

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"Finalmente, si existe absorción de un tipo contractual por otro... aquel que tiene calidad de accesorio, se rige por las reglas que son específicas..."(20)(352). Masnatta comenta que aún en los casos de "contratos típicos con prestaciones subordinadas" (que no corresponden a estos casos por cuanto aquí no hay prestaciones subordinadas), en los que, efectivamente, si bien siempre es decisivo el contrato básico, a la prestación subordinada pueden y deben aplicarse las disposiciones del tipo de contrato a que ella corresponde o del más semejante.

Si consideramos tales particiones como contratos simulados, habida cuenta de que se trata de una simulación ilícita que se contrapone al ordenamiento civil y a la normativa fiscal (art. 959, Cód. Civil), ésta acarrearía la nulidad absoluta del acto en cuestión, pero con la particularidad de dejar vigente el negocio real. De esta manera se descubre el velo del negocio disimulado, aplicándosele, en consecuencia, las normas que corresponden a su naturaleza y objeto.

PONENCIA

· La partición en la sociedad conyugal es un acto jurídico unilateral o bilateral destinado a adjudicar a los copartícipes, en la misma o distinta proporción, los bienes que conforman la masa partible; es decir, bienes gananciales, sus subrogados, acrecimientos, frutos y productos.

· Cuando el ex cónyuge, a quien se le adjudican bienes que representan un valor pecuniario mayor al de la parte alícuota que le corresponde, realiza compensaciones consistentes en la entrega de bienes propios en favor del otro copartícipe, no está efectuando una prestación comprendida estrictamente en el concepto de acto partitivo que Vélez Sársfield concibió para nuestro derecho. Sin embargo, éstas son admisibles cuando se trata de las muy pequeñas que sólo sirven para completar diferencias poco importantes. En esa magnitud no desnaturalizan el acto celebrado, sin perjuicio de que en razón de su objeto sean aplicables las normas imperativas que le son específicas (arts. 1184 y 1185 del Cód. Civil)

· Avaladas por la doctrina y jurisprudencia, estas compensaciones se han venido repitiendo con una envergadura cada vez mayor en la etapa partitiva, de modo tal que han contribuido a desnaturalizar su concepto originario. Las circunstancias del caso nos indicarán cuándo estamos frente a un contrato simulado en su naturaleza jurídica, y al que se le deberán aplicar las reglas imperativas del negocio real.

LA PARTICIÓN EN EL PROCESO SUCESORIO. ("La convidada de piedra")
(*)(353)

FERNANDO GABRIEL MASTANDREA

SUMARIO

I. Caracteres. Obligatoriedad de su realización. Declaratoria de herederos y estado de indivisión. II. ¿Qué derechos poseen los herederos sobre el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acervo sucesorio antes de la partición? III. Problemas que se presentan al querer los herederos transmitir ese derecho. IV. Soluciones posibles.

I. CARACTERES. OBLIGATORIEDAD DE SU REALIZACIÓN, DECLARATORIA DE HEREDEROS Y ESTADO DE INDIVISIÓN

En los supuestos en que existen varios herederos, antes de la partición existe entre éstos una "comunidad de bienes" (sobre cuya naturaleza se discrepa); dicha comunidad ofrece por su naturaleza un carácter eminentemente transitorio, el que debe concluir transformándose la parte alícuota indivisa que cada heredero tiene sobre el total de los bienes relictos - desde el fallecimiento del causante -, en una porción concreta, físicamente determinada sobre las cuales tiene el heredero a quien le ha sido asignada la misma un derecho de propiedad exclusivo, que se reputa posee desde el momento mismo de la muerte del causante (art. 3503) merced al carácter declarativo y no constitutivo que tiene la partición.

La partición ha sido definida como "el acto mediante el cual los herederos materializan la porción ideal que en la herencia les tocaba, transformándola en bienes concretos sobre los cuales tienen un derecho exclusivo" (Borda), o como "el negocio jurídico unilateral o plurilateral que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la distribución del activo neto hereditario entre los coherederos, determinando el haber concreto de cada heredero" (Pérez Lasala); para Josserand la partición "es un acto de asignación, tendiente a localizar los derechos de cuota; antes de él, esos derechos se traducen en una fracción numérica (un tercio, un cuarto); después de él se materializan en objetos determinados". Para la doctrina italiana, que los encuadra dentro de los "negocios de fijación", este accertamento elimina la "incerteza" del contenido de la adquisición respecto de los bienes singularmente considerados.

La partición posee los siguientes caracteres:

a) Declarativa: nuestro Código establece expresamente en el art. 3503, que los bienes asignados a cada heredero han sido de propiedad exclusiva de éste desde el momento mismo de la muerte del causante, del que los recibe sin mediar intervención alguna de sus coherederos. Vélez se aparta entonces del derecho romano, receptando la teoría de la ficción en la continuidad de la persona del de cuius del derecho francés.

b) Forzosa: Vélez, fiel al espíritu liberal imperante en la época, y motivado por su desconfianza a toda forma de copropiedad, establece que todos los interesados en la partición podrán pedirla (art. 3452), no obstante la prohibición del testador o cualquier convención en contrario (exceptuando los casos de indivisión forzosa). Como lo expresa en la nota al art. 3451: "la comunión en las cosas es una situación accidental y pasajera que la ley en manera alguna fomenta... es un estado puramente pasivo en que los copropietarios de la herencia no están unidos sino por la cosa misma y no por su voluntad y que la comunidad deja a cada uno, con toda su independencia de acción, el derecho de no procurar sino sus intereses

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

particulares"; el Codificador establece con fuerza de principio que nadie puede ser obligado a permanecer en indivisión; el principio se refuerza con el art. 3453, que admite la partición parcial.

El principio de la partición forzosa u obligatoria ha merecido justas críticas por la moderna doctrina, y fue a lo largo del tiempo morigerado por diversas leyes, que con acertado criterio regulan casos especiales donde procede establecer el principio opuesto. Pero en las situaciones no comprendidas en estas leyes, el principio de la obligatoriedad de la partición continúa en pie.

La partición es la última etapa del proceso sucesorio, y tarde o temprano debe cumplirse indefectiblemente, conforme expresa Zannoni, "aunque exista sólo un heredero y el acervo hereditario esté compuesto sólo de un bien. Y esto es lógico pues son categorías dogmáticas que no se corresponden con lo que habita el mundo del ser; y la herencia tiene una concepción de universalidad, aunque por hipótesis se trate de un único bien. Ante el caso del único heredero y único bien, cabe preguntar: ¿para qué hacer este período intermedio de la indivisión hereditaria, que culmina en la partición, si prácticamente es el único heredero de un único bien del que es propietario desde la muerte del causante? Pero ante ello, ¿cómo podrían los acreedores del causante hacer efectiva la garantía que les otorga el Código Civil, de oponerse a la partición?. Para ellos es importante que funcionen las normas de la herencia no partida, de la herencia indivisa. Ese bien no está incorporado al patrimonio del heredero, el cual tiene sólo el derecho sobre la universalidad de la herencia. Que luego, en el momento de la partición, se determine que se trata de un único heredero y un único bien, es un problema a posteriori. En este caso el heredero debe adjudicárselo, ya sea por acto privado o jurisdiccional, o realizar la venta por tracto abreviado aprovechando la posibilidad que le da tal sistema (Rev. del Notariado, 811 - 1397).

Y esto es lógico, porque el único heredero, además insolvente, podría enajenar los bienes de la sucesión perjudicando los intereses de los acreedores del causante, quienes tienen derecho a oponerse a la partición privada, y a pedir la judicial como garantía de sus créditos (art. 3465), y a la entrega de las hijuelas a los herederos y los legados a los legatarios antes de ser pagados sus créditos (art. 3475). También es claro el art. 3284, cuando establece que el fuero de atracción del proceso sucesorio se mantendrá hasta la realización de la partición, entendiendo que la indivisión no cesa sino hasta una vez realizada la misma.

c) Imprescriptible: la acción de partición es imprescriptible mientras dure el estado de indivisión de la herencia (arts. 3460, 4020), pues por disposición del art. 3449 la posesión de la herencia por uno de ellos, aprovecha a los otros. Pero será susceptible de prescripción si ha cesado de hecho. Caso del heredero que ha intervenido su título, realizando actos materiales que lo tengan por exclusivo propietario, con el objetivo de adquirir la cosa por usucapión veinteañal. Bajo ningún concepto el Código permite presumir dicha intención del poseedor (como cierta jurisprudencia lo ha dejado entrever), debiendo sujetarse a la modalidad del proceso

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

respectivo (ley 14159 y mod.)

Antes de la partición los herederos poseen la acción de petición de herencia, y, luego de aquélla, la de reivindicación.

¿La inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad hace las veces de partición?

Es un tema controvertido por la doctrina y por la jurisprudencia. Tres son las tesis que pretenden resolver la cuestión:

a) La declaratoria de herederos pone fin a la comunidad hereditaria estándose desde entonces en presencia de un condominio convencional (Moreno Dubois y parte de la jurisprudencia).

Esta tesis fue sostenida, quizá por primera vez, en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde el tribunal declaró que "la indivisión de la herencia no crea entre los herederos... sino un condominio en el concepto del art. 2673 del Cód. Civil" (CSJN, año 1944, en JA, 71 - 995). En ella se enrolan algunos fallos como el de la C.Civ., Sala A, del 1/8/68, donde se dijo:"... mientras subsista el estado de indivisión hereditario, la propiedad de los inmuebles debe asimilarse al condominio" (LL, 135 - 1082), postura propiciada por Pelosi (véase Rev. del Notariado, 738 - 2318).

Se argumenta que la declaratoria de herederos cumple una función instrumental de exteriorización de la transmisión hereditaria; la inscripción en el Registro implica tanto la publicidad de esa transmisión como el perfeccionamiento del dominio que constituye su objeto (art. 2505); partiendo de la base de que la formalización de un condominio constituye una forma de partición, de acuerdo con una tendencia jurisprudencial debe tenerse por formalizado cuando los herederos piden se inscriba lisa y llanamente la declaratoria respecto de algún inmueble, pues ello implica un signo inequívoco de la existencia de un acuerdo de voluntades para afectar el inmueble en cuestión a un régimen de propiedad en común (arts. 1137, 1145 y 2675); si bien la inscripción no es constitutiva de los derechos registrados, los publicita y perfecciona, haciéndolos oponibles erga omnes.

b) Tesis circunstancial (Fornieles, Borda, Goyena Copello y otra gran parte de la jurisprudencia).

Sostienen que las circunstancias del caso pueden llevar a reconocer la existencia de un condominio, sin necesidad de la formalidad de la escritura pública, si la inscripción en el Registro de la Propiedad, pedida por todos los herederos, data de largos años, durante los cuales se han comportado como condóminos.

Fue receptada y llevada adelante por una inveterada práctica judicial y registral - principalmente en la Capital Federal y en la provincia de Buenos Aires - que, por una virtual expansión de la operatividad del tracto abreviado (posibilidad que se planteó luego de la sanción de la ley 17801), otorga valor de partición en condominio, tratándose de bienes inmuebles, a la toma de razón (inscripción) de la declaratoria de herederos o del testamento en el Registro de la Propiedad. Fornieles - interpretando la nota al art. 2675, donde se alude al nacimiento de un condominio cuando se prolonga un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estado de indivisión - sostenía que nada impide a los interesados dar por concluido el juicio sucesorio dejando en condominio los bienes de la herencia, y, ya sea que no lo hayan manifestado de modo expreso o que se deduzca del largo tiempo transcurrido, la comunidad hereditaria se habría tornado en un condominio.

Esta es la solución que adoptan algunos de nuestros tribunales, aclarando que son las circunstancias de hecho las que deciden si se ha constituido un verdadero condominio o se ha mantenido la indivisión hereditaria. Según Zannoni esto originariamente fue una idea de Fornieles, recogida luego por Borda, que, con su prestigio, hizo que fuera seguida en algunos fallos; y como significó una solución cómoda para los abogados, se institucionalizó. Este criterio, como lo destaca Belluscio, "a más de apartado de los textos legales, dejaría siempre en la inseguridad la situación jurídica de los bienes, pues quedaría librada a la interpretación de cada caso particular la determinación de cuándo quedó constituido el condominio, lo que reviste importancia en razón de no ser los mismos los derechos de los condóminos sobre la cosa en condominio, que los de los comuneros sobre las cosas en indivisión" (C.Civ., Sala C, 6/8/74, JA, 1975 - 27 - 215). En igual sentido la C.Civ., Sala E, 9/4/56, y con el voto de los doctores Navarro, Martínez y Barraquero, sostuvo: "Para que la indivisión hereditaria se transforme en condominio se requiere la voluntad expresa de las partes en ese sentido y que se observen las formalidades legales establecidas para la constitución del segundo".

c) La inscripción de la declaratoria de herederos no pone fin a la comunidad hereditaria (Salvat, Zannoni, J. Alterini, Maffía, Legón, Lezama, Fleitas Ortiz de Rozas, Zinny y otra parte de la jurisprudencia).

Argumentan estos autores, fundamentalmente, que no es necesaria la voluntad de todos los herederos para inscribir la declaratoria. Por ello, la simple inscripción no puede cubrir la falta de pedido de todos los demás para modificar la naturaleza del derecho que ostentan; no se infiere de lo normado por el Código Civil que la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaratoria de herederos cumpla los efectos típicos de la partición (los cuales son acabar con la comunidad hereditaria y adjudicar los bienes del sucesorio); no se infiere tampoco que dicha inscripción que tiende simplemente a la publicidad del estado de indivisión, por sí sola, pueda generar el efecto de convertir la comunidad en un condominio (aunque el acervo esté integrado por un solo inmueble).

Al decir de Martínez Segovia: ". . . voy a dar en forma directa mi opinión en el sentido de que, hasta que el juez aprueba la cuenta particionaria, existe el estado de indivisión... El heredero no puede hasta ese momento transferir un bien determinado, a menos que hubiera conformidad de los coherederos, en cuyo caso habría una especie de instrucción previa para la cuenta particionaria... Tenemos que tener presente que de acuerdo con las normas de la ley 17801 la inscripción es meramente publicitaria... y, por lo tanto, es la resolución judicial la que pone punto final al estado de comunidad hereditaria"; más adelante aclara que en caso de partición privada, ese punto final está representado por la escritura pública.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La mencionada inscripción sólo significa precisamente la exteriorización de la indivisión hereditaria, como un medio de oponibilidad a terceros.

Como bien diría Legón, "La declaratoria de herederos es la «patente» hereditaria a la manera de un catálogo legalizado de derechohabientes. La declaratoria importa al comienzo «real» de la indivisión hereditaria. La inscripción de la declaratoria de herederos no surte, de por sí, los efectos de una adjudicación en condominio; inviste, puramente, misión de publicidad. Se impone una reunión plenaria de las cámaras para sentar jurisprudencia" (JA, 47 - 943).

Este es el criterio seguido por la mayoría de la actual jurisprudencia, donde se leen fallos como éste: "La mera inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad no implica adjudicación de los inmuebles en condominio, sino simplemente la exteriorización de la indivisión - hereditaria o poscomunitaria, en su caso, publicidad y medio de oponibilidad de ella a terceros - " (CNac Civ., Sala C, 6/8/74).

Más recientemente la Corte Suprema de Justicia ha resuelto que "la inscripción de la declaratoria de herederos no produce el cese de la indivisión hereditaria y que, no obstante tal inscripción, subsiste el fuero de atracción del proceso sucesorio respecto de las acciones a que alude el art. 3284" (CSJN, fallo 81.007).

d) Conclusiones de las II Jornadas Mendocinas de Derecho Civil (1991). Entre las conclusiones aprobadas figuran: 1) "La inscripción de la declaratoria de herederos no pone fin a la comunidad hereditaria", conclusión que fue aprobada por unanimidad. Con alguna abstención se aprobó que "aún admitiéndose la inscripción de la declaratoria de herederos, ésta no pone fin a la comunidad hereditaria ni implica adjudicación de los bienes en condominio".

La controversia jurisprudencial está latente. (Véase recopilación de fallos en el Código Civil anotado de J. J. Llambías, t. V - B y pág. 36).

Algunos fallos han adherido, de acuerdo con las circunstancias del caso resuelto, a la tesis aceptada por Fornieles y Borda. En tanto, otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia es categórico en el sentido de que sólo la partición aprobada y firme hace cesar la comunidad hereditaria.

Al decir de Zannoni, "la pretendida «transformación» de la comunidad hereditaria en condominio mediante la inscripción registral de la declaratoria de herederos, llega a desnaturalizar la relación de comunidad entre los coherederos - regida por el principio del ius prohibendi del art. 3451, que recae sobre la universalidad del acervo - a punto tal que implica sustituir los derechos ut universitas por distintos derechos ut singuli sobre cada bien en particular, desvinculados de la comunidad. Pero podría trascender a otros ámbitos. Así, por ejemplo, de la posición que se adopte dependerá la respuesta que se dé al problema de si los coherederos, luego de la inscripción en la declaratoria de herederos, pueden ceder sus derechos hereditarios".

"Sabido es que el proceso partitivo debe ser judicial cuando existen terceros con interés legítimo - como los acreedores hereditarios - que se oponen a que se haga la partición privadamente (art. 3465, inc. 2°). Pues si

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la inscripción de la declaratoria de herederos hiciese cesar la comunidad - inscripción que puede ser solicitada, individualmente, por cualquier coheredero - resultaría que, a partir de entonces, habría desaparecido la garantía que les acuerda el art. 3475, y que les permite oponerse a la partición mientras no fueren satisfechos sus créditos; cesaría el fuero de atracción (art. 3284), y todo el proceso liquidatorio de la herencia, en cuanto a esos créditos, se transformaría en procesos individuales seguidos a cada «condómino», respecto de su parte, lo cual sería un auténtico despropósito".

II. ¿QUÉ DERECHOS POSEEN LOS HEREDEROS SOBRE EL ACERVO SUCESORIO ANTES DE LA PARTICIÓN?

El Código expresa claramente que los herederos son llamados a suceder en los derechos patrimoniales transferibles del causante (no pasan al heredero los derechos y obligaciones extrapatrimoniales, los inherentes a la persona del causante - art. 1195 -, los que así lo disponga la ley o por alguna cláusula negocial), conforme un porcentaje preestablecido por la ley (legítima) o por testamento.

Los herederos son llamados a suceder al de cujus en una universalidad (exceptuando el caso de los créditos que se adjudican automáticamente entre los herederos en relación a la parte en que son llamados a participar en la herencia), sino en el todo, caso de único heredero, en una parte alícuota de ésta. El objeto transmitido mortis causa, que da origen a una institución tan controvertida como lo es la comunidad hereditaria, no es otro que el conjunto de derechos y obligaciones que integraba el patrimonio del de cujus: una universalidad jurídica.

Desde la muerte del causante y hasta tanto se realice la partición adjudicando los bienes, éstos permanecen en estado de indivisión comunitaria. En palabras de Vélez: "... No hay parte alguna de la herencia de la que el heredero pueda decir: ésta es mía" (nota al art. 3450); "El patrimonio considerado como unidad es un objeto ideal, de un contenido indeterminado. Puede componerse de propiedades, de derecho a cosas particulares, a créditos y deudas que tienen una existencia invisible" (nota al art. 3283).

Así tenemos que, cuando alguien es llamado a suceder mortis causa en el patrimonio de otra persona, de la que se dice es sucesor universal, posee un derecho sobre un objeto ideal e invisible: el patrimonio transmitido, la universalidad de derecho dejada por el de cujus, el que tiene una consideración de universalidad, aunque por hipótesis se trate de un solo bien. Esta característica es una construcción dogmática que hace el legislador, que la constatación fáctica no puede alterar; así seguiremos hablando de universalidad, aunque el patrimonio del causante esté constituido por un solo bien.

Hasta el momento de realizar la partición, el heredero solo sobre bienes determinados (que pueden llegar a no integrar el patrimonio relicto, o no integrar la hijuela que le es adjudicada), sólo posee un derecho a una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

porción "de lo que quede", y no a "algo de lo que hay".

No es usual, ni práctico, que en el tráfico cotidiano de los bienes éstos se transmitan integrando universalidades de derecho, y mucho menos porciones indivisas sobre aquéllos. Pero mal que le pese al heredero que actúa contrariando este principio, éste es el derecho que posee sobre la herencia y no otro, hasta efectivizar la adjudicación singular de ellos.

Y es este derecho el que puede transmitir (art. 3270) mientras los bienes de la herencia estén sujetos al régimen de indivisión comunitaria. Lo que sucede es que se quiere transmitir lo que es usual en el comercio: bienes determinados, y no universalidades; pero se lo quiere hacer sin realizar la partición, cosa que atento lo normado por el Código es imposible.

III. PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN AL QUERER LOS HEREDEROS TRANSMITIR ESE DERECHO

Los problemas surgen como consecuencia de creer que, por alguna circunstancia, no hace falta la realización de la partición para poder disponer de los bienes singularmente considerados. De esta forma los herederos extraen de la masa indivisa bienes determinados, haciéndolos circular como si les hubiesen sido adjudicados. Nada más errado ni peligroso, pues de continuar en esta tesitura se estaría dañando gratuitamente la seguridad jurídica del sistema, contrariando los textos legales.

Si bien es cierto que Vélez no legisló adecuadamente las relaciones de la comunidad hereditaria, lo hizo clara y expresamente en lo que atañe a la partición de los bienes que la integran. Y si bien es cierto, también, que en el 90 por ciento de las sucesiones en que no se realiza la partición, no se generan conflictos entre las partes intervinientes, en el 10 por ciento restante en que sí se producen, muchos problemas se evitarían si se cumpliera en efectuarla, dando fin así al juicio sucesorio.

Se realizan, entonces, actos que pretenden transformar la comunidad hereditaria en condominio antes de la partición, todo esto por resultar cómodo. Pero no todo lo cómodo y práctico es a la vez bueno y seguro.

Paso a considerar los actos jurídicos más comunes que vemos se realizan sin tener en cuenta lo normado en el Código Civil sobre la partición.

A. "Ceder los derechos hereditarios" sobre bienes determinados que integran la masa indivisa

Aquí se abusa notoriamente del contrato de cesión de derechos hereditarios. Aunque - como lo expresa F.J. López de Zavalía - definir a la cesión de herencia implica tomar una posición respecto a múltiples problemas que trae el instituto, unánime es la doctrina y la jurisprudencia en definir a éste como el contrato mediante el cual una parte (el cedente) transfiere a la otra (cesionario) el todo o una parte alícuota de la universalidad jurídica que le corresponde en su calidad de heredero, siendo, para él, "el contrato traslativo del todo o una parte alícuota de una universalidad jurídica recibida a título de heredero o coheredero, y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

moldeada en el acto de concertarse el negocio". Para Zannoni constituye también una especie de la cesión de derechos, siendo "el contrato por el cual el titular del todo o de una parte alícuota de la herencia, transfiere a otro el contenido patrimonial de aquélla, sin consideración al contenido particular de los bienes que la integran".

Si el heredero ahora pretende transferir no ya la universalidad jurídica, que en su carácter de heredero le corresponde, sino, concretamente, uno de los bienes de la herencia en particular, y la transferencia se efectúa por un precio cierto en dinero, no cabe sino decidir que nos encontramos frente a una compraventa; si fuera gratuita estaremos en presencia de una donación, si en cambio se recibe otra cosa el contrato será de permuta, etcétera.

Y será compraventa, donación o permuta con independencia de que se haya dictado o inscrito la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento, pues éstos sólo importan el comienzo real de la división hereditaria.

Pero para determinar las normas que se aplicarán al acto, no se estará al nombre que al contrato le asignen las partes, sino a los efectos que el mismo produzca.

Mario A. Zinny sostiene que la causa de ese abuso se encuentra en el hecho de que no resulta posible recurrir (antes de dictarse o inscribirse la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento) a la operatoria del tracto abreviado, y se trata de "camuflar" la ineficacia de dichos actos bajo la forma de una cesión de los derechos hereditarios, pudiendo de esta manera intentarse burlar los intereses de los coherederos y acreedores, al depender la enajenación de la sola voluntad del "cedente".

En definitiva, se está frente a un acto de disposición durante el estado de división de la herencia, realizado por uno de los herederos.

B. Obtener e inscribir la declaratoria de herederos, la aprobación del testamento o la cesión de derechos hereditarios, y proceder a la enajenación de su "parte indivisa"

Al referirme a la obligatoriedad de la partición, mencioné que bajo ningún aspecto puede ni debe considerarse a la inscripción de estos actos como el procedimiento idóneo para extinguir la comunidad hereditaria, adjudicando en condominio bienes a los herederos, en proporciones iguales a las que son llamados a participar en el contenido patrimonial de la herencia.

Abundante y reiterada doctrina se expresa en este sentido, a pesar de ser el criterio opuesto el seguido en la práctica corriente de nuestros días.

Todo ello motivado, en última instancia, por el problema que se presenta ante los juristas, al tratar de "desentrañar" la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria, tema aún no resuelto.

Nuevamente estamos en presencia de un acto de enajenación de un bien integrante de la masa indivisa por parte del heredero. Y ese acto es realizado sin intervención de los coherederos ni de los acreedores, contrariando el principio del *ius prohibendi* contemplado en el art. 3451.

Seguir este criterio provoca la incongruencia de no poder inscribir la cesión

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de derechos hereditarios antes de haber inscrito la declaratoria de herederos - pues para el Registro se afectaría el tracto sucesivo -, ni después de inscrita ésta - pues para el Registro ya no existe la comunidad hereditaria en lo que a ese bien se refiere, sino un condominio en los términos del art. 2673 - . A mi modo de ver, sería prudente y práctico organizar un registro de anotaciones personales o ajustar el existente a los principios expuestos precedentemente, propiciando la anotación en éste: 1) del fallecimiento de toda persona a la que se atribuya la propiedad de un inmueble o mueble registrable, conclusión a la que arribó A. D. Molinario, y fue presentada al IV Congreso Nacional de Derecho Civil (véase LL, 1976 - B - 531); 2) de toda cesión de derechos hereditarios que sobre la sucesión del causante hayan realizado sus herederos, como ya existe en el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires.

Proceder en este sentido ayudaría a distinguir entre los derechos que nacen del dominio, de los derechos que nacen de la comunidad hereditaria, versando los unos sobre bienes singularmente determinados, y los otros sobre una universalidad jurídica referida a los bienes transmitidos por el de cuius, y abarcando de esta forma lo que centraliza la unidad del patrimonio transmitido, que es la persona del causante; no que, por el hecho de existir inmuebles, se inscriban ciertos actos jurídicos que los afectan en los registros respectivos de cada uno; esto implica recorrer el camino al revés, y confundir los efectos del acto que se inscribe. Sería lo coherente, porque de la forma en que procedemos hoy día estamos diversificando la publicidad en razón de los bienes singulares que componen la herencia, contrariando el principio de la universalidad.

C. Proceder directamente a la enajenación de un bien determinado de la herencia

Dos son los problemas que dirigen la cuestión: 1) ¿cuáles son los derechos de los coherederos del heredero enajenante, ante tal acto de disposición?; y 2) ¿cuáles son los derechos de los acreedores de la herencia frente a dicho acto?

El Código expresa que los bienes muebles pueden ser vendidos, con autorización judicial y en subasta pública (art. 3393), no siendo necesaria esta última si media acuerdo de todos los interesados. De más está decir que el Juez antes de dar su autorización dará vista a los que tengan interés en la sucesión para que hagan valer sus derechos, conforme el art. 3452. Con respecto a los bienes inmuebles, éstos pueden ser vendidos con autorización judicial y en pública subasta. El art. 3393 sólo alude a pública subasta, pero es a todas luces evidente que si la autorización judicial se exige para la enajenación de bienes muebles, con tanta mayor razón debe exigirse para los inmuebles.

Habiendo conformidad de todos los interesados - herederos, acreedores y legatarios -, puede prescindirse de la pública subasta, puesto que ésta tiende a proteger sus intereses, y si todos ellos están de acuerdo (luego de inventariar y asumir definitivamente el carácter de beneficiario y de la tasación judicial del inmueble), la exigencia legal de subasta pública carece

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de sentido.

Naturalmente, deben ser mayores de edad y capaces, pues existiendo incapaces, el remate público es indispensable (arts. 297, 434 y 3465, inc. 3°; de acuerdo con este criterio: Borda, Llerena, Machado y Guastavino en su trabajo publicado en Rev. del Notariado, 717 - 846).

De igual manera, si los herederos pretenden enajenar un bien inmueble de la herencia, obtenida ya la declaratoria de herederos, y sujetándose a los beneficios que les otorga la operatoria del tracto abreviado, se debe tener en cuenta el requisito de la autorización judicial a ese acto, no sólo para que puedan conservar el beneficio de inventario (arts. 3393 y 3406) y salvaguardar los derechos de los acreedores (arts. 3465, inc. 2° y 3475), sino por ser un requisito expreso de la ley. De otra forma, ¿cómo hacer valer los derechos de los acreedores del causante, frente a las enajenaciones que a título de dueño realizó el heredero insolvente? No juegan en el caso solamente los preceptos referidos a la pérdida del beneficio de inventario (arts. 3406 y 3408), sino también los arts. 3393, 3465, inc. 2°, 3474 y 3475, que establecen claros derechos a favor de los acreedores de la herencia y la obligatoriedad de la autorización judicial para la enajenación de bienes del acervo sucesorio, mientras esté vigente el estado de indivisión. Parecería prudente que esos actos realizados por el heredero les sean inoponibles a los acreedores presentados en el expediente. Así lo disponía el Anteproyecto Bibiloni (IV, pág. 149) y el Proyecto de 1936 (art. 1889) que sancionaban con nulidad los actos realizados por el heredero beneficiario contrariando el régimen legal.

Conforme con lo expuesto, tenemos que la venta de algún bien de la herencia por uno de los herederos como dueño de la cosa, sin el consentimiento (que debe ser prestado por escritura pública, o judicialmente) de sus restantes coherederos, es inoponible a éstos. Frente a los herederos, la validez del acto no se ve afectada por la ausencia de autorización judicial, ya que si son todos capaces y mayores el acto por el que prestan su consentimiento haría las veces de una partición parcial, excluyendo de la masa indivisa al bien objeto de ese contrato.

Ahora que, frente a los acreedores de la herencia, la falta de la autorización judicial para la enajenación de un bien componente de la herencia traería aparejada la invalidez del acto, por ser un requisito expresamente ordenado por la ley para esas enajenaciones (art. 3393), y que tiene como fin la protección de los derechos de los acreedores presentados en el juicio sucesorio. Si bien Vélez en su art. 3406 y sigtes. sólo castiga al heredero con la pérdida del beneficio de inventario, en el caso del heredero insolvente ese precepto no se condice con las garantías otorgadas a los acreedores de la sucesión en los arts. 3474 y 3475. Parece una solución injusta y contraria al espíritu de la ley, cual es la protección de los créditos contra el causante hasta la concurrencia de sus bienes, que surge de los arts. 3343 y 3371, expresado en el brocárdico "antes pagar que heredar" (Paulo, Digesto 50,16,39,1).

Citando a Zannoni, "sería muy riguroso decir que no puede vender, pero ese negocio es un acto de ineficacia pendiente; hoy es ineficaz porque está

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pendiente de un hecho futuro incierto; puede ser eficaz si se le asigna el inmueble. Por supuesto, puede haber negociaciones entre los herederos, respecto de bienes determinados. Supongamos el caso de que un heredero apremiado por deudas quiere vender un inmueble. Lo puede hacer por tracto abreviado, previo acuerdo con los otros coherederos. Es un negocio entre herederos, es una partición parcial.

Una cosa es la partición parcial acordada por la totalidad de los herederos, en virtud de la cual uno de ellos puede vender el inmueble vía tracto abreviado, y otra cosa es que uno de los herederos por sí y ante sí pretenda ceder alícuotas sobre bienes particulares. Como no los tiene, no puede ceder. Cada cual puede transmitir lo que tiene, y en esa etapa cada uno de ellos tiene derecho a sentarse a la mesa con los demás y a partir en las proporciones que les toque, pero no tiene derecho a ceder".

IV. SOLUCIONES POSIBLES

Frente a las situaciones planteadas, se presentan una serie de soluciones para instrumentar correctamente los actos de disposición de bienes determinados de la herencia. La adopción de una u otra dependerá de la voluntad de los interesados y de los efectos jurídicos que a éstas quieran darles. Estas pueden ser:

A. Ceder total o parcialmente su derecho al contenido patrimonial de la herencia

A partir de la aceptación de la herencia y hasta la partición cada heredero es titular de una cuota o parte alícuota de la herencia aún cuando tenga llamamiento o vocación potencial al todo. "Explicamos oportunamente que durante ese lapso, el de la herencia indivisa, los bienes y derechos que la componen no son atribuidos singularmente, en concreto, en el patrimonio de cada heredero. La cuota, por el contrario, es la medida aritmética del derecho que recae sobre la universalidad sin consideración a su contenido particular (art. 3281) - enseña Zannoni, y continúa -, constituyendo una especie de la cesión de derechos; la cesión de derechos hereditarios es un contrato por el cual el titular del todo o una parte alícuota de la herencia, transfiere a otro el contenido patrimonial de aquélla, sin consideración al contenido particular de los bienes que la integran".

Siendo éste el objeto cedido, y habiéndome expresado con anterioridad sobre los efectos de la cesión de derechos hereditarios sobre un bien determinado, cabe ahora preguntarse si se pueden excluir bienes determinados reservándose el cedente los derechos hereditarios sobre los mismos, y ceder el resto.

Cierta jurisprudencia ha entendido que sí es facultad del heredero hacerlo, pues "si antes de la cesión de derechos hereditarios el heredero sustrae del acervo un bien determinado - si lo vende, por ejemplo -, lo que cede es siempre la totalidad de lo que queda, es una universalidad" (C.Nac.Civ., Sala D, JA, 1970 - 8 - 330).

Pero si opinamos, con López de Zavalía, que en estos casos debe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

considerarse incluido en la cesión de la herencia, por subrogación real y salvo pacto en contrario, el dinero que el cedente recibió por los bienes previamente transferidos a título oneroso (o los bienes que el cedente recibió a cambio de éstos) y que, por idéntico motivo, en el supuesto de transferencia previa a título gratuito, debe considerarse incluido en la cesión de la herencia el valor del bien gratuitamente transferido, salvo que el cesionario haya tomado conocimiento de la cesión, concluiremos con él que no le es posible al heredero ceder sus derechos hereditarios, haciendo reserva de derechos hereditarios sobre un bien determinado, sin herir de muerte el concepto de universalidad de la herencia. Y, por lo tanto, proceder de la misma forma que si contratara en forma particular sobre los bienes del acervo.

Es incorrecto, a mi entender, hablar de bienes excluidos, pues, en esta instancia del proceso, el heredero no está legitimado para disponer en forma particular de ninguno de ellos. Podemos reiterar aquí la pregunta formulada anteriormente: ¿y si el bien excluido es lo único que le viene a tocar al cedente al realizarse la partición?

El heredero transmite al cesionario un derecho a su parte alícuota de la herencia; por lo tanto, no puede transmitir derechos sobre algunos bienes, y sobre otros no. Lo transmitido debe respetar el principio de la universalidad para mantener incólume el objeto cedido. Es un concepto dogmático impuesto expresamente por la ley (arts. 3281, 3283 y 3451, y sus notas).

El cedente tiene derecho a garantizar, eso sí, la existencia de determinados bienes, y supeditar a esto la validez del contrato por la inclusión de una cláusula al efecto, y a realizar con su contraparte convenciones que aminoren el álea típica y característica de este contrato. Pero lo que no puede hacer es definir la extensión y la magnitud del derecho cedido, disponiendo sobre bienes determinados del acervo, ya sea expresamente o por exclusión, transformando el objeto del contrato y, por lo tanto, el contrato mismo.

El heredero puede también ceder una porción, una fracción aritmética, de su derecho al contenido patrimonial de la herencia; puede realizar una cesión parcial de su derecho, incluido el de intervenir en el juicio sucesorio, participar en los inventarios, tasaciones, ventas y división de la herencia, como se desprende de su carácter de sucesor universal. Esto es así, cuando se sostiene que, en virtud de la cesión, se transmiten al cesionario los derechos que sobre la universalidad tiene el cedente; se está afirmando que aquél subentra en carácter de sucesor universal respecto del objeto: la herencia o una parte alícuota de ella. Ello se vincula, como se advierte, con la calidad que asume el cesionario en carácter de sucesor del cedente. Injusta es, a mi juicio cierta jurisprudencia que por el solo hecho de ser cesionario parcial de derechos hereditarios y entender que el trámite del proceso resultaría entorpecido por la intervención de muchos cesionarios parciales, le niega participación en el expediente, a no ser que su personería se vea unificada.

B. Realizar una partición parcial

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El Código permite efectuar la partición por etapas o particiones parciales en el art. 3462, de modo tal que la imposibilidad de partir ciertos bienes se produce por ej., cuando el causante, los herederos o el cónyuge supérstite, según el caso, hubiesen dispuesto o convenido mantener la indivisión de algún bien de la herencia (ley 14394). Según Borda, no tendría sentido prolongar la indivisión de los bienes que pueden partirse cuando nada obsta a que se hagan particiones parciales. Sin embargo, acota Lafaille, estas particiones parciales deben evitarse en lo posible, "ante los gastos que originan, debiendo apreciar las circunstancias para pronunciarse sobre si corresponde o no esperar el momento oportuno y realizar la partición total". Efectivamente, lo conveniente es esperar y realizar la partición total. Pero como en la práctica esta espera se hace interminable, no veo inconveniente para que se proceda de esta forma.

También podemos hablar de partición parcial, cuando se está frente a un acto donde la totalidad de los herederos (y cesionarios, si los hubo) disponen y se atribuyen bienes de la herencia entre ellos, de la forma "y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente" (art. 3462). Pues se está frente a un acto partitivo, es decir, frente a un negocio entre los herederos por el cual se reparten y distribuyen la herencia.

Cabe, pues, la posibilidad de que ese negocio se realice sobre una parte de los bienes solamente, por ejemplo, sólo sobre un inmueble. El solo hecho de que la totalidad de los herederos disponga de un bien, repartiéndose el precio obtenido, implica haber realizado una partición parcial. No es otra cosa lo que sucede cuando los herederos disponen por tracto abreviado de un inmueble, y dejan que se prolongue el estado de indivisión sobre el resto de la herencia. Así lo ha entendido la jurisprudencia, al establecer que "el art. 3453 del Cód. Civil permite la partición parcial de la herencia, de modo tal que respecto a unos bienes puede cesar el estado de indivisión, en tanto que otros pueden continuar permaneciendo en ese estado" (C.Apel. San Martín, Sala II, ED, 120 - 577)

C. Vender un bien determinado bajo condición suspensiva ("Le sea adjudicado al momento de la partición")

Para no contrariar el principio de universalidad que rige durante el estado de indivisión, el heredero que desea enajenar un bien de la herencia puede hacerlo supeditando la existencia del contrato al hecho de que le sea adjudicado ese bien por efecto de la partición. Así, para casos muy similares, la jurisprudencia ha dicho que "hay condición suspensiva si se subordina la compraventa al préstamo que obtenga el comprador del Instituto Nacional de Previsión Social para satisfacer el precio" (C.Civ., Sala E, LL 99 - 616), y "hay condición suspensiva si se supedita la venta de un inmueble a la autorización del Consejo Nacional de Seguridad" (C.Fed. Bahía Blanca, LL, 73 - 694).

Y puede hacerlo por instrumento privado o directamente por escritura pública - si las partes lo requieren expresamente y liberan de responsabilidad al notario -, pudiendo pactar, para mayor seguridad, la resolución para el supuesto de que se registren medidas precautorias o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

gravámenes. No hace falta la conformidad de sus restantes coherederos, pero si la dan tanto mejor pues les será oponible a ellos en el acto partitivo la obligación de adjudicarle la cosa.

Cabe la posibilidad de que el deudor (al caso, el heredero) haga entrega de la tenencia del inmueble al acreedor, para que éste administre hasta el momento de la partición; en tal caso, y si la condición se cumple, el contrato será oponible a terceros desde el momento mismo de la tradición (art. 551) al no haber sido éste derogado por la reforma del '68.

LEASING INMOBILIARIO (*) (354)

MARÍA NOEL DEVOTO

SUMARIO

1. Introducción. 2. Metodología. 3. Antecedentes. 4. Denominación. 5. Concepto y clasificaciones. 6. Caracterización del contrato de leasing inmobiliario. Regulación. Caracteres. 7. Elementos del contrato de leasing inmobiliario. Sujetos. 8. Derechos emergentes del contrato de leasing inmobiliario: ¿reales o personales? 9. Emplazamiento registral. 10. Jurisprudencia: los casos "Barranco, Héctor y otra c/Almagro Construcciones" y "Almagro Construcciones SA c/Pérez Matheu, Jorge D.". 11. Proyectos de ley. 12. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, antes de delinear la metodología a utilizar en el presente trabajo, me gustaría expresar el porqué de la elección del tema "leasing inmobiliario". Tal vez se intuya que todo estudiante de Derecho, hoy en día se siente atraído principalmente por los modernos contratos empresariales, tales como el franchising, factoring y el leasing, entre otros, que son usados muy frecuentemente en la práctica negocial y se encuentran aún sin regulación legal alguna, por lo menos en nuestro país. La necesidad de precisar las modalidades de los contratos mencionados, las obligaciones y derechos que generan, enmarcados en las circunstancias descritas, nos obligan a realizar un estudio de los mismos, para colaborar, aunque sea desde la óptica estudiantil, por un lado, con las partes, que deberán dentro del marco de la autonomía de la voluntad delimitar su contrato y, por el otro, con el progreso de la legislación en esta materia, que en mi opinión es indispensable. Por lo expuesto, trataré de abordar la problemática del contrato de "leasing inmobiliario" acudiendo a numerosos trabajos publicados sobre el tema, e intentando esbozar algunas conclusiones personales.

2. METODOLOGÍA

En primer término, se expresarán algunas consideraciones acerca del nacimiento del contrato de leasing en general, sus antecedentes, las disquisiciones doctrinarias acerca de su correcta denominación y los