio de terceros”.

Aun en los supuestos en que el heredero es el cónyuge, la jurisprudencia pulió aquel ímpetu de otrora en que se requería justificar el deceso de los padres del causante, como condición previa a declarar heredero al supérstite, optando por la fórmula referida a quién o quiénes se han presentado en autos.

Todo este arriar velas de la jurisprudencia, es la consecuencia de un centrado razonar y de asignar a esta creación de la costumbre su limitado y justo valor. Se pretendió que por tomar intervención la justicia en la devolución sucesoria, el juez debía juzgar; de allí los recaudos que exigía cumplir para mejor proveer. Ceñido el pensamiento a la realidad en el sentido de que el juez simplemente constata la notoriedad de los hechos documentados en el expediente y homologa sus resultancias, fue natural que se llegara a la medida y discreta declaración de los autos que se dictan al presente.

VI. EL NOTARIO EN SUSTITUCIÓN DEL JUEZ

El notario está caracterizado por un doble carácter. Es profesional de derecho en cuanto al asesoramiento y consejo y colaborador en la configuración y redacción del documento notarial. Y es funcionario en cuanto a que el Estado ha delegado en él la facultad del ejercicio de la fe pública, en la medida que se conoce como fe notarial. Es importante tener presente esta doble actividad para no hacer confusiones y especialmente para no excitar supuestas pretensiones de afanes invasores en la actividad del abogado.

Cuando decimos que el notario puede reemplazar ventajosamente al juez en la función homologadora de la transmisión hereditaria, no manifestamos en modo alguno que el notario pueda o deba absorber la devolución sucesoria, con supresión del juez y del abogado. El notario, simplemente, sustituirá al juez en su faz de funcionario público. Al notario habrá que requerirle, sencillamente como una de las formas y manifestaciones de la rogatoria, el cumplimiento de determinadas actividades. El hombre de derecho que hará las peticiones, el rogante, debe ser el abogado. Precisamente uno de los presupuestos básicos en esta actuación no litigiosa y que coadyuvará a la celeridad del proceso, es que los herederos confieran poder a un abogado, como condición ineludible para poder cumplir la devolución sucesoria en ámbito notarial. El abogado peticionará al notario como peticona al juez.

Toda actividad que se realiza jurisdiccionalmente, el notario la realiza ya, con la reconocida seguridad y garantía que resulta de que se estima normal y correcta. Hagamos comparación con cada una de las etapas que se cumplen en el trámite de un juicio sucesorio y que enumeráramos anteriormente. Va de suyo que no lo haremos exhaustivamente sino como simple ejemplificación clarificadora.

Para someter un inmueble al régimen de bien de familia, el notario debe hacer constar el vínculo familiar, requiriendo y agregando al protocolo las actas de matrimonio y nacimiento que corresponden; de igual suerte podrá hacerlo para justificar la vocación hereditaria, sin dejar de tener presente que ésa sería faena del abogado, como lo es actualmente. En ocasión de enajenarse fondos de

comercio, el notario cita a quienes tengan oposición que manifestar, ejerciendo de este modo la cautelar medida de publicación de edictos que efectuaría en el caso que venimos estudiando. Si se lleva a su notaría un negocio jurídico en que el padre vende a un hijo, obtiene una liquidación de la suma que puede corresponder abonar en concepto de impuesto a la transmisión gratuita de bienes, de igual manera que en los autos sucesorios se da vista a la repartición que debe hacerlo; la retención y el pago del tributo es quehacer que ha pasado a considerarse como inseparable de la actividad notarial. En aquellos casos en que se trate de intereses de incapaces, el notario requiere que se obtenga la necesaria autorización; en verdad que esta gestión que se realiza jurisdiccionalmente, podría efectuarla el notario solicitando directamente la conformidad del Ministerio Pupilar, reuniendo previamente las constancias y los documentos que son de práctica. En cuanto a la resolución declarativa de la condición de herederos, notarialmente no es más que lo que ha de volcarse a la llamada acta de notoriedad. El régimen de actas como diferenciación de la escritura es poco conocido en nuestro país. No haremos aquí aclaraciones sobre ello por razones de extensión y además porque en las revistas de los colegios de escribanos de la provincia de Buenos Aires y de la Capital Federal hay publicados trabajos ampliamente ilustrativos. Con sentido práctico enumeremos las constancias que pasaría a determinar el notario: de las actas expedidas por el Registro Civil, resultará la notoriedad del matrimonio, del nacimiento de los hijos y del fallecimiento del causante; de los testimonios de las escrituras y documentos, el carácter y valor de los bienes dejados; de los avisos que publicará, la afirmación notoria de si se han presentado o no herederos o acreedores; si hubiere incapaces, el notario requerirá en cada ocasión la conformidad del Ministerio Pupilar, como asimismo impondrá de las actuaciones al Ministerio Público, formulando la consulta pertinente a la oficina liquidadora del impuesto a la transmisión gratuita de bienes. Cumplidas estas etapas determinará que, por la notoriedad de los hechos revelados por la documentación presentada y las constancias devenidas de la actividad del notario de orden publicitario y ante los Ministerios Público y Pupilar, es a la vez notorio a quién corresponde la posesión hereditaria como consecuencia de la muerte del de cujus.

Las liquidaciones tributarias, la expedición de testimonio y su toma de razón en los registros que sea menester, configura el quehacer típico del notario en el plano administrativo y fiscal.

VII. LAS POSIBILIDADES INMEDIATAS

Es evidente que, aun en el restringido caso del artículo 3410 del código civil a que nos estamos refiriendo, la sustitución inmediata del juez por el notario es imposible por las disposiciones procesales que, casi sin distinción, han legislado sobre la declaratoria de herederos. En el supuesto de este artículo 3410, como en los artículos 3411, 3412 y 3413, la inminencia de lograrlo o la postergación por tiempo incalculable está condicionada al entendimiento y la comprensión de los hombres de derecho. Si los abogados y los notarios adquieren certeza de que las nuevas normas serán socialmente útiles al par que profesionalmente ventajosas, fácil resultará lograr la modificación de nuestro derecho positivo. Si unos y otros se encierran en la desconfianza y el recelo, la iniciativa se tornará irrealizable.