

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por la corriente, con la incógnita del resultado final; nadar directamente hacia la costa, con la casi seguridad de ahogarse; o aprovechar la corriente para acercarse paulatinamente a una orina, calculando las brazadas, midiendo las fuerzas y aprendiendo de cada movimiento para evitar repetir uno malo o inútil y para intentar hacerlo cada vez mejor.

En suma, este húmedo símil pretende desembocar en un concepto que puede resumir nuestro deber ser: la capacitación como fuente ineludible del trabajo profesional. Es una tarea eminentemente individual y decidir encararla no puede ser suplido por nadie; ni siquiera por el Colegio de Escribanos. Esta entidad suele organizar y apoyar toda clase de cursos de perfeccionamiento, talleres prácticos, conferencias, etc., pero quien omite utilizarlos no será, obviamente, obligado a ello. Existen, además, otras formas de capacitación que no necesariamente dependen de la organización del Colegio: universidades nacionales y privadas u otras instituciones tienen constantes ofertas muy idóneas sobre variados temas.

Cuando, por otra parte, se trata de nuevas incumbencias notariales, como es el caso de las provenientes de la ley 24441, las habilitaciones municipales y la más reciente relativa a la rúbrica de libros comerciales, la capacitación se convierte, prácticamente, en una exigencia profesional. El compromiso contraído con la comunidad, que por sí mismo bastaría para asumir la realización del servicio profesional de que se trate, tiene incluso basamento legal en el artículo 11 de la ley 12990 - referido a los deberes esenciales de los escribanos - cuyo inciso d) manda intervenir en los casos en que fuera requerido, cuando no se encuentre impedido por otras obligaciones profesionales de igual o mayor urgencia. La ley no prevé, ostensiblemente, excusas tales como las de "no haber estudiado la cuestión", "no tener presente la normativa del caso" o, quizá peor aún, "de esas cosas no me ocupó, busque otro escribano".

En cualquier profesión se considera normal - y sería hipócrita negarlo - atribuir mayor envidia a las labores mejor remuneradas. La rara duplicidad que en el notariado juega el carácter de profesión liberal y el de oficial público, nos coloca a menudo frente a tareas de menguado estipendio que deben realizarse con idéntica envidia. Y para ello debemos, sin alusiones, estar convenientemente capacitados, con talento e imaginación.

La Dirección

DOCTRINA

***PARTICIÓN(*)*(86)**

AGUSTÍN O. BRASCHI

ESC. BRASCHI. - La partición es una institución antigua, y transcurrido tanto tiempo se podría afirmar que ya no queda mucho por decir. Sin embargo, hay dos circunstancias que hacen que en la actualidad vuelva a tener vigencia el tratamiento de esta particular institución.

Una de esas circunstancias es la evolución que ha sufrido la jurisprudencia en los últimos años, y otra es la posibilidad de que dentro de nuestra esfera

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

funcional y profesional actuemos con mayor justeza, de manera tal de impedir que en el futuro se puedan suceder problemas y mejorar, a través de la redacción de nuestras escrituras, nuestra forma de actuar, para así proteger los intereses de quienes contratan.

Cuando pensamos en la partición, inmediatamente se nos suman conceptos. Es normal y natural que cuando uno habla de partición se acuerde inmediatamente de disolución, de liquidación, de sociedad, de sucesión y rememore lo que es el efecto, la adjudicación, la declaratividad, todas cosas que se nos suman y que tenemos que unificar para entender perfectamente cuál es el ítem que tenemos que seguir en la redacción de nuestras escrituras para dar debido cumplimiento a la voluntad de las partes.

¿En qué consiste la partición? Normalmente, las definiciones que dan los autores se centran en que se trata de un negocio o acto jurídico mediante el cual la porción ideal que a cada coheredero le corresponde en una universalidad sucesoria se convierte en una parte concreta de los bienes que integran esa universalidad.

Todas las definiciones apuntan a una serie de circunstancias. En primer lugar, debe haber pluralidad de sujetos, pues a nadie cabe pensar que pueda existir partición cuando hay un solo sujeto. En segundo lugar, tiene que producirse un acto o negocio jurídico, la expresión de voluntad de los sujetos. En tercer lugar, las definiciones apuntan a la existencia de una universalidad de bienes; ella no siempre es imprescindible, porque veremos que en cuanto al derecho sucesorio o a la posibilidad de actuación del escribano en la división por partición de un condominio, puede tratarse de un solo bien.

En cuanto al efecto jurídico, sabemos perfectamente que se trata de un acto declarativo, porque el mismo Código Civil indica que debe tenerse al adjudicatario como si nunca hubiera compartido con otras personas su derecho sobre la cosa. Este efecto declarativo, por supuesto, tiene también su reflejo documental.

Estos son principios básicos que están referidos al proceso sucesorio, y rigen todas las etapas de la partición, y en otros tipos de actos jurídicos, ya que en otros orígenes de la partición - por ejemplo la sociedad conyugal - las leyes de aplicación son las que el Código marca para la partición sucesoria.

Para nuestro análisis de la partición es conveniente que tengamos en mira los cambios que se han producido en el desenvolvimiento de la práctica judicial dentro de nuestra jurisdicción. En la práctica de nuestra notaría estamos acostumbrados a recibir títulos que tienen por antecedente procesos sucesorios. Si estos títulos son añejos, siempre el documento que va a demostrar la legitimación de quien pretende disponer algo va a ser una hijuela que le correspondió por adjudicación en la partición. Si el título no es tan añejo, lo que se nos va a presentar siempre es una declaratoria de herederos.

¿Es la declaratoria de herederos suficiente título como para que nosotros operemos jurídicamente legitimando a los enajenantes sin ningún

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

problema? El hecho de que la declaratoria sea inscrita, responde a una práctica judicial de los tribunales de la Capital Federal y provincia de Buenos Aires, que aparentemente da por concluido el proceso sucesorio, pero en realidad no es así. La declaratoria documenta - porque tampoco da origen, el origen lo da la muerte del causante - el nacimiento de la comunidad hereditaria, y ésta tiene por objeto una universalidad de bienes y no bienes determinados, no es la suma de cada una de las cosas que en la sucesión se inventariaron o declararon, sino una universalidad jurídica. Consecuentemente, a cada coheredero le corresponde una alícuota sobre cada una de las cosas, no consideradas singularmente sino sobre la suma de ellas.

Los efectos jurídicos son distintos porque no es lo mismo la administración de una comunidad hereditaria que la de un condominio. Lo que pasa es que hay cierta jurisprudencia que dice que producida la inscripción de la declaratoria de herederos se debe considerar que ésta tiene características similares a la existencia de un condominio, pero agrega la prolongación en el tiempo por el lapso que transcurre entre la inscripción y la disposición, sin mencionar la magnitud de esa prolongación en el tiempo.

Esto es fácilmente interpretable en vía judicial, pero no en vía notarial, porque nosotros no tenemos la posibilidad de hacer nacer una norma jurídica particular para el caso determinado, sino que nos tenemos que regir por las normas genéricas. Al no existir ninguna que determine cuál es el plazo que hace que la existencia de una comunidad hereditaria representada por la declaratoria de herederos se convierta en un condominio, no somos quienes para establecer si ese período temporal transcurrió o todavía se encuentra en una etapa anterior a la producción de esos efectos jurídicos.

¿Qué efectos trae esto? Muchos, porque la inscripción de la declaratoria de herederos la puede pedir solamente uno de los herederos sin la voluntad expresada por el resto de ellos, y ello podría perjudicar las acciones de los restantes herederos si nosotros la entendemos como una adjudicación en condominio, porque los derechos de los condóminos no son los mismos que los de los coherederos. Pueden existir menores entre los coherederos; puede ocurrir que mediante la adjudicación en condominio se perjudique la voluntad de uno de los herederos de ser adjudicatario de una parte efectiva o material de la herencia. Entonces, al no ser declaratoria inscrita por solicitud de todos, no puede implicar la voluntad de todos. Cuando un condómino vende su parte indivisa no le consulta a nadie, y el adquirente queda en su lugar, con las mismas acciones que tenía el condómino que le vendió la parte indivisa. Cuando un coheredero cede su porción hereditaria necesita el consentimiento del resto de los coherederos. Entonces, los efectos jurídicos son distintos y los debemos tener en cuenta.

Cuando normalmente operamos utilizando las declaratorias de herederos como antecedentes dominiales, no tenemos problemas en general porque la inscripción de éstas deviene de alguna petición conjunta. Pero no haríamos nada ilógico - al contrario, estaríamos perfeccionando el acto a través de nuestra intervención en la venta - si le agregamos al texto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escriturario que, para los coherederos que venden, la venta de ese inmueble implica una partición parcial de los bienes de la herencia. De esta forma, como la partición parcial es perfectamente admisible, evitamos cualquier posibilidad de reclamo futuro por haber utilizado la declaratoria como legitimación de un condominio y no de una comunidad hereditaria. Todos vienen a vender y manifiestan que es una partición parcial de los bienes de la herencia y esta frase que podemos agregar al texto de la escritura soluciona un problema que nos da el cambio de la jurisprudencia.

Fíjense ustedes que ese cambio se produjo por razones de practicidad, de necesidad de los profesionales intervinientes de dar por terminado rápidamente el proceso sucesorio sin esperar a lo que es la finalización normal de éste, que es la partición. Como afortunadamente el Código permite que una vez que se declararon los herederos o fue aprobado el testamento el acto de partición se realice fuera de la sede del juzgado - siempre y cuando no haya menores, incapaces o ausentes y exista la voluntad o consenso de la totalidad de los herederos - , esta intervención a través de una escritura pública le da la forma necesaria para concluir, respecto de ese bien, el proceso sucesorio.

Si llegare - Dios quiera que así sea - a aprobarse la modificación del Código de Procedimientos, y tuviéramos a nuestro cargo la formalización de los procesos sucesorios no contenciosos en sede notarial, estos principios los debemos tener vigentes para no cometer los mismos errores que tal vez se cometen en la actualidad en sede judicial.

Como decíamos al principio, la partición es el resultado de dos etapas previas. Primero la disolución, que en el caso del proceso sucesorio es la disolución de la comunidad hereditaria; en el caso de las sociedades conyugales, la disolución de éstas. La disolución se produce siempre en un instante infinitesimal, que es aquél en el que se advierte la voluntad de las partes de determinar la comunidad. En el momento en que las partes, de común acuerdo deciden terminar con una comunidad, se produce lo que nosotros conocemos con el nombre de disolución.

La disolución da origen a una etapa que es de contabilización del activo y pasivo de los bienes que integraban la comunidad, etapa que se llama de liquidación. En ella se establecen los créditos y los débitos de esa universalidad existente - sea sucesoria o de los bienes gananciales del patrimonio conyugal - , los débitos que produce la etapa de liquidación de cualquiera de las dos universalidades y, consecuentemente, cuál es el saldo remanente de aquel activo integrado por la universalidad de bienes.

¿Cómo ocurre esta etapa de liquidación en el proceso sucesorio? Todos recordamos que es necesaria la realización de un inventario y avalúo de los bienes. En el Código Civil y en el de Procedimientos de la Capital Federal. se establece que intervienen peritos para fijar el valor de las cosas que integran la universalidad. Sin embargo, ésta es una etapa que la jurisprudencia considera irrelevante en los casos en que siendo todos mayores de edad hayan hecho una determinación ab initio de los bienes que componen el acervo hereditario. Con la denuncia de los bienes se da por cumplida la etapa del inventarlo, si es que no existen manifestaciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en contrario de parte de los coherederos. El avalúo se sustituye por la expresión por parte de los coherederos mayores de edad de los valores respectivos; en el caso de los inmuebles, con las valuaciones fiscales; en el caso de los créditos, con los valores nominales. Las etapas de inventario y avalúo se dan por cumplidas sin que intervengan estos peritos a los que los Códigos Civil y de Procedimientos se refieren.

Concluida esta etapa de liquidación donde queda un saldo remanente - diferencia entre activo y pasivo - que debe ser distribuido entre la pluralidad de sujetos, comienza la etapa de la partición, que el Código de Procedimientos de la Capital Federal dice que también debe ser realizada por un perito partidor. que tiene que tener el título de abogado. El Código Civil señala que la partición debe tender a realizarse en especie; es decir, en la medida de lo posible, que a cada uno de los coherederos no se le asigne una suma de dinero proveniente de la liquidación del acervo sucesorio, sino los bienes en sí mismos. Esto es lo que normalmente vemos, y hasta acá, en el derecho sucesorio no encontramos mayores problemas, salvo que los coherederos no se sientan satisfechos con la composición de sus respectivas hijuelas en cuyo caso pretendan liquidar los bienes y hacer la distribución en efectivo. Pero esto contraría el principio genérico del Codificador.

Esta etapa de la partición nos recuerda lo que hablábamos al principio en cuanto al origen y categoría institucional dada a este concepto por los autores que doctrinariamente lo definen, es decir, poner fin a una comunidad hereditaria. Pero puede ser que ésta, antes de comenzar, tenga una distribución impuesta. Esta es la partición por ascendiente, cuando éste en vida distribuye el contenido patrimonial de su acervo e impone a los herederos recibir los bienes que lo integran en especie.

En ese caso, la comunidad hereditaria prácticamente ni existe, porque ya el ascendiente en lugar de establecer una masa común, una universalidad jurídica, está determinando bienes ut singuli, es decir, en su naturaleza específica, determinada y única. Entonces, en ese caso, la partición impuesta por el ascendiente no termina con la comunidad hereditaria, sino que impide su existencia. De cualquier manera, los efectos son exactamente los mismos, sólo que en lugar de surgir del consentimiento de los coherederos, lo fue de una manifestación de voluntad del causante, voluntad que sólo es atacable cuando no respeta las legítimas; de lo contrario, se debe aceptar tal cual fue efectuada por el causante.

En la liquidación de la sociedad conyugal se producen situaciones que nos llaman poderosamente la atención y que han sido materia de análisis junto a otros casos que después vamos a repasar, que tienen un respaldo jurisprudencial muy fuerte. Son los casos en que se adjudica el único bien correspondiente a la disolución de la sociedad conyugal a uno de los cónyuges, o cuando se compensa la hijuela recibida por alguno de ellos con bienes propios del otro cónyuge. Si nos dicen que hay un único bien, y éste se adjudica a uno de los dos cónyuges, nos preguntamos: ¿Dónde está la partición? ¿Dónde recibe el otro cónyuge un valor equitativo como resultado de la división de los bienes de la sociedad conyugal? ¿Cuál es el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

efecto de la partición? ¿No está encubriendo una donación o liberalidad en favor del cónyuge que recibe ese único bien'? Si el otro cónyuge quedara con un crédito, podríamos pensar que existe un acto de enajenación de una parte indivisa; no un acto declarativo de partición, sino que en ella se genera un acto oneroso de transmisión del dominio o del derecho real de condominio.

La jurisprudencia no lo considera así. Hace hincapié en que en los casos de disolución de la sociedad conyugal existen valores afectivos que tienen trascendencia por sobre los valores económicos. Si los cónyuges, de común acuerdo, han resuelto que la partición de la sociedad conyugal no se realice sobre la base de la equidad de las hijuelas de adjudicación, ello es admisible porque se trata de un acto celebrado entre personas capaces y que no tiene por origen un negocio jurídico a celebrar entre ellos, sino la culminación de la etapa de liquidación del acervo de la sociedad conyugal. En principio, la anterior jurisprudencia - en contra de algunas opiniones doctrinarias muy sólidas, como las de Guaglianone y Fornieles, que solamente admitían este tipo de descompensaciones cuando su magnitud no implicara una donación o una transmisión a título oneroso - fue sustituida por este otro concepto a que estamos haciendo referencia en este caso, donde priman las situaciones afectivas por sobre las económicas, jurisprudencia que tuvo origen en votos de Bossert y opiniones de Maffía y que hoy las Cámaras de Apelaciones aceptan con asiduidad. Es decir la adjudicación del único bien de la sociedad conyugal a uno de los cónyuges es admisible y se considera como un acto de partición puro y simple. Para quienes sostenemos el concepto clásico, esto es chocante, pero lo debemos tener en cuenta porque es la tendencia jurisprudencial. La misma tendencia vemos reflejada en la posibilidad de incorporar bienes propios a la masa poscomunitaria de la sociedad conyugal para poder facilitar la partición. Para esto tenemos que retrotraernos a los principios genéricos sobre el objeto de la partición. Se trata de una masa o universalidad jurídica de bienes, integrada - en el caso de la partición sucesoria - por los bienes remanentes de la liquidación, aquéllos que quedaban como consecuencia de la diferencia entre activo y pasivo. Pero en la sociedad conyugal, la masa a dividir es la de gananciales. Todos recordamos los cuatro tipos de bienes que existen durante la vigencia del matrimonio: bienes propios de la mujer, bienes propios del marido, bienes gananciales de la mujer y bienes gananciales del marido, con la posibilidad de administración independiente, al igual que la responsabilidad por las deudas, salvo que se trate de deudas contraídas en beneficio de la sociedad conyugal o para el sostenimiento del hogar marital; de lo contrario, los bienes gananciales de un cónyuge no responden por las deudas del otro. Recién cuando se produce ese efecto que genera la disolución de la sociedad conyugal aparece una masa donde se mezclan los gananciales de uno con los del otro, para formar un nuevo patrimonio, distinto del anterior, porque ya no será necesario el asentimiento del otro cónyuge para la disposición, sino que habrá codisposición, aunque cierta parte de la doctrina dice que mientras esa masa hereditaria no termine mediante la partición, también tiene, por una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

parte, disposición del titular y, por otra, asentimiento. En realidad, al integrar una sola masa, lo que hay es codisposición y esto, en cuanto a nuestra actuación funcional y profesional, tiene una consecuencia predominante, que es la necesidad o no de pedir inhibiciones para aquél que no es titular. Si estamos ante un caso de codisposición, las inhibiciones tienen que pedirse a nombre de ambos cónyuges y no sólo del titular, no así en el caso del asentimiento.

La masa a dividir está compuesta por los bienes que eran gananciales de cada uno de los cónyuges, y que ahora forman una universalidad jurídica donde se mezclan los de uno y otro. El resultado de la liquidación se refiere, lógicamente, a esos bienes y no a otros. Incorporar un bien propio a esa masa es agrandarla, porque se trae algo que no corresponde a ese patrimonio particular de la indivisión poscomunitaria. Sin embargo, basada la jurisprudencia en la teoría del acto mixto y del acto único, que tiene origen en la descripción de Betti en cuanto al negocio jurídico, acepta la incorporación de un bien de características distintas de los que componen la masa - un bien propio - al acto de la partición para compensar las porciones que cada uno de los cónyuges va a nevar a su patrimonio. La teoría moderna, sobre todo fundada en un voto de Zannoni, en un fano publicado con un excelente comentario de María Josefa Méndez Costa, habla de la unidad del negocio jurídico partitivo que admite la presencia de negocios mixtos, pero sin quitarle la naturaleza jurídica de negocio único al acto de la partición. Sobre esa base se permite en la actualidad, a través de esta tendencia jurisprudencial que desde entonces fue pacífica, la posibilidad de incorporar a la masa a partir, bienes propios de algunos de los cónyuges para compensar las hijuelas.

Esta jurisprudencia también responde a la otra postura; es decir, aun cuando existan bienes propios, las hijuelas tampoco tienen que ser equitativas, porque el otro principio es de carácter genérico, donde el afecto está por encima de lo económico, y aun cuando se incorporen bienes propios, la falta de equidad en las hijuelas no obsta a este tipo de partición. Pero si a través de este sistema se perjudicara a terceros - acreedores - , éstos podrían pedir la nulidad de la partición, basados en la inequidad de las prestaciones.

Esto complica el panorama, porque a través de una partición de estas características se pueden estar sustrayendo del patrimonio bienes con los cuales tiene que responder el deudor, y por lo tanto esto no es permitido. Pero en tanto y en cuanto exista consenso entre las partes y el juez no vea un vicio en la voluntad de una de ellas o una falta de equidad tan desproporcionada que perjudique a terceros, va a admitir la partición en estas circunstancias y la considerará como un acto jurídico único y mixto.

Esto tiene consecuencias desde el punto de vista impositivo. Si consideramos que existe, por un lado, partición y, por otro, un negocio jurídico - donación o acto a título oneroso - , el tratamiento impositivo será uno, y si lo consideramos como un acto global, único y mixto, por el efecto declarativo de las particiones, no tendrá gravamen alguno. El criterio de la DGI hasta ahora es admitir el negocio global, único y mixto.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Es importante tener esto en cuenta porque hasta ahora ha ocurrido en sede judicial, pero la partición también puede hacerse en sede notarial. Incluso registralmente ha sido recogida perfectamente la partición entre cónyuges en sede notarial, sin intervención judicial, lo que no ocurre en los juicios sucesorios, donde tiene que intervenir el juez. En cambio, se admite que el convenio, suscrito por los cónyuges después del divorcio, por el cual se parten bienes, se inscriba directamente en el Registro de la Propiedad si fue hecho por escritura pública.

El problema jurisprudencial que existe es si se admiten o no los convenios celebrados por los cónyuges antes de la disolución de la sociedad conyugal. Parte de la doctrina dice que hasta tanto no se produzca la disolución de esa sociedad, aún sigue vigente en razón del vínculo la incapacidad de los cónyuges para contratar entre sí. Otro sector de la doctrina sostiene que si luego de concluida la disolución los cónyuges lo inscriben, están confirmando lo que en aquel momento no pudieron hacer, por más que fuera insanablemente nulo, ya que es una nueva manifestación de voluntad. La jurisprudencia recepta sin duda alguna que una vez producida la disolución de la sociedad conyugal los cónyuges tienen plena capacidad para partir bienes sin intervención del juez. Ese acto de partición realizado en sede notarial tiene plena vigencia y puede ser inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble sin necesidad de intervención judicial

PARTICIPANTE. - Una vez producida la declaratoria de herederos y ordenada la inscripción de los bienes, ¿se puede hacer la partición en sede judicial y luego inscribirse?

ESC. BRASCHI. - Sí, porque así lo determina el Código Civil cuando establece que los actos partitivos, una vez dictada la declaratoria de herederos, pueden tratarse fuera de la sede judicial. El partidor puede ser el abogado; se puede hacer por instrumento privado si no existen bienes cuya disposición imponga la forma de escritura pública, como sería el caso del inc. 2° del art. 1184 de Cód. Civil, y se podrá inscribir directamente siempre y cuando los coherederos sean mayores de edad y estén todos presentes.

Si apareciere cualquiera de las circunstancias que impide la partición en sede extrajudicial, entonces debería volver al juzgado interviniente y allí ser homologada. Dentro de la partición judicial, una es la que se celebra voluntariamente por los coherederos, aun existiendo incapaces, con su voluntad manifestada por su tutor o curador - salvo que éste tuviera un interés distinto dentro de la misma sucesión, en cuyo caso debe ser reemplazado por un curador especial - , en forma extrajudicial y que debe ser homologada por el juez. El otro caso de partición judicial es cuando no exista consenso, en cuyo caso la partición judicial de los bienes debe realizarse a través del trámite judicial.

Estos principios se trasladan al caso de la sociedad conyugal: si no hay consenso entre los ex cónyuges, deberá tramitarse judicialmente.

El partidor judicial o extrajudicial tratará siempre de dividir los bienes en especie, porque ese es un principio genérico de la partición.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Fíjense la trascendencia que tiene darse por satisfecho con la inscripción de la declaratoria y no hacer la partición. Puede ocurrir cualquiera de las cosas que estamos hablando, porque la declaratoria no pone fin a la indivisión hereditaria, y tampoco la sentencia de divorcio a la indivisión poscomunitaria. Tiene que existir otro acto de voluntad que genere la partición, el cual tiene una etapa intermedia que es la liquidación. No producida ésta, como estamos ante universalidades jurídicas - patrimonio sucesorio o comunitario - implica que no existen derechos reales de los coherederos o de los cónyuges divorciados frente a los bienes que integran el patrimonio, porque son precisamente una universalidad jurídica. Por ende, lo que existen son derechos personales. Si existe un derecho personal, para transferirlo se lo debe ceder; en cambio, si es un derecho real, lo que hay que hacer es un contrato de compraventa. De manera que allí hay diferencias jurídicas que debemos tener en cuenta para no viciar los actos formalizados con nuestra autoría. Si alguien tiene la declaratoria inscrita y viene a ceder su parte indivisa en esa sucesión, sin previa partición, lo que está cediendo son derechos personales; no está haciendo la venta de una parte indivisa sobre un bien determinado, aunque la comunidad se limite a un solo bien. Incluso, la universalidad jurídica representada por esos bienes no es estática sino dinámica, mientras ella exista se irán generando créditos y débitos; por ejemplo, intereses devengados por sumas depositadas, alquileres que se perciben por la locación de bienes, gastos de sucesión o de mantenimiento; de manera que ese patrimonio está variando permanentemente. Lo que estatifica la composición de esa universalidad es la manifestación de la voluntad de partición, de poner fin a la universalidad y asignar a cada coheredero o cónyuge divorciado una porción material. Lo que era una alícuota sobre una universalidad, se concreta en la titularidad de una o varias cosas, o en el condominio de ellas.

La situación sujeto - objeto es distinta. Una es la situación de un sujeto con derechos personales sobre una universalidad y otra la de un sujeto de derecho con una cantidad determinada de bienes determinados. De manera que el contrato correspondiente a la disposición de alguna de estas cosas es diferente: en un caso es cesión y en otro compraventa.

PARTICIPANTE. - Analógicamente, sería el mismo caso de la adquisición de un bien en subasta judicial, que si se quiere transferir antes de la toma de posesión se debe ceder, mientras que si el adquirente ya tomó posesión. debe vender.

ESC. BRASCHI. - El efecto jurídico es el mismo, porque en la subasta judicial, donde no hay tradición, mientras el oficial de justicia no ponga al adquirente en posesión de la cosa y complete de esa manera los requisitos esenciales de transmisión de los derechos reales, el adquirente tiene el título - contrato de compraventa en sede judicial - pero no el modo, porque no está en posesión. Todos sabemos que para que se transmita un derecho real es necesario cumplir con esos dos requisitos esenciales - título y modo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- . y hasta ese momento el adquirente en venta judicial sólo tiene título. Consecuentemente, al no tener un derecho real sobre la cosa, sólo puede transmitir un derecho personal que emana del título. Cuando completó el circuito y se convirtió en dueño, se terminó la posibilidad de ceder derechos personales porque ahora hay derechos reales sobre la cosa. Por ende, la cesión de un derecho real se hace mediante compraventa.

En este caso, al adjudicarse los bienes en la división de una comunidad. está adquiriendo el dominio porque ya entra en contacto con cada uno de los bienes determinados, en una relación sujeto - objeto que hasta ese momento no tenía, ya que era una porción ideal de otra cosa ideal que era la universalidad. Hay dos conceptos ideales: la porción ideal. donde no se concreta ninguna de las partes moleculares de los bienes patrimoniales, sino que es un concepto del pensamiento, no existe como cosa en sí misma. En cambio, lo otro es una relación sujeto - objeto porque esa alícuota frente a la universalidad se convierte en alícuota sobre una cosa determinada, y ahí aparece el derecho real.

PARTICIPANTE. - En el caso de una sucesión donde hay varios bienes, no se pueden ceder derechos hereditarios sobre uno de esos bienes, sino que tiene que referirse a la totalidad.

ESC. BRASCHI. - Así es; por eso decíamos que es fundamental tenerlo en cuenta al realizar nuestras escrituras, porque muchas veces se vienen a ceder los derechos hereditarios sobre tal inmueble. Puede ocurrir que en la partición ese inmueble no sea asignado al cedente; entonces, lo que fue cedido es algo inexistente. Es lo mismo que puede pasar con el acreedor hipotecario en parte indivisa: si bien se admite y se inscribe y se puede ejecutar, tiene validez en tanto y en cuanto no se produzca una partición que elimine al deudor de la relación sujeto - objeto; de lo contrario, pierde el privilegio que tenía y pasa a ser acreedor quirografario, porque carecerá de la garantía real de la hipoteca contratada sobre una parte indivisa. Este es un principio genérico de los derechos reales que debemos tener en cuenta porque sus efectos jurídicos son muy importantes. Por eso es bueno refrescarlo, porque muchas veces estamos tentados a hacer cesiones de derechos hereditarios sobre bienes determinados. También cuando sobre la base de una declaratoria de herederos que abarca varios bienes se pretende hacer la venta por todos los herederos, no cuesta nada aclarar que es una partición parcial de los bienes del sucesorio, porque de esa manera convertimos a los coherederos en condóminos de esa cosa y entonces disponen por acto de compraventa. Si hay un heredero y un bien, el tema se termina con la declaratoria de herederos porque no hay nadie que pueda reclamar la partición.

PARTICIPANTE. - Pero mientras no haya asignación a esa única cabeza, la sucesión no termina.

ESC. BRASCHI. - Eso puede ser hecho en forma expresa o tácita. Para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que exista partición tenemos que partir de la base de que hay pluralidad de sujetos - como señala el doctor Yungano - , porque el heredero único tiene un contacto directo con la universalidad de bienes; si es un heredero forzoso tuvo la posesión automáticamente con la muerte del causante, si no es forzoso, la habrá tenido desde la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento. Como es el único dueño, no puede partir con nadie. ¿Qué va a liquidar para adjudicar? ¿A quién más puede adjudicar si no a sí mismo? ¿Y quién le va a adjudicar a él? Nadie; se lo adjudica la ley porque es el único heredero, siendo el desencadenante la muerte del causante.

PARTICIPANTE. - Si nos encontramos con un antecedente donde figura una cesión de derechos hereditarios sobre un bien determinado, ¿de qué manera podemos subsanar ese error?

ESC. BRASCHI. - La solución es que los demás coherederos presten su conformidad y digan que se trata de una partición parcial de la herencia. De lo contrario, esa cesión no enerva la posibilidad de que al producirse la partición, sobre ese bien no le corresponda nada al heredero que cedió.

En la XXIII Convención Notarial, se elevó como ponencia la siguiente: "1) Integración de la masa sujeta a partición: a) Bienes sucesorios: La masa sujeta a partición está integrada por los bienes que conforman el saldo remanente después de operada la liquidación. Pueden incluirse los créditos si así lo solicitare alguno de los herederos para igualar las hijuelas". El Codificador ha preferido que los créditos no formen parte de la partición, ya que se dividen en forma matemática.

"b) Bienes de la sociedad conyugal: En el caso de liquidaciones de la sociedad conyugal, ésta se integra con el saldo remanente de los bienes gananciales, provenientes de ambas masas".

La diferencia que existe entre condominio y comunidad hereditaria o indivisión poscomunitaria está reflejada en un concepto que dice: "No configura un condominio la universalidad jurídica proveniente de la masa hereditaria, como tampoco la de la indivisión poscomunitaria". Esto es por el tema de los derechos personales o reales que mencionábamos hace un rato.

"La inscripción de la declaratoria de herederos con relación a bienes determinados en los registros que así lo admiten..." - porque la mayoría de los registros no admiten la inscripción de la declaratoria - "... no pone fin a la comunidad hereditaria, ni implica adjudicación en condominio". Esto es conteste con lo que señalábamos en cuanto a que cada vez que se habla de estas operaciones hay pluralidad de sujetos, y hay comunidad hereditaria cuando existe más de un heredero.

PARTICIPANTE. - ¿No podría interpretarse que al pedir todos los herederos la inscripción de la declaratoria están expresando su voluntad de pasar a ser condóminos?

ESC. BRASCHI. - Pero no está expresada la voluntad partitiva, sino sólo la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de inscripción de la declaratoria, lo que documenta la existencia de la comunidad, no su voluntad de partir. La voluntad de partir puede variar, aunque todos los coherederos pidan la inscripción de la declaratoria. La jurisprudencia admite lo que usted dice, pero luego de transcurrido un prolongado tiempo desde la inscripción de la declaratoria, y con comportamiento de los coherederos como si fueran comuneros. ¿Quién determina cuánto es ese lapso o que los coherederos se comportaron como comuneros? El escribano no; lo tiene que decidir el juez. Por eso yo sugiero agregar esa pequeña frase que documenta no sólo la voluntad de inscribir sino también la de partir, y así se sana el título y se evita una posible observación.

PARTICIPANTE. - Me llamó la atención que el Registro de la Propiedad, en una sucesión donde había cónyuge supérstite y un único hijo, inscribiera la mitad indivisa del bien a nombre del hijo y la otra mitad a nombre de la madre, consignando que se trata de un condominio por división de la sociedad conyugal.

ESC. BRASCHI - Está bien, es lo que se debe hacer. Obviamente quien hizo la ficha sabía lo que hacía. Obviamente no pudo haber sido calificado por el Registro porque éste, por el principio de rogatoria, no puede actuar de oficio sino sólo en base a lo que le ruegan. En este caso el origen es la disolución de la sociedad conyugal por muerte.

Un error que se suele cometer a menudo es ceder derechos hereditarios del cónyuge supérstite en una sucesión donde no hay bienes propios del causante y quedan hijos. En ese caso no se puede ceder nada porque el cónyuge supérstite no tendría derechos hereditarios. La muerte de un cónyuge origina, para la sociedad conyugal, su disolución, y para el heredero forzoso, su posesión inmediata en la herencia, que después de la declaratoria se traducirá en un derecho. Si sólo hay bienes gananciales, el hijo será el heredero; si hay un bien propio, los coherederos serán el hijo y el cónyuge supérstite, y hará falta la partición.

PARTICIPANTE. - En un antecedente registral, observé que había una cesión de derechos hereditarios sobre un bien determinado con reserva de usufructo para la cedente. Es decir, que si se cedían derechos personales, no se podía constituir un derecho real sobre uno personal.

ESC. BRASCHI. - Está mal. En cambio, cuando la universalidad está compuesta por un solo bien, los coherederos pueden partir adjudicando a uno la nuda propiedad y a otro el usufructo, que puede ser vitalicio o por tiempo determinado.

PARTICIPANTE. - En el caso que menciona la participante, habría que ceder todos los derechos y acciones emergentes de la sucesión, y que el cesionario que resulte adjudicado se obligue a constituir usufructo sobre el inmueble, a nombre del otro.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ESC. BRASCHI. - Depende de la situación. Si se tratara de herederos que se quieren referir a un bien determinado, lo que tendrían que haber hecho es una partición parcial, adjudicando ese bien en condominio al que se reservó el usufructo y al que vendió; al hacer de eso una partición parcial, el resto queda indiviso formando parte de la universalidad jurídica sucesoria. La partición puede ser parcial o total, y provisional o definitiva. La provisional no existe como tal hasta que no se convierta en definitiva; la parcial tiene plenos efectos solamente respecto de la determinación hecha de los bienes que correspondan a la partición parcial, y deja intacta la indivisión respecto de los restantes. Si con relación a un bien se hace partición parcial y adjudico en condominio a dos personas, dejo intacta la indivisión y con respecto a ese bien produzco el nacimiento de los derechos reales; por lo tanto, lo puedo tratar como cualquier otra cosa del patrimonio.

PARTICIPANTE. - La partición parcial se puede hacer cuando están todos los herederos. El problema se presenta cuando se sabe que hay otros herederos pero se quiere dar ese bien a alguien y los otros bienes ya fueron adjudicados a ellos mismos; entonces, no se puede hablar de una universalidad, y estaría sujeto a la partición definitiva. La cesión sobre un bien es un acto cuya validez estará sujeta a la partición definitiva posterior. Pero las circunstancias particulares son muy importantes. No podemos decir que nunca se pueden hacer cesiones de derechos hereditarios sobre un bien determinado.

ESC. BRASCHI. - Lo que tenemos que tener en claro es que esas cesiones sobre bienes determinados son aleatorias, porque sólo tendrán vigencia en tanto y en cuanto ese bien determinado recaiga en el patrimonio del cedente.

PARTICIPANTE. - Si nosotros aclaramos en una escritura de cesión de derechos hereditarios sobre un bien determinado que este negocio es aleatorio, ya estaría cubierta nuestra responsabilidad profesional.

ESC. BRASCHI. - Así es. Lo importante, cuando uno está constreñido a hacer un acto cuya validez sabe que estará sujeta a una condición que escapa de sus manos, es limitar la responsabilidad profesional que genera la autorización de ese acto. Por ejemplo, para el caso en que no estén todos los herederos, o uno de ellos sea menor de edad; aun en este último caso, el tutor o curador puede admitir la partición, pero estará sujeta a la homologación judicial; en cambio, en sede notarial, estamos perdidos si no limitamos nuestra responsabilidad, lo cual haremos en un documento separado.

Eso también puede ocurrir en los casos de compraventa donde los títulos sean observables. Hay casos donde la parte que compra dice que no le importa que el título sea observable porque puede esperar veinte años sin vender, o porque la observación vence en seis meses, o porque el negocio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

le resulta conveniente a pesar de ese vicio. En ese caso, el problema es de él, y el escribano se libera de la responsabilidad porque le advirtió el vicio que surgía del estudio de título.

EL FIDEICOMISO EN LA OPERATORIA INMOBILIARIA Y EN LA PRIVATIZACIÓN DE EMPRESAS Y SERVICIOS (En el marco actual de nuestra reactivación económica)(*)(87)

Luis CORREA LARGUÍA

SUMARIO

I.1. En la operatoria inmobiliaria. 2. La carencia crónica de viviendas. La inoperancia estatal. El fideicomiso en la crisis habitacional. 3. El actual horizonte de la economía. Sus proyecciones. 4. El plan social del Estado. El déficit de viviendas. 5. El fideicomiso frente a la crisis habitacional. Una herramienta útil y de bajo costo. 6. Su aplicación en el campo inmobiliario. 7. Variantes posibles. 8. Adjudicación de los bienes. 9. Comercialización del saldo restante. 10. Facultades fiduciarias de los bancos. 11. La creación de nuevos instrumentos de inversión. De nuevos productos financieros. El fideicomiso inmobiliario. El fideicomiso financiero. 12. Nuestra postura ante el Proyecto de ley regulatoria del Fideicomiso. 13. La Unión Interamericana de Ahorro y Préstamo para la Vivienda. El Instituto Jurídico. 14. Colofón. II. El fideicomiso en la privatización de empresas y servicios.

I.1. EN LA OPERATORIA INMOBILIARIA

Han transcurrido 16 años desde la publicación en el diario La Nación(1)(88) de una síntesis de nuestro trabajo "El fideicomiso inmobiliario", tema éste que también fue desarrollado por el panel integrante de la mesa Redonda organizada por la VII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, visualizando esta figura en el contexto del Código Civil y su posibilidad de adaptación al instituto del trust del derecho anglosajón. El evento tuvo lugar el 12 de mayo de 1978 con intervención de sus expositores, los doctores Edgardo Marcelo Albelti, José María López Olaciregui, Jorge Mosset Iturraspe, José María Rodolfo Orelle y Miguel Norberto Falbo, actuando el suscrito en calidad de coordinador. De ambas aportaciones se hizo eco la Revista Jurídica del Banco de la Nación Argentina, reproduciéndolas íntegramente(2)(89). Acotamos que a dicha Mesa Redonda fueron invitadas, entre otras instituciones y dependencias públicas, el Ministerio de Justicia, la Corte Suprema de Justicia, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, las distintas Facultades de Derecho de las universidades nacionales y privadas, el Banco Central de la República Argentina, el Banco Hipotecario Nacional, el Banco de la Nación Argentina, la Asociación de Bancos y el Comité de Abogados de Bancos de la República Argentina, la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, la Dirección General Impositiva, etc. Las aportaciones