

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

TRANSMISIÓN NEGOCIAL Y SUCESORIA(*) (1)

RAÚL R. GARCÍA CONI

SUMARIO

I. La transmisión inmobiliaria inter vivos. II. La enajenación forzosa. III. La transmisión mortis causa. IV. La función antilitigiosa y de economía procesal. V. Conclusiones.

ABSTRACT: Se analizan incumbencias notariales y el modo en que pueden contribuir a la economía procesal.

I. LA TRANSMISIÓN INMOBILIARIA INTER VIVOS

En los países con notariado latino, la enajenación inmobiliaria normal es un negocio jurídico que se realiza con intervención notarial, a veces precedida por la intermediación de un comisionista que reúne al vendedor y al comprador y los vincula con un compromiso de escriturar (boleto de compraventa).

Según que haya o no boleto de compraventa, la escritura será ex intervalo o in continenti. En el primer caso nacen simultáneamente el derecho personal y el real (si la inscripción es declarativa), mientras que en el segundo supuesto será primero el derecho personal.

La conversión escrituraria del derecho personal en derecho real (que supone entrega de la cosa o traditio chartae) no significa el aniquilamiento de aquél, pues perdura residualmente a través de la evicción.

II. LA ENAJENACIÓN FORZOSA

Lo expuesto en el prenotado anterior se refiere a la contratación entre personas capaces (o incapaces debidamente representadas), en cuyo caso la escritura pública será constitutiva (si no lo es el asiento registral), pero si el registro inscriptor es constitutivo la escritura pública será declarativa, con lo que se deja para mañana el derecho real que se puede constituir hoy.

También son declarativas, recopilatorias o narrativas (con efectos ex tunc) las escrituras que protocolizan las piezas de un expediente judicial en cuyos autos se operó la transferencia del dominio.

Cuando el transferente es un ejecutado, la sentencia puede condenarlo a escriturar bajo apercibimiento de que lo hará el juez en caso de rebeldía, o puede ocurrir que el juez oficie al registro para que inscriba el dominio a nombre del adquirente. En la Argentina, si bien puede darse este último

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

supuesto (de inscripción por oficio), existe la práctica inveterada de que el juez designe un notario - a propuesta de parte - para que protocolice lo pertinente del documento judicial.

Ejemplos de tales escrituras son las de subasta pública, la usucapión y otras especies que combinan la fe pública judicial y la fe pública notarial, de modo de obtener matricidad. A esa compatibilidad de superposiciones se agregará luego la fe pública administrativa del registrador(1)(2).

III. LA TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA

Las legislaciones que siguen los lineamientos del Código napoleónico, como la argentina, consideran que "Cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge(2)(3), el heredero entra en posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignorase la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia" (art. 3410, Cód. Civil), con lo cual se descarta la "entidad sucesión" como persona de derecho.

La norma citada determina la transmisión ministerio legis con título y modo, pero si se tratara de otros herederos que los citados "no pueden tomar posesión de la herencia, sin pedirla a los jueces y justificar su título a la sucesión" (art. 3412, Cód. cit.).

Ya se trate de la posesión judicial (art. 3412 íd.) o de la hereditaria (art. 3410, Cód. cit.) "se juzga que los herederos han sucedido inmediatamente al difunto, sin ningún intervalo de tiempo y con efecto retroactivo al día de la muerte del autor de la sucesión" (art. 3415, Código Civil citado).

De los conceptos enunciados (que en algunos países son preceptos), se infiere que la transmisión hereditaria no depende de los jueces y que, en principio, éstos no pueden oponerse a ella. A lo sumo emiten un juicio de valor (como lo hacen otros legitimadores) y mientras no haya contienda no actuará como juzgador propiamente dicho, ya que no habrá conflicto que dirimir y ello resulta patente cuando hay un solo abogado que representa a todos los derechohabientes (no hay contraparte).

Siendo ello así, debemos investigar cuáles son las circunstancias que determinan la intervención del Poder Judicial en asuntos que deberían encuadrar en el decantado concepto de la jurisdicción voluntaria.

Siguiendo con el modelo argentino podemos señalar que tales circunstancias son dos: a) la necesidad de poner en posesión de la herencia a ciertos herederos (excluyendo al cónyuge, ascendientes y descendientes) y b) el reconocimiento de la vocación hereditaria cuando media "declaratoria de herederos o la aprobación ... de un testamento" para que los herederos declarados o instituidos puedan enajenar los bienes relictos sin que los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso puedan ser reivindicados (art. 3430, Cód. Civil, que incorpora la figura del heredero aparente, como especie de la apariencia jurídica). Los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

coherederos sólo tendrán la acción de reducción o de colación, dentro del campo de los derechos personales.

En el common law, como no se aplica la apariencia jurídica, los coherederos preteridos pueden reivindicar por cuanto tienen acción reipersecutoria, pero como no existe la institución de la legítima, se los puede excluir fácilmente omitiéndolos en el testamento del causante. Este riesgo - y otros factores - ha querido neutralizarse con el seguro de título (title insurance), que indemniza al reivindicado(3)(4).

Al producirse la transmisión mortis causa con abstracción del pronunciamiento judicial, no encontramos mayor diferencia con la transmisión inter vivos y menos todavía con la venta forzosa, por lo que pensamos que las transmisiones a título universal pueden realizarse con una amplia colaboración notarial, reduciéndose la intervención de la judicatura a los casos en que haya o sobrevenga conflicto.

Mientras tanto - ya que se trata de una solución de lege ferenda - esa colaboración puede comenzar tan pronto como el juez dicte la declaratoria de herederos o declare válido el testamento en cuanto a sus formas.

De alguna manera esa cooperación notarial ya se cumple en el tracto abreviado, que permite a los herederos declarados o instituidos (y al cónyuge supérstite) enajenar los bienes inmuebles sin la previa inscripción dominial a su favor, pues ésta se hará simultáneamente con la inscripción que corresponda al subadquirente (art. 16 de la ley argentina 17801).

La protocolización del documento judicial o la fe notarial de haberlo tenido a la vista, es de la misma naturaleza que la afirmación de tener a la vista el título antecedente que invoca el vendedor.

El Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, que rige en el Estado federal argentino, ha dispuesto: "Aprobado el testamento o dictada la declaratoria de herederos, en su caso, si todos los herederos fueren capaces y, a juicio del juez, no mediare disconformidad fundada en razones atendibles, los ulteriores trámites del procedimiento sucesorio continuarán extrajudicialmente a cargo del o de los profesionales intervinientes..." los que "podrán solicitar directamente la inscripción de los bienes registrales..." (art. 698, ley 22434). Nosotros hemos propuesto agregar a este texto el siguiente párrafo: "... El letrado interviniente podrá protocolizar las piezas del expediente judicial relacionadas con la inscripción y delegar en el notario autorizante los trámites inscriptivos".

Como lo hemos sostenido con anterioridad, no se trata de reemplazar al abogado sino al juez y los trámites preinscriptivos no deben hacerse "por notario" sino "ante notario"(4)(5).

En todos los casos el requirente de la colaboración notarial deberá ser un abogado de la matrícula.

Lo importante es que en el léxico forense ya no se dice "juicio sucesorio", sino trámite o procedimiento sucesorio, reconociéndose la excepcionalidad del "juicio", que sólo procede en caso de discordia entre justiciables.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En el VIII Congreso Internacional del Notariado Latino (México, 1965) se especifica que "El notario, en dichos actos, interviene investido de una función pública" y que "La intervención notarial deberá cesar cuando el acto devenga litigioso".

IV. LA FUNCIÓN ANTILITIGIOSA Y DE ECONOMÍA PROCESAL

La lucha por el derecho a que aludía Ihering se exterioriza en dos batallas fundamentales: la justicia y la paz jurídica.

Al servicio de la justicia están los jueces, abogados y procuradores, mientras que al servicio de la paz jurídica están los notarios, los registradores y algunos burócratas (siempre que sean legitimadores).

Pero la lucha por el derecho puede ser también de orden interno, cuando se trata de equilibrar la seguridad de los derechos con la seguridad del tráfico, entre las que a veces hay antinomia.

Sucede que el destinatario del acto de justicia (reconocedora o reparadora) necesita lograr la estabilidad (paz jurídica) de sus derechos, cuyo revisionismo tiene que ser atemperado. Por eso la sentencia judicial, si bien admite recursos procesales, éstos deben interponerse dentro de plazos determinados y breves para llegar a la "cosa juzgada". De no ser así los litigantes insistirían en sus pretensiones hasta llegar al *ius abutendi* (*summum jus, summa injuria*).

Si por el contrario, se antepone siempre la paz jurídica a la justicia, se cometerían verdaderos despojos.

El ideal será entonces lograr justicia "pacífica" y paz jurídica "justa".

Dentro de la normalidad jurídica (endonorma) la tarea de los notarios es más frecuente que la de los jueces (perinorma), pero como éstos son menos que aquéllos y la patología jurídica es más compleja, ven recargadas sus funciones.

Para descongestionar la sobrecarga en la actividad judicial y obtener una verdadera "economía procesal", pueden derivarse a la función notarial muchas tareas retenidas atávicamente por el Poder Judicial.

Si bien la actividad notarial es de profilaxis del litigio (lo previene o lo simplifica). además de ser antilitigiosa puede ser "aligiosa" (como la fe pública administrativa), mientras que la fe pública judicial debería ser exclusivamente litigiosa, liberándose de quehaceres parasitarios, en que no corresponde juzgamiento (*stricto sensu*) por encuadrar en el marco de la "jurisdicción voluntaria".

Sobre la jurisdicción voluntaria como incumbencia notarial se han pronunciado diversos congresos, jornadas y convenciones.

Limitándonos a los de mayor jerarquía internacional, tenemos los siguientes Congresos Internacionales del Notariado Latino:

Primero (Buenos Aires, 1948): "Es su aspiración que todos los actos de jurisdicción voluntaria, en el sentido dado a esta expresión en los países de habla castellana, sean atribuidos, exclusivamente, a la competencia notarial".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Cuarto (Río de Janeiro, 1956): "Declara que la constatación de la transmisión de bienes por causa de muerte es función notarial específica y como consecuencia formula el deseo de que las sucesiones se radiquen ante el notario, quien tendrá jurisdicción de ellas hasta lograr sus efectos jurídicos".

"En todos los casos en que por surgir controversias se recurra a la vía judicial, después de resueltas volverán al notario, para realización de las demás fases de la transmisión".

Sexto (México, 1965): En "la comprobación y autenticación le hechos..." "El notario, en dichos actos, interviene investido de una función pública" (y no como profesional del derecho).

"La intervención notarial deberá cesar cuando el acto devenga litigioso".

"Es inherente y complemento necesario de la actividad notarial el ejercicio del ius postulandi en todos los actos que guarden conexión con ella".

V. CONCLUSIONES

Eduardo Couture, insigne procesalista uruguayo de prestigio internacional, concibió un sistema de trámite sucesorio centrado en la función notarial. Su modelo se transformó en derecho positivo en Guatemala, donde se lo aplica como alternativa, que es como debe, ser para que los particulares, o sus abogados, elijan la vía preferida.

En la Argentina, hace varios años, otro distinguido procesalista, Lino Palacio, diseñó una similar metodología, pero lamentablemente algunos abogados interpretaron que el proyecto lesionaba sus incumbencias, lo que no es exacto.

De ninguna manera debe plantearse un problema competitivo entre abogados y notarios; su intervención debe ser promiscua, actuando aquéllos como profesionales del derecho y éstos como instrumentadores, por cuanto "El notario, en dichos actos, interviene Investido de una función pública" (VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, México, 1965).

El problema no existe en los países en que no hay incompatibilidad en el ejercicio simultáneo de la abogacía y del notariado, que son precisamente los países del Norte, Centroamérica y el Caribe, en que ambas profesiones están indiferenciadas, por lo que en ellos no habría ninguna dificultad en tramitar las sucesiones en sede notarial, tal como lo postula la V Jornada Notarial a celebrarse en Santo Domingo.