

De Nuevo Sobre La Inconstitucionalidad De La Sucesion Notarial

FRANCISCO A.M. FERRER - ROBERTO M. NATALE

DE NUEVO SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA SUCESION NOTARIAL.

1. Objetivo del notariado

El notariado ha presentado el 8/2/08 al Ministerio de Justicia de la Nación un proyecto de ley para que los escribanos intervengan en procesos "no contenciosos", y la XVIII Jornada Notarial Argentina celebrada ese mismo mes en Rosario se pronunció ratificando una vez más el viejo anhelo del notariado expresado por sus participantes: intervenir en el proceso sucesorio, reemplazando al juez, para declarar los herederos de una persona fallecida, en asuntos no contenciosos, considerando que es una opción constitucionalmente válida que no menoscaba la seguridad jurídica. El instrumento público que consideran idóneo sería la llamada "acta de notoriedad", autosuficiente, que no requiere homologación judicial ni está sujeta a ningún control, ni patrocinio letrado. Y luego proseguirán el trámite con la partición extrajudicial de la masa hereditaria (art. 1184 inc. 2º y 3462, C.Civil).

2. Argumentos para suprimir la declaratoria de herederos judicial

a) Sostienen los notarios que ni el Código Civil ni la ley registral 17.801 la exigen, y por otra parte el Código dispone que la herencia se transmite directamente a los herederos por disposición de la ley en el mismo momento del fallecimiento del causante, aún cuando el heredero ignore la apertura de la sucesión (arts. 3282 y su nota y 3420), y que los herederos forzosos tienen la posesión de la herencia (investidura de la calidad de heredero), también de pleno derecho desde la apertura de la sucesión, y por ello desde ese momento son propietarios de los bienes de la herencia, pudiendo disponer de los mismos sin necesidad de intervención judicial (3410 y 3417). De ahí deducen que para transferir bienes sucesorios los notarios pueden determinar la calidad de heredero por medio del acta de notoriedad. El art. 16 de la ley 17.801 sólo

alude a los "herederos declarados", y esa declaración la puede hacer un profesional del derecho a cargo de la función pública como es el escribano. Por ello concluyen que el decreto reglamentario de la citada ley nº 2080/81, que exige la declaratoria judicial de herederos y su inscripción registral, es inconstitucional porque viola las citadas normas del Código Civil y de la ley 17.801. Y por ende también las normas de las demás leyes nacionales y provinciales que exigen la declaratoria de herederos (art. 14, ley 22.977 modif. dec. 6582/58 del RN del Automotor, arts. 4 inc. 7 y 31, incs. 1, 2 y 3, ley santafesina 6435, orgánica del Registro de la Propiedad; etc).

b) La declaratoria de herederos sólo se sustenta en las normas procesales.

c) Simplificación de los trámites, mayor rapidez, descongestionamiento de la labor tribunalicia y reducción de costos.

3. Refutación

a) Los arts. 3282 y su nota, 3417, 3410 y 3420 parten del presupuesto de la transmisión hereditaria universal, o sea, la que tiene por objeto la herencia como universalidad jurídica. Siempre aluden a la transmisión, propiedad o posesión de la "herencia", y la herencia es el objeto de la sucesión universal, llamada así porque en nuestro derecho la herencia es "un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni al objeto de esos derechos", según la define el art. 3281. O sea, es una "universitas iuris", universalidad jurídica o de derecho[1], porque comprende la universalidad de los derechos y obligaciones patrimoniales que pertenecían a la persona fallecida, y por ello se concibe como un todo ideal, unitario y orgánico, independiente de los elementos singulares que lo componen. Ese objeto ideal, único, de contenido indeterminado (nota de Vélez al art. 3283), o una parte alícuota del mismo, es lo que adquiere el heredero en el mismo instante del fallecimiento del causante. De ninguna manera derechos singularmente determinados.

Las citadas normas a las que recurren los notarios para fundamentar su propuesta, no aluden en absoluto a la adquisición "ut singuli" (a título singular) de los bienes hereditarios por parte del heredero[2]. Que quede investido del título de heredero desde la apertura de la sucesión, y que sea propietario de todo lo que el causante era propietario desde que adquiriera la posesión de la herencia -o sea, aquella investidura del título del heredero- (arts. 3410 y 3417), no significa de ninguna manera que desde aquel momento sea propietario de cada uno de los bienes de la herencia singularmente considerados. Los mencionados artículos hay que entenderlos e interpretarlos en el contexto del sistema sucesorio del Código.

b) Necesidad del proceso sucesorio. Pues, en efecto, para lograr que el heredero adquiriera los bienes hereditarios a título singular es preciso traer a la realidad concreta aquella totalidad unitaria ideal que es la herencia en cuanto universalidad jurídica; desarticularla, desarmarla, determinar los bienes y las deudas que la componen, depurarla del pasivo[3], y finalmente dividir el remanente y adjudicar los bienes a título singular y exclusivo a cada uno de los herederos, que previamente han sido determinados por el auto de declaratoria o de aprobación del testamento. Este tránsito de lo universal y abstracto a lo particular y concreto se realiza a través del proceso sucesorio y sus distintas etapas: primero se determinan los destinatarios de la transmisión hereditaria (auto de declaratoria o de aprobación del testamento), luego se individualizan los bienes y las deudas (inventario y avalúo), se liquida el pasivo, y finalmente el remanente líquido se divide y adjudica a los herederos (partición), según las reglas pertinentes del Código Civil.

La regulación instrumental del proceso sucesorio es materia de los códigos procesales.

c) ¿Porqué se requiere la tramitación judicial de la declaratoria de herederos o del auto aprobatorio del testamento? Porque lo exige clara e imperativamente el art. 3284 del Código Civil: la jurisdicción sobre la sucesión la tiene el juez del último domicilio del causante. No hace ninguna distinción este precepto, por lo cual abarca el proceso sucesorio integralmente y en todas sus etapas. Desde su inicio, con el trámite de la declaratoria de heredero o del auto aprobatorio de testamento, que constituyen actos propiamente jurisdiccionales. Y como el inventario, avalúo y partición son tan solo operaciones técnicas, contables y jurídicas, en el supuesto de que todos los herederos estén presentes y de acuerdo, sean mayores y capaces, y no haya terceros interesados que se opongan, el Código admite la opción de que dichas operaciones las puedan realizar extrajudicialmente (art. 1184, inc. 2, 3462 y 3465). Además, ante dicho juez funciona el fuero de atracción y se deben promover los cuatro grupos de acciones que enumera el segundo párrafo de la citada norma.

Asimismo, este precepto legal, básico del derecho sucesorio, no tiene el alcance limitadísimo que le quieren asignar caprichosamente los notarios. No funciona sólo cuando se plantean algunas de las acciones contenciosas que se mencionan en su segundo párrafo. Su ámbito de aplicación es mucho más amplio: consagra, en rigor, la unidad de jurisdicción y concentración ante el mismo juez de todas las múltiples y variadas cuestiones que se pueden suscitar en una sucesión, sean o no contenciosas (autorización para vender bienes de la sucesión -arts. 3321, 3393 y 3406-, para transar juicios -arts. 3324 y 3390-, intimación a inventariar -art. 3366-, todos los asuntos sobre administración de la herencia -art. 3451-, declaración de legítimo abono, etc). La finalidad de esta centralización es facilitar la liquidación de la herencia, evitar complicaciones y simplificar los trámites.

Si se introduce el trámite sucesorio notarial, el sistema organizado por Vélez Sársfield se vería afectado y desarticulado, pues sería necesaria una reforma integral de toda su regulación legal, lo cual es manifiestamente desaconsejable porque la sabia reglamentación del codificador ha venido funcionando muy bien y sin inconvenientes desde la sanción del Código Civil. Pretender modificarla sólo produciría trastornos, proliferación de trámites entre el escribano y el tribunal competente, dilaciones y mayores costos. No tiene justificación tal propuesta, salvo motivaciones corporativas, sin perjuicio de que resulta inconstitucional porque la Constitución atribuye la potestad jurisdiccional al poder judicial (arts. 108 y 116).

d) La declaratoria de herederos o el auto aprobatorio de testamento son actos jurisdiccionales, propios de la función de juez. Inconstitucionalidad de la intervención notarial. La jurisdicción, según la definía Calamandrei[4], es la potestad soberana del estado de administrar justicia a través de los órganos judiciales, y se administra justicia no sólo resolviendo contiendas, dirimiendo conflictos entre las partes, sino también dictando los actos de la llamada jurisdicción voluntaria[5], mediante los cuales se otorga certeza a un derecho, se atribuye legalidad a una situación de hecho, se integran, reconocen o constituyen estados o relaciones jurídicas, o se les otorga eficacia. Así ocurre cuando el juez inviste del título de heredero al pretendiente a la herencia o confirma la institución hecha por el testador (arts. 3284, 3412 y 3413). Al dictar la declaratoria o el auto aprobatorio del testamento, el juez ejerce su función jurisdiccional, realizando un control de legalidad y haciendo observar el derecho objetivo en sus preceptos concretos.

Los escribanos, que no son órganos judiciales, pretenden atribuirse esa función netamente jurisdiccional, convirtiéndose en jueces administrativos, extralimitando su propia función restringida a dar fe notarial. En efecto: quedarían habilitados para examinar recaudos procesales, declarar abierto el proceso sucesorio, que es un proceso universal como el concurso o la quiebra, dispondrán la publicación de edictos en cumplimiento del art. 3539 del Código Civil, la intervención de los Ministerios Públicos, y dictarán la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio de testamento. Es decir, pronunciarán resoluciones en nombre del Estado, cuando su función es tan sólo dar fe notarial.

Tratándose de la sucesión testamentaria, el trámite notarial violaría las normas del Código Civil que imponen que el testamento ológrafo y el cerrado se presenten al juez del último domicilio del testador (art. 3691), debiendo ser éste quien abra el testamento a pedido de parte (art. 3693), luego de que se reconozca por testigos ante el juez la letra y firma del testador, en el ológrafo (art. 3692), y la firma de los testigos y el escribano, en el cerrado (art. 3694). Y es el juez que manda protocolizar dichos testamentos, o dispone la prueba caligráfica de su autenticidad (art. 3692 y 3695). Y también es el juez quien puede rechazar la protocolización cuando constate que el documento que se le presenta como testamento ológrafo no reúne los requisitos esenciales para ser tal. Y finalmente es el juez quien aprueba el testamento (art. 3413). Todo lo cual confirma el carácter estrictamente judicial que el Código Civil ha impuesto al proceso sucesorio.

Se comprueba, por consiguiente, que estos actos jurisdiccionales, declaratoria de herederos y auto aprobatorio del testamento, no tienen sustento en los códigos procesales, que se limitan a reglamentarlos, sino en el Código Civil y en la Constitución Nacional.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que la jurisdicción es una atribución esencial de la soberanía del Estado, de la cual emana; que ha sido creada por la Constitución Nacional, y cuya función esta Carta Magna se la asignó al Poder Judicial (arts. 16, 18, 108 116 y ss), y que el Código Civil, sancionado por el Congreso de la Nación en virtud de lo dispuesto por la Constitución (art. 75 inc. 12), coherentemente establece que la jurisdicción sobre la sucesión corresponde al juez del último domicilio del causante (art. 3284), entonces lógicamente cuadra concluir que la solución pretendida por los notarios, en el afán de ampliar sus incumbencias, resulta manifiestamente inconstitucional, porque directamente estaría violando el principio de la división de poderes.

e) La inscripción registral de estos actos jurisdiccionales, en relación a los bienes registrables, la exige el principio de tracto sucesivo, fundado en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, la publicidad registral y la protección de los terceros[6]. En virtud de este principio establecido por las leyes registrales no se registrará ningún documento en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente. De los asientos existentes en cada folio deberá resultar el perfecto encadenamiento del titular del dominio y de los demás derechos registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones (art. 15, ley 17.801). Las adquisiciones mortis causa a los fines de asegurar la continuidad de la cadena de transmisiones (arts. 14 y 16 ley 17.801) exigen la inscripción de los títulos respectivos, declaratoria de herederos o auto aprobatorio de testamento, como modo de justificar el cambio de titular, y la aparición de estos terceros (los herederos), distintos del titular antecedente. Es la llamada inscripción vinculada (art. 16 y 30 inc. b, ley 17.801; art. 4, inc. 7, y 31 incs. 1, 2 y 3, ley registral santafesina 6435)[7].

El heredero, por lo tanto, sea forzoso (descendiente, ascendiente o cónyuge) o no forzoso (colaterales hasta el 3º grado), debe solicitar al juez el reconocimiento de su calidad de tal mediante la correspondiente declaratoria (arts. 3284 y 3412). Y si fuese testamentario, deberá solicitar el auto aprobatorio del testamento y la confirmación por el juez de su institución testamentaria (art. 3413). Luego se producirá la adjudicación de los bienes y finalmente el juez ordena la transmisión del dominio a favor del heredero, inscribiéndose en el Registro el documento judicial, declaratoria o auto aprobatorio de testamento, como antecedente de tal adjudicación. Pero la ley registral también habilita el tracto sucesivo abreviado para que los herederos puedan disponer de inmuebles hereditarios aún en el estado de indivisión de la herencia, en cuyo caso, la ley registral no deja lugar a dudas al disponer que "cuando el documento sea otorgado por los jueces, los herederos declarados...". Resulta claro, por más que obstinadamente se lo niegue, que el documento aludido no es otro que la declaratoria de judicial de herederos o el auto aprobatorio de testamento (inc. 1º, art. 16, ley 17.801; inc, 1º, art. 31, ley santafesina 6435, etc).

f) La protección del tercero de buena fe que contrata con el heredero aparente, exige la declaratoria de heredero o auto aprobatorio de testamento: art. 3430 del Código Civil. Este precepto requiere clara y categóricamente el pronunciamiento previo de dichos actos jurisdiccionales para garantizar la validez del acto de disposición por el cual el tercero adquiere del heredero bienes inmuebles a título oneroso. Y esta es una regla que rige no sólo con respecto a los actos de disposición de bienes inmuebles, sino también comprende a los bienes muebles registrables, por su evidente analogía, según lo entiende pacíficamente la doctrina[8]. Los escribanos niegan el vasto alcance de esta regla de seguridad del tráfico jurídico sin fundamento alguno, pues sólo persiguen minimizar la trascendencia de la declaratoria judicial de herederos o del auto aprobatorio de testamento para apuntalar su pretensión de suprimirlos.

g) Inexistentes ventajas: En primer lugar, mencionan el descongestionamiento de la labor tribunalicia. El problema de sobrecarga de trabajo en los tribunales se debe fundamentalmente al aumento de litigiosidad y este complejo fenómeno reconoce diversas causas, entre las cuales la incidencia de la litigiosidad sucesoria es intrascendente, pues los porcentajes de litigiosidad sucesoria se mantienen inalterables. Los procesos sucesorios representan aproximadamente un 20% de las causas ingresadas en cada Juzgado, y de dicho volumen sólo un 5%, quizás menos, son sucesiones litigiosas. En realidad, la solución real del problema está en la creación de juzgados suficientes, dotados de la infraestructura adecuada para hacer frente a los requerimientos de los justiciables, pues de esa forma el Estado cumplirá con su misión constitucional de afianzar la Justicia.

En segundo término, el argumento de que se abrevian y agilizan los trámites. En varios proyectos que instrumentan la sucesión notarial quedaron de manifiesto los inconvenientes de tal propuesta, por las múltiples idas y vueltas del expediente entre la escribanía y el juzgado competente, lo que aumentaría, sin duda, el trabajo para la justicia con mayores e injustificadas demoras en el trámite. Desvincular absolutamente el trámite notarial del control e intervención del Poder Judicial y del patrocinio letrado, en determinados supuestos (herederos forzosos, presentes y capaces, y de común acuerdo), como pretenden los notarios para ampliar de cualquier modo su espacio de trabajo, tampoco es una solución, pues seguimos siempre en el campo de la inconstitucionalidad y se incrementaría además la inseguridad jurídica, por las múltiples alternativas que se pueden suscitar durante el trámite sucesorio y que el notario no está en condiciones de resolver.

Finalmente, la mentada reducción de costos también es ilusoria. Al costo normal del proceso sucesorio, habrá que sumar el de las notificaciones por acta notarial, la protocolización del expediente, los honorarios del escribano, a quien le pagará el justiciable, y no el Estado, como en el caso del juez. Se está, entonces, privatizando el servicio de justicia. Y si para garantizar el debido asesoramiento jurídico al justiciable, se dispone el patrocinio letrado, entonces a los honorarios del escribano se sumarán los del abogado, encareciendo los costos, salvo que la regulación sea una para repartir entre ambos profesionales, en cuyo caso sólo cargará éste con la mentada disminución de los costos.

4. Opinión de la doctrina civilista.

No en vano las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en septiembre de 2005 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, se pronunciaron en contra de la admisión de la sucesión notarial[9], en razón de que la jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces (art. 3284 C.Civil), que el proceso sucesorio extrajudicial está vedado por normas de la Constitución Nacional (arts. 1, 18, 75 inc. 12 y conchs), que el sistema de sucesión notarial viola claramente las disposiciones del Código Civil, que la jurisdicción voluntaria corresponde ineludiblemente a los jueces, y que no debe modificarse dicho Código, ya que el proceso sucesorio actual no presenta problemas que justifiquen su reforma creando alternativas extrajudiciales que incrementan la seguridad jurídica, no responden a problemas de economía procesal, no disminuyen los costos y no agilizan el proceso, lo que provocaría cuestiones incluso accesorias y nuevas que lo encarecerán.

5. Conclusiones.

Entendemos que es inconstitucional la opción de que los escribanos determinen o declaren los herederos de una persona fallecida mediante la llamada acta de notoriedad, cualquiera sea la vía legal, nacional o local, que se utilice para admitirla, porque:

- q se extralimitarían las funciones del escribano convirtiéndolos en jueces administrativos a los que se les asignaría la función de dictar actos jurisdiccionales, violando el principio constitucional de la división de poderes, del juez natural y del debido proceso;

- q se violaría todo el régimen sucesorio judicial del Código Civil y sus leyes complementarias, incrementando la inseguridad jurídica,

- q si se opta por una ley local, se estaría incursionando directamente en materia civil propia de la competencia exclusiva del Congreso de la Nación, sumando otra causa más de inconstitucionalidad;

- q y se lesionaría el bien común, pues se pretende modificar un sistema sucesorio sin justificación, como no sea un interés sectorial, y sin provecho para la sociedad, pues se la privaría de un régimen que hasta ahora ha funcionado perfectamente bien, respondiendo a los principios de orden público y de control de la legalidad, garantizando adecuadamente la seguridad del tráfico jurídico y los derechos de los terceros frente al fenómeno sucesorio.

[1] FERRER Francisco A.M.: comentario al art. 3281 en FERRER-MEDINA: Código Civil Comentado, Rubinzal Culzoni, Sta.Fe, 2003, t. I, p. 82/83.

[2] Tampoco el art. 2505 del Código Civil, porque solo comprende las adquisiciones "ut singuli", y no las transmisiones per universitatem (LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando: Curso introductorio al derecho registral, Zavalia, Bs.As., 1983, p. 271/272). Por eso dicha norma no menciona la inscripción de la declaratoria de herederos o del auto aprobatorio de testamento.

[3] "Antes que heredar hay que pagar las deudas" : arts. 3474, 3475 y 3602.

[4] CALAMANDREI, Piero: Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il novo Codice, Cedam, Padova, 1943, t. I parág. 8, p. 24.

[5] CLARIA OLMEDO, Jorge: Jurisdicción, J.A. 1975, Doctrina, 1975, p. 309, nº 40, y El ejercicio de la jurisdicción conforme al nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, La Ley 130-850, nº 1-4; FASSI-YAÑEZ: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado, Astrea, 3ra.ed., Bs.As., 1988, t. I, coment. art. 1, parág. 23; FENOCHIETTO-ARAZI: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado, ed. Astrea, Bs.As., 1993, t. I, coment. art. 1, nº 1; PODETTI, J. Ramiro: Tratado de la competencia, Ediar, Bs.As., Bs.As., 1954, nº 2, p. 17/18.

[6] MOISSET DE ESPANES define al tracto sucesivo como "el perfecto encadenamiento que conduce desde el titular actual, a través de cada uno de sus antecesores, hasta la persona que era titular del derecho en el momento de matricularse el inmueble, de modo tal que se refleje íntegramente la historia jurídica de la finca". El tracto sucesivo abreviado, o tracto abreviado, lo autoriza la ley por razones de economía, cuando el acto de disposición se otorga por un titular que todavía no está inscripto y cuyo derecho deriva del titular inscripto, en especial cuando se trata de sucesiones universales. En estas hipótesis el nuevo asiento contendrá una relación detallada y completa de la serie de transmisiones, de manera tal que no se quiebre el principio del tracto sucesivo y se refleje en el folio el perfecto eslabonamiento de titularidades. Se debe, entonces inscribir como antecedente el documento del juez que determina las personas que suceden al titular dominial (art. 16, ley 17.801; MOISSET DE ESPANES, Luis: Publicidad registral, Zavalia Editor, Bs.As., 2003, p. 112/114). O sea, se debe inscribir la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio de testamento.

[7] MOLINARIO, Alberto D.: Derecho sucesorio y derecho registral inmobiliario, La Ley 1976-B-531, nº V; LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando: Curso introductorio al derecho registral, cit., p. 275; GARCIA CONI-FRONTINI: Derecho registral aplicado, 3ra. ed., Lexis Nexis, Bs.As., 2006, p. 30/31; ZANNONI, Eduardo A.: Derecho de las sucesiones, 4ta.ed, Astrea, Bs.As., 1997, t. 1, parág. 435 y 448.

[8] FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel: Heredero aparente: el problema y la ley, La Ley 137-837, nº VI-b); MAFFIA, Jorge: Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs.As., 1981, t. I, nº 447; ZANNONI, Eduardo A.: Derecho de las sucesiones, cit., t. 1, parág. 487; GOYENA COPELLO, Héctor: Tratado del derecho de sucesión, 2da. ed., La Ley, Bs.As., 2007, t. III, p. 272; ROLANDO, Carlos, en LLAMBIAS-MENDEZ COSTA: Código Civil Anotado, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1988, t. V-A, coment. art. 3430, nº 1, p. 395; GUILISASTI, Jorgelina, en FERRER-MEDINA: Código Civil Comentado, ed. Rubinzal Culzoni, Sta.Fe, 2003, t. I, coment. art. 3430, nº 4, p. 450.

[9] FERRER-NATALE: La sucesión notarial en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, J.A. 2005-IV-1333.