

CONSEJO FEDERAL DEL NOTARIADO ARGENTINO

I ASAMBLEA ORDINARIA 2008

Merlo (San Luis) 27 y 28 de marzo de 2008

INTERVENCIÓN NOTARIAL EN PROCESOS NO CONTENCIOSOS.

Disertante: Not. Agustín O. BRASCHI

La realidad es que no habíamos separado el trabajo sino que pensábamos dialogar acerca de un tema que preocupa a todo el notariado desde hace mucho tiempo, como la pretensión de una incumbencia que la historia se la hizo perder y que dadas las circunstancias especiales que existen en la rémora que atrasa los resultados del Poder Judicial de todas las provincias –supongo que en el de la Nación es absolutamente seguro- por el exceso de trabajo, el exceso de litigiosidad, la falta de recursos con el que el Poder Judicial se mueve, se hace cada vez más evidente que cierto tipo de actos que no necesitan de la jurisdicción retornen a la senda madre que es recoger la voluntad de las partes que no están en conflicto, darles contenido de autenticidad y que ese contenido de autenticidad les permita ejercer y estar protegidos por la figura de la apariencia jurídica que junto con el transcurso del tiempo son dos gatillos que hacen que exista seguridad jurídica en la contratación.

Curiosamente, como muchas otras cosas de nuestro modo de utilizar el idioma castellano, se llama “jurisdicción voluntaria” a algo que no es jurisdicción, porque jurisdicción viene del latín *iuris dictio* y significa “decir derecho”, y justamente en los casos de jurisdicción voluntaria el juez no dice derecho, el juez declara que ha comprobado algo y que los efectos jurídicos de esa comprobación surgen de la ley o de la voluntad legal.

Por otro lado, el acto más trascendente del ejercicio judicial en materia de jurisdicción voluntaria tampoco debiera ser voluntario porque es la sucesión, y salvo en el caso de los suicidas, el disparador de todo el proceso, es decir la muerte, no tiene nada de voluntaria.

En realidad es un proceso o procedimiento para lograr algo, y si nosotros pretendemos que ese procedimiento se realice en sede notarial, el verdadero nombre que debiera recibir esto es el de “proceso no contencioso en sede notarial”. Esta forma de nombrarlo así fue asumida por la Unión Internacional del Notariado Latino en 1992, pero hasta el día de la fecha nosotros no nos hemos enterado y seguimos hablando de la “jurisdicción voluntaria” porque es la forma en que normalmente la conocemos.

Este proceso que tiende a demostrar quién es heredero de alguien no es otra cosa que una legitimación subjetiva, algo que nosotros hacemos continuamente y nadie nos discute. ¿En qué consiste declarar a alguien heredero de una persona que ha muerto? Consiste en comprobar que, o bien su estado de familia le genera, a través de las disposiciones del Código Civil, la posibilidad de seguir su patrimonio, o bien que por un acto voluntario del hoy

causante -el testamento- se pretende que otra persona o varias personas lo sucedan como titulares de su acervo.

Entonces, ¿a qué se limita el juez? Se limita a comprobar que la prueba que a él se le suministra es conducente a establecer el vínculo familiar que genera capacidad sucesoria, o que el acto testamentario ha cumplido las formas establecidas por el Código Civil para que sus efectos jurídicos hagan que ese patrimonio que se ha quedado sin titular pase a otro.

En algunos casos hasta la posesión del patrimonio es inmediata y no necesita de ningún otro tipo de acto, porque el Código Civil supone que el momento de la muerte produce, en forma simultánea, para todo el mundo la apertura de la sucesión, la transmisión del patrimonio y la posibilidad de su disposición, e incluso para los herederos ascendientes, descendientes y cónyuge -es decir los legitimarios- hasta la posesión del acervo hereditario es instantánea. Los que no están dentro de esta categoría, que también pueden ser legítimos sin ser legitimarios, necesariamente deben recurrir al juez para que 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. Sólo tiene relevancia esa situación jurídica particular respecto de los bienes registrables, que son aquellos que son de imposible disposición si no aparece la protección registral previa en cabeza de quien va a disponer, porque del resto del patrimonio sucesorio -y esto todos lo sabemos- la gente dispone libremente a partir de la muerte del causante. Hay algunos que disponen antes (*risas*), pero lo que da derecho a disponer es el hecho de la muerte. ¿Quién tramita la sucesión de alguien que no tiene un inmueble, un auto, un patrimonio societario? Nadie, salvo que haya un conflicto, pero en ese caso ya estamos fuera de la mal llamada jurisdicción voluntaria, porque cuando aparece el conflicto es obligación del juez resolverlo.

Graciosamente todo el mundo reconoce que la resolución de conflictos, por este agotamiento de la capacidad de los tribunales para resolver y sentenciar cotidianamente, puede ir por otras sendas. Y así tenemos los medios alternativos de resolución de conflictos, algunos de los cuales -como el arbitraje y la amigable composición-, que obran en todos los Códigos de Procedimientos y nadie se asusta. Fíjense que para actuar como amigable componedor no hace falta ser abogado, y tampoco para desempeñarse como árbitro. Solamente hay que ser capaz. El título de abogado presupone capacidad; no la demuestra sino que la presupone.

Se presupone que el árbitro es elegido por su capacidad. Si uno va a comparar lo que es la resolución de un conflicto en materia judicial o arbitral, el arbitraje es ampliamente más positivo, más satisfactorio, más eficaz y más eficiente, porque uno elige al árbitro por su conocimiento del derecho en materia del conflicto que se le plantee. Uno puede elegir en el arbitraje el derecho de fondo que va a utilizar para lograr la solución de su conflicto; uno puede elegir el derecho de fondo de un país, puede elegir el derecho procesal de otro porque es mejor el procedimiento. Entonces, el arbitraje reemplaza al juez en algo que es propio de él, como es la jurisdicción, porque se termina con un laudo que es lo mismo que una sentencia, y a nadie la molesta.

Ahora, el problema se produce cuando alguien dice que va a trasladar algo que no es conflictivo sino que es un mero acto administrativo de comprobación de documentos, que son los formalmente válidos para declarar un estado de familia, y como todo el mundo está de acuerdo, se trata de personas capaces, no hay ausentes, se propone hacerlo en la sede de quien lo autentica.

¡Ah, no! Ahí no, porque estamos violando no materia jurídica sino que estamos violando intereses. En realidad, estamos atemorizando a quienes tienen intereses en este tipo de procesos, porque el estado se refiere a toda la familia, que es la relación jurídica que surge del nacimiento o de un acto voluntario, como es el reconocimiento de un hijo. Fíjense qué importante: yo puedo ser el heredero porque he sido reconocido como hijo ante escribano público. A nadie le molesta. Yo puedo ser heredero porque he sido declarado como tal a pesar de que no soy legítimo sino voluntario porque alguien me instituyó como heredero en un testamento hecho por acto público ante un escribano. A nadie se le rasgan las vestiduras por ello.

Entonces, ¿qué es lo que va a analizar el juez cuando le toque este tema? Va a analizar si el testamento es válido, y es válido porque fue hecho por acto público, cumpliendo todas las formalidades, y eso es lo que da origen a la calidad de heredero. El juez lo único que va a hacer es declarar heredero en cuanto ha lugar por derecho. ¿Qué quiere decir que lo declara en cuanto ha lugar por derecho y no sentencia que Fulano es heredero de Fulano de Tal? El derecho me puede demostrar mañana que el que hoy aparece como heredero en realidad no lo es porque aparecer otro que tiene un mejor interés, así como puede aparecer otro que tenga el mismo interés y entonces lo desplace solamente en forma proporcional. Vale decir que la declaratoria es eso, lo que su nombre lo indica: declarar algo, pero el carácter de heredero no surge de la declaratoria sino de la consanguinidad, de la relación jurídico-familiar, de la voluntad de quien se convirtió en causante. Es decir que, efectivamente, estas circunstancias que hacen que el patrimonio de alguien que murió se traslade a otro se dan y así lo declara el juez porque es lo único que le trajeron y nadie se opuso. Por eso, esa declaración no es cosa juzgada sino una apreciación.

Ahora bien, ¿qué estoy haciendo yo cuando digo esto como juez, cuando declaro a alguien que es el heredero? ¿Por qué la ley le da estas características? Lo estoy legitimando, y legitimar implica que es de acuerdo con la ley. No es otra cosa. ¿Qué hace el escribano cuando comparece el presidente de una sociedad anónima? Lo legitima subjetivamente. ¿Qué hace el escribano cuando alguien viene como persona física a otorgar un poder? Lo legitima subjetivamente, esto es, que tiene la capacidad jurídica no porque lo haya revisado o porque le parezca que piensa bien, sino porque la ley establece que si tiene más de 21 años es capaz para hacer eso. Entonces, el escribano lo legitima para otorgar ciertos actos. Todos los días los escribanos nos pasamos legitimando subjetivamente a alguien, y también legitimamos objetivamente. Decimos que alguien tiene no sólo la legitimación subjetiva sino también la objetiva respecto de lo que va a realizar, y esto es el resultado de un proceso sucesorio en que el juez examina la documentación que hace que a él le genere el juicio de valor decir que Fulano de Tal es aquel a quien la ley pone como heredero de alguien.

Esto, como diría Carlos D'Alessio, explicado acá, es como un baile entre primos. Nadie me va a negar esto que estoy diciendo, pero si yo dijera esto en la Federación Argentina de Colegios de Abogados ya me estarían tirando con todo. ¿Por qué? Porque tienen un rechazo atávico a este tema. ¿En qué funda el rechazo atávico? En que temen perder la incumbencia de la sucesión. Yo tenía un profesor de derecho procesal que siempre decía que los escribanos no generaban nada en derecho, que no creaban nada en derecho, ya que siempre repetían formularios, y un amigo mío se puso de pie y le dijo: Sabe que tiene razón, doctor, yo cada vez que veo una escritura pública y pienso que no se crea nada miro una sentencia y advierto que tampoco se crea nada. En una declaratoria de herederos tampoco se crea nada. Todas son iguales, doctor. El profesor metió el violín en la bolsa y se calló. Todos creamos derecho, cada uno dentro del ámbito al cual le corresponde.

Como los magistrados tienen algo que nosotros no tenemos, que es la posibilidad de decir la ley, de generar y crear la norma jurídica particular para un caso sometido a su consideración, debemos dejar al juez todo aquello en lo que esto hace falta, es decir, todo aquello que necesite de una norma particular. Se habla pomposamente de la administración de la justicia, pero en realidad los jueces no administran la justicia sino que administran la ley, no la justicia, porque lo que hacen es aplicar la ley, cuando pueden, pero no la justicia, porque cuando ante un juez se presentan dos partes en conflicto y él percibe que la que tiene mejor derecho es una pero no lo sabe expresar, que no suma la prueba que se declara o las características que necesita para declarar a favor, se tiene que callar la boca porque, si no, caería en la *plus petitio*, con sus consecuencias. Entonces, los jueces no administran justicia sino que malamente, así como nosotros malamente hacemos escrituras públicas porque somos seres humanos, administran la aplicación de la norma jurídica a cada caso en particular. Eso les debe llevar mucho tiempo porque analizar la prueba y llegar a través de la prueba a establecer una presunta verdad es un trabajo enorme. Distraer esa función en cosas que no requieren de esta esencia es un malgasto procesal.

Hace mucho tiempo se pretendió hacer una reforma del Código de Procedimientos para admitir la sucesión en sede notarial y gozó de la animadversión de todos los Colegios de Abogados y de su Federación por este temor del cual yo hablaba al principio. Para evitar este temor la propuesta era, en primer lugar, que el patrocinio letrado en el proceso notarial era obligatorio, o sea, que debe permanecer la figura del abogado por cuanto lo que pretende el notario es reemplazar la capacidad verificadora del juez y no la labor jurídica del abogado. Consecuentemente, el proceso en sede notarial requeriría también del asesoramiento jurídico del abogado.

Segundo, para evitar las malas interpretaciones respecto de que en una escribanía pudiera haber abogados que trabajaran para el escribano que tuviera sucesiones se propuso el sorteo del escribano a intervenir así como se sortean los juzgados. Esto tampoco tuvo efecto, porque en primer lugar, vamos a ponernos en los pantalones de ellos. Piensan: bueno, ahora nos dicen que sí, que es con patrocinio letrado porque no lo tienen, pero el día que lo tengan van a decir que si todos los escribanos son abogados quién necesita de patrocinio letrado de la parte para tramitar una sucesión. Entonces, nos van a dar buenos vientos hacia otros puertos y la sucesión no la vemos más. Es un temor que existe. Contra eso también hay que gestionar, como se dice ahora.

Asimismo, si las cosas se hacen por sorteo la pregunta es dónde. ¿En los Colegios de Escribanos? No. En fin, se pueden allanar estas cosas, pero lo más difícil de allanar va a ser la comprensión por parte de nuestros colegas en ejercicio de la abogacía, porque existe una animadversión atávica a este tema.

La realidad es que la legislación de fondo, el Código Civil, no exige que sea el juez el que dicte la declaratoria de herederos. Esto surge fundamentalmente de los códigos procesales y además hay muchas normas registrales que apuntan a eso para tener certeza respecto de la capacidad de disposición que tienen los herederos.

¡Pero qué cosa fantástica! Lo fundamental del trámite del derecho sucesorio apunta a la distribución del patrimonio del causante, porque lo otro es una circunstancia que o un hecho jurídico genera o una voluntad jurídica correctamente expresada genera.

Eso es nada más que comprobable. Lo demás -cómo se distribuye el patrimonio- es lo que en nuestra Capital Federal y en la provincia de Buenos Aires cayó en desuso, que es la partición. La partición sí está en manos del escribano. La partición sí en el código de fondo está permitida. La partición sí está tratada en el código de fondo en sede notarial, y se exige la forma jurídica de la escritura pública. Ello cuando todos son capaces y están presentes. Porque son actos volitivos de la misma trascendencia que la compraventa, que la donación, que la conformación de una sociedad. Es recoger voluntades con forma auténtica.

¿Voluntades de quién? De quien previamente, auténticamente, tiene el derecho que le generó la ley de fondo.

Si en algún momento el notariado tuviera la oportunidad de -así como ocurre en España, como ocurre en Francia, como ocurre en Alemania, como ocurre en Italia- generar sede notarial, lo primero que tiene que hacer es cuidar los intereses de los colegas abogados, porque si no va a ser una tarea como la del pobre Don Quijote con los molinos de viento; no va a haber racionalidad en la otra parte.

León Hirsch seguramente recordará cuando estábamos en la comisión conjunta con el Colegio de Abogados. No había una sola circunstancia jurídica que no fuera rebatida, ni una. Solamente decían: en todo esto ustedes tienen razón, pero cuando nosotros vamos al Colegio, nos matan. Porque así están planteadas las cosas.

De cualquier manera, aun inadvertidamente, en sede notarial ocurren muchas cosas que tienen el mismo contenido de estos procesos voluntarios y que nosotros hacemos cotidianamente sin molestar a nadie, porque no les harían ganar mucho dinero a otro, esta es la verdad. Es más, ni a nosotros nos hacen ganar dinero, porque a veces las hacemos en la forma más sencilla y simple posible y parece intrascendente, aunque sus efectos jurídicos son trascendentales.

Dejo el tema planteado antes ustedes porque sé que hay varios proyectos, uno de los cuales ya fue presentado por el Colegio de Capital, y debiera ser interesante que el proyecto fuera del Consejo Federal para aprovechar la circunstancia a favor de todos los Colegios. Pero la realidad es que forma parte del federalismo el procedimiento en cada lugar. Por lo tanto, se podrá usar algo de base, pero adonde hay que apuntar es a los códigos de procedimientos locales.

Esto no es solucionable a través de las leyes orgánicas del notariado, que por más que contengan normas que faculten al escribano a realizar procesos sucesorios en sede notarial no van a estar en vigencia si no se corrige simultáneamente el Código de Procedimientos de cada lugar.

El método puede ser similar para todos. Desde mi punto de vista, fundamentalmente tienen que respetar estas cosas que la experiencia nos ha hecho ver sin duda alguna, de que debe asegurarse a través del tiempo el asesoramiento jurídico del abogado.

El argumento en contra que utilizan ellos es: el juez también sabe derecho igual que ustedes, el juez también tiene el título de abogado igual que ustedes. Porque el título de abogado, en las universidades nacionales, es mezquino. Se dice que alguien se recibió de abogado, y abogado no es más que una miserable parte del desempeño jurídico de alguien que conoce la ciencia en una mayor dimensión. Advocar, abogar, es hablar por otro, es defender a otro. Pero el que sale de la Facultad puede ser abogado, puede ser juez, puede ser secretario, puede ser jefe de un Registro Civil, puede ser muchísimas cosas más. Y puede tener la suerte, como la tenemos nosotros, de ejercer su conocimiento de la ciencia jurídica en la parte sana de la ciencia jurídica, no en el litigio, no en el conflicto. Porque el conflicto y el litigio son la parte enferma del derecho. La parte sana del derecho es la asunción pacífica de la norma. No habría norma vigente si todo el mundo discutiera la norma continuamente.

Entonces, el que aboga lo hace solamente en ese ámbito, en el del conflicto o litigio. Y el que sale de la Facultad con el título máximo tiene un campo mucho mayor. Si ustedes le preguntan a cualquier estudiante de derecho qué quiere ser después que obtenga el título, si litigante o asesor, en el 99 por ciento de los casos van a elegir el asesoramiento, porque litigar es desgastante, y si lo era hace muchos años, hoy es diez veces peor. Uno nunca sabe cómo va a terminar un juicio, porque al fárrago de expedientes que tramita cada juzgado se suma el desconocimiento del derecho cada vez más evidente en los juzgados. Entonces, la imprevisibilidad de la terminación de un juicio también es desgastante para quien ejerce la abogacía.

Nosotros tenemos que lograr de alguna forma hacer ver a los abogados que la intención del notariado de acompañar una mejor distribución de la justicia es en beneficio de ellos fundamentalmente. Ellos van a poder levantar un teléfono y hablar con el escribano para preguntarle cómo va el proceso sucesorio en sede notarial, sin necesidad de concurrir con un escrito; que lo podrán hacer a cualquier hora; que en cada escribano van a tener un ayudante para compilar la prueba que haga que una persona sea declarada heredero, por una u otra forma.

Entonces, el trabajo institucional del Consejo Federal es hacer esta tarea de penetración cultural en el buen sentido de la palabra. Hoy hablábamos del conflicto social y decíamos que era necesario que todos estemos hermanados. Con los abogados pasa lo mismo: tenemos que lograr que ellos entiendan que esto es para su beneficio, no en perjuicio de su función.

Por lo dilatado de esta reunión, creo que con esto es suficiente como base y estoy a disposición de ustedes para cualquier pregunta que me quieran hacer sobre este tema.