

Proceso no contencioso en sede notarial (Jurisdicción Voluntaria)*

Agustín O. Braschi y Carmen Magri

Sumario:

I. Jurisdicción voluntaria, ¿es una denominación correcta? II. Derecho comparado III. Proyecto de Reforma IV. Reflexiones útiles a partir del dictamen 277/01 (Cursack-Braschi) V. Conclusiones

I. JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, ¿ES UNA DENOMINACIÓN CORRECTA?

Al respecto, Eduardo J. Couture¹ expresa: "El proceso sucesorio extrajudicial es una pequeña pieza del sistema y forma parte de los procesos de conocimiento, en el capítulo de jurisdicción voluntaria, del cual es un capítulo mayor. Hasta ahora, en el derecho judicial hispanoamericano, se ha venido notando (adviértase que esto fue manifestado hace 20 años) el enorme **proceso de absorción por los tribunales, de actos de jurisdicción voluntaria**. Esa absorción, cada día creciente, **origina** un estado de verdadero **congestionamiento dentro de la labor judicial**.

La jurisdicción voluntaria es, específicamente, función notarial. En la última etapa del derecho romano ciertos actos dispositivos, ya sea de carácter patrimonial, como la *in jure cessio* (transferencia en sede del juzgado), o familiar, como la *emancipatio o manumissi* (emancipación) se realizaban ante los jueces. Pero cuando estos actos y contratos realizados ante los jueces llegan a la Edad Media, el juez no actúa solo, sino al lado de funcionarios de documentación: *judices ordinari o chartulari*, (jueces ordinarios o cartulares) que autentican y registran la actividad del juez.

En la baja Edad Media se desprende esta misión documental del escribano de la judicatura y durante siglos ya no es más el juez sino el escribano por sí solo el que documenta esos procesos. Si se busca el origen histórico de la fórmula francesa: "*intitulé d'inventaire*" (título de inventario), que es la pieza fundamental de la documentación

(*) La versión taquigráfica de este artículo fue publicada en el n° 31 de la revista *Noticias del Consejo Federal del Notariado Argentino*, mayo 2008.

(1) "El proceso sucesorio extrajudicial en el proyecto uruguayo del Código de Procedimientos Civil", citado por GATTARI, Carlos Nicolás en *Opiniones y Praxis Notariales 1*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 24.

sucesoria, se encuentra que no es más que la realización, por el escribano, de un acto procesal voluntario que le compete desde la vieja tradición medieval.

Por ello si ahora se adoptare nuevamente esta solución, no se caería en una solución anárquica e irreverente o invasiva de incumbencias, sino que se reintegraría al escribano lo que es suyo por naturaleza jurídica de la actividad y por derecho histórico le pertenece. Si esta solución llegare a abrirse paso, estaría en manos de los propios escribanos probar si son o no dignos de volver a una vieja tradición histórica y cerrar el ciclo de restitución de lo que es legítimamente suyo.

Esclarece la idea que se pretende expresar el doctor Eduardo A. Zannoni² sobre precisiones de la jurisdicción voluntaria. Citando a CHIOVENDA puntualiza cómo la *jurisdictio voluntaria* designaba en Roma y en las prácticas del proceso italiano medieval al conjunto de actos que los órganos de jurisdicción realizaban frente a un solo interesado o por acuerdo de varios interesados *inter volentes* (entre quienes acuerdan) que, siendo de competencia de los jueces ordinarios, pasaron a ser paulatinamente de competencia de los notarios.

Es decir, de la realización de **procesos simulados** ante el magistrado para lograr efectos jurídicos de certeza se pasó a la **constitución de instrumentos** con cláusula de *garantía* expedida por los notarios, llamados por esto *judices chartularii*. La palabra "jurisdicción", formada por los vocablos *juris* (*de jus juris*) y *dictio* (*de dico, dis, dicere, dici, dictum*) (decir o dictar derecho) designaría, pues, apenas la circunstancia habitual del órgano judicial que, estrictamente, resultaría impropia cuando se le adiciona el apelativo de "voluntaria", porque en todo caso el hecho de que los actos se confíen a la declaración judicial no quita a la actividad del órgano una naturaleza "administrativa", y no jurisdiccional.

Por todo lo expresado, sostiene Carmen Magri, prefiero adherirme a la propuesta del Congreso Internacional del Notariado Latino de Cartagena de Indias, (1992). En el mismo se propuso que se restringiera el término "Jurisdicción no contenciosa o voluntaria" a la actividad judicial y se acogiera para el derecho notarial la expresión "competencia notarial en asuntos no contenciosos".

La mayoría de la doctrina consultada considera conveniente que los casos de procesos alitigiosos sean ejercidos por los notarios, resumiendo los fundamentos en:

1. La jurisdicción voluntaria declara hechos y citas jurídicas, pero no declara derechos de una manera directa.

(2) Comentario a fallo L.L. 150.

2. Las resoluciones en este tipo de actos no tienen autoridad de cosa juzgada.
3. No existen en esta clase de expedientes derechos controvertidos ni oposición, por lo que no tiene porqué intervenir un juez.
4. Por tratarse por su esencia y naturaleza de actos extrajudiciales, "la intervención debe corresponder al notariado"³.

II. DERECHO COMPARADO

En países de sistema jurídico continental de tradición romanista similares al nuestro se utiliza la sucesión notarial con mayor o menor extensión, sin mayores dificultades a estar por los precedentes que receptan los repertorios⁴.

En Francia, la competencia en materia de trámite sucesorio no controvertido está reservada casi exclusivamente a los notarios mediante un acta de notoriedad, por la cual los declarantes atestiguan que un hecho es de "notoriedad pública y de su conocimiento personal". Este tipo de actas es de aplicación, tanto en las sucesiones legítimas como en las testamentarias. Sus condiciones esenciales son: la existencia del hecho notorio (el vínculo del parentesco entre el heredero y el difunto) y el conocimiento personal de este hecho por los testigos.

Hay que hacer notar que el Código francés de 1804 otorgó la *saisine* (ocupación de bienes por los herederos legítimos del propietario difunto), la que se extendió en 1896 a los herederos naturales y por la ordenanza de 1958 al cónyuge. También el notario desempeña una función fiscal relacionada con este tema, realizando una función de servicio público que no cuesta nada al Estado y que permite asegurar la recaudación de los impuestos de sucesión en las mejores condiciones tanto para los contribuyentes como para los poderes públicos.

Respondiendo a las expectativas del notariado francés y de parte de la doctrina, el artículo 44 de la ley del 23 de junio de 2006⁵ sobre la reforma del Derecho de Sucesiones ha desjudicializado parcialmente el cambio de régimen matrimonial. Hasta entonces, la modificación del principio de inmutabilidad del régimen matrimonial que constituía el cambio de régimen combinaba un control judicial destinado a comprobar la adecuación del cambio pretendido por los cónyuges con el interés de la familia. Hoy en día, se observa que el procedimiento judicial no se ha abandonado aún del todo aunque su aplicación resulte secundaria. Las partes están autorizadas a anular o modificar ante notario lo acordado en acta notarial.

(3) BAZET, M.C., FIORENTINO, M.S. y FRONTINI, Elba María. "Sucesiones en Sede Notarial", *Revista Notarial* 928, p. 648.

(4) MEDINA, Graciela. "Proceso Sucesorio Notarial Voluntario", J.A. Doctrina, 1994-IV, p. 863.

(5) Informe del Notariado Francés al XXV Congreso de la UINL. Madrid, 2007.

En España, al decir de Rafael Gómez-Ferrer Sapiña⁶, el notariado tiene una participación creciente en actos de jurisdicción voluntaria, o asuntos no contenciosos. En materia de Derecho de Sucesiones, se mantiene la competencia del notario para la presentación, adveración y apertura del testamento cerrado. Se atribuye a los notarios la competencia exclusiva en materia de declaración de herederos entre ascendientes, compartida con el secretario judicial en los colaterales. Se reconoce también la competencia de los notarios para adveración y autorización de testamentos ológrafos.

En materia de Derecho Mercantil, se mantiene la posibilidad de depósito notarial, interviniendo el notario en el expediente de exhibición de los libros de contabilidad, compatible con los secretarios judiciales y con los registradores mercantiles, así como en otros expedientes como por ejemplo el de constitución de régimen interno de los sindicatos y obligacionistas. También se incluyen tres expedientes de Derecho Marítimo: las protestas de mar e incidencias del viaje, la liquidación de averías gruesas y el depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo.

Hay actualmente un proyecto de ley de Jurisdicción Voluntaria, y siguiendo a José María de Prada, destacamos: **a)** En materia de Derecho de Familia no se atribuye ninguna competencia, pero se podían haber atribuido perfectamente las separaciones conyugales, incluso el divorcio por mutuo consentimiento cuando no hubiera hijos; **b)** En materia de derechos y obligaciones, se atribuye a los notarios la consignación y el depósito mercantil aparte de alguna figura de Derecho Marítimo, así como las subastas no ejecutivas; **c)** En materia de Derechos Reales, además de mantener los deslindes reconoce la competencia notarial para los expedientes de dominio y liberación de cargas y gravámenes, si bien es una competencia compartida con los registradores; **d)** En materia de obligaciones, introduce la competencia del notario para fijar el plazo del cumplimiento de las obligaciones que establece el artículo 1128 del Código Civil.

En Alemania⁷, el notario, titular independiente de un cargo público, tiene competencias similares a las del juez pero no es funcionario estatal. Los tribunales se asientan en grandes poblaciones y por ello, los medios rurales se encuentran alejados de la justicia. El notariado presta servicio en todo el país con su atribución de jurisdicción voluntaria. Sin el notariado, el Estado no podría garantizar la protección jurídico-constitucional a todos los ciudadanos. La función del notario en el sistema jurídico alemán no se confunde con las de otros grupos de profesionales. La concentración de la justicia estará asociada al notariado mediante la transferencia de tareas adicionales a la justicia voluntaria. Sólo el notario puede asumir esas tareas adicionales o funciones adicionales para ser titular de un cargo público que cumple con los requisitos de independencia y neutralidad necesarias para ello.

(6) Ponencias presentadas por el Notariado Español al *XXV Congreso de la UINL*. Madrid, 2007.

(7) Reporte Alemán al *XXV Congreso de la UINL*. Madrid, 2007.

En Austria, el notario tiene una posición intermedia entre el juez y/o fiscal como funcionario de la Justicia. En su actuación soberana en calidad de "comisario judicial" interviene en procesos sucesorios que arrastran las situaciones de regulaciones en vista a la muerte o incapacidad de obrar. El testamento vital fue reglamentado hace un año al igual que los poderes preventivos y entraron en vigencia a mediados de 2007. También actúan en subastas voluntarias de bienes inmuebles y en la consulta de los libros del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil⁸.

Para no extendernos más en este punto, también encontramos competencia en jurisdicción voluntaria en: Perú, Luxemburgo, Colombia, Guatemala, El Salvador, algunos Estados de México y en Canadá, Provincia de Québec.

CONCLUSIÓN

La experiencia tan rica de otros países demuestra que es posible y conveniente otorgar la posibilidad de realizar extrajudicialmente los trámites tendientes a la transmisión hereditaria de los bienes recibidos por causa de muerte. Lo que el notariado argentino debe repensar es si inicia un camino por otros temas de jurisdicción voluntaria diferentes del sucesorio o plantea de lleno reformas integrales que abarquen su intervención en este tema tan conflictivo a juzgar por lo sucedido en las últimas Jornadas de Derecho Civil.

III. PROYECTOS DE REFORMA

Los anteproyectos de reforma procesal civil últimamente elaborados proponen la sustitución optativa del proceso sucesorio judicial por una actuación notarial. Un primer anteproyecto, encomendado por decreto 820/91 a una comisión de juristas que quedó integrada por Roland Arazí, 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 Jurisdicción Voluntaria, con atribución –entre otras– de dictar declaratoria de herederos, que, sin embargo, debería ser remitida al juez para su homologación (artículo 17), pero no para aprobar formalmente el testamento, función que se atribuiría al juez (artículo 20).

Otra comisión fue creada por resolución del Ministerio de Justicia 1296 y de la Secretaría de Justicia 31. Integrada por los doctores Carlos J. Colombo, Julio César

(8) Reporte Austriaco al XXV Congreso de la UINL. Madrid, 2007. *Revista Notarial* 957.

Cueto Rúa, Raúl A. Etcheverry y Héctor G. Umaschi, redactó otro anteproyecto que el Poder Ejecutivo 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 (artículos 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 (artículo 760) y la declaración de validez formal del testamento (artículo 763)⁹.

Con referencia a este último proyecto, la doctora MEDINA¹⁰, profundiza su análisis, y expresa:

- Las partes pueden optar entre la realización del trámite sucesorio en sede notarial o en sede judicial.
- La opción por el proceso notarial podrá ser realizada por unanimidad de las partes, cuando ellas sean mayores de edad o cuando existiendo incapaces el asesor de menores prestara su conformidad.
- Las partes pueden optar por el procedimiento notarial o judicial, pero habiendo elegido este último, en cualquier momento pueden pedir la radicación en sede notarial.
- Este proceso voluntario extrajudicial requiere ineludiblemente de patrocinio letrado. **Esto es importante ponerlo de manifiesto, porque el sistema proyectado no atenta contra las incumbencias profesionales de los abogados.**
- El escribano que intervenga en el mismo deberá haber sido seleccionado por el Colegio de Escribanos para lo cual tendrá que haber demostrado reunir las condiciones necesarias para el desempeño del cargo e integrar una lista que dicho Colegio confeccionará. Se empleará un sistema rotativo.
- Si se produjera controversia por cualquiera de los peticionarios y en su caso del asesor de menores o incapaces se deberán remitir las actuaciones al tribunal interviniente. Igualmente, si en sede notarial se presentara cualquier tipo de desacuerdo entre los sucesores, los legatarios, los albaceas, o demás órganos intervinientes. El trámite ante el notario se realiza cuando existen dos requisitos: acuerdo de sucesores e inexistencia de controversias, en todo lo que es netamente voluntario en el proceso.

(9) BELLUSCIO, Augusto César. "El juicio sucesorio y la prueba de la calidad de heredero", *Revista del Notariado* 841, p. 185.

(10) MEDINA, Graciela. "Proceso sucesorio Voluntario Notarial", *La Ley* T. 1996-C Sección Doctrina, p. 1216.

Finaliza la doctora Medina compartiendo en líneas generales el proyecto descrito, considerando que para una solución más adecuada sería necesaria una reforma al sistema sucesorio sustancial, pero hasta tanto ello no se realice hay que efectuar una labor de compatibilización con el régimen civil existente, tendiente a permitir la realización del proceso voluntario extrajudicial.

En otro artículo¹¹ la misma jurista luego de analizar las normas de fondo, concluye en que:

1. El proceso voluntario extrajudicial sucesorio constituye una opción eficaz para lograr la transmisión de los bienes *mortis causa* con mayor celeridad y economía.
2. La implementación del proceso voluntario extrajudicial sucesorio va a permitir disminuir cuantitativamente la labor judicial, lo que necesariamente ha de contribuir a mejorar la administración de justicia.
3. La experiencia de otros países (ya relacionada) nos muestra que es posible y conveniente otorgar la posibilidad de realizar extrajudicialmente los trámites tendientes a la transmisión hereditaria de los bienes recibidos por causa de muerte. Se trata de una opción y siempre queda la posibilidad de elegir el proceso sucesorio judicial, o recurrir a él en caso de controversia.
4. Los ascendientes, descendientes y cónyuge no necesitan la intervención de los jueces para acreditar su condición de herederos, y por lo tanto la declaratoria de herederos puede ser dictada por los notarios sin introducir ninguna reforma al Código Civil.
5. En el estado actual de la legislación civil los escribanos no podrían dictar declaratoria de herederos ni auto de aprobación de testamento a los herederos que no tienen la posesión de pleno derecho. Para ser ello posible habría que modificar los artículos 3412, 3413, 3414, 3417 y 3430 del Código Civil, mencionando la posibilidad de la entrega de la posesión judicial por los escribanos.
6. En nuestro derecho civil vigente sólo es posible el proceso notarial voluntario en el testamento por acto público que no tenga condiciones; en los testamentos ológrafos y cerrados para hacer viable la presentación del testamento ante el escribano corresponde modificar los artículos 3609, 3643, 3691, 3692, 3693, 3694 y 3695 del Código Civil.
7. En materia de herencia vacante el trámite debe ser llevado judicialmente como lo dispone el Código Civil Francés, teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 3540, 3541 y 3544 del Código Civil, que hacen referencia a la necesaria intervención judicial en este tipo de proceso.

(11) MEDINA, Graciela, op.cit.

IV. REFLEXIONES ÚTILES A PARTIR DEL DICTAMEN 277/01 (CURSACK-BRASCHI). *Relacionado al comienzo del presente trabajo en el que se consulta acerca de la facultad conferida por ley notarial a los notarios neuquinos la de "atribución de estados y actos concretos a determinadas personas..."*

ESTADO DE LAS PERSONAS

Atribuir a las personas "estados" es una expresión equivocada. La palabra *estado*, en el ámbito del derecho privado, es uno de los atributos que hacen a la personalidad de las personas físicas, conjuntamente con el nombre, el domicilio, la capacidad y los derechos personalísimos.

Este estado de familia se determina con relación a: **a)** El *matrimonio* en cuyo caso una persona física puede ser casada, soltera, viuda, divorciada, separada personalmente, separada de hecho; **b)** Las *relaciones parentales* en sus tres manifestaciones: parentesco consanguíneo, por afinidad y adoptivo¹². El estado de las personas es identificado por la gran mayoría de la doctrina como estado de familia, y definido por RIVERA como "posición que ocupa el sujeto con relación a la familia, que actúa como causa de relaciones jurídicas familiares cuyo contenido son deberes y derechos generalmente recíprocos". Estos atributos de la personalidad se dicen *necesarios, innatos, inalienables e imprescriptibles*.

En base a esta sintética descripción del estado de las personas físicas, como atributo de su personalidad, la facultad de la ley de Neuquén es inapropiada. La facultad de atribuir estados a personas determinadas, en la medida que ellos tienen origen legal y dependen del emplazamiento familiar.

TÍTULO DE ESTADO DE FAMILIA

Hechos y actos jurídicos determinan el emplazamiento en el estado de familia y constituyen su título material o sustancial. Deben estar asentados (nacimiento o muerte por ejemplo) o formalizados (matrimonio) en instrumentos públicos que prueban, además, el hecho o acto a que se refieren, y son las partidas las que constituyen el título en sentido formal del estado de familia. Algunos estados se prueban con varias partidas, por ejemplo "nieto". Para ciertos casos el título formal del estado de familia puede provenir de una sentencia judicial o de otras pruebas supletorias.

(12) RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil Parte General*, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1997. T. I, pp. 547 y ss.

CALIDAD DE HEREDERO

El carácter de heredero o sucesor universal se tiene por “voluntad” de la ley o por “voluntad” del causante, expresada en este caso mediante un testamento válido y eficaz. Es decir que el carácter de herederos por llamamiento legal es en definitiva el conjunto de derechos y obligaciones que tiene una determinada persona física respecto de la herencia de otra persona física fallecida y que tiene su causa en su emplazamiento dentro de la familia, que no es otra cosa que su estado familiar.

No podemos sostener que la calidad de heredero constituya un estado de las personas físicas, en el sentido que a esta expresión le asigna la doctrina. Menos aún resulta admisible afirmar que ese estado pueda ser atribuido por alguien distinto a la Ley o a la voluntad del causante.

DECLARATORIA DE HEREDEROS

La sucesión es la transmisión de la herencia al o los herederos (artículo 3279 del Código Civil). Nada decía Vélez sobre la declaratoria de herederos, introducida recién por la ley 17.771 al artículo 3430, donde la equipara a la aprobación judicial del testamento, y que se refiere a los actos de disposición de bienes inmuebles de la sucesión por el heredero aparente.

Para que se opere la transmisión de la herencia a favor de los herederos, el Código Civil no exige la declaratoria de herederos. Sin embargo, tal como lo dice BORDA¹³, los Códigos de Procedimientos han reglamentado el sistema. En los juicios testamentarios, cumplidos ciertos requisitos, se aprueba el testamento y en los juicios sucesorios *ab intestato*, justificado el o los vínculos se dicta la declaratoria de herederos.

La Declaratoria de Herederos supone el reconocimiento judicial de la condición de herederos, o sea que configura un título hereditario¹⁴.

Si bien el artículo 3410 expresa que cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero entre en posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión y su llamamiento a la herencia, en la realidad ello no es así y la declaratoria es exigida por los Códigos de Procedimiento en todos los casos. Se ha dicho que el fundamento de este artículo es que la ley ha considerado innecesaria la intervención judicial, pues en esos casos donde los vínculos son tan

(13) BORDA. *Manual de Sucesiones*, t. I, p. 168.

(14) STRATTA, Alicia J. “Declaratoria de herederos”, en *Sucesiones*. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 1991, p. 43.

cercanos, estos y el derecho sucesorio son tan notorios, que no se requiere ninguna otra exteriorización formal¹⁵.

Sin embargo, ya esos argumentos fueron criticados por Bibiloni en la nota al título sobre el ejercicio de los derechos hereditarios: "Se apoya este sistema en la notoriedad del parentesco. Esa notoriedad no puede existir sino por la cohabitación en la aldea. El señor la conoce. Los aldeanos saben que tal persona tenía uno o dos hijos. Que uno había fallecido. Si se reflexiona que en las grandes ciudades, las personas no se conocen o aunque se conozca al causante, poco o nada se sabe de sus herederos; que puede no ser legítimo el que se dice tal y se pretenda muerto al que está vivo o ausente o distanciado de su familia; (...) si el parentesco, en definitiva, contra lo que presupone el artículo 3410, no prueba nada sobre la existencia de herederos que tienen derecho a los bienes, ¿qué sistema de crédito puede fundamentarse sobre una base tan insegura?".

Por otra parte en materia de dominio sobre inmuebles desde la reforma introducida al artículo 2505 del Código Civil, que exige la inscripción de los títulos para lograr oponibilidad de los derechos frente a terceros y la ley registral 17.801, que en el artículo 16 inc. b) habilita el tracto abreviado, para los herederos declarados o sus sucesores transmitan bienes hereditarios inscriptos a nombre del causante o su cónyuge, las distintas implicancias que genera la inscripción de la declaratoria en los diversos registros, ha resaltado su importancia, fundamentalmente en el campo del ejercicio legítimo de los derechos hereditarios.

V. CONCLUSIONES

Compartiendo la conclusión de los dictaminantes premencionados y la que ya expresara el escribano Pondé en 1965, creo que la vía de solución es la de reformar los Códigos de Procedimientos Locales y no la de introducir una incumbencia por la vía de modificación de leyes notariales, tarea nada fácil por cierto.

Por el momento considero que el notario, solamente podrá utilizar la forma extrajudicial para realizar particiones y adjudicaciones de los bienes de la herencia, siempre y cuando todos sean mayores y capaces (artículo 3462 y 1184 inc. 2 del Código Civil).

A estas consideraciones de la escribana Magri, con las que coincidimos, quisiéramos agregar a modo de reflexión, lo que sigue.

(15) BORDA, op. cit., p. 166.

Es el exceso de litigiosidad, sumado a la escasez de los recursos que se asignan al Poder Judicial, lo que torna cada vez más evidente la necesidad de retorno a la senda madre probatoria de los actos que no necesitan de la *juris dictio*, mediante la autenticidad lograda fuera del ámbito forense. Y quien tiene la facultad de recoger la manifestación de voluntad de las partes que no están en conflicto, legitimar a los sujetos que intervienen, legalizar y dar a su contenido autenticidad, que permite el ejercicio de acciones ejecutivas, comprobar el acaecimiento de hechos, el estado y existencia de las cosas, de los documentos tanto material como temporalmente, es el oficial público investido de la potestad de dar fe. A esta actividad se suma la protección que brindan la apariencia jurídica y el transcurso del tiempo, para lograr seguridad jurídica en la contratación.

Curiosamente, como en muchas otras cosas de nuestro ordenamiento jurídico, nuestra tendencia a utilizar el idioma castellano con poca precisión genera un pensamiento confuso en cuanto a lo que se pretende significar, se llama "jurisdicción voluntaria" a algo que no lo es porque justamente en estos casos, el juez no dicta derecho, sino que simplemente declara que ha comprobado algo y que los efectos jurídicos de esa comprobación surgirán de la propia ley. O cuando de testamentos se trata, que este es válido en cuanto a sus formas y consecuentemente la voluntad así expresada, legalmente, habrá de producir los efectos que la ley prescribe.

Este proceso que tiende a demostrar quién, por razones de sangre, vínculo familiar o voluntad específicamente expresada, es heredero de alguien, no es otra cosa que una legitimación subjetiva, algo que los escribanos hacen cotidianamente y nadie discute. ¿En qué consiste declarar a alguien heredero? Pues, en comprobar que, o bien su estado de familia le genera a través de las disposiciones del Código Civil la posibilidad de continuar encabezando el patrimonio del causante, o bien que, por un acto voluntario de este, expresado con validez legal (el testamento), una o varias personas lo sucedan como titulares de su acervo.

Entonces, ¿a qué se limita el juez? A establecer que la prueba que a él se presenta sea efectivamente conducente a constatar el vínculo familiar que genera capacidad sucesoria, o que en el acto testamentario cuyo instrumento se trae a autos se hayan cumplido las formas establecidas por el Código Civil para producir los efectos jurídicos que le son propios.

En algunos casos, hasta el traslado de la posesión del acervo es inmediata, ficta y no necesita de ningún tipo de formalidad, porque el Código Civil supone que el momento de la muerte se produce en forma simultánea. El hecho del deceso produce no solo la apertura de la sucesión, la transmisión del patrimonio y la posibilidad de su disposición, sino que para los herederos ascendientes, descendientes y cónyuge –es decir los legitimarios– hasta genera la instantánea posesión de la universalidad jurídica que

componen los bienes relictos. Los que no están dentro de esta categoría, que también pueden ser legítimos sin ser legitimarios, necesariamente deben recurrir al juez para que este declare que se encuentran en posesión de ese acervo.

La declaratoria de herederos por vía de parentesco y la aprobación del testamento no son más que el reconocimiento de algo que ya sucedió jurídicamente. Por eso adquiere relevancia esa situación jurídica particular y resulta necesaria respecto de los bienes registrables, que son aquellos que resultan de imposible disposición si no aparece la protección registral previa, en cabeza de quien va a disponer. Del resto del patrimonio sucesorio –y esto todos lo sabemos– la gente dispone libremente a partir de la muerte del causante, sin perjuicio de las rendiciones de cuentas que correspondan entre coherederos.

¿Quién tramita la sucesión de alguien que no tiene un inmueble, un auto, un buque, una aeronave, patrimonio societario, en definitiva de quien carece de bienes registrables? Nadie, salvo el caso en que se produjere un conflicto. Pero en esta alternativa ya estaríamos fuera de la mal llamada “jurisdicción voluntaria”, porque cuando aparece el conflicto y no puede ser resuelto por un medio alternativo es menester recurrir al juez porque es el funcionario investido de la facultad de crear la norma particular para resolverlo y la potestad de imponerla.

Se acepta que la resolución de conflictos, por este agotamiento de la capacidad de los tribunales para resolver y sentenciar cotidianamente, pueda ir por otras sendas. Y así resurgieron con formas modernas los medios participativos o alternativos de solución de disputas. Algunos de los cuales –como el arbitraje, la amigable composición y la pericia arbitra, obran en todos los Códigos de Procedimientos sin que nadie se sorprenda ni alarme aunque para actuar como amigable componedor, como tampoco para desempeñarse como árbitro, haga falta ser abogado. Solamente –tal vez deberíamos decir esencialmente– hay que ser capaz.

El sistema se basa en que las partes eligen al árbitro por su capacidad, no solamente jurídica sino referida al conocimiento de la materia en la que habrá de laudar. La resolución de un conflicto mediante arbitraje es ampliamente positiva, más satisfactoria, más eficaz y más eficiente, porque el árbitro se destaca por su conocimiento de la rama del derecho a que corresponde el conflicto que se plantea y se puede elegir, en el arbitraje, el derecho de fondo a aplicar e incluso el derecho procesal de otro ordenamiento porque se considera como más apto para la litis. Así, el arbitraje reemplaza al juez en algo que le es propio, la “jurisdicción”, porque concluye con un laudo que es similar a una sentencia, que puede ejecutarse igual que esta y, repetimos, a nadie asombra ni molesta el desempeño de dicha función.

Sin embargo, paradójicamente, el problema se plantea al pretender colaborar con el Poder Judicial trasladando la actividad referida a algo que no es conflictivo, algo que consiste en un mero acto administrativo de comprobación de existencia de documentos formalmente válidos para acreditar un estado de familia, que se trata de personas capaces, que no hay ausentes y que no existe controversia, a la sede de quien tiene capacidad jurídica para autenticarlo y continuamente lo realiza en otros supuestos similares.

Adviértase que la declaratoria de herederos puede ser dictada en virtud del reconocimiento el vínculo paterno-filial, ante escribano público. O, aún cuando no exista vínculo familiar con el causante, por haber sido instituido como heredero en un testamento, bien formalizado por acto público, ante un escribano, o bien por cualquiera de las otras formas admitidas por el Código.

¿Qué es lo que analiza el juez en estos supuestos? Pues, si el testamento es válido porque fue hecho cumpliendo todas las formalidades requeridas por la ley de fondo. Y es esta la que dará origen a la calidad de heredero. Por esto el juez lo declarará como tal "en cuanto ha lugar por derecho". ¿Por qué utiliza esta frase y no sentencia que Fulano es heredero de Mengano? Es porque las circunstancias pueden demostrar en el futuro, que el que hoy "aparece" como heredero en realidad puede ser desplazado por otro sujeto que compruebe un mejor derecho o, si tuviere el mismo, lo desplace solamente en forma parcial, proporcionalmente de conformidad con lo establecido por la ley de fondo. Vale decir que la declaratoria es solamente eso, lo que su nombre indica.

La calidad de heredero no surge sino de la consanguinidad, de la relación jurídico-familiar, de la voluntad de quien se convirtió en causante y de lo atribuido por la ley de fondo. Es decir que, efectivamente, estas circunstancias que hacen que el patrimonio de quien murió se traslade a otro, se han comprobado, y así lo declara el juez. No tiene el carácter de cosa juzgada.

El juez legitima al sujeto, manifiesta que es de acuerdo con la ley que habrá de ser heredero, que ha demostrado tener capacidad jurídica para recibir la herencia. ¿Qué hace un escribano cuando comparece el presidente de una sociedad anónima o cuando alguien viene como persona física a otorgar un poder? Examina la documentación que se le presenta y lo legitima subjetiva y objetivamente. Esto es, declara que tiene capacidad jurídica para otorgar el acto porque demuestra que se han cumplido los requisitos de la ley.

Cotidianamente los escribanos legitiman a los comparecientes, no sólo subjetivamente sino también en forma objetiva, respecto del acto que va a realizar, y esto es el resultado de un juicio de valor referido al requirente, la documentación acompañada y los requisitos de capacidad establecidos para cada negocio. En el proceso sucesorio el juez también examina la documentación que se le presenta y hace que a él le genere

el mismo juicio de valor, decir que un sujeto reúne las condiciones que la ley requiere para ser considerado heredero. Esta similitud –tal vez debiéramos decir equivalencia– de ambas actividades demuestra palmariamente la posibilidad de trasladar la operación al ámbito de la competencia notarial.

De tal modo los magistrados podrían aplicar cabalmente sus esfuerzos a resolver litigios, a decir la ley, a crear la norma jurídica particular que contemple las particularidades del caso sometido a su consideración. Se debe despojar al juez de todo aquello que no necesite del dictado de una sentencia para ser resuelto y permitirle que dentro de las precarias condiciones en que debe desarrollar su labor, se concentre en la actividad jurisdiccional. Se habla de la administración de la justicia, pero en realidad los jueces solo administran la aplicación de la ley.

Cuando ante un juez se presentan dos partes en conflicto y él percibe que la que tiene mejor derecho es justamente la que no lo sabe expresar, que no realiza la actividad procesal necesaria para lograr que se declare a favor, muy a su pesar debe callar. De lo contrario, caería en *plus petitio*, con las lamentables consecuencias que esto acarrea. En estos casos, los jueces no pueden administrar justicia sino que solamente deben aplicar el derecho vigente. Demanda gran esfuerzo analizar la prueba y llegar a través de ella a establecer una presunta verdad que repare un daño o recomponga una situación. Distraer a los Jueces de esa función para ocuparlos en cosas que no requieren la actividad esencialmente jurisdiccional resulta un malgasto procesal, de recursos y de bienestar social.

Lo fundamental del trámite del derecho sucesorio apunta a la correcta distribución del patrimonio del causante, con el debido respeto de las disposiciones de orden público y de su voluntad jurídica correctamente expresada, mediante la legitimación de aquellos que conforme la ley de fondo comprueben su vocación a la herencia.

El patrimonio sucesorio se distribuye mediante el acto de partición que, en el código de fondo está permitida con forma impuesta de escritura pública cuando todos los herederos están presentes y son capaces. Es un acto volitivo de la misma trascendencia que la compraventa o la donación de inmuebles o que la conformación de una sociedad por acciones. Se recogen voluntades con forma auténtica y para ello es considerado competente el órgano notarial.

Si en algún momento –tal como ocurre en España, en Francia, en Alemania, en Italia– el notariado argentino tuviere la oportunidad de intervenir en la comprobación del carácter de legítimo heredero, lo primero que debiere hacer es aclarar que su actividad se circunscribiría a reemplazar la tarea del juez, respetando la intervención profesional de los colegas abogados como patrocinantes y apoderados, porque esta responde a otro sector y finalidad dentro de la operación del derecho.

La intención del notariado es acompañarlos en una mejor distribución de la actividad jurídica en beneficio de la comunidad vinculada. Sin inversión alguna por parte del Estado se podrá contar con miles de escribanos para documentar el proceso sucesorio, sin límites de horarios ni de distribución geográfica, se descomprimirán los juzgados de causas en trámite y, con toda seguridad se acortarán los lapsos que transcurren desde el inicio hasta el final del proceso. Incluso, así como se adjudican las causas por turno o sorteo, se podrán asignar las sucesiones con intervención conjunta de ambos Colegios Profesionales.

Bibliografía consultada

Céravolo, Francisco y García Coni, Raúl R. "El Proceso Sucesorio en Sede Notarial", Ponencia presentada a la *II Jornada Notarial del Cono Sur*, Paraguay, 28 al 30 de abril de 1977.

Di Castelnuovo, Gastón R. "Nulidad. Viabilidad de su declaración por las partes en sede notarial", *Revista del Notariado* 879, p. 297.

Falbo, Marcelo Néstor. "Declaración de Nulidad en sede notarial", *Revista Notarial* 949, p. 721.

Gattari, Carlos N. "Sucesión ante Notario", Ponencia presentada a la *II Jornada Notarial del Cono Sur*, Paraguay, 28 al 30 de abril de 1977.

Kremer, Héctor M. "Consideraciones al Proyecto de Código Procesal en materia de procesos voluntarios extrajudiciales", *La Ley*, t. 1996-A, Sec. Doctrina, p. 1168.

Leguisamón, Héctor Eduardo. "El Proceso Sucesorio Extrajudicial en el proyecto de Código Procesal Civil, Comercial y Laboral de la Nación", *La Ley*, t. 1998, Sec. Doctrina, p. 1193.

Picasso, Esteban M. *Sucesiones ante escribano. Su presencia en el Código Civil*, Di Lalla Ediciones, 2007.

Pondé, Eduardo Bautista. "Posesión Hereditaria y Declaratoria de Herederos en el supuesto del artículo 3410 del Código Civil", *Revista Notarial* 759, p. 399.

Zavala, Gastón Augusto. "Determinación de herederos por acta notarial", *Revista Notarial* 955, año 2007, p. 133.

Witthaus, Rodolfo Ernesto. "El Proceso Sucesorio Parcialmente Extrajudicial", *Revista del Notariado* 727, p. 221.