

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DE LAS SUCESIONES(*) (439)

EDUARDO A ZANNONI

- Presentan al disertante el escribano Jorge Taquini y el doctor Carlos H. Vidal Taquini.

DR. ZANNONI. - El anuncio de esta conferencia dice "De las sucesiones", pero en realidad el cometido es bastante más modesto. Vamos a hablar de la incidencia que ha tenido la sanción de la ley 23264 en cuanto a la reforma del régimen sucesorio, que si bien es clara a través de sus normas, es importante considerarla con las particularidades del caso para ilustración de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

abogados y notarios.

También, a solicitud del Colegio de Escribanos, me he de referir - lo haré en la última parte de la exposición - al fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal, de fecha 16 de febrero último, por el cual se establece como doctrina legal obligatoria que la escritura pública es indispensable como formalidad requerida para instrumentar la cesión de derechos hereditarios.

Se trata de dos temas que caben dentro de las sucesiones y son de interés para ustedes.

I. La ley 23264, que modifica al Código Civil en materia de filiación y patria potestad, incide fundamentalmente también en las normas del derecho sucesorio; es decir, modifica diversas disposiciones del Código Civil relativas al derecho hereditario.

No podría ser de otro modo, porque si lo que se propuso el legislador tiende a consagrar la unidad de filiación, vale decir, la indiscriminación de las categorías de filiación que desde 1954 habían quedado, en términos generales, resumidas en la dicotomía de hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales, y si estas categorías se reflejan en el derecho sucesorio a través de un texto discriminatorio, diferenciado entre una y otra categoría de hijos, la reforma en materia de filiación debía corresponderse con las normas de derecho sucesorio, consecuencia del concepto discriminatorio anterior en que se habían sancionado las normas del Código Civil.

Por otra parte, no olvidemos que aun quienes se opusieron a esta reforma en lo sustancial, han sostenido que, de acuerdo con el artículo 1° de la ley 14367, la única diferencia virtual que existía en nuestro derecho positivo entre unos y otros hijos era la del derecho sucesorio en cuanto a la cuantía del llamamiento que correspondía a los hijos extramatrimoniales en concurrencia con los matrimoniales.

No era ésta estrictamente la única diferencia, porque en el derecho de representación, en la extensión del llamamiento entre descendientes y ascendientes, etcétera, la discriminación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales tenía también una notable trascendencia.

Todos sabemos, respecto de los descendientes, que el derecho hereditario de la generación extramatrimonial quedaba reducido al segundo grado, siempre que no hubiera una cadena ininterrumpida de generaciones extramatrimoniales, según lo estableció el artículo 3582, aclarado por la ley 14024. A su vez, respecto de los ascendientes, sólo los padres naturales tenían vocación en la sucesión del hijo natural.

También sabemos que los derechos hereditarios de los parientes colaterales extramatrimoniales estaban limitados a los hermanos, y en el derecho de representación, la posibilidad de concurrencia de sobrinos con tíos o sobrinos nietos o descendientes de los hermanos del fallecido, sólo a los descendientes legítimos del hermano extramatrimonial.

De manera que existía una permanente diferenciación entre filiación matrimonial y extramatrimonial, entre familia legítima y familia extramatrimonial, familia matrimonial y familia extramatrimonial.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

No nos vamos a referir en general a la reforma de la filiación, pero recordemos que el artículo 240 del Código Civil establece claramente que la filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena surten los mismos efectos de acuerdo con las disposiciones de este Código.

Advierto que decir que la filiación matrimonial y la extramatrimonial surten los mismos efectos, no significa ni puede significar que la ley deje de referirse al hijo matrimonial y al hijo extramatrimonial en determinadas circunstancias, sobre todo y básicamente en lo que atañe a la determinación de la filiación. Ello así, porque la filiación no puede determinarse del mismo modo cuando existe matrimonio que cuando no lo hay, sobre todo cuando hacemos referencia a la paternidad.

La paternidad matrimonial se determina por una presunción legal que puede establecerse precisamente porque existe a priori la celebración de un matrimonio, una cohabitación exclusiva, monogámica, estable, de manera que la ley puede determinar la paternidad; vale decir, presumir que los hijos nacidos durante el matrimonio tienen por padre al marido. Pero la paternidad extramatrimonial no puede determinarse del mismo modo y no cabe sino el reconocimiento del padre o la determinación que surge a través de las pruebas en un proceso de estado de reclamación de filiación. Por eso la ley necesariamente tiene que referirse a hijos matrimoniales y a hijos extramatrimoniales a la hora de establecer disposiciones concretas que atañen a unos y no a otros.

De todos modos, estas menciones no hacen al contenido ni a los efectos de la relación jurídica que se establece entre padres e hijos, y aquí está la sustancia de la reforma. La procreación genera responsabilidades, derechos, deberes, idénticos. trátase del padre unido en matrimonio o del padre no unido en matrimonio, y éste es el sentido del concepto indiscriminatorio: que no existan diferencias por el hecho de que esa generación ha existido fuera del matrimonio de los padres.

Ya dije que no nos vamos a referir a la ley en lo sustancial de la reforma a los artículos 240 y siguientes del Código Civil, sino directamente al derecho sucesorio. Con esto creo que queda perfectamente planteada la necesidad que existía de revisar las normas del derecho sucesorio.

Cuando Vélez Sársfield redactó el Código Civil, trabajó sobre la base - digamos - de tres grandes categorías de herederos, amén del cónyuge supérstite, en el orden de los legitimarios: un primer grupo era el constituido por los hijos legítimos o, podríamos decir, por toda descendencia habida de uniones matrimoniales; estos son los hijos y descendientes legítimos. También habló de los ascendientes legítimos y, finalmente, se refirió a los hijos naturales, al nieto natural, al abuelo natural y al padre natural.

Mientras tanto estaba excluida del derecho sucesorio la categoría de los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, que por ley no tenían padre ni madre ni pariente alguno por parte de padre o madre ni derechos hereditarios ni siquiera por representación; sólo tenían un derecho alimentario, restringido en caso de reconocimiento voluntario por parte de padre o madre. Por eso no debe extrañar que en el Código ni se los mencionase a la hora de establecer el derecho sucesorio. Estos hijos, aun

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reconocidos, para el derecho civil de Vélez no tenían derechos hereditarios, ni tampoco lo tenían los padres.

Cuando se dicta la ley 14367, la eliminación de toda discriminación pública y oficial entre hijos habidos fuera del matrimonio y dentro del matrimonio, llevó a que el intérprete se preguntara si esta no discriminación pública y oficial y la eliminación de las calificaciones de la filiación ilegítima - hijo natural, adulterino e incestuoso - alcanzaban, y hasta dónde, al derecho sucesorio.

Respecto de los hijos, apareció claro en la ley que acordaba a todos los hijos extramatrimoniales el derecho sucesorio que hasta ese momento tenían exclusivamente los hijos naturales. Se amplió la cuota de concurrencia, que era de un cuarto de lo que heredaba cada uno de los legítimos en concurrencia con estos naturales, a la mitad de la alícuota de concurrencia que hemos conocido hasta el año pasado, y se elevó la porción legítima de los hijos, concurriendo matrimoniales y extramatrimoniales, ce cuatro quintos a nueve décimos, es decir que la porción disponible fue disminuida a un 10 por ciento de los bienes de la herencia y de los donados por el causante.

Esto era perfectamente interpretado en el contexto del derecho sucesorio de los hijos; en su caso, de los hijos de los hijos si no había una cadena ininterrumpida de generaciones matrimoniales. Pero se planteaba el destino que tenía la vocación hereditaria de los padres, y entonces se asistió en los primeros años, luego de la reforma de la ley 14367, a una discusión doctrinaria donde las opiniones estuvieron bastante divididas sobre si la vocación del padre natural a que se refería el Código Civil había quedado automáticamente transformada en la vocación de los padres extramatrimoniales, incorporando también a los padres adulterinos e incestuosos. Recordemos que la categoría de sacrílego desaparece con la sanción de la ley de matrimonio civil. Para la Argentina, el hijo sacrílego sería un hijo natural, porque la ley de matrimonio civil no establece impedimentos derivados del orden sagrado.

Finalmente prevaleció la tesis que sostiene que la ley 14367 eliminó las discriminaciones y calificaciones en relación a los hijos, precisamente por el argumento tan remanido de que los hijos no deben pagar las culpas de los padres. Pero no por esto los padres deberían beneficiarse de la unión ilegítima, adulterina o incestuosa, en la que hubieran procreado ese hijo; y por tanto, padres naturales son padres de hijos que, al momento de la concepción de ellos, podían contraer matrimonio entre sí, es decir, que no sufrían de impedimentos para casarse; padres que hubieran podido legitimar a sus hijos con el subsiguiente matrimonio si se hubieran casado. Son los hijos de que trataba el artículo 311 del Código Civil, ahora derogado porque la legitimación como categoría no tiene ninguna sustantividad.

Este era el estado de la cuestión en relación al derecho sucesorio al momento de dictarse la ley 23264. No me voy a detener en distintos aspectos de interpretación de la ley anterior, por todos ampliamente conocidos.

¿Qué hizo el legislador en 1985? Se dedicó a estudiar las disposiciones del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Código Civil que estaban pensadas y estructuradas en función del contexto discriminatorio anterior y comenzó a adecuarlas al criterio indiscriminatorio, que fue el que presidió la sanción de la ley de filiación y patria potestad. ¿Cómo tenía que obrar? Colocándose en la situación de que todos los hijos tienen iguales derechos en relación a sus padres, todas las normas previstas originalmente en el Código Civil para la sucesión de los descendientes legítimos debían corresponder ahora a la sucesión de los descendientes. Es así que los artículos 3565 y siguientes pasan a ocuparse de la sucesión de los descendientes y no de la sucesión de los descendientes legítimos como antes establecía el Código Civil. Entonces, los hijos del autor de la sucesión lo heredan por derecho propio y en partes iguales, salvo los derechos que en este título se dan al viudo o viuda sobreviviente. Se elimina la calificación de legítimos en relación a los hijos.

El derecho de representación de los nietos y demás descendientes también va a operar con la misma amplitud con que operaba en la descendencia legítima. Desde luego, esto supone derogar todas las normas referidas en la sucesión de los hijos naturales, porque ya no hay, a los efectos hereditarios, hijos extramatrimoniales. Los hay, sí, a los efectos que la ley determina en situaciones específicas. A los efectos hereditarios todos los hijos tienen igual derecho hereditario. En consecuencia, el derecho de representación opera sin limitaciones en la línea descendente así se trate de hijos matrimoniales o de nietos, digamos, descendientes de los hijos matrimoniales o extramatrimoniales. El sistema se ha simplificado.

Ya no tiene sentido hablar de nieto natural ni de las limitaciones creadas a su vocación.

Aunque se trate del llamado nieto extramatrimonial puro, tendrá vocación hereditaria en el supuesto de que se actualicen los supuestos del derecho de representación, de acuerdo a los principios generales.

Estimo que queda perfectamente claro el sentido de la sucesión de los descendientes.

Juntamente con esto, al derogarse la ley 14367, la porción legítima prevista para los hijos naturales desaparece y queda la legítima de los descendientes: cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del autor de la sucesión y los donados por el causante. Anteriormente se decía "de los que deban colacionarse", en una terminología que la doctrina ya consideraba errada, porque no solamente los colacionables integran la masa del cálculo de la legítima, sino también los bienes donados a terceros, que eventualmente están sujetos a reducción si superan la porción disponible.

La legítima ha quedado establecida en cuatro quintos para todos los hijos. Se termina aquella legítima especial, tan criticada en general.

En cuanto a concurrencia, no hace falta decir que todos los hijos heredan por cabeza y por partes iguales.

En materia de concurrencia de hijos con cónyuge supérstite, también la cuestión se ha simplificado grandemente porque concurrirá siempre con los descendientes por cabeza y como un hijo más, como se ha hecho tradicionalmente, respecto de los bienes propios del causante.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Respecto de los bienes gananciales, que por liquidación de la sociedad conyugal se atribuyeran al acervo sucesorio del causante, es decir, lo que le corresponde al premuerto de los bienes gananciales, la exclusión del cónyuge supérstite opera del mismo modo que operaba antes en concurrencia con los descendientes legítimos. Quiere decir que también en materia de sucesión del cónyuge con descendientes, la cosa se ha simplificado.

En este aspecto hay una crítica que se ha formulado a la reforma. Puede haber otras más, por lo menos más de una, pero creo que esta fue una crítica importante que merece reflexión y respuesta.

Recuerdo que en una jornada de derecho civil que se hizo en San Juan todos los juristas que participamos de ella - estoy hablando de los doctores Borda, Méndez Costa, Kemelmajer de Carlucci, Cafferata, entre otros -, al tratarse el tema del derecho hereditario de los hijos extramatrimoniales, todos se pronunciaron en favor de la igualdad de los derechos sucesorios de los hijos de descendientes. Pero el doctor Borda hizo una salvedad en un despacho, coincidiendo con el principio general, sosteniendo, respecto de la parte de bienes gananciales sobre la cual heredan exclusivamente los hijos - el cónyuge supérstite no concurre con los descendientes en esa parte-, que debiera haberse mantenido la desigualdad, es decir, que el hijo extramatrimonial debería heredar sólo la mitad de lo que heredan los hijos legítimos. Fundamentó esta posición - que luego reprodujo en un trabajo doctrinario de crítica a la reforma - en el argumento de que esos bienes gananciales han sido adquiridos, forman parte de lo que es el patrimonio familiar - usó el término en sentido genérico, lo que ha sido el esfuerzo de los cónyuges en la vida en común, en la que los hijos tienen mucha parte porque el patrimonio familiar cuenta con el apoyo de los hijos, aunque más no fuese un apoyo moral, por lo que le parecía injusto que esos bienes gananciales, que integran el acervo de la sucesión, se partan por cabeza, sin distinción, por lo que sería conveniente favorecer a los hijos legítimos en detrimento de los extramatrimoniales sobre esa parte, recibiendo estos últimos la mitad de lo que corresponde a cada uno de los hijos matrimoniales.

La preocupación puede ser auténtica y atendible en muchos casos en la medida que el grupo familiar conviviente tiene expectativas a mantener los bienes que han constituido el patrimonio familiar. Pero - cuidado -, la observación del doctor Borda puede dar una vuelta total y en algunos casos podría decirse que serían los hijos del matrimonio los que debieran recibir la mitad de lo que reciben los extramatrimoniales.

La posición de la crítica es la siguiente: un individuo casado, con hijos del matrimonio, tiene un hijo extramatrimonial, que luego aparece como un intruso en la sucesión y pretende recibir lo mismo que su medio hermano matrimonial.

Pero puede ocurrir - y ocurre - que el grupo familiar conviviente sea el grupo extramatrimonial y los hijos extramatrimoniales irrumpen en el día de mañana en la sucesión del causante. Son los hijos de divorciados que no han podido volver a contraer matrimonio entre sí, y aun de hecho,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

matrimonio nulo, inexistente, "matrimonio", concubinato, lo cierto es que los hijos son extramatrimoniales. Y éste es el grupo familiar conviviente.

Para este supuesto, yo exigiría, con coherencia, que los hijos matrimoniales reciban la mitad de lo que reciben los extramatrimoniales, porque se trata de proteger al grupo familiar conviviente.

Empero, cuando sigo con la reflexión, me doy cuenta que si se trata de proteger el patrimonio del grupo familiar conviviente, no hay que acudir a las normas sobre el modo de concurrir en la sucesión intestada. Hay un gran principio que tiene sus excepciones, y es que en las sucesiones intestadas no se atiende a la calidad del origen de los bienes. Esta es una de las excepciones: en materia ganancial donde se atiende al origen de los bienes, el cónyuge resulta excluido de heredar con los descendientes sobre la parte ganancial que corresponde al difunto.

El gran principio es que no se haga esta distinción sobre la calidad u origen de los bienes. Pero si se trata de proteger al grupo familiar conviviente - lo que me parece bien -, creo que hay que acudir a las normas dirigidas a la protección del patrimonio del grupo familiar conviviente. Veamos así, el bien de familia. La ley 14394 organiza el modo en que el causante en vida pudo proteger al grupo familiar conviviente designando beneficiarios a los miembros de su familia, entendida ésta como familia real, grupo conviviente.

También contiene la ley en sus artículos 51 y siguientes la indivisión impuesta por el causante o acordada por los herederos. Incluso, el cónyuge supérstite puede imponerla sobre el inmueble construido en todo o en parte con fondos gananciales o con fondos de la sociedad conyugal...

Está también la que pudo imponer el propio causante en su testamento: todos o algunos bienes hereditarios. Esto provoca dificultades de interpretación, porque prácticamente implicaría la posibilidad eventual de mantener una herencia indivisa por voluntad del causante, por el plazo establecido por la ley, etcétera.

Asimismo, el derecho de habitación del cónyuge supérstite, con lo cual también se logra la protección de la vivienda a través del derecho real de habitación - desmembración del dominio -, en relación a los restantes herederos.

Y, por supuesto, toda medida legislativa que pueda dictarse para fortalecer esta protección.

Imagínense que el causante puede imponer la indivisión; el cónyuge supérstite puede imponer la indivisión para evitar la liquidación. En este caso sobre la casa habitación, pudo el causante afectarla al bien de familia en favor de los beneficiarios. ¿Puede el cónyuge supérstite oponer el derecho real de habitación? Obviamente, en las condiciones que la ley establece.

Desde esta perspectiva, no tiene sentido claudicar en el principio de igualdad de las filiaciones, porque sería una concesión al principio que de algún modo desvirtuaría lo que la ley pretende, que es la igualdad entre todos los hijos al momento de heredar a su padre o a su madre.

De esta manera puede contestarse la observación en cuanto al problema

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la concurrencia de los descendientes sin discriminación en los gananciales.

Viene luego la sucesión de los ascendientes; ahora van a ser los ascendientes, ya no más sólo los padres naturales. Quiere decir que los padres adulterinos e incestuosos también heredan a su hijo, cuestión que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia habían desechado en el contexto del Código Civil.

Este tema también ha suscitado críticas por parte de los sostenedores del criterio, digamos, conservador de las normas del Código Civil y que mantuvo, según la interpretación mayoritaria, la ley 14367, porque se excluía a los padres adulterinos y padres incestuosos.

Recuerdo que cuando estudié el tema me convencí: la doctrina mayoritaria podía tener razón de que la ley 14367 pretendió poner a todos los hijos en una situación de beneficio frente a los padres en la sucesión, aun cuando mantenía la diferencia hereditaria, pero no pretendió beneficiar a los padres, no pretendía darles un derecho si habían engendrado a su hijo en el adulterio o en el incesto. Me parecía razonable, toda vez que el fin de la ley fue la igualdad de los hijos, no la de los padres.

Pero después, reflexionando un poco, me pareció que eso posiblemente tendría un cierto margen de razonabilidad si nuestro derecho positivo admitiera el divorcio vincular.

No me preocupa principalmente el hijo incestuoso, que es rara avis; sí me preocupa el padre casado que tiene un hijo extramatrimonial, el ex padre adulterino.

El padre adulterino, a los efectos sucesorios, no era padre natural. En un país que no admite el divorcio vincular, pero en el que desde el punto de vista sociológico la separación de cuerpos se transforma luego en divorcio vincular también socialmente hablando, el nuevo matrimonio admitido por la comunidad procrea hijos a los que sus padres alimentan y educan. Si el hijo muere antes que sus padres, me parece difícil sostener que debemos repudiar a ese padre o madre que pretende heredar a su hijo.

Mi primera objeción era: quizá la sanción sería más razonable si el matrimonio fuera disoluble por divorcio. Entonces, quien teniendo la posibilidad de disolver su vínculo incurre en un adulterio y engendra un hijo adulterino, comete delito de adulterio y le alcanza la causal de divorcio por adulterio. Pero acá no ocurre nada de eso.

Avanzando en la reflexión nos preguntamos qué hace el derecho comparado: veamos los códigos que han establecido iguales derechos hereditarios para los hijos. ¿Hay en esos códigos alguna diferencia respecto de los padres?

De los códigos que consulté, ninguno trata el tema, no hace distinción alguna. Desde luego, no puedo afirmar que la interpretación del jurista y de la jurisprudencia de todos los países no hagan distinciones, porque no las conozco en su totalidad; pero el frontispicio de la ley no impone diferencias.

¿Qué es lo que en última instancia debe repudiar el derecho, el legislador, el juez?

Planteo un caso: un hombre engendra un hijo con su hermana. En la realidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que vivimos, la unión incestuosa es repudiada; aquí está en juego el tabú del incesto.

Nace el hijo. Lo reconocen el padre y la madre. Ambos lo crían, lo educan, lo alimentan, lo protegen, aunque no vivan juntos. Al llegar a la mayoría de edad, al chico le dan los medios para una carrera; es un hijo alimentado, educado, protegido por sus padres. El hijo pudo ser el resultado de una relación incestuosa patológica o accidental; admitamos incluso que hubo plena conciencia en los propios padres - los hermanos - que la unión en sí era repudiable. Pero lo cierto es que engendraron el hijo, lo alimentaron, lo educaron, lo protegieron.

Se muere el hijo. ¿Sancionamos la unión incestuosa no dando a los padres derechos hereditarios a la sucesión de ese hijo que tuvo la desgracia de morir antes que ellos?

Por lo pronto, el incesto como tal no es delito; es un crimen moral, un crimen social, pero no es un delito civil ni penal, aunque sea una conducta repudiada socialmente.

¿Qué es lo que en definitiva otorga el título a heredar? Haber reconocido al hijo, haberse hecho cargo de su alimentación, de su educación, de la asistencia amplia brindada a ese hijo. Y esto es lo que surge del nuevo artículo 3296 bis.

Esta causal de indignidad afecta tanto a los padres adulterinos como a los incestuosos, a los extramatrimoniales en general y eventualmente también a los legítimos, a los matrimoniales. Estoy suponiendo que es indigno de suceder al hijo, el padre o la madre que no lo hubieran reconocido durante la menor edad o que aun habiéndolo reconocido no le hubiesen prestado alimentos y asistencia de acuerdo a su condición y fortuna.

Ahí está, en el fondo, el verdadero planteo ético y moral que hay que hacer en torno al derecho sucesorio.

El derecho a suceder es una ventaja. ¿Cuál es la carga correlativa de esta ventaja? La alimentación, la educación, la asistencia, que es el ejercicio que la patria potestad impone durante toda la vida del hijo menor.

Lo que debemos ver acá es si la ventaja que supone heredar se corresponde con la carga, que es para cualquier padre el reconocimiento voluntario del hijo, el haberle prestado alimentos y asistencia de acuerdo a su condición y fortuna. Este es el criterio del legislador de 1985.

En materia de parientes colaterales no hay dificultades. Se derogan los artículos 365 y 366, que hacían una distinción entre familia legítima y familia ilegítima, y el artículo 3582, que era su consecuencia. Entonces, el derecho hereditario entre parientes colaterales funciona en favor de los hermanos y de los hijos y descendientes del hermano, sin distinguir entre matrimoniales y extramatrimoniales.

Hasta aquí hemos visto un esquema diría completo de la reforma, que es bastante más simple que el anterior en que había que manejarse con dos categorías de familia, que han quedado eliminadas en la noción de unidad de filiación.

La ley no establece fecha de entrada en vigencia; por tanto, rige después de los ocho días de su publicación, que tuvo lugar el 23 de octubre del año

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pasado. El día siguiente del octavo día es el 1° de noviembre de 1985. Aquí se plantean los problemas de la aplicación de la ley, y al respecto tienen lugar los principios generales en materia de consecuencias de relaciones y situaciones jurídicas existentes con anterioridad a la vigencia de la ley.

Todo el capítulo sobre derechos hereditarios está presidido por el gran principio: la muerte, la apertura y transmisión de herencia se producen en un mismo momento; no hay entre ellas intervalo de tiempo.

La ley atribuye a los herederos la adquisición hereditaria o los efectos de la renuncia, siempre con el carácter retroactivo que se asigna a la aceptación o a la renuncia, al momento mismo de la muerte del causante. Ese es el momento de la apertura de la sucesión y de la transmisión. La partición será luego declarativa, precisamente de esta transmisión operada al momento mismo de la muerte del causante. No hay intervalo de tiempo, doctrina clásica que nuestro Código Civil mantiene.

¿Qué derecho se aplica a la transmisión hereditaria? El vigente al momento en que se transmiten los bienes a los herederos. Y esto nos obliga a sostener que para todas las sucesiones abiertas con anterioridad al 1° de noviembre de 1985 - que corresponden a todos los causantes fallecidos antes del 1° de noviembre último - continúan aplicándose las viejas disposiciones del Código Civil. La reforma sólo se aplicará a las sucesiones abiertas con posterioridad a la entrada en vigor de la ley.

El debate es similar al que planteo en 1975 el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, en que en sucesiones abiertas con anterioridad a la entrada en vigencia del 3563 bis en algunos trámites sucesorios el cónyuge supérstite pretendía la representación del dominio. El argumento que podía esgrimirse era el de la herencia indivisa y no partida; se trataba de una situación jurídica existente, pero no a sus efectos. El derecho a la sucesión se había establecido en función del momento de la apertura de la sucesión, la muerte del causante. En definitiva, prevaleció este criterio - pienso que prácticamente hoy no se discutiría -, que debemos mantener en materia sucesoria, porque los herederos han adquirido un derecho sucesorio en orden a la ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión.

Alguien me preguntó si no hubiera convenido que la ley estableciera que también se aplicarían sus normas a las sucesiones abiertas con anterioridad a su vigencia, fijando eventualmente una fecha muy anterior a toda sucesión que aún no se encuentre partida.

De haberse hecho, la ley hubiera sido declarada inconstitucional por afectar derechos adquiridos en función de la ley anterior. Fácilmente esa norma hubiese sido tachada de inconstitucional, tal como dice el mismo artículo 3°; no puede afectar derechos adquiridos, no son derechos en expectativa, sino derechos adquiridos.

En este momento tenemos dos derechos hereditarios que funcionan simultáneamente: uno ultraactivo, el derecho derogado, y bastante tiempo vamos a tener que aplicarlo en razón de sucesiones abiertas con anterioridad al 1° de noviembre de 1985, y el otro, el derecho nuevo, vigente, emergente de esta ley respecto de causantes muertos con posterioridad al 1° de noviembre mencionado.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

II. Ustedes saben, sobre todo los escribanos, que se había suscitado una discrepancia doctrinada, interpretativa y jurisprudencial respecto a si la cesión de derechos hereditarios debía hacerse necesariamente por escritura pública; o si bastaba el acta judicial, compareciendo las partes, cedente y cesionario, ante el juez, en el expediente sucesorio, sin necesidad de recurrir al notario.

El intérprete de la ley tiene que ser fiel a la ley vigente. Por supuesto, cualquiera de nosotros, puestos en legisladores, puede sugerir la hipótesis de que la cesión de derechos hereditarios debería poder concluirse no sólo ni exclusivamente por escritura pública, problema éste de lege ferenda que habrá que discutir.

El artículo 1184 (texto según la ley 17711) dice claramente que deben concluirse por escritura pública diversos actos y contratos, entre los cuales están la cesión y la renuncia de derechos hereditarios. No vamos a hacer ahora la historia de la expresión "bajo pena de nulidad" que contenía anteriormente el art. 1184 ni mencionar la discusión suscitada en torno de la cuantía del acervo sucesorio: por más de 200 pesos o por menos de 200 pesos.

Parecería que el reformador de 1968 eliminó la referencia "bajo pena de nulidad", para consagrar la que había sido interpretación mayoritaria: todos los actos y contratos enumerados en el artículo 1184, si no se concluyen por escritura pública sino sólo por instrumento privado, no valen como tales, pero valen - como lo determina el artículo 1185 - como actos de los que las partes se obligan a otorgarlos por escritura pública.

Se estará entonces frente al antecontrato o si se prefiere ante la conversión legal de los actos y de los contratos que debieran hacerse por escritura pública y que se hicieron en instrumento privado.

En función de estas normas, se tiende a hacer prevalecer en la doctrina a superación del viejo criterio de dividir las formas en ad solemnitatem y ad probationem. Con buen criterio, se procura abrir camino - el artículo 1185 es un buen soporte para entenderlo - a una clasificación tripartita de las formas, a las que podemos dar distintas denominaciones pero que más o menos expresan lo mismo.

En realidad hay actos solemnes, en los que el cumplimiento de la solemnidad es condición de su validez, de modo que no cumplida esa solemnidad, el acto es nulo por falta de forma.

Hay actos en los que la solemnidad también es exigida por la ley, pero es relativa en el sentido de que si no se otorga el acto en esa forma, opera una suerte de conversión legal, por la que el acto produce un efecto distinto al que es propio de su naturaleza.

¿Cuál es el efecto distinto que otorga? El de dar a los otorgantes el derecho a exigirse recíprocamente el otorgamiento por escritura pública en este caso. Se trata, pues, de actos formales, pero de solemnidad relativa.

He aquí claramente diferenciada la solemnidad absoluta de la solemnidad relativa.

Finalmente, hay actos en los que la forma está prevista en la ley a los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

efectos de la prueba. No es que la ley exija que se hagan en determinada forma, pero exige que para probarlos se acuda a medios que implican determinada forma.

Frente a este esquema nos preguntamos: ¿la cesión de derechos hereditarios, es un contrato cuya forma es una solemnidad absoluta o es una solemnidad relativa? No puede ser más que esto último porque está incluida en el artículo 1184.

Si estamos de acuerdo en que los actos que deben ser hechos por escritura pública de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1184, están comprendidos en el artículo 1185 si fueran hechos por instrumento particular firmado por las partes, tenemos que aceptar que la cesión de derechos hereditarios hecha por instrumento privado no vale como cesión, pero vale como acto en el que las partes se obligan a otorgar la correspondiente escritura pública de cesión. Es decir, la cesión de derechos hereditarios hecha en instrumento privado vale como el boleto de compraventa vale a los efectos de exigirse el otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

Por supuesto, si hiláramos fino hay diferencias muy importantes que señalar. Por ejemplo, en la compraventa el modo de adquirir el dominio es la tradición; en la cesión de derechos hereditarios, título y modo se dan en el mismo acto porque la cesión transmite los derechos emergentes por la sola fuerza ejecutiva del título, como dice el Código Civil, de manera que el adquirente no necesita la tradición. La escritura pública es no sólo el título, sino también el modo. Esto, lógicamente, modifica el concepto que venimos aplicando del boleto de compraventa, pero lo cierto es que cae en la previsión del artículo 1185. Mediante una conversión legal, la cesión en instrumento privado dará acción para otorgarse la cesión en forma, es decir, por escritura pública; mientras tanto la cesión no produce los efectos de tal. Esto es lo que en definitiva resolvió el fallo plenario de la Cámara Civil. Contesta las objeciones que se habían hecho con anterioridad a quienes sostenían que pueden hacerse eventualmente ante el juez en lo civil por aplicación de la norma que establece que la cesión de créditos litigiosos puede hacerse ante el juez.

La cesión de derechos hereditarios como tal no es la cesión de un crédito litigioso, pero si bien aquélla puede entrar en litigio, lo cierto es que los derechos como tales no son los litigiosos y por tanto no cabía interpretar que esa cesión entrara dentro de las previsiones específicas del Código en materia de cesión de créditos.

La otra objeción que podría hacerse es que el Código, así como admite la renuncia en instrumento particular irrevocable desde el momento que sea aceptada por los coherederos, debía hacerse extensiva en alguna medida a la cesión, que también está junto a la renuncia en el artículo 1184. Por tanto, si para la renuncia basta el instrumento privado para ser eficaz entre coherederos y tiene el carácter irrevocable después de la aceptación por ellos, parecería que también podemos aplicar esta norma a la cesión de derechos hereditarios.

Creo que eso constituiría un grave error, porque la renuncia de que se habla en esos artículos del Código Civil se refiere a otro supuesto.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La renuncia a la herencia como tal es un acto unilateral irrevocable; alguna hipótesis existe, pero en definitiva el principio general es que la irrevocabilidad de la renuncia debe ser hecha por escritura pública. Aquí queda desvinculado el renunciante de su llamamiento y del carácter de coheredero.

La renuncia a los derechos adquiridos por la aceptación de la herencia a que se refieren los artículos 3345, 3346 y 3347, es otra cosa. Cuando el Código Civil dice que la renuncia puede ser hecha por instrumento privado y es eficaz entre los coherederos y no puede ser revocada después de haber sido aceptada por ellos, está regulando relaciones internas entre coherederos que aceptaron la herencia. Si uno de ellos renuncia como se renuncian derechos adquiridos, estamos en el capítulo de la renuncia de los derechos del acreedor en el mismo sentido. La renuncia de los derechos del acreedor es irrevocable desde el momento en que hubiese sido aceptada por el deudor, y la renuncia de los derechos adquiridos por la sucesión es irrevocable desde el momento en que los coherederos hubiesen aceptado. Esta renuncia puede ser hecha por instrumento privado, pero no es renuncia a la herencia, sigue siendo heredero el que renuncia; es un convenio sobre partición, es un modo de partir.

De manera que tampoco puede acudirse a esta norma para invalidar por vía analógica la existencia de la escritura pública para la cesión, porque para la renuncia se admitiría la renuncia de herencia hecha en instrumento privado. Este es el criterio que predominó en la amplia mayoría de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil; en lo personal, suscribí esa posición mayoritaria, con lo cual se ha dado cumplimiento a lo que el Código Civil establece: la exigencia de la escritura pública. Ello no impide que cualquiera de nosotros pueda pensar que quizá la cesión de derechos hereditarios podría hacerse por acto auténtico, no necesariamente en escritura pública, sino ante el juez de la sucesión, compareciendo las partes. Pero se requeriría una reforma legal al respecto.

Quedo a disposición de los presentes.

PARTICIPANTE. - En el supuesto que se reimplantara el impuesto a la sucesión, ¿qué pasa con los que han fallecido antes?

DR. ZANNONI. - Es la misma situación. El impuesto a la transmisión gratuita de bienes va a gravar a las sucesiones abiertas con posterioridad a su vigencia.

Si se tratara de un gravamen a la transmisión de bienes a quienes estaban exentas de ella con anterioridad, también constituiría una violación del derecho de propiedad.

PARTICIPANTE - Suponga que formalmente no se ha abierto la sucesión, un fallecido antes de la vigencia...

DR. ZANNONI. - Quiero aclarar que cuando aludimos a la apertura de la sucesión, nos referimos a la muerte del causante.

La apertura de la sucesión, del proceso sucesorio, es un problema. El proceso sucesorio lo podemos abrir dos, tres o cinco años después de la muerte del causante, pero el derecho aplicable a esa sucesión será el vigente al momento en que se produce la transmisión hereditaria, que es el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

momento de la muerte del causante. No hay ninguna duda al respecto.

PARTICIPANTE. - Hay diversas opiniones al respecto; por ejemplo, de ser retroactivo . . .

DR. ZANNONI. - La ley puede establecer su retroactividad; el tema es que esa retroactividad sea o no constitucional.

En las sucesiones abiertas con posterioridad a la ley, en el supuesto de fallecimientos anteriores, desconoce el principio fundamental del derecho sucesorio.

PARTICIPANTE. - Respecto del límite de la porción disponible del causante hay algunas dudas...

DR. ZANNONI. - Bajo el imperio de la ley anterior, la 14367, la porción disponible del causante que dejaba a su muerte hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales, era la legítima de nueve décimos que establecía la ley. Si concurrían solamente hijos matrimoniales, la legítima era de cuatro quintos, si concurrían extramatrimoniales, era la mitad, Pero concurriendo las dos categorías - repito - la legítima era de nueve décimos que, con la reforma, se ha elevado en la mitad, del 10 al 20 por ciento.

PARTICIPANTE. - ¿Qué pasaría si se sanciona una ley de divorcio vincular? ¿Qué habría que modificar...?

DR. ZANNONI. - En países que tienen divorcio vincular rigen normas similares a ésta; las normas, como tales, son aplicables con o sin divorcio vincular.

PARTICIPANTE. - En los casos de cesión de derechos hereditarios hay que asesorar al cliente - yo soy abogada - de que siempre debe hacerse por escritura pública. De hacerlo por medio del juzgado, se correrían riesgos, porque si el cliente está inhibido...

DR. ZANNONI. - El juzgado también podría pedir un certificado de inhabición.

PARTICIPANTE. - Sí, pero siempre hay riesgos.

DR. ZANNONI. - Usted plantea el problema del certificado de inhabición y el doctor Vidal Taquini me hace una acotación sobre la publicidad.

Aquí se plantea lo mismo con el tema de la cesión de derechos hereditarios, en la que hay de por medio un inmueble. En este caso - dice el plenario - el inmueble se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble. Si hay un automotor, en el Registro de la Propiedad del Automotor; si hay un buque, en el Registro Nacional de Buques; si hay un caballo de carrera, en el Registro de Caballos de Carrera.

La cesión de derechos hereditarios afecta la universalidad, que no tiene situación inmobiliaria particular. Debería existir un Registro personal, en función del cual lo que se inscriba a partir de la muerte de una persona siga las alternativas que atañen a su situación, entre ellas, la declaratoria y la cesión de derechos hereditarios. Mientras tanto, la publicidad del expediente sucesorio pareciera ser la publicidad del caso.

Si a un escribano se le apersonara un cliente para hacer una cesión de derechos, lo primero que haría el notario es determinar qué pasa con la sucesión, en qué situación están los bienes.

En nuestro sistema, y por ahora, el expediente sucesorio es el medio de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

publicidad de la relación de derechos; todas las alternativas están en él, y no hay en este comentario una crítica severa al plenario vigente. La publicidad es un tema importante.

De hecho está derogado el decreto - ley 2080. Teóricamente no se pueden ceder derechos hereditarios porque el decreto - ley 2080, que es inconstitucional por muchísimas razones, establece que una vez que se inscriba la declaratoria de herederos no se inscribirán cesiones de derechos hereditarios porque considera que la inscripción de la declaratoria de herederos hace cesar la comunidad hereditaria que implica adjudicación en condominio. Esta tesis, que hoy la jurisprudencia mayoritaria no comparte, supone, diría, apañar la "vagancia" de los abogados al favorecer a los gestores, que lo único que hacen es inscribir una declaratoria y despreocuparse de la partición.

PARTICIPANTE. - En una cesión de derechos hereditarios, con el estudio de títulos podemos encontrarnos con problemas.

DR. ZANNONI. - Creo que no hay por qué preocuparse tanto.

El estudio de títulos se hace en razón de una venta a título singular. Por ejemplo, una persona quiere comprar un campo. El vendedor lo recibió de un antecesor que, a su vez, lo adquirió por una partición obtenida en expediente sucesorio en el que él intervino como cesionario en virtud de la cesión hecha ante un tribunal.

Aquí no preocupa la forma de la cesión, porque en definitiva la cosa juzgada se crea por la resolución judicial que aprueba la partición y fija singularmente los bienes que se adjudican a cada comunero, entre ellos el cesionario, y esto es lo que fundamentalmente hay que tener en cuenta.

La cesión de derechos hereditarios fue una etapa intermedia en el período en que subsistía la incertidumbre sobre cuáles bienes singularmente iba a comprender el contenido del patrimonio que abarcaba la universalidad. Lo que importa es que el acto partitivo haya sido un acto regular correctamente aprobado.

PARTICIPANTE. - La declaratoria de herederos no acarrea resultados...

DR. ZANNONI. - No está en juego la declaratoria de herederos, que es otra cosa.

Desde luego, la declaratoria de herederos permite oponer a terceros el carácter de heredero.

PARTICIPANTE. - ¿Si no ha habido partición...?

DR. ZANNONI. - Si no ha habido partición no habrá venta a título singular. Este es otro tema importante. Lo que sucede en la cesión de derechos hereditarios es que nunca son bienes singulares. Si la herencia es indivisa, lo es sin consideración del contenido particular. Si la herencia no está partida, yo le puedo ceder todos mis derechos, la mitad de mis derechos, un pedacito de mis derechos, pero siempre son sobre la universalidad, sin consideración del contenido particular. Ahí sí hay que observar el título legal.

PARTICIPANTE. - No sé si el ejemplo que dio un escribano hace un momento quedó claro.

Vamos a suponer que uno de dos hermanos cede sus derechos hereditarios a un tercero. Por el sistema actual, se inscribe en el Registro de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la Propiedad el dominio de la cesión indivisa entre el heredero hermano y el heredero cesionario. Los dos quedan como titulares del dominio inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble sobre un inmueble que era el haber sucesorio. Posteriormente se vende ese inmueble y en una tercera venta aparece el escribano y al hacer el estudio del título se encuentra que ese título que tuvo uno de los vendedores del título antecedente, proviene de una cesión hecha en el expediente sin escritura pública. Allí no había partición...

DR. ZANNONI. - Hubo partición. El hermano y el cesionario del otro hermano se incorporó al proceso sucesorio, y hay un inmueble. ¿Qué hicieron, se adjudicaron el inmueble en condominio? Presentaron un escrito diciendo que, siendo mayores de edad, venimos a convenir la partición y solicitamos que el inmueble se inscriba en condominio por partes iguales entre nosotros dos.

PARTICIPANTE. - ¿Si la herencia está indivisa?

DR. ZANNONI. - Si los dos están de acuerdo venden; son los dos únicos interesados - artículo 2451 -. Venden, uno como cesionario de derecho y el otro como adquirente. Heredero y cesionario han vendido como copartícipes.

PARTICIPANTE. - Estamos hablando de la cesión hecha en instrumento privado, no por escritura pública.

DR. ZANNONI. - El juez ordena la inscripción de la cesión; se han cumplido actos procesales que no han sido atacados y que cumplen con la realidad formal.

- Con lo que terminó el acto

PRÁCTICA NOTARIAL

ACTAS DE SUBSANACIÓN DE DATOS PERSONALES(*) (440)

CARLOS GATTARI

Otros contenidos posibles de subsanar en los subjetivos son los datos personales. "Notarialmente podríamos concebir que los datos personales son aquellos proporcionados y declarados por los sujetos instrumentales, y bajo la exclusiva responsabilidad de los declarantes, que vuelca el notario en el texto del instrumento, para mejor individualizar a los requirentes identificados en la comparecencia por la fe de conocer." (Práctica Notarial 1/2, párrs. 81 y 79/89).

La fe de conocimiento o de individualización se limita a la nominación de los sujetos y de ella responde el notario por imposición de la ley (Cód. Civil, 1001). El resto de lo que llamo datos personales se encuentra en un doble plano: a) se sujetan a la fe notarial, en cuanto declaraciones percibidas por el notario y b) su contenido puede ser diferente de la declaración, motivo por el cual corren por cuenta y riesgo de quien los proporciona.

En mi Práctica Notarial 1 (loc. cit.), los he dividido y estudiado en dos grupos: