

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

requerida. Desde luego que en esta hipótesis su prudencia y moderación deberán ser extremas, pero jamás estas virtudes podrán convertirse en el defecto de la total prescindencia.

Se ha mencionado a menudo el valor de la imparcialidad como propio del ejercicio de la profesión notarial. Y ello es cierto. Pero la imparcialidad debe ser activa, y no convertirse en una mera neutralidad. No corresponde adoptar la actitud del espectador de un partido de tenis cuyo resultado no interesa. Continuando con el símil elegido, la actitud sería más cercana a la del árbitro de dicho partido, a quien tampoco interesa el resultado pero sí que no se transgredan las normas ni que haya ventajas a favor de uno u otro de los contendientes.

Estas reflexiones vienen a colación por inferencia de uno de los temas tratados en el XXI Congreso Internacional del Notariado Latino que tuvo lugar en Berlín entre los días 26 de mayo y 3 de junio del año corriente, cuyas conclusiones se publicarán en breve. Una de las preocupaciones es, precisamente, la seguridad jurídica contractual como medio de protección al consumidor. El deber de información a las partes-especialmente a la menos informada-para poder llevar adelante una negociación con el necesario conocimiento, así como los derechos y obligaciones que se derivan del contrato y, no menos importante, garantizarle la posibilidad de reflexión en el momento de la celebración del contrato, protegiéndolo de técnicas agresivas o dolosas. Se pone de relieve, una vez más, la indeclinable tarea de asesoramiento y consejo.

En todos los casos se procura asegurar la transparencia de las tratativas, tanto durante el lapso de formación del contrato como en el de su conclusión.

El antes aludido deber de imparcialidad del notario, garantizado por la libre elección del notario de confianza (véase Editorial de la Rev. del Notariado, N° 836) comporta, además, una neta disminución de la litigiosidad con relación a los contratos redactados sin intervención profesional.

La Dirección

DOCTRINA

EL JUICIO SUCESORIO Y LA PRUEBA DE LA CALIDAD DE HEREDERO(*) (12)

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

SUMARIO

1. El régimen del Código Civil argentino y de la reforma de 1968. 2. Las leyes procesales. 3. Los proyectos de reforma. 4. El sistema francés de acta de notoriedad. 5. Adopción del régimen francés en España. 6. El sistema alemán del "certificado de heredero". 7. Apreciación crítica de la cuestión.

1. EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO Y DE LA REFORMA DE 1968

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El Código Civil argentino, en su texto originario, carecía de toda referencia al modo de demostrar el carácter de heredero o, en otros términos, a la existencia de una declaratoria judicial de herederos o de una declaración de validez formal del testamento.

Sin embargo, varias disposiciones suponían la intervención de los jueces en la tramitación de un juicio sucesorio.

Por lo pronto, el art. 3284, según cuya primera parte "la jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto". Esta norma constituye un claro apartamiento de su fuente, el art. 822 del Cód. Civil francés, que no alude a la "sucesión" sino a la acción de partición⁽¹⁾ ⁽¹³⁾ ya que dicha fuente no conoce el juicio sucesorio, el cual no existe en Francia⁽²⁾ ⁽¹⁴⁾.

Otras normas también preveían la actuación de los jueces: en primer lugar, ella era ineludible cuando de aceptación beneficiaria se trataba, ya que el art. 3363 requería presentación "ante el juez a quien corresponde conocer de la sucesión" para la aceptación de la herencia con beneficio de inventario y diversas normas imponían la autorización judicial para el otorgamiento de actos de disposición conservando el beneficio (art. 3389, 3390, 3393, 3406). Y tanto en la aceptación beneficiaria como en la pura y simple, los herederos que no gozasen de la posesión hereditaria de pleno derecho debían solicitarla al juez (arts. 3412 a 3414). Además, organizaba el procedimiento judicial de apertura y protocolización de testamentos públicos otorgados en la campaña o en los pueblos de campaña, ológrafos y cerrados (arts. 3690 a 3695) y el de herencia vacante (arts. 3539 a 3544). Sin embargo, el Código no requería trámites judiciales para la aceptación de la herencia (art. 3319 y sigtes.), ni para su renuncia (arts. 3345 y 3346), ni para la facción del inventario por el heredero beneficiario (art. 3370), ni para entrar en posesión de la herencia los descendientes y ascendientes (art. 3410), ni para la validez de los actos de administración y disposición del heredero aparente (arts. 3429 y 3430).

La primera - y única - alusión a la declaratoria fue introducida en el art. 3430 por la reforma de 1968, que sustituye - como requisito de validez de los actos de disposición del heredero aparente - la "posesión pública y pacífica de la herencia" por la "declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento".

2. LAS LEYES PROCESALES

A pesar del silencio de la ley de fondo sobre la intervención de los jueces en los trámites destinados a la comprobación del carácter de herederos, ella estaba prevista en las leyes españolas luego trasvasadas a los códigos de procedimientos locales. A la sucesión testamentaria se aplicaba la disposición de las Partidas que mandaba al heredero pedir al juez la entrega de los bienes⁽³⁾ ⁽¹⁵⁾, y a la intestada la ley incluida en la Novísima Recopilación que - englobando la sucesión ab intestato y la vacante - ordenaba llamar por edictos a las personas con derecho de suceder al causante, entregar los bienes a los que comparecieren y distribuirlos entre

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el fisco, el denunciante y los jueces en caso de vacancia(4)(16)
(Continuación de nota 4)(17)

El antiguo Código de Procedimientos en Materia Civil y Comercial sancionado para la provincia de Buenos Aires en 1880 y adoptado luego en la Capital Federal seguía los precedentes de la legislación colonial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. En efecto, comenzaba por reglamentar el juicio de testamentaría, incluyendo en el título respectivo muchas normas generales aplicables no sólo a la testamentaría sino también a la sucesión ab intestato; otras reiteraban lo dispuesto en el Código Civil. El art. 626 hacía una enunciación de los casos en que dicho juicio debía tener lugar que constituía una transcripción del art. 3465 del Código Civil que establece los casos en que la partición de la herencia debe ser judicial, lo que daba idea de su innecesariedad en las demás situaciones. Según el art. 637, agregado el testamento y justificado el carácter de parte legítima del solicitante, el juez debía abrir el juicio de testamentaría. Las normas siguientes se referían a la administración del caudal, el inventario, el avalúo y la partición.

En el título siguiente legislaba conjuntamente el juicio de ab intestato y el de herencia vacante, con normas que se referían en su mayoría a ésta y no a aquél. Lo fundamental era que el segundo párrafo del art. 686 prescribía que, de presentarse los herederos legítimos, sólo tendría lugar "la intervención judicial en los casos y con arreglo a lo que se prescribe para el juicio de testamentaría".

Dos cosas quedaban claras en este Código. La primera, que se imponía la tramitación del juicio sucesorio únicamente en los casos en que el Código Civil determina que la participación debe ser judicial, excluyendo su obligatoriedad en los demás casos. Tanto era así, que el art. 646 disponía que "no interviniendo el ministerio de menores, los interesados pueden, en cualquier estado del juicio, separarse de su prosecución y adoptar los acuerdos que crean convenientes"; y el art. 647 agregaba que "cuando lo solicitaren, deberá el juez sobreseer en el juicio y poner los bienes a disposición de los herederos". La segunda, que no existía ninguna norma que aludiese claramente a la declaratoria de herederos ni a la declaración de validez formal del testamento.

Sin embargo, la práctica - impulsada por ciertas necesidades derivadas de otras normas - se apartó de esos principios. La tramitación del juicio sucesorio y el dictado de tales actos fueron considerados obligatorios en todos los casos, sobre la base de la necesidad de éstos - aun en el caso de herederos que tenían la posesión de la herencia de pleno derecho - para exteriorizar el carácter hereditario, inscribir el dominio de los inmuebles en el Registro de la Propiedad, retirar fondos depositados en los bancos, etc., no menos que por el interés fiscal (pago hasta cierta época del impuesto a la transmisión gratuita de bienes, y hoy de la tasa judicial)(5)(18). La declaración de validez formal del testamento se consideró intelectualmente previa a la apertura del juicio testamentario dispuesta por el art. 637, de modo que en un solo auto el juez declaraba válido el testamento en cuanto a sus formas y disponía la apertura del juicio sucesorio(6)(19). En las

REVISTA DEL NOTARIADO

Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sucesiones intestadas, se halló el fundamento para la declaratoria en el art. 695, según el cual "si transcurrido el término de los edictos se hubiesen presentado algunos de los pretendientes y justificado su derecho, el juez hará la declaración que corresponde, previa vista fiscal"; y en el 697, que prescribía la intervención de los agentes fiscales hasta que hubiese "heredero reconocido y declarado por ejecutoria".

Algunos códigos provinciales diferenciaron el juicio de declaratoria de herederos y el juicio sucesorio en sí.

De los que siguen actualmente en vigor, el de Córdoba de 1942 dispone que "declaratoria de herederos y la posesión de la herencia, tenida por ministerio de la ley o dada por el juez, son previas al juicio sucesorio" (art. 399, primera parte). Debe emplazarse en la forma ordinaria a las personas denunciadas por el solicitante, e indeterminadamente a todos los interesados, salvo en el caso de presentarse testamento que no apareciese otorgado en perjuicio de herederos forzosos, fijarse una audiencia para escuchar a los presentados y, en caso de oposición, la tramitación del juicio ordinario con plazos reducidos a la mitad (arts. 414 a 416).

El de Mendoza de 1953 tiene normas comunes a la sucesión ab intestato y la testamentaria. Abierto el proceso sucesorio a pedido de interesado, se cita a una audiencia a todos los que se consideren con derecho a los bienes del causante, haciéndolo por edictos a los interesados desconocidos o de domicilio ignorado. Si en la audiencia queda acreditado el vínculo, o es reconocido por los que lo hayan acreditado, se dicta declaratoria de herederos o, en su caso, aprobación del testamento (arts. 317 a 319).

El de Santa Fe de 1962 impone la declaratoria de herederos con carácter previo a la iniciación del juicio sucesorio, sin distinción entre sucesión testamentaria y ab intestato (arts. 584 y 598). Deben publicarse edictos cinco veces en diez días (art. 592) y se prevé la posibilidad de apertura a prueba por veinte días (art. 593).

Actualmente, el llamado Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, adoptado con leves modificaciones por la mayor parte de las provincias, reglamenta con bastante minuciosidad el proceso sucesorio (art. 689 y sigtes.), y prevé el dictado por el juez de declaratoria de herederos (art. 700) en la sucesión ab intestato y la aprobación del testamento en la testamentaria (art. 708). Consolida así la costumbre anterior, a la cual - como se ha visto - se habían plegado, con escasas variaciones, los códigos procesales locales dictados en este siglo, eliminando la posibilidad que preveía el antiguo Código de que la sucesión no fuese judicial en los casos en que el Código Civil no exige que lo sea la partición.

3. LOS PROYECTOS DE REFORMA

Los anteproyectos de reforma procesal civil últimamente elaborados proponen, en cambio, la sustitución optativa del proceso sucesorio judicial por una actuación notarial.

Un primer anteproyecto, encomendado por decreto 820/91 a una comisión

REVISTA DEL NOTARIADO

Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de juristas que quedó integrada por Roland Arazi, Isidoro Eisner, Mario E. Kaminker y Augusto Mario Morello, incluye un anexo sobre sucesión extrajudicial. Según la propuesta, los herederos, actuando de común acuerdo, tendrían opción por radicar el proceso sucesorio ante el tramitador letrado de un Registro de los Asuntos de la Jurisdicción Voluntaria, con atribución - entre otras - de dictar declaratoria de herederos - que, sin embargo, debería ser remitida al juez para su homologación - (art. 17), pero no para aprobar formalmente el testamento, función que se atribuiría al juez (art. 20).

Otra comisión fue creada por resolución del Ministerio de Justicia 1296 y de la Secretaría de Justicia 31. Integrada por los Dres. Carlos J. Colombo, Julio César Cueto Rúa, Raúl A. Etcheverry y Héctor G. Umaschi, redactó otro anteproyecto que el PE hizo suyo y remitió al Congreso. Este proyecto asigna competencia a los escribanos públicos para entender en los procesos sucesorios en caso de mediar consentimiento de todos los herederos (arts. 739, 751 y 762). Sin perjuicio de preverse actos que requerirían la intervención del Juez, se atribuye al escribano el dictado de la declaratoria de herederos (art. 760) y la declaración de validez formal del testamento (art. 763).

4.EL SISTEMA FRANCÉS DE ACTA DE NOTORIEDAD

En el derecho francés se conoce como acta de notoriedad el acto pasado ante ciertos oficiales públicos por el cual los declarantes atestiguan que un hecho es - según una fórmula consagrada - "de notoriedad pública y de su conocimiento personal"(7)(20).

Aunque es de aplicación en otras materias, constituye - tanto en las sucesiones legítimas como en las testamentarias - el modo no previsto por la ley sino basado en una práctica constante de demostrar la calidad de heredero, para lo cual no es necesario y ni siquiera posible acudir a la intervención de los jueces. A partir del acta de notoriedad el escribano extiende certificados de propiedad para su presentación ante bancos, sociedades y administraciones diversas, así como los relativos a los inmuebles para su publicación en los registros inmobiliarios y la transferencia de los automotores(8)(21). Sobre la base de la declaración de los testigos del acto, en las sucesiones legítimas menciona a los derechohabientes, la cuota que corresponde a cada uno, la calidad de reservatarios o la ausencia de éstos, y el régimen matrimonial del cónyuge superviviente; la doctrina recomienda agregar los documentos justificativos de todo ello, lo que es frecuente mas no obligatorio. En las testamentarias, es fundamental la declaración acerca de la inexistencia de herederos reservatarios lo que permite a los legatarios universales tomar posesión de la herencia conforme al art. 1006 del Cód. Civil(9)(22). Sus condiciones esenciales son dos la existencia de un hecho notorio el vínculo de parentesco entre el heredero y el difunto - y el conocimiento personal de ese hecho por los testigos(10).

La relación de los interesados que los escribanos, como preámbulo de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inventarios, hacen del parentesco de los herederos legítimos y, en su caso, del testamento que instituye un legado (*intitulé d'inventaire*) no ha sido considerada, en cambio, como prueba suficiente del carácter de heredero a pesar de no basarse en la declaración de testigos sino en la cuidadosa comprobación de la vocación hereditaria hecha personalmente por el notario(11)(23). La jurisprudencia ha puesto un importante límite a la costumbre notarial que durante mucho tiempo consideraba equivalentes al acta de notoriedad y la relación hecha por el escribano como preámbulo del inventario, levantando la primera sólo en caso de no existir inventario: la Corte de Casación juzgó que el notario era responsable por la omisión de un heredero al haberse abstenido de requerir el acta de notoriedad y conformarse con las declaraciones de los interesados y la deliberación del consejo de la familia, aun cuando verosímilmente se habría incurrido en el mismo error en caso de levantarse aquélla(12)(24).

Cierta doctrina ha señalado la fragilidad de la prueba mediante acta de notoriedad a pesar de la importancia de los intereses en juego, ya que se funda sólo en la declaración de los comparecientes y depende, pues, de la veracidad con que éstos se hayan expedido(13)(25). Se ha señalado, también, que cabe preguntarse si la evolución del derecho y los cambios impuestos por la vida moderna no han acrecentado la falta de certeza de un acto basado sólo en declaraciones testificales: mientras que el modo de vida tradicional favorecía el conocimiento de los herederos por los miembros de una misma comunidad, el actual contribuye a la dispersión de la célula familiar, al desplazamiento de sus miembros y su establecimiento en el extranjero, lo que hace difícil conocer con certeza los derechos hereditarios de una persona residente en un país, muerta en otro, y cuyos hijos nacieron en el extranjero y estaban instalados en distintos países en el momento de la muerte; además de que la igualdad de las filiaciones atribuye iguales derechos a hijos otrora naturales o adulterinos, cuya existencia puede ser desconocida aun por los allegados(14)(26). Sin embargo, las verificaciones que hace generalmente el notario la hacen más segura, al punto que son muy raras las acciones de petición de herencia(15)(27). Por eso, se ha dicho que la consagración por la jurisprudencia del acta de notoriedad como medio de prueba extrajudicial de la calidad del heredero demuestra su eficacia y que a pesar de sus imperfecciones no es desdeñable, propiciándose su reglamentación legislativa(16)(28).

En cuanto a la fuerza probatoria del acta de notoriedad, la doctrina difiere. Según una opinión, estaría asimilada a la prueba de testigos, pero los declarantes no tendrían la calidad de testigos judiciales, por lo que en caso de falsedad no incurrirían en las penas de falso testimonio sino únicamente en responsabilidad civil(17)(29). Para otra, es un medio de prueba original y complejo que se aproxima a la prueba de testigos y a la derivada de la pública notoriedad (*commune renommée*), sin ser ni una ni la otra, y que en ciertos aspectos es una presunción(18)(30).

La jurisprudencia no ha sentado a este respecto un principio general. Sin embargo, tres sentencias de la Sala Civil la de la Corte de Casación, del 24

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de octubre de 1984, todas relativas a sucesiones sometidas a administración estatal pero aún no declaradas vacantes, han intentado precisar sus condiciones y su fuerza probatoria⁽¹⁹⁾⁽³¹⁾. En dos de ellas (Huart y Laisné), dijo que "salvo cuando se trata del ejercicio de una acción de petición de herencia, el acta de notoriedad, extendida por un notario, bajo la responsabilidad de este oficial público, establece la calidad de heredero en la medida en que la veracidad de sus enunciaciones no sea contestada", y en el tercero (Garrigues) añade que el acta de notoriedad establece la calidad de heredero "aun a falta de actas del estado Civil" en tanto la veracidad de sus enunciaciones no sea contestada. Aunque las expresiones no sean del todo claras, de ellas se ha extraído la doctrina de que el acta de notoriedad es suficiente para demostrar extrajudicialmente erga omnes la calidad de heredero, pero puede ser desvirtuada por prueba en contrario en caso de discutirse judicialmente esa calidad, vale decir, frente a una acción de petición de herencia⁽²⁰⁾⁽³²⁾.

Cabe advertir que en ciertos casos especiales la ley francesa admite una prueba diferente de la calidad de heredero: así, para el retiro de depósitos bancarios inferiores a diez mil francos basta un certificado de heredero expedido por el alcalde⁽²¹⁾⁽³³⁾, y para los títulos-valores nominativos, un certificado de propiedad expedido por el notario. Respecto de los inmuebles, el art. 29 del decreto 55-22 del 4/1/1955 dispone que toda transmisión o constitución por muerte de derechos reales inmobiliarios sea constatada mediante una certificación notarial que indique si los herederos o legatarios han aceptado, precisando, en su caso, las modalidades de esa aceptación; y el art. 69 del decreto 55-1350 del 14/10/1955 añade que la certificación debe mencionar, en su caso, el testamento, la decisión judicial que ordena la puesta en posesión, el acto de entrega del legado o la decisión judicial relativa a la demanda de entrega.

Responde a la arraigada costumbre y a la preocupación de la doctrina el proyecto de reforma del Código Civil en materia de sucesiones que fue enviado por el Primer Ministro a la Asamblea Nacional en 1988, el cual propone introducir una sección de capítulo referente a la prueba de la calidad de heredero. Admite esa demostración por cualquier medio de prueba, sin derogar las disposiciones y usos sobre los certificados de propiedad o herencia expedidos por autoridades judiciales o administrativas⁽²²⁾⁽³⁴⁾.

Especialmente establece que esa prueba puede resultar de un acta de notoriedad levantada a pedido de uno o varios de los derechohabientes por un notario o, a falta de contrato de matrimonio o de disposición de última voluntad de quien requiere el acta, por el jefe de secretarios del tribunal del lugar de apertura de la sucesión. El acta debe tener en vista la partida de defunción de la persona cuya sucesión se ha abierto y hacer mención de los documentos justificativos que hayan podido ser presentados, tales como las partidas del registro del estado civil y, eventualmente, los referentes a la existencia de liberalidades por causa de muerte que puedan incidir sobre la sucesión. Debe contener la afirmación, firmada por el o los derechohabientes, de que ellos tienen vocación, solos o con otras personas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que mencionen, para recibir el todo o parte de la herencia, y pueden ser llamadas a intervenir en el acto todas las personas cuya declaración parezca útil(23)(35). La afirmación vertida en el acta de notoriedad no implica, por sí sola, aceptación de la herencia(24)(36).

En cuanto a los defectos del acta de notoriedad, dispone que hace fe hasta la prueba en contrario, presumiéndose que el que la invoca tiene derechos hereditarios en la proporción que en ella se indique(25)(37). Se considera que los herederos designados en el acta de notoriedad o su mandatario común tienen respecto de terceros detentadores de bienes de la sucesión, la libre disposición de esos bienes y, si se trata de fondos, su libre disposición en la proporción indicada en el acta(26)(38).

Por último, al que a sabiendas y de mala fe se ampara en un acta de notoriedad inexacta le impone las sanciones establecidas para la ocultación de bienes, las cuales consisten en la aceptación pura y simple de la herencia y la pérdida de derechos sobre los bienes ocultados, sin perjuicio de su responsabilidad por daños y perjuicios(27)(39).

5. ADOPCIÓN DEL RÉGIMEN FRANCÉS EN ESPAÑA

En España, el notariado bregó durante muchos años por su competencia en la determinación de quiénes son los herederos de la persona que muere intestada. El IV Congreso Notarial Español, celebrado en Madrid del 22 al 24 de abril de 1994, proclamó su naturaleza de acto de jurisdicción voluntaria en el marco del acta de notoriedad y solicitó que se admitiese dicho medio de determinar los llamados a la herencia intestada.

La petición logró éxito, pues la ley 10/1992 del 30 de abril de 1992 reformó el art. 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que quedó redactado de la siguiente manera: "La declaración de que determinadas personas, que sean descendientes, ascendientes o cónyuges del finado, son los únicos herederos ab intestato se obtendrá mediante acta de notoriedad, tramitada conforme a la legislación notarial por notario hábil, para actuar en el lugar en que hubiere tenido el causante su domicilio en España y ante el cual se practicara la prueba testifical y documental precisa". Queda excluida, pues, la prueba por acta de notoriedad en la sucesión de los colaterales.

Son interesantes los fundamentos dados para esta innovación en la exposición de motivos de la ley. Se dice allí : "el orden civil tiene hoy en día atribuido el conocimiento de asuntos no jurisdiccionales cuya residencia en sede jurisdiccional dista de ser obligada. Esa atribución tenía sentido en épocas en las que el tráfico jurídico era mucho menor, y la judicialización de la vida social menos intensa y las garantías ofrecidas por otras instancias nulas. En una situación como la actual, sin embargo, carece de sentido seguir atribuyendo a los órganos judiciales la realización de tareas no jurisdiccionales; tal cosa no repercute más que en disfunciones para la administración de justicia-que se debe primordialmente al desarrollo de su función propiamente jurisdiccional - y para los interesados, que ven como un asunto que podría tramitarse fácil y económicamente en otra sede, ha de esperar, para una resolución, el orden de tramitación propio de los órganos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurisdiccionales. En esta línea y de acuerdo con las recomendaciones del Consejo de Europa sobre la eliminación de tareas no propiamente jurisdiccionales del ámbito de actuación de los tribunales de justicia, se regula una modalidad de la obtención de la declaración de herederos mediante acta de notoriedad tramitada ante notario..."

Luego, el real decreto 1368/1992 del 13 de noviembre del mismo año introdujo en el reglamento notarial un nuevo art. 209 bis, que regula el acta de notoriedad de declaración de herederos ab intestato en varias reglas.

La regla 1ª establece que es notario hábil para autorizarla el competente en la población donde el causante hubiera tenido su último domicilio en España, acreditada preferentemente con el documento nacional de identidad. De no haber tenido nunca domicilio en España, el del lugar de su fallecimiento y, si hubiera fallecido fuera de España, el del lugar donde estuviere parte considerable de los bienes o de las cuentas bancarias.

Por la regla 2ª se considera legitimada para formular el requerimiento de toda persona con interés legítimo.

La regla 3ª tiene por objeto impedir la duplicidad de actas. El notario requerido debe poner en conocimiento del decanato del respectivo colegio notarial, el mismo día de haber recibido el requerimiento, la iniciación de la tramitación del acta, a fin de que quede constancia en el registro particular del decanato en el general de actos de última voluntad. En caso de recibirse posteriormente otras comunicaciones relativas a la sucesión del mismo causante, el decano, o el jefe del registro si los notarios pertenecen a distintos colegios, lo comunica a los notarios que hubieran iniciado el acta en segundo o posterior término para que suspendan su tramitación. Hasta 20 idas hábiles de la comunicación al decanato, el notario no puede expedir ningún tipo de copias del acta.

En la regla 4ª se regula la prueba que debe aportar el requirente : documental, testifical y de la legislación aplicable al caso. La primera consiste en las certificaciones del fallecimiento y del registro general de actos de última voluntad, y, en su caso, el documento auténtico del que resulte que, a pesar del testamento o del contrato sucesorio, procede la sucesión ab intestato, o de la sentencia firme que declare la invalidez de la institución de herederos ; y en el libro de familia o las certificaciones del registro civil que acrediten el matrimonio y las filiaciones. La prueba testifical consiste en la declaración de dos testigos que aseveren que por conocimiento propio o por notoriedad les constan los hechos positivos y negativos cuya declaración de notoriedad se presente. Finalmente, debe aportarse la prueba de la nacionalidad - que en España rige el derecho a la sucesión (art. 9º, párr. 1, Cód. Civil) - y la vecindad civil - que determina la aplicación a los españoles del derecho común o el foral (art. 14, párr. 1, Cód. Civil) - y, en su caso, la de la ley extranjera aplicable.

La regla 6ª establece : "Ultimadas las anteriores diligencias hará constar el notario su juicio de conjunto sobre si quedan acreditados por notoriedad los hechos en que se funda la declaración de herederos. En caso afirmativo declarará qué parientes del causante son los herederos ab intestato, siempre que todos ellos sean de aquellos en que la declaración

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

corresponde al notario. En la declaración se expresarán las circunstancias de identidad de cada uno y de los derechos que por ley le correspondan en la herencia".

6.EL SISTEMA ALEMÁN DEL "CERTIFICADO DE HEREDERO"

El Código Civil alemán, en sus arts. 2353 a 2369, creó un sistema diferente: el del certificado de heredero, título que comprueba su carácter de tal y, en su caso, cual es la porción de la herencia que le corresponde, y que es expedido por el tribunal de la sucesión (art.2353) a petición del interesado, quien debe demostrar con documentos auténticos su derecho, aunque para probar que el difunto estaba sujeto al régimen matrimonial de comunidad le basta con una declaración jurada ante notario (arts. 2354 a 2356). Si hay varios herederos, puede extenderseles un certificado común (art.2357). El tribunal puede, sin embargo, disponer previamente las medidas de prueba que considere necesarias, incluso una citación para la presentación de otros posibles interesados (art.2358) y sólo debe expedir el certificado si considera demostrados los hechos (art.2359).

El régimen alemán fue introducido en Alsacia y Lorena después de su anexión por el imperio tras la guerra de 1870. Después de la primera guerra mundial, de la cual derivó su recuperación por Francia, la ley del 17 de octubre de 1919 dispuso que en esas regiones - administrativamente, departamentos del Alto Rin, el Bajo Rin y el Mosela - continuará rigiendo el derecho alemán hasta la introducción de las leyes francesas. Luego, el art. 74 de la ley de introducción del derecho civil francés del 1° de junio de 1924 conservó el certificado de heredero como medio de prueba de esa calidad. Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido la demostración mediante otros medios, como el certificado de notoriedad(28)(40). El certificado de heredero produce efectos en todo el territorio nacional (art. 77), a la vez que si el deceso se ha producido en otro lugar de Francia, basta la prueba del acta de notoriedad sin que pueda exigirse el certificado de heredero(29)(41). El proyecto de reformas del Código Civil propone mantener este sistema en los mencionados lugares(30)(42).

Sobre la base del Código alemán, también legisló el certificado de heredero el de Grecia (arts. 1956 a 1996).

7. APRECIACIÓN CRÍTICA DE LA CUESTIÓN

A la luz de la legislación de fondo, resulta claro que el verdadero proceso sucesorio no es el procedimiento destinado a la comprobación del carácter de heredero sino el que conduce a la partición de la herencia mediante los pasos previos del inventario y el avalúo, el cual sólo requiere de la intervención de los jueces en los casos previstos en el art. 3465 del Cód. Civil, esto es, cuando existen menores, incapaces o ausentes, cuando terceros interesados se oponen a la partición privada, y cuando no hay consenso unánime para realizarla.

La mera demostración del carácter de heredero, si no hay controversia, no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

precisa de la actuación de los tribunales ya que se limita al cotejo de la documentación de la cual surge el vínculo o la disposición por causa de muerte invocados por los interesados, y a lo sumo una sumaria declaración de testigos. Por lo tanto, puede suplirse con ventaja por un trámite notarial privado acreditativo de la notoriedad de la situación como el que se lleva a cabo en Francia o en España, bien que debiera ser perfeccionado mediante una reglamentación legal que estableciese cuál será la documentación que deba ser entregada al notario a fin de que éste expida una certificación del carácter de herederos en las sucesiones ab intestato, cómo debe ser comprobada ante él la autenticidad del testamento ológrafo a fin de que lo protocolice, si es necesaria la declaración de testigos, si es menester una actuación notarial cuando el testamento ha sido otorgado por acto público, y cómo impedir la duplicidad de actas. Para ello, se puede acudir a la valiosa experiencia francesa, cuya doctrina propicia el mantenimiento del sistema y su reglamentación legal - ya proyectada - y a la española, que se ha apartado - al menos para ciertos herederos - de los pesados trámites heredados de fuentes que son comunes con las de nuestras propias normas procesales para sustituirlo por una reglamentación del acta de notoriedad.

La actuación judicial debería quedar limitada, pues, a poner en posesión de la herencia a los herederos que no gozan de ella de pleno derecho, y, en su caso, a la entrega de los legados; fuera, por cierto, de la decisión de cualquier controversia que pudiere suscitarse, como también del control de los actos del heredero beneficiario, el cual no se vincula con la comprobación del carácter de heredero sino con la liquidación del pasivo hereditario cuando lo hay. Lo que implica también la ventaja de no tener que abonar una tasa por un servicio que no es indispensable, máxime cuando la mayor distribución de las fortunas motiva que actualmente numerosas herencias no estén integradas por cuantiosos bienes sino apenas por los necesarios para una vida decorosa, no mucho más que la vivienda.

Los proyectos de reforma reseñados más arriba, por el contrario, no satisfacen esas necesidades pues se limitan a permitir la opción de sustituir la actuación de los jueces por la de los notarios sin alterar el procedimiento creando un híbrido de proceso judicial privado que no evita trámites tan inútiles como la publicación de edictos.

Por cierto, una eventual reforma no podría versar sólo sobre la legislación procesal. Es necesaria también la adecuación de la ley de fondo, o, mejor dicho, ha de comenzarse por ella, pues la ley ritual - librada por nuestro régimen constitucional a la legislación local - sólo puede ser su complemento. Pero no es esa una tarea difícil ya que son pocas las normas implicadas⁽³¹⁾⁽⁴³⁾.

(10) Henry, ob.cit., N°19. Ejemplo de fórmula de acta de notoriedad en una sucesión intestada transcrita en Philippe Malaurie-Laurent Aynès, Droit Civil, Les successions, Les libéralités, París, 1989 N° 285, nota 10: "Ante N.N., notario de París, han comparecido A. y B., quienes han declarado haber conocido perfectamente a A., en vida director de sociedad, casado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con B., premuerta. Los comparecientes saben que falleció en su domicilio el... y testifican los hechos siguientes según su conocimiento personal y la notoriedad pública: 1) Que después de su muerte, no se ha levantado inventario. 2) Que no le conocen ninguna disposición testamentaria u otra por causa de muerte. El notario indica que la lectura del fichero central de disposiciones de última voluntad de... confirma que ninguna disposición de última voluntad del difunto ha sido mencionada en ese fichero y que ha dejado un solo heredero, su hijo único, C., soltero, domiciliado en..."

Ejemplo de acta de notoriedad en una sucesión testamentaria: "El día... de... del año..., en París, N.N., notario asociado de la sociedad civil profesional denominada «N.N. y X.X., notarios asociados», titular de un registro notarial en París, abajo firmante,

"Ha recibido el presente acto auténtico.

"Se ha constatado la comparecencia:

"De los testigos infrascriptos y más adelante mencionados, que han declarado haber conocido perfectamente al difunto y atestiguado como verdad y como de notoriedad pública y de su conocimiento personal:

"- que ha fallecido en el lugar y fecha indicados más adelante;

"- que después de su muerte y hasta hoy, no se ha levantado inventario;

"- que no se le conoce disposición por causa de muerte salvo, en su caso, la enunciada más adelante.

"- y que la devolución de su sucesión se hace tal como se indicará más adelante.

"Un extracto del acta de fallecimiento del difunto queda anexada bajo mención.

"Un certificado expedido por el fichero central de disposiciones de última voluntad que denuncia la existencia o inexistencia de disposición por causa de muerte, ha sido anexada.

"DENOMINACIONES

"Se precisa que en este acto, los términos difuntos y derechohabientes designan respectivamente la persona fallecida y aquéllos a quienes es devuelta la sucesión, entre los cuales, en su caso, se distinguirá entre los herederos y los legatarios.

"Conforme a las disposiciones del decreto 55-1350 del 14 de octubre de 1955, el notario infrascripto ha informado a los derechohabientes de la sucesión de que se trata, aun cuando no hayan tomado partido aún sobre su aceptación, de la obligación que les impone el art. 29 del decreto 55-22 del 4 de enero de 1955, de hacer constar por un certificado notarial, la transmisión por muerte de los derechos reales inmobiliarios que dependen de esta sucesión.

"Si fuere necesario, los derechohabientes han encargado al notario infrascripto expedir, dentro del plazo legal, ese certificado.

"Los testigos son:

"1) A.A., domiciliado en París (calle y número), de nacionalidad francesa.

"2) Y B.B. domiciliada en París (calle y número), esposa de C.C., de nacionalidad francesa.

"DIFUNTO

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"La señora C.C., jubilada, domiciliada en París (calle y número), viuda en primeras nupcias y no vuelta a casar del señor D.D.

"Nacida en... el...

"De nacionalidad francesa.

"Fallecida en..., donde se encontraba momentáneamente, el...

"DISPOSICIÓN POR CAUSA DE MUERTE

"Testamento ológrafo datado en París, el..., depositado en la lista de minutas del notario infrascripto, según acta de descripción y depósito levantada por el...

"Según los términos del antedicho testamento el difunto ha tomado las disposiciones de última voluntad que se transcriben literalmente: (se copia el testamento).

"DEVOLUCIÓN SUCESORIA

"Los testigos declaran expresamente que:

"El difunto no ha dejado ningún descendiente, sea su filiación legítima, adoptiva o natural, ni ningún descendiente y, en consecuencia, ningún heredero que tenga derecho a reserva legal en su sucesión.

"LEGATARIO UNIVERSAL

"La oficina de beneficencia de la comuna de...

"De todo lo cual se ha levantado la presente acta de notoriedad en tres páginas.

"En el lugar y fecha arriba indicados.

"Que los testigos y eventualmente el derechohabiente han firmado con el notario, después de leída.

"Siguen las firmas".

[*PULSE F5 PARA REGRESAR*](#)

DONACIONES A TERCEROS Algo más en un tema difícil (*) (44)

OSVALDO S. SOLARI

SUMARIO

1. El tema y sus problemas. II. El esfuerzo. III. Contratos concluidos. IV. La rescisión en las ventas simuladas. V. Alternativa para retractar el dominio sin rescindir. Revocación voluntaria. VI. Revocación con herederos. VII. Conclusión.

I. EL TEMA Y SUS PROBLEMAS

El tema de las donaciones de inmuebles a terceros - es decir, no a herederos forzosos - agita periódicamente las aguas del notariado. Así está sucediendo en estos últimos tiempos, pues se ha reavivado el debate entre quienes creen que son perfectos os títulos que entre sus antecedentes tienen alguna de esas donaciones y los que alegan lo contrario. Para mayor complicación en esta temática, un sector, dentro de los que estiman que esos títulos son imperfectos, trata de bonificarlos recurriendo a la rescisión (art. 1200, Cód. Civil). Pero, en contra de esta terapia de emergencia (si se nos permite la expresión) se conocen opiniones negativas. Así es que: a) se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

afirma que la rescisión - o distracto - sólo puede existir en contratos en ejecución, vale decir en contratos aún no cumplidos; y b) se sostiene que si se efectúa el distracto el donatario que lo consiente, al retractar el dominio está haciendo otra donación, con lo que el problema en vez de solucionarse se agrava(1)(45).

II. EL ESFUERZO

Aplaudimos el esfuerzo que hacen quienes sostienen la perfección de estos títulos por entender que la acción que acuerda el art. 3955 del Cód. Civil es de tipo personal y por lo tanto no puede ejercitarse contra terceros adquirentes del inmueble donado(2)(46); pero mientras esa línea interpretativa no logre consenso total, lo que nos parece difícil, los problemas lamentablemente subsistirán. Lo que sí puede ser muy útil para atenuarlos, si no se logra evitarlos, es que cuando se instrumente una donación de este tipo, en la escritura se consignen cuantos detalles sean posibles para persuadir que el donante no tiene herederos forzosos o, en su defecto, que la donación es con cargos u obligaciones o que no afecta la legítima de los mismos, etc. Tarea difícil pero no imposible, en especial si se cuenta con declaraciones testimoniales u otros elementos caracterizantes del hecho notorio.

Pero lo que aquí nos preocupa es lo relativo a la posibilidad de bonificar el título impugnado por el tema de la donación. Hemos dicho que según el criterio de algunos notarios, la rescisión, como técnica bonificadora, tiene dos problemas, uno en cuanto a su factibilidad legal y el otro en que al rescindir una donación, de hecho el donatario está generando otra donación(3)(47).

Motiva nuestra inquietud que esos dos problemas - en tanto se los comparta - impiden la única alternativa conocida para sanear dichos títulos cuando la misma se estime necesaria y las propias circunstancias lo permitan. Las reflexiones que continúan intentan abrir el espectro de las soluciones.

III. CONTRATOS CONCLUIDOS

Se argumenta que la rescisión de un contrato sólo es factible si no está concluido. No lo vemos así por entender que el art. 1200, Cód. Civil, no hace distinciones entre contratos concluidos o no(4)(48). Además pensamos que aunque este artículo no existiese, nada podría impedir que las partes de un contrato concluido, y que están arrepentidas de haberlo formalizado, lo dejen sin efecto (llámese a esto rescisión, distracto, retractación dominial, anulación o como se quiera) reintegrándose sus recíprocas prestaciones. Hay causa, título, modo y no se afecta el orden público ni los derechos de terceros. Pero si no se acepta este criterio, la solución podría ser encontrada, en algunos casos, al indagar si realmente la donación que se quiere rescindir estuvo realmente concluida o si el contrato no quedó perfeccionado por faltarle el requisito de la tradición del inmueble (art. 2524, inc. 4°, Cód. Civil), lo que según nuestra experiencia suele suceder. En esos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

casos estamos en presencia de un contrato no concluido y por este camino se evita discutir sobre la procedencia o no de la rescisión.

IV. LA RESCISIÓN EN LAS VENTAS SIMULADAS

Esa falta de perfeccionamiento normalmente se da en las compraventas simuladas. Recordemos que la simulación ... "no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito" (art. 957, Cód. Civil). Pues bien, recurrir en estos casos a una nueva compraventa para rescindir la anterior parece impropio, pues en la verdad de los hechos faltarían los elementos caracterizantes de la compraventa; no existe comprador ni vendedor ni precio a pagar o posesión a entregar. Simplemente lo que las partes quieren es dejar sin efecto la compraventa que antes realizaron. Lo natural, entonces, es proceder a la rescisión de la misma. Reiteramos que por ser simulada no hubo entrega de posesión, por lo que existe el "título", pero falta el "modo". Siendo así estamos en presencia de un contrato no concluido y ya no se puede discutir la procedencia de la rescisión(5)(49).

V. ALTERNATIVA PARA RETRACTAR EL DOMINIO SIN RESCINDIR. REVOCACIÓN VOLUNTARIA

Volviendo a las donaciones, si la rescisión de ellas no es considerada procedente, sea porque el contrato de donación está concluido o porque la rescisión generaría una nueva donación, quedaría, a nuestro juicio, el recurso de recurrir al instituto de la revocación en vez del de la rescisión. Por supuesto, nos referimos a la revocación consentida o voluntaria. Veamos a continuación algo sobre este tema.

El Código Civil en el Cap. X, Título VIII, Sección III, Libro II, se ocupa de la revocación de las donaciones y luego de establecer en el art. 1648 que . . la donación aceptada sólo puede revocarse en los casos de los artículos siguientes" . . en el 1850 agrega: "El donante puede demandar la revocación de la donación por causa de la inejecución de las obligaciones impuestas al donatario sea cualquiera la causa de la falta de cumplimiento de esas obligaciones y aunque la ejecución haya llegado a ser imposible a consecuencia de circunstancias completamente independientes de la voluntad del donatario, salvo el caso en que la imposibilidad haya sobrevenido antes de que se hubiese constituido".

Más adelante, el art. 1852, Cód. Civil, precisa que el derecho de revocación corresponde sólo al donante y a sus herederos lo que, va de suyo, amplía el campo de la aplicación de este procedimiento en los casos que se pretenda la bonificación del título luego de la muerte del donante. Cabe puntualizar que no es necesario que las cargas u obligaciones (cuyo incumplimiento determina la revocación) consten en la escritura de donación y, además, y esto también es trascendente, que la devolución de lo donado puede ser voluntaria(6)(50). Nos parece importante tener en cuenta que en muchos casos no resulta adecuado que las cargas, por su propia sutileza, privacidad o naturaleza, sean consignadas en la escritura de donación. Por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lo tanto no debe extrañar que, de común acuerdo donante y donatario en total coincidencia, revoquen una donación por incumplimiento de cargas u obligaciones no documentadas en la escritura de donación(7)(51)(8).

VI. REVOCACIÓN CON HEREDEROS

Hemos dicho que la revocación también puede ser instrumentada por herederos del donante (art. 1852, Cód. Civil) y agregamos que inclusive con sucesores a título singular del donatario. Esto último es así porque al producirse la revocación, la venta realizada por el donatario resultaría una venta de cosa ajena, con la consecuente nulidad sobreviniente; pero esta nulidad queda cubierta por la ratificación que hagan los sucesores del donante. En este aspecto es concluyente la norma del art. 1330 del Cód. Civil.

VII. CONCLUSIÓN

Somos conscientes de que no proponemos panaceas; sólo pretendemos agregar una alternativa en un tema de difícil solución; porque a pesar de todos los esfuerzos ... eppur si muove (Galilei).

PRAXIS NOTARIAL

APROXIMACIÓN A LA ELABORACIÓN DE UN CONTRATO DE LEASING INMOBILIARIO EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY 24441(*) (52)

MARCELO DE HOZ

Motivó el presente artículo la innumerable cantidad de críticas y reproches de toda índole que actualmente recaen sobre la ley 24441. Sólo nos basta con leer algún artículo sobre la temática planteada por esta ley o concurrir a alguna de las tantas charlas y conferencias sobre el tema, para retirarnos con la cabeza gacha, sin saber qué hacer y totalmente aterrorizados de intentar alguna aproximación contractual sobre el fideicomiso, el leasing o las cláusulas de ejecución hipotecaria extrajudicial. Hay que acercarse a la ley. Intentar elaborar contratos de las figuras que ésta nos plantea y así mejorarla. Sí, mejorarla. No será la primera vez que una ley se perfecciona con el accionar diario y constante de los profesionales de derecho, que aclaran en sus cláusulas contractuales las dificultades que algunos artículos legales plantean. En este sentido y tratando de aportar elementos para la elaboración contractual del leasing inmobiliario, que seguramente ustedes mejorarán con su opinión y experiencia profesional, me atrevo a proponer la redacción de dicho contrato, que a decir verdad ya había sido elaborado años atrás, con el actual agregado de las necesarias referencias a los términos planteados por la ley 24441.

CONTRATO DE LEASING INMOBILIARIO.- Entre en
adelante denominado DADOR (1) por una parte, y en