

SUCESIÓN “MORTIS CAUSA” EXTRAJUDICIAL

Por Gabriel B. Ventura*

INTRODUCCIÓN – I- SUCESIÓN “INTER VIVOS” – II- SUCESIÓN “MORTIS CAUSA” - III- LA SUCESIÓN EXTRAJUDICIAL EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ – IV- LA DECLARATORIA DE HEREDEROS – V- PRONUNCIAMIENTO DECLARATIVO – VI- LA DECLARACIÓN DE HEREDEROS EN SEDE NOTARIAL – VII- PROPUESTA DE MODIFICACIÓN – VIII- VENTAJAS DE LA PROPUESTA.

INTRODUCCIÓN

La circulación de la riqueza, tema de interés paradigmático para el Codificador, según puede apreciarse en la nota al Título 4 del Libro Tercero y nota al art. 2503 del Código Civil, se produce justamente por el fenómeno que nos ocupa; es decir la sucesión de los derechos de un sujeto a otro.

En forma general el Código Civil se ocupa de la sucesión de los derechos en el Libro Cuarto, a partir del art. 3262, cuando expresa: “Las personas a las cuales se transmitan los derechos de otras personas, de tal manera que en adelante puedan ejercerlos en su propio nombre, se llaman sucesores. Ellas tienen ese carácter, o por la ley, o por voluntad del individuo en cuyos derechos suceden”.

Como surge del artículo transcrito, en algunos casos ese traspaso de los bienes aparece como efecto natural de aquellos contratos que generan la obligación de transferir la propiedad de las cosas o de los derechos. Son los llamados contratos traslativos o “con ido-

* Profesor Titular de Derechos Reales y de Derecho Notarial I, de la Facultad de Derecho y C. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial de la Facultad de Derecho y C. Sociales de la Universidad Católica de Córdoba.

neidad traslativa” como la compraventa, permuta, donación, dación en pago, aporte en capital, etc.

En otros casos la traslación dominial opera por efecto de las leyes que rigen la sucesión “mortis causa”, arts. 3279 y ss. Analizaremos brevemente cada uno de estos tipos de traspasos.

I- SUCESIÓN “INTER VIVOS”

Cuando las partes celebren un contrato con idoneidad traslativa, es decir con la forma adecuada exigida por las leyes, conforme a los sujetos, acto y objeto del mismo, dicho contrato será un “título suficiente”¹ y, por consiguiente, podrá producir el traspaso de la propiedad del causante (vendedor, copermutante, donante, dador en pago, etc.)² al sucesor.

Si bien no es directamente el contrato lo que transfiere el dominio ni los derechos implicados, sino que el legislador suele requerir del cumplimiento de un otro recaudo al que llamamos genéricamente “modo”³, sin lugar a dudas exigiremos en el acto, tanto en lo sustancial como en lo formal, como dijimos, que tenga lo que hemos llamado “idoneidad traslativa”, o, en otras palabras que constituyan el “título suficiente” que exige el art. 2602 del Código Civil.

¹ Con la expresión “título suficiente” nos referimos a la llamada “causae idónea ad transferendum dominium”.

² Es común que, en los legos, la idea de un causante evoque por sí sola un fallecido; sin embargo la expresión “causante” debe interpretarse como el origen o “titular de la causa” de la mutación. Por ende es tan causante el vendedor o donante, como el fallecido que origina la sucesión “mortis causa”

³ No siempre aludimos a la tradición al referirnos al modo. En nuestras clases recavamos en la necesidad de tener presente la enumeración del art. 2524 del C.C. que también menciona la apropiación, especificación, accesión, entre otros. Pero además debemos atender que la expresión técnica “modo” no se refiere sólo al elemento fáctico de la adquisición de los derechos reales, sino que también dicha dinámica campea en el ámbito de los derechos personales cuando se suceden de unos sujetos a otros por causas entre vivos. Así cuando el legislador exige la notificación al deudor cedido para que se dé por concluido el traspaso de derechos por medio de la cesión respecto de terceros (art. 1459 del Código Civil) está exigiendo el cumplimiento de un modo en sentido técnico. Ver sobre este punto nuestro “Tracto abreviado registral”; Ed. Hammurabi, Bs.As. 2005, pág. 46. LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; “Teoría de los Contratos – Parte Especial”, Ed. Zavallía, Bs.As. 1976, pág. 557 y 558, citando a Pothier expresa: “Pothier es fiel a la teoría del título y modo. Por eso puede establecer esta comparación entre la compraventa y la cesión: así como la compraventa no transmite la propiedad de la cosa, sino que obliga a transmitirla (la compraventa es título), operándose la transmisión recién con la tradición de la cosa (la tradición es modo), así también acontece con la cesión, que no transmite la titularidad del crédito, sino que obliga a transmitirla, produciéndose el traspaso recién con la notificación. He ahí en Pothier una interesante construcción del contrato de cesión y de sus efectos: el contrato de cesión sólo obliga a transmitir, es título; la notificación traspasa, es modo”.

En efecto, con ese título suficiente, o sea el que cumple con los recaudos sustanciales y formales que le dan eficacia traslativa y que por eso calificaremos de causa idónea (“*causae idónea ad transferendum dominium*”), sólo se ha dado nacimiento a una obligación, y será su efectivo cumplimiento, la entrega de la cosa, en el caso de la compraventa por ejemplo, lo que producirá el traspaso dominial. Si el vendedor no cumpliera la dicha obligación, se generará al comprador la acción correlativa “acción de entrega de la cosa vendida” (“*la actio emptio*”)⁴.

A su vez resta remarcar que, para que el modo genere el efecto traslativo, debe existir la citada causa idónea, sea con anterioridad, confiriéndole legitimidad al modo “*ab initio*”, o después del hecho de la “*traditio*”, convalidándolo, por así decir, de alguna manera. Por ello renegamos de la ironía de López de Zavalía cuando expresa que la escritura traslativa no es en realidad “traslativa”, porque, según dice, lo que efectivamente concreta el traspaso es la tradición y no el título⁵. En realidad discrepamos con el Sabio Maestro tucumano porque también si el modo se produce sin la existencia de un título idóneo (la “*causae idónea ad transferendum dominium*”) dicho modo no será tampoco traslativo, según lo que surge claramente del art. 2602 del Código Civil que expresa que “La tradición debe ser por **título suficiente** para transferir el dominio”. Así las cosas, en nuestra opinión, ambos elementos constitutivos son “traslativos” y por ello es tan correcto hablar de escritura traslativa como de modo traslativo. Su utilización no sólo no hiere la terminología jurídica ni la lógica del idioma, sino que contribuye a una buena técnica expresiva.

La sucesión “*inter vivos*” no ha merecido reproche alguno en cuanto a su efectivización en sede extrajudicial y, tratándose de bienes inmuebles, por la forma “*ad solemnitatem relativa*” exigida en el art. 1184 del Código Civil, deberá ser instrumentada forzosamente en escritura pública, sea cual fuere el negocio base de la transmisión. En efecto, esta dinámica adquisitiva se encuentra ya perfectamente estudiada y analizada desde hace algún tiempo⁶.

⁴ VENTURA, Gabriel B.; “Dinámica de la constitución de los Derechos Reales y su repercusión registral”, En “Anuario de Derecho Civil”, Alveroni, Córdoba, 1994.

⁵ LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. “Curso Introductorio al Derecho Registral”, Ed. Zavalía, Bs.As. 1983, pág. 347.

⁶ MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “La transmisión del dominio y otros derechos reales en la reforma del Código Civil”, en “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, 1981, N° 544, pág. 397. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; “Derechos Reales”, Ed. Zavalía, Bs.As. 1989, Tomo I, pág. 264 y ss. HIGHTON, Elena I.; “Derechos Reales”, T 4, “Propiedad Horizontal y prehorizontalidad”, Ed. Ariel, Bs.As. 1979, pág. 121. VENTURA, Gabriel B. “Tracto Abreviado Registral”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2005, pág. 52 y en “Dinámica de la constitución de los derechos reales y su repercusión registral”, en “Anuario de Derecho Civil”, Ed. Alveroni, Córdoba, 1994, pág. 186.

II- SUCESIÓN “MORTIS CAUSA”

El aspecto que inquieta hoy a la doctrina moderna en cambio, lo constituye el traspaso dominial por causa de muerte; es decir la llamada “sucesión mortis causa” ya que se involucran aquí, para lograr la “idoneidad traslativa”, también acreditaciones y declaraciones (el carácter de heredero), y que, al ser cumplidas, producen la efectiva transferencia o traspaso de los derechos de unos a otros una vez adjudicados los bienes del causante.

Por efecto de las leyes que rigen la sucesión “mortis causa” los bienes del fallecido pasarán a sus parientes con vocación hereditaria, herederos instituidos o a sus legatarios. Adviértase que hasta la posesión de los bienes, en caso de herederos forzosos, se produce “ministerio legis” (art. 3410 y 3418 del C.C.), con lo cual la tradición como modo, que tan científicamente hacíamos jugar en el campo de la dinámica adquisitiva “inter vivos”, quedaría aquí relegada a una mera formalidad no fáctica⁷. El propio Vélez Sársfield, en la nota al art. 3282 del Código Civil, remarca que *“La muerte, la apertura y la transmisión de la herencia, se causan en el mismo instante. No hay entre ellas el menor intervalo de tiempo; son indivisibles”*.

III- LA SUCESIÓN EXTRAJUDICIAL EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ

En primer lugar, aproximándonos al tema central de nuestro trabajo, debemos partir de la idea de que la sucesión extrajudicial “mortis causa” siempre ha sido admitida en el Código Civil Argentino, dado que la norma del art. 3462 del Código Civil (aun antes de la reforma por ley 17711) permite dicho procedimiento cuando establece que *“si todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que **por unanimidad juzguen conveniente**”*.

Si analizamos cuidadosamente la norma y procuramos precisar su sentido, cuando se refiere a **la forma y el acto que juzguen conveniente**, podemos extraer las siguientes consecuencias:

⁷ Por este motivo los españoles llaman a esta posesión “posesión civilísima”.

a) EN CUANTO A LA FORMA: Debemos interpretar la expresión en el sentido técnico que pregona el art. 973 del Código Civil, como el conjunto de las prescripciones que la ley establece respecto de las solemnidades que deben guardarse en el momento de la formación del negocio jurídico, tales como la escritura del acto, la presencia de testigos, escritura pública, etc.

Así, según el precepto del 3462 del Código Civil, si los herederos unánimemente lo resuelven, pueden usar de la forma que quieran. Obvio es que en el ejercicio de estas opciones, deberán tener en cuenta las formalidades exigidas en forma genérica por las leyes respecto a la naturaleza de los bienes que se someterán a partición. Por ejemplo, en materia de inmuebles regirá el art. 1184 inc. 1º del Código Civil y deberemos acudir a la escritura pública como forma impuesta “ad solemnitatem relativa”. Hasta regirá en cierto sentido la libertad de formas del 974 del Código Civil, si se nos admite su aplicación, que permite en base a una interpretación analógica conforme a lo regulado respecto de las donaciones de cosas muebles o de títulos al portador (art. 1815 del C.C.) efectivizar la partición por vía de la entrega recíproca de las cosas o de los títulos al portador del acervo hereditario. Hablaríamos así de una “partición manual”, parafraseando la expresión doctrinaria “donación manual” para referirse a los supuestos regulados en el art. 1815 del Código Civil.

b) EN CUANTO AL ACTO: El art. 3462 continúa expresando “...y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente”. Estimamos que con esta expresión el legislador confiere plena libertad a las partes para acordar la distribución como crean conveniente, sin importar siquiera que la distribución sea equitativa o igualitaria en cuanto a los valores de los bienes adjudicados a cada uno. Recordemos que el precepto del art. 3462 exige plena capacidad, presencia y acuerdo; en razón de lo cual no es dable suponer que la equiparación de valores en la distribución fuera a atentar contra el derecho de las partes ni el orden público. Rige aquí, y plenamente, la autonomía de la voluntad (art. 1197 del Código Civil). El acto de adjudicación, por más que esté referido al destino patrimonial de una sucesión hereditaria, no deja de ser un contrato en el que, como en todos, pueden existir cláusulas que impliquen liberalidades: desapego de los bienes por parte de algunos herederos e interés material y particular de otros. Un claro ejemplo sería que uno de los herederos quede con el único bien de la herencia y el otro no se lleve nada para su patrimonio particular. No hay en este ejem-

pló nada que implique injusticia ni ilegalidad, cada cual llevó lo que quiso a su patrimonio obrando con plena capacidad y libertad⁸.

Ocurre que una vez fallecido el causante los derechos de cada heredero, sean ciertos o eventuales, son objetos negociables como cualquier otro (art. 953 del Código Civil), y por ende pueden caer en el marco de las liberalidades de un heredero respecto de los otros, supuesto que se daría en el ejemplo que dimos más arriba. Esto último merece nuestra especial atención, dado que es común estimar que las porciones en la partición extrajudicial deben ser idénticas ya que las legítimas son de orden público y por esa causa no podrían ser alteradas ni objeto de pacto alguno en los contratos. No es así; lo que se prohíbe de manera categórica en los arts. 1175 y 3599 del Código Civil es pactar sobre la herencia y la legítima futura⁹ es el “vetum mortis” que se condenaba con la nulidad en el derecho romano por especular con el fallecimiento del pariente; pero una vez fallecido el causante, los derechos de los herederos ya están legítimamente en el comercio.

Lo que la ley exige, y de manera contundente, es la **unanimidad** en el acto particionario para que éste tenga validez. Si bien los herederos son propietarios de los bienes del difunto desde el fallecimiento de éste (Art. 3420 del Código Civil), las proporciones correspondientes a cada uno no se encuentran aún determinadas y es esta circunstancia lo que diferencia fundamentalmente esta situación de la del condominio común. Es dable aquí hablar de universalidad jurídica, expresión que sería errónea aplicada al condominio, en la que cada porción, aunque indeterminada materialmente respecto del objeto, se encuentra determinada en su cuantía y permite por ello actos de disposición autónomos y desvinculados jurídicamente de las atribuciones de los otros titulares de porciones indivisas (arts. 2676 a 2678, Código Civil).

En el caso de la comunidad hereditaria, en cambio, ello no ocurre. Puesto que todos los herederos integran la comunidad y, en consecuencia, sólo **todos los comuneros** (here-

⁸ Hemos advertido que en algunas escrituras, el notario frente al temor que le genera la falta de valores equiparables, agrega de su propia voluntad expresiones que intentan justificar la desproporción, como que una de las partes dice que ya ha recibido con anterioridad otros bienes de la sucesión o por donación del causante. En los mejores casos efectúan en el mismo instrumento cesiones gratuitas que, en nuestra opinión se encuentran absolutamente injustificadas. Justamente lo que pretendemos explicar en el texto es la legitimidad de la no equiparación de los bienes que cada heredero recibe, dado que se trata de actos voluntarios que pueden válidamente contener liberalidades. Sus cláusulas están regidas por el principio de autonomía de la voluntad.

⁹ Es el “vetum mortis” que condenaba con la nulidad en el derecho romano por resultar toda una inmoralidad especular con el fallecimiento de un pariente.

deros y cónyuge) integrarán también la legitimación para obrar: disponer, administrar, partir, etc. los bienes de la herencia.

En otras oportunidades hemos expresado que “[...], a excepción del condominio, se trata de supuestos de indivisión, universalidades jurídicas en los que aún no es posible determinar la porción alícuota, lo que obligará a que, en el acto traslativo, deban concurrir la totalidad de los miembros de la comunidad de que se trate, en caso de partición extrajudicial (art. 3462 del Código Civil), o la resolución judicial disponiéndola, en caso de no resultar factible la primera. Sólo en la concurrencia de todos los intereses encontraremos la legitimación dispositiva necesaria para estos actos de adjudicación”¹⁰.

La ausencia o desacuerdo tan sólo de uno de ellos anulará toda decisión al respecto, lo que sólo podrá sanearse mediante la convalidación posterior que formule expresamente el heredero ausente, tal como si se tratase (como que lo es) de venta de cosa ajena, supuesto regulado como “convalidación” en el art. 2504 del Código Civil y como “ratificación” en el 1330¹¹.

En este sentido el aporte que hace el art. 3430 del Código Civil, modificado por ley 17711 resulta muy importante, dado que genera la seguridad total para el adquirente y para el notario instrumentador en los supuestos de transmisión o partición por tracto abreviado.

Dice el art. 3430 del Código Civil que *“Los actos de disposición de bienes inmuebles a título oneroso efectuados por el poseedor de la herencia, tenga o no buena fe, son igualmente válidos respecto al heredero, cuando el poseedor ha obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento y siempre que el tercero con quien hubiese contratado fuere de buena fe. Si el poseedor de la herencia hubiese sido de buena fe, debe sólo restituir el precio percibido. Si fuese de mala fe, debe indemnizar a los herederos de todo el perjuicio que el acto haya causado.*

¹⁰ VENTURA, Gabriel B. “Tracto Abreviado Registral”, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2005, pág. 234.

¹¹ En realidad ambas figuras saneatorias son de diferente entidad; mientras la convalidación se ocupa de sanear el acto en el que el transmitente no tenía el derecho que intentó transferir; en la ratificación en cambio el transmitente tenía el derecho, pero quien ejecutó el acto no tenía apoderamiento suficiente o no estaba autorizado a hacerlo. Es lo que surge de la concienzuda lectura de los arts. 2505, 1162, 1330 y 1936 del Código Civil. En nuestra opinión el supuesto al que estamos aludiendo sería de convalidación, dado que los transmitentes no se arrogaron una representación del ausente, sino que lo ignoraron lisa y llanamente, intentando transferir ellos solos como si totalizaran la legitimación dispositiva.

Será considerado tercero de buena fe quien ignorase la existencia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero aparente estaban judicialmente controvertidos”.

Así, aunque se hubiere excluido de la herencia a otro coheredero, por la figura del “heredero aparente”, incorporada por la norma transcrita, para el tercero comprador el derecho habría quedado válidamente adquirido. Obviamente esta situación será sólo excepcional respecto de los herederos entre ellos mismos, ya que en casi todos los supuestos ellos conocerán quiénes y cuántos son sus coherederos. De su parte casi siempre habrá mala fe; pero el supuesto contrario, como hemos leído, también está previsto.

IV- LA DECLARATORIA DE HEREDEROS

El artículo que acabamos de transcribir es el único dispositivo del Código Civil Argentino que tan siquiera menciona la declaratoria de herederos¹². En las ciudades de los tiempos de Vélez Sársfield los vecinos se conocían unos a otros y el estado de familia era, en general, lo que trascendía en la comunidad y también en el mundo de las sucesiones “mortis causa”¹³.

No creemos, sin embargo, aun cuando el Código originario de Vélez no mencionara este trámite declarativo previo, que podamos expresar que para el Codificador no existiese la necesidad de una investigación y pronunciamiento al respecto. Sin dudas lo consideró tan obvio que no meritó referirse a él.

¹² A decir verdad, también el art. 16 de la ley 17.801, que es complementaria del Código Civil, según lo preceptúa en su art. 42, nos habla también de “herederos declarados” aludiendo indirectamente al documento acreditativo de tal calidad.

¹³ Leer la bellísima nota de Vélez Sársfield al art. 325 (derogado por ley 23.264), en la que remarca la importancia de la posesión de estado a la que erige en “...una prueba más perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos, es la evidencia misma...”

Nadie puede pretender decirse heredero sin una documentación que le dé fuerza y acreditación a sus dichos y, a la par, garantice a toda la comunidad la calidad de heredero de quienes debían suceder “mortis causa” al fallecido.

Aun contándose hoy con la posibilidad de acceder a una partición extrajudicial plenamente lícita y acorde a la conveniencia y voluntad de las partes implicadas, adolecemos, sin embargo de la posibilidad de obviar el pronunciamiento judicial respecto a quiénes son los herederos a los que la norma del art. 3462 del Código permite la aplicación del supuesto.

V- PRONUNCIAMIENTO DECLARATIVO

En realidad, como dijimos, en nuestro derecho vigente, antes de pretender una adjudicación o partición extrajudicial, se hace menester un pronunciamiento judicial declarativo.

Como es sabido la doctrina procesal, entre otras categorías, distingue la jurisdicción contenciosa de la jurisdicción voluntaria. El “fundamentum divitionis” de esta clasificación radica en que en la primera no hay partes en sentido procesal, es decir no hay intereses contrapuestos; mientras que en la jurisdicción contenciosa (*de contienda*), contrariamente a lo que ocurre en aquellas, hay intereses contradictorios entre dos o más partes que justamente vienen a dirimirse en sede judicial. En esta última jurisdicción, en la sentencia o en el resolutive final, el Juez, como regla general, condena a una restitución o al cumplimiento de una obligación cualquiera (restituir la cosa sustraída, abonar la suma convenida, reparar el daño ocasionado, etc.); mientras que en la primeras tan sólo declara¹⁴ un derecho que le es manifiesto por la prueba rendida; pero, en principio, no condena ni resuelve conflicto alguno.

Pues bien así introducidos en el tema de las jurisdicciones, advertimos rápidamente que el pronunciamiento en cuanto a quiénes son los herederos de un fallecido, carece “prima facie” de conflictividad. Se trata de un pronunciamiento declarativo y no contencioso. En

¹⁴ COUTURE, Eduardo J. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Ed. Depalma, Bs.As. 1958, pág. 316, explica que “En verdad [...] todas las sentencias contienen una declaración del derecho como antecedente lógico de la decisión principal[...]” se llega a las de condena “[...]luego de considerar y declarar la existencia de las circunstancias que determinan la condena o la constitución del estado jurídico nuevo”.

efecto, a pesar de existir casos en los que el grado de litigiosidad es abrumador, en cuanto a declarar un heredero o impugnar su carácter de tal, al punto que hay procesos sucesorios que han llevado varios años y hasta decenas de años para determinar un pronunciamiento, ello no nos autoriza sin embargo, a considerar el proceso sucesorio, en su generalidad, como un proceso contencioso. Todo lo contrario generalmente son cuestiones de mero trámite con un pronunciamiento objetivo, de puro derecho e incuestionable. Salvo el supuesto en que existan hijos extramatrimoniales que se pretendan desconocer, o se formulen reclamos de gastos realizados por alguno de los herederos, la situación, como decíamos, no suele estar reñida entre ellos.

No podemos dejar de resaltar aquí la opinión de Alsina quien, al referirse a la jurisdicción voluntaria en el ámbito judicial expresa que “La principal misión de los jueces es resolver los casos litigiosos que se les sometan, y ese es, fuera de duda, el verdadero sentido de la jurisdicción [...]” Agrega luego que en la jurisdicción voluntaria “[...]no puede hablarse con propiedad de función jurisdiccional, ya que se trata de uno de los supuestos en que el juez ejerce funciones administrativas”. En una nota al pié, explica Alsina que “La atribución de la jurisdicción voluntaria a los jueces no tiene sino un origen histórico. Como en el derecho romano no existía la separación de poderes y se reconocía la conveniencia de rodear de autenticidad ciertas manifestaciones de la actividad individual, se hacía intervenir a los magistrados judiciales en la constitución de muchas relaciones jurídica de carácter privado. Con el andar del tiempo algunas de esas atribuciones pasaron a los notarios o a otros oficiales públicos”¹⁵.

Así, válidamente podríamos concluir que, tratándose la llamada “declaratoria de herederos” de un pronunciamiento obtenido en ámbito de jurisdicción voluntaria, la intervención del Juez, como único funcionario autorizado a dilucidar la justicia ante una situación conflictiva, resulta totalmente innecesaria e intrascendente. El Juez, en estos casos, se limitará sólo a recopilar antecedentes, partidas de defunción, partidas de matrimonio, partidas de nacimiento; verificar el cumplimiento de la publicación de edictos y, en fin, una serie de trámites y diligencias que resultan fácilmente corroborables con la sola lectura de los elementos acompañados, que seguido de la lógica de las normas que rigen la herencia, terminaría por ser un pronunciamiento de puro derecho. La declaración, pues, surgirá evidente y, reitera-

¹⁵ ALSINA, Hugo; “Derecho Procesal”, 2º Ed. Ediar, Bs. As. 1957, Tomo II, pág. 430 – 431.

mos, sólo en caso de litigiosidad, podría resultar diferente a lo manifestado en la documentación acompañada y regulado por las normas legales implicadas. Es evidente que aquí sólo se usa del Juez, como autoridad administrativa, por su facultad instrumentadora y por el carácter de autenticidad del instrumento público que contendrá el declarativo. El “imperium” judicial aquí brilla por su ausencia.

VI- LA DECLARACIÓN DE HEREDEROS EN SEDE NOTARIAL

El sistema de notariado latino permite contar con un funcionario público y ser imparcial y objetivo en sus apreciaciones fácticas y jurídicas (art. 985 C.C.)¹⁶. Pero, por sobre todo, un eficaz instrumentador que permitirá hacer perdurar en el tiempo el documento cuya validez y autenticidad le hacen, a estos efectos, idénticos a los documentos judiciales extraídos de una resolución declarativa.

Si la declaratoria de herederos resultara controvertida, por existir herederos que se desconocen recíprocamente o por cualquier otra causa se requiera la dilucidación de una situación conflictiva, el caso deberá pasar a la Justicia para que, previamente a la declaración, resuelva la cuestión impugnada.

Por ello si se pretendiera que el notario se ocupara también de la declaración previa de herederos de los comparecientes, deberá reglamentarse adecuadamente los casos en que, por existir intereses no acordados entre las partes instrumentales, deba recurrirse forzosamente a la autoridad jurisdiccional.

En su accionar, en tal cometido, el notario realizará un análisis pormenorizado de la documentación, constituida fundamentalmente por instrumentos públicos, como son las partidas de defunción, de matrimonio y de nacimiento, para acreditar vínculos, parentescos y grados. Dicha tarea, por basarse en el contenido de instrumentos auténticos de los cuales

¹⁶ Existe discusión doctrinaria en torno a la naturaleza de funcionario público del notario. Mientras algunos sostienen que se trata de un profesional del derecho en ejercicio de una función pública; para otro sector, en el que nos enrolamos, el notario es funcionario público justamente por ejercer esa función pública. Esta última pareciera ser, por otra parte, la postura de nuestro ilustre codificador Dalmacio Vélez Sársfield, cuando coloca como ejemplo de funcionario, en la nota al art. 1112 a los escribanos públicos.

no puede dudarse (“scripta publica probant se ipsa”) a tenor del art. 993 del Código Civil¹⁷, no deja de ser una apreciación objetiva en la que no es dable imaginar opinabilidad o necesidad de juzgamiento alguno.

Por otra parte el notario, como profesional del derecho, puede justipreciar adecuadamente la documentación e identidad de los sujetos protagonistas de la declaración, a tenor de las normas del Código Civil que aluden al parentesco y vocación hereditaria de cada miembro de la comunidad. Igualmente se encuentra capacitado para apreciar la autenticidad de los elementos acompañados.

Según las exigencias generales del art. 1003 del Código Civil, interpretado en sentido amplio y abarcativo de toda documentación accesoria, el notario deberá incorporar al protocolo la documentación fundante de su pronunciamiento de puro derecho, a los fines de dar completividad a la declaración, generando una matriz autónoma y unificada de la declaración.

VIII- PROPUESTA DE MODIFICACIÓN

A los fines de dar legalidad a nuestra opinión, proponemos la modificación del Código Civil. Pero esa modificación debe ser prudente, tocando lo menos posible el texto originario y tan sólo posibilitando que las partes puedan elegir, no sólo la etapa liquidatoria o particionaria de la comunidad hereditaria, tal como lo prevé el art. 3462 hoy, sino también el pronunciamiento declarativo en sede notarial.

¹⁷ Por el principio de autenticidad los instrumentos públicos comienzan por probarse a sí mismos, se presumen auténticos. Luego de ello recién prueban respecto de su contenido (“scripta publica probant se ipsa”). Pero en su faz operativa, para que realmente así se dé, exigiremos que tengan “apariencia” o sea el aspecto exterior apropiado (filigranas gráficas, tinta adecuada, papel apropiado, etc.) y “regularidad”, o sea que el acto no sea manifiestamente alejado de la legalidad. Como ejemplo de acto no regular podríamos poner una compraventa entre cónyuges. Cuando el acto adolece de apariencia o de regularidad, pierde la presunción de autenticidad; pero recavemos que no estamos diciendo que deje de serlo, sino que pierde su presunción, en razón de lo cual será menester un pormenorizado análisis antes de atribuirle efecto jurídico alguno. De igual manera deseamos la apreciación por parte del notario de los elementos acompañados a esta escritura de declaración de herederos.

A ello puede llegarse efectuando un agregado al art. 3462 que debería quedar redactado como sigue:

“Si todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente. De igual manera y con las mismas condiciones, la declaración de herederos podrá efectuarse tanto en sede judicial, como notarial; pero, ante la más mínima controversia, las actuaciones deberán proseguir en la Justicia”

Las Provincias podrán adecuar su reglamentación de las declaratorias de herederos a la norma nacional modificada; pero ello no resulta de gran trascendencia dado que sólo regularán para la declaratoria judicial.

La instrumentación adecuada al quehacer notarial para emitir estos pronunciamientos serán las llamadas **actas de notoriedad** que, por otra parte han sido usadas en países señeros en el sistema notarial latino desde hace mucho tiempo, como Francia y España¹⁸.

La doctrina argentina, no sólo proveniente de las Organizaciones Notariales, ha venido luchando para sacar del ámbito del Poder Judicial pronunciamientos que no exigen la “juris dictio” (la facultad de “decir el derecho”), dado que esa expresión es técnicamente aplicada a los supuestos conflictivos y no a los casos que, como las declaratorias de herederos, tienen un entorno normativo de aplicación indubitada.

¹⁸ Las actas de notoriedad se utilizan en España para dar certeza a situaciones que exigen una cierta valoración probatoria y hasta un pronunciamiento por parte del notario. Entre nosotros no sólo no las encontramos expresamente reguladas, sino que la doctrina viene reclamando airadamente su incorporación, dado que atribuyen una facultad valorativa del notario, un pronunciamiento surgido del silogismo de esa valoración que necesitaría un respaldo normativo. Tal como decíamos, en nuestro País gran parte de la doctrina notarial viene bregando por incorporar las actas de notoriedad no sólo al sistema legal, sino también a la costumbre funcional de los notarios. Así podrían por medio de ellas, entre otras situaciones, tramitarse los procesos sucesorios no contenciosos a los que nos estamos refiriendo en el texto; o declaraciones testimoniales oponibles válidamente en el proceso, previa citación a la audiencia de todas las partes involucradas. En el anteproyecto de ley de documento notarial propuesto por el Consejo Federal del Notariado Argentino, se regulan expresamente y su trámite puede verse sintéticamente explicado en GATTARI, Carlos N. “Manual de Derecho Notarial”. Ed. Depalma Bs.As. 1988, pág. 170 – 171. En defensa de la incorporación de las actas de notoriedad dentro del quehacer funcional notarial, Juan Luis CALVO, expresa que “cuando se sancione la ley notarial argentina (...) fruto de la moderna concepción de varios maestros del notariado argentino, recién tendrán vigencia algunas de las actas que carecen aún del respaldo legal necesario (...)” en “Actas de notoriedad, notariales y extraprotocolares”, Ed. Librería Jurídica La Plata, sin fecha de edición, pág. 9. Para una completa y sintética explicación de las actas de notoriedad en España véase el hermoso trabajo de GOMEZ FERRER SAPIÑA, Rafael, “Aspectos Notariales en los procesos no contenciosos” en Revista Notarial de Córdoba, N° 75, 1998, pág. 27 y ss.

VIII- VENTAJAS DE LA PROPUESTA

Las ventajas que provienen de la modificación propuesta pueden resumirse en los siguientes puntos:

- a) **MAYOR CELERIDAD** que se brindará al trámite.
- b) **MEJOR MATRICIDAD Y COMPLETIVIDAD**, dado que quedará agregadas al protocolo toda la documentación acreditativa, lo que no ocurre con los protocolos judiciales en los que no hay agregaciones.
- c) **DESCONGESTIONAMIENTO DEL QUEHACER JUDICIAL**, ya que liberará a la Justicia de cuestiones de mero trámite y ésta podrá atender, con más tiempo, las cuestiones en conflicto que son las más apropiadas a sus menesteres.

CONCLUSIONES

- 1- El art. 3462 del Código Civil (aun antes de la reforma por ley 17711) permite una adjudicación sucesoria “mortis causa” cuando establece que “si todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente”.

Pero aún permitiéndose la sucesión extrajudicial, no es dable prescindir de un pronunciamiento declarativo en cuanto a la condición de herederos de quienes comparecen al acto particionario.

Vélez no reguló sobre el procedimiento declarativo de herederos, en primer lugar porque las leyes sustanciales no deben ocuparse, como regla general, de cuestiones procesales; y en segundo lugar porque atendió a la escasa población de su época y al conocimiento que tenían las personas de la comunidad respecto al estado de familia de cada uno.

Exigir el pronunciamiento declarativo de herederos en sede judicial resulta excesivo. Se ocupa al juez en una tarea puramente administrativa de recopilación de antecedentes y no para los menesteres de juzgamiento y solución de controversias para las que han sido creadas las funciones judiciales.

Sólo por tradición histórica, proveniente de la antigua legislación española, y por carecer de una norma expresa que las regule, se mantienen en el País las Declaratorias de Herederos tramitadas en sede judicial.

El sistema de notariado latino permite contar con un funcionario público imparcial y profesional del derecho que forzosamente, a tenor de las vigentes normas del Código Civil, deberá ser objetivo en sus apreciaciones fácticas y jurídicas (art. 985 C.C.). Esta facultad no podría concederse cuando existieren controversias, impugnaciones o cualquier situación contenciosa, en las que, sin duda alguna, corresponderá el pronunciamiento judicial.

En su accionar el notario realizará un análisis pormenorizado de la documentación, constituida fundamentalmente por instrumentos públicos, como son las partidas de defunción, de matrimonio y de nacimiento, para acreditar vínculos, parentescos y grados. Dicha tarea, por basarse en el contenido de instrumentos auténticos de los cuales no puede dudarse (“scripta publica probant se ipsa”) a tenor del art. 993 del Código Civil, no deja de ser una apreciación objetiva en la que no es dable imaginar parcialidad u opinabilidad alguna.

Ateniéndonos a todo ello proponemos modificar el art. 3462 del C. C. el que deberá quedar redactado de la siguiente forma: “Si todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente. De igual manera y con las mismas condiciones, la declaración de herederos podrá efectuarse tanto en sede judicial, como notarial; pero, ante la más mínima controversia, las actuaciones deberán proseguir en la Justicia”. Las Provincias deberán adecuar su reglamentación local a la norma Nacional.

La instrumentación adecuada al quehacer notarial para emitir estos pronunciamientos serán las llamadas actas de notoriedad que, por otra parte, son y han sido usadas en países señeros en el sistema notarial latino desde hace mucho tiempo, como Francia y España.

Gabriel B. Ventura