

Mendoza, 04 de Octubre de 2022.-

**A LA SEÑORA
PRESIDENTE DEL COLEGIO DE ABOGADOS
Y PROCURADORES DE MENDOZA**

Dra. Andrea Maturana

S / D

En función del requerimiento efectuado en fecha 16 de Septiembre por intermedio del Directorio, procedemos a remitir INFORME de Opinión requerido respecto del Proyecto de Ley de Sucesiones Notariales (2855-D-2022).

Si bien el objeto de análisis merece objeciones desde el punto de vista del derecho constitucional y civil fundamentalmente, hemos evaluado que desde la Comisión de Compliance es posible aportar una valoración pertinente a la materia que nos incumbe. Es menester recordar que genéricamente Compliance comprende, entre otros aspectos, la gestión de riesgos con el fin de prevenir incumplimientos normativos.

En tal sentido, el examen se ha realizado tomando en consideración el principio de seguridad jurídica, entendida como la “certeza del derecho”, frente a los riesgos que podrían impactar en tal garantía en caso de que el Proyecto prosperara tal como ha sido concebido.

En primer lugar, cabe señalar que el proyecto se refiere a las “actas de notoriedad” como el instrumento idóneo para concretar la declaratoria de herederos (art. 1 del proyecto). Este tipo de actas suponen la narración de hechos presenciados por el escribano, o narrados en su presencia, quedando firme para el futuro luego de la autenticación por el mismo. No están destinadas a crear derechos sino a relacionar hechos notorios sobre los cuales se fundarán derechos. En las mismas el notario no da fe de lo que percibe, sino de lo que es notorio y por los medios que él estime más conveniente. En nuestro CCCN no están individualizadas como tales, sino que encuadran en las reglas genéricas de los artículos 310- 312 de dicho cuerpo legal y las disposiciones que por su carácter de instrumentos públicos les resulten aplicables. En todo caso, no debe perderse de vista que siempre se trata de la comprobación de hechos.

En tal sentido cabe considerar que la falta de expresa regulación del acta de notoriedad protocolar de declaratoria de herederos podría generar en la práctica numerosos conflictos relativos a la certidumbre de los elementos que el notario tuvo en consideración al momento de formar su convicción.

A su turno, el procedimiento ha previsto la suspensión del acta notarial de notoriedad en caso de controversia entre herederos y/o legatarios que, por tal motivo, iniciaran un trámite contencioso judicial (artículo 3 del Proyecto). Al hablar de “suspensión” debe interpretarse que el procedimiento puede continuar posteriormente

a la contienda judicial ante el Notario, sin embargo, la norma no lo determina, como tampoco lo hace respecto del destino del acto abierto, pero “suspendido” que en todo caso, debe tener un cierre o finalización.

Con relación a los requisitos que enumera el Artículo 4° del Proyecto, merecen observarse los siguientes puntos: el inciso a) indica que debe existir interés legítimo de la persona para formular el requerimiento. La amplitud de este interés legítimo queda a criterio del notario, pues nada dice el proyecto al respecto. De modo que, algún acreedor del causante podría hacer el requerimiento, e incluso un acreedor de alguno de los posibles herederos aún no declarados. En ambos supuestos deja abierta variadas hipótesis de desprotección del derecho de los legítimos herederos.

En cuanto al consentimiento unánime de todos los interesados para ocurrir por esta vía, puede pasar, y de hecho ocurre que, no todos los aparentes “interesados” pueden estar al tanto de la iniciación del trámite notarial. En el supuesto, al hablar de “interesados” cabe preguntar si los acreedores del causante también deberán prestar consentimiento, por ejemplo. A su turno, la participación el Ministerio Público en caso de menores no emancipados, incapaces o personas con capacidad restringida deberá ser objeto de regulación dentro del orden provincial, pero requerirá en cualquier caso un despliegue de actividad extrajudicial de sus representantes que resulta de difícil aplicación práctica en torno a los derechos que deben preservar.

Cabe señalar, que en el inciso d) se alude a la última residencia habitual o domicilio legal del causante para determinar la “jurisdicción” del Notario interviniente, sin embargo, el CCCN determina que la jurisdicción la fija el último domicilio del causante, no aludiendo al domicilio legal. El último domicilio no está representado por el lugar de fallecimiento donde se registra la pertinente partida de defunción sino por el último lugar donde tuvo su centro de vida el causante, por ende, puede ocurrir que este último domicilio del causante sea un hecho sometido a prueba que podría plantearse, en cuyo caso no se ha previsto solución alguna. Si la muerte ocurriera en una Provincia y se advirtiera que el centro de vida del fallecido estaba en otra, deberá determinarse el último domicilio del causante para conocer si le corresponde al Notario, de acuerdo a su provincia, intervenir o en su defecto denegar la tramitación, etc. Pero ¿cómo establecerá el escribano esta circunstancia? Las meras declaraciones de los interesados pueden no ser suficientes si estos tienen algún interés en radicar la sucesión en una jurisdicción extraña a fin de eludir a otros interesados, incluidos los acreedores. La falta de claridad en tal precepto, puede originar futuros planteos de excepción por incompetencia.

En cuanto a los posibles conflictos de interés que podría suscitar el procedimiento sucesorio notarial cabe señalar que el Artículo 6°. Incompatibilidades del Proyecto enumera a “su cónyuge o conviviente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad cuando sean personalmente interesados, como causales de abstención de su actuación”. Sin embargo, omite mencionar al propio escribano. En este aspecto es sumamente dificultosa la comprobación de la existencia de conflicto de interés por parte de los herederos o legatarios puesto que supondría tener que conocer los vínculos del notario. A su turno, el propio notario puede desconocer los vínculos de herederos o legatarios con sus parientes, y los intereses de ambos, salvo que fueran notorios y que comunique a estos parientes la

existencia del proceso sucesorio que se intenta ante él. Nuevamente, la incertidumbre puede ocasionar serias dificultades y futuras controversias.

Tampoco se establece el procedimiento en caso de que algún heredero y/o parte interesada, decida denunciar dicha irregularidad, así como tampoco se expide en cuanto a la validez y eficacia de los actos realizados por el notario a la época en que existió el conflicto de interés, en caso de haber ocurrido.

Las previsiones de los artículos 7 y 8 del Proyecto destinadas a evitar la doble tramitación de procesos sucesorios, no son suficientes si se tiene en cuenta que puede producirse el solapamiento de procedimientos intentados en distintas provincias, hipótesis no contemplada y que deja al arbitrio de los herederos y legatarios la selección de la jurisdicción, tal como se señala al analizar el artículo 4° del Proyecto.

Con respecto al denominado “Período de diligencias” del Artículo 9° se advierte que si bien “el escribano debe desarrollar las diligencias pertinentes a fin de arribar a su juicio”, no se especifica en modo alguno qué tipo de diligencias podría efectuar quedando a exclusivo arbitrio del interviniente aquellos elementos que considere suficientes para formar opinión. Con ello, dependerá del criterio de cada profesional el tipo y alcance de medidas a tomar, siendo un aspecto netamente subjetivo e incierto. El proceso sucesorio, tal y como se encuentra reglamentado en el CCCN, establece una serie de etapas preclusivas para realizar la declaratoria, administración y partición del acervo.

La delegación de dicha facultad -que a la fecha se encuentra en la persona del juez- a los escribanos, implica un cambio en la concepción misma del proceso sucesorio, el cual ha sido concebido incluso como fuero de atracción universal, del mismo modo que los procesos concursales. Por lo que, en el supuesto en que coexistan dos procesos universales de la misma persona, sea que la muerte del causante hubiera precedido al proceso concursal del patrimonio del fallecido (“concurramiento de la sucesión”: art. 2 LCQ), o que, habiéndose iniciado el proceso concursal de una persona física, ésta falleciera, tras lo cual se abre su Sucesorio (“sucesión concursada”).

Tradicionalmente existieron distintas posiciones sobre si el juez competente en uno de los procesos universales podía atraer al otro, divergencias alentadas por el silencio legal, que aun hoy se mantiene. El problema es grave si los jueces tienen distinta competencia territorial. La respuesta es positiva, no solo porque cada proceso tiene su propia finalidad, sino también porque la propia normativa concursal (art. 105) refiere a ella. Conforme la doctrina mayoritaria y pacífica, no hay pues fuero de atracción por cuanto a la fecha, coexisten perfectamente ambos procesos universales de la misma persona, no estando justificado la acumulación de procesos ni el fuero de atracción de uno sobre otro. Cada proceso tiene su finalidad, y son perfectamente compatibles. Ahora bien, en el caso de las sucesiones notariales, existiría un dilema a resolver por cuanto por una lado, concursalmente estaría resolviendo un juez, mientras que a nivel sucesorio, un escribano. Dicho conflicto no se encuentra cuanto menos, considerado.

Entre los requisitos dispuestos en el Artículo 10 del Proyecto se indica “demostrar el vínculo de parentesco invocado con la documentación que corresponda, incluso de aquellos herederos que no hayan requerido el acta notarial de notoriedad”. Una vez más la norma es susceptible de observación desde el punto de vista de los riesgos que podría ocasionar. En principio, la “documentación que corresponda” no puede ser otra que partidas oficiales, sentencias judiciales u otro tipo de instrumento suficiente que acredite el vínculo. Bien podría presentarse el caso de quien concurre al acto con un estudio de ADN pero sin haber sido reconocido como descendiente por el causante. En tal caso, y a tenor del texto el notario podría considerar cumplido el requisito. La falta de parámetros objetivos para la determinación del vínculo parental redundaría en perjuicio de la certeza que requiere la declaratoria de herederos.

La ampliación de la determinación de herederos tal como ha sido regulada, dispone la suspensión del acta de notoriedad en caso de oposición de por lo menos uno de los herederos ya reconocidos debiendo recurrir a la vía judicial. Tal como se advirtiera al referirnos al artículo 3° del Proyecto, la suspensión ¿supone que el trámite proseguirá en algún momento frente al notario? La norma no da respuesta.

Sin perjuicio de que los fundamentos que acompañan al proyecto pueden resultar atractivos, no es menos cierto que a “prima facie” y tal como está concebido, dejan un alto margen de incertidumbre respecto de los derechos de herederos, legatarios y acreedores, en contradicción con la necesaria seguridad jurídica que debe primar en un proceso sucesorio. A esto debe sumarse la poca certeza que ocasionará la reglamentación en cada Provincia de acuerdo con sus propias normas de derecho público y organización notarial y judicial, que no son uniformes, cuando deba aplicarse en casos de bienes en otras jurisdicciones, o para la determinación de la competencia conforme al lugar del deceso y el de último domicilio del causante, o en caso de herederos y/o legatarios radicados en distintos lugares del país.

Cabe mencionar que en materia de las relaciones transaccionales y del ámbito de las obligaciones, haciendo un paralelo con lo explicitado ut supra, rige el principio general de la Seguridad Jurídica la cual no se cumple en el Proyecto, sumada a la injerencia y afectación de la defensa de la competencia leal entre profesionales dentro del ámbito jurídico y poniendo en duda o límites grises la delimitación de las facultades tanto de abogados como escribanos.

Sin dejar de profundizar en la necesidad de establecer un protocolo en lo que haga al cumplimiento del mismo proyecto, específicamente en la provincia de Mendoza, queda el interrogante como coexistirían las facultades delegadas y privativas en lo que respecta a nivel provincial en cuanto al ejercicio profesional.

No hay que perder de vista que el proceso sucesorio en nuestro derecho positivo, fue concebido conforme el sistema romanista de sucesión en la persona conforme al cual “el difunto continúa en la persona de su heredero; produciéndose en el momento de la defunción una especie de transfusión de la personalidad” (Josserand, III, n° 920). Constituye una idea que expresa la continuidad de la raza y del culto, no siendo cada generación más que un anillo de una cadena sin fin” (Josserand, III, n° 920). El fallecido no desaparece, se prolonga en este mundo a

través de su sucesor. “El causante y el sucesor son una misma persona, de tal suerte que el vacío que deja el primero, es llenado instantáneamente por el último, sin que ocurra la menor alteración en la naturaleza y extensión de los derechos comprometidos” (Fornieles, I, n° 4)¹. En la antigua Roma, el verdadero sentido de la transmisión hereditaria no era el de recoger los bienes del difunto, sino sucederle en su posición con todas las consecuencias que ello implicaba. Era un verdadero sucesor en la persona porque allí nada o muy poco tenían que ver los bienes; y ello ya sea que fuese heredero legítimo, ya testamentario.

Se lo encuentra en el derecho civil francés (v. arts. 724 y 1220 del Cód. Napoleón) y en los Códigos que siguen su inspiración. Y recibe su justificación teórica en una de las más impresionantes —por su envergadura- teorías jurídicas: la del patrimonio, cuyo principal expositor es la obra de Aubry y Rau. (“ers de Drait Civil Francais d’après la methode de Zachariae”, 4ª ed., París, 1873, n9 573 s.s.).

No siendo éste el lugar adecuado para la exposición y crítica de dicha doctrina —del patrimonio- la pasaremos por alto, limitándonos a destacar de la misma lo siguiente: nuestro derecho positivo, conforme su historia y legislación extranjera tomada de referencia, se concibe al patrimonio como una universalidad de derecho, sin consideración a los bienes que lo integran. El patrimonio sería una verdadera expresión, objetivación, de la personalidad humana. Lo que se trasmite por causa de muerte, es el patrimonio, la universalidad, es decir que el sucesor ocupa el lugar del causante en la titularidad del mismo, en igualdad de condiciones. Y no se concibe un patrimonio sin titular, ni una persona sin patrimonio (aunque este puede ser puro pasivo), ni una persona con más de un patrimonio. La sucesión en la persona como sistema surge, pues, como consecuencia inmediata y racionalmente necesaria de la teoría del patrimonio.

En cuanto al sistema de la sucesión en los bienes, que predomina en el proyecto que se encuentra en debate, es absolutamente antagónico dado que toma de referencia el sistema sucesorio de origen germánico, y como la mayoría de las instituciones de derecho germánico, resulta marcadamente económico. Rechaza la ficción de que el heredero continúa la persona del *de cuius*; se ocupa solamente de considerar a la herencia desde el punto de vista de los bienes que constituyen el acervo.

La realidad de los hechos determina que debe tramitarse juicio sucesorio aun cuando los herederos sean de aquéllos que adquieren la posesión hereditaria ministerio legis, y aunque no haya menores interesados, por las siguientes razones:

1) El Registro de la Propiedad no inscribe sino actos pasados ante escribano público o judiciales —ley 1893, art. 228- y los escribanos no tienen facultades para certificar sobre el carácter de sucesor de una persona, debiendo fatalmente recurrirse a la tramitación judicial. El proyecto de ley atribuye prerrogativas

¹ LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SUCESORIO Y EL TRÁMITE DEL JUICIO. SUCESORIO Por ARNOLDO SIPERMAN

a los notarios que no se encuentran otorgadas por ley previa y exceden su ámbito de facultades que por su propio carácter poseen.

2) Tal vez la razón más importante, en la práctica, sea la fiscal. No existe mención alguna a cómo el escribano puede real y efectivamente, emitir un acta de notoriedad sobre la existencia total de los bienes sin que exista un control por parte de un órgano competente acerca de la veracidad de tal expresión. Las posibilidades de que exista una amenaza de evasión por parte de los presuntos herederos también ratifica la necesidad de que sea el órgano judicial quien intervenga durante todo el proceso a fin de que actúe como representante del causante y auditor durante el proceso de partición y adjudicación.

Solicitando se tenga por cumplido el requerimiento, presentamos la presente comunicación a los efectos oportunos.

Atentamente,

Comisión de Compliance, Transparencia e Integridad del Colegio de Abogados de Mendoza