

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

PARTICIÓN POR DONACIÓN(*) (792)

HADA E. CARBALLAL, ANA MARÍA COLO, MARÍA J. DEMARCO, ANA A. GONZÁLEZ AÑÓN, ANGELINA H. ROSSI, HERMINIA N. SEGALLE, MARTA E. STUTMAN, MARTHA R. TELECHEA, JOSÉ MARÍA R. ORELLE y ARMANDO J. VERNI

SUMARIO

Plan de trabajo. - Capítulo Primero. Antecedentes históricos y fuentes. Derecho romano. Derecho español. Derecho francés. - Capítulo Segundo. Naturaleza jurídica. Conclusión. - Capítulo Tercero. Requisitos. Reglas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

generales. Aclaración previa. Aceptación. Capacidad. Partición donación conjunta. A) Bienes propios. B) Bienes gananciales. Caso especial de la partición donación unilateral. Donatarios a incluirse en la donación. Elementos objetivos; bienes a incluirse. Composición de las partes: condiciones permitidas y prohibidas. Observación de la legítima. Adjudicación. Mejora o entrega de porción disponible. Condiciones prohibidas. Cláusula de garantía. - Capítulo Cuarto. Forma de la partición por donación. Explicación previa. Planteo de la cuestión. Análisis de las posiciones relativas a la forma de la partición por donación. - Capítulo Quinto. Títulos de propiedad. Desarrollo. Acciones. Carácter de los títulos. Observación previa. Artículo 1051. Supuesto de los títulos emanados de la partición por donación. Influencia de la técnica notarial respecto al título. - Capítulo Sexto. Intervención de menores. Puntos a analizar. Intervención judicial. Designación de un representante. Menores comprendidos en el artículo 128. Menores emancipados. - Capítulo Séptimo. Evaluación.

PLAN DE TRABAJO

Desarrollaremos el tema, ajustándonos al temario fijado para esta Jornada. Respecto al análisis de cada uno de los puntos, creemos necesario aclarar que aquellos ítems referidos a la naturaleza jurídica, requisitos y reglas generales serán simplemente esquematizados, pues el único propósito que adjudicamos a los mismos es el de servir de base mínima para los capítulos referidos a forma, títulos de propiedad y evaluación del instituto. Refuerza nuestro criterio la circunstancia que dichos puntos básicos han sido suficientemente estudiados por la doctrina existente, y no ha surgido modificación legislativa o jurisprudencial alguna que haya modificado esas conclusiones.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y FUENTES

Derecho romano

En esta legislación se encuentran indudablemente las fuentes históricas de la partición por donación(1)(793). Sin embargo, en el derecho romano fue especialmente desarrollada la partición por testamento, partiendo de la facultad omnímoda del pater familias, que en la evolución posterior fue limitándose considerablemente hasta culminar en la institución de la legítima(2)(794).

Adquieren importancia, también, las Constituciones de Constantino y Teodosio en cuanto atenuaron considerablemente los requisitos rituales relativos a los testamentos, en el sentido de respetar las disposiciones hechas por los ascendientes aunque su forma fuera irregular, siempre que éstas hubiesen sido empleadas para instituir solamente a los descendientes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En síntesis, esta evolución muestra, por una parte, la sensibilidad jurídica, tan característica del foro romano, que fue modificando el rigor dogmático de sus principios en beneficio y en respeto a la voluntad privada; y por otra, el crecimiento gradual en cuanto al reconocimiento de los derechos de los demás integrantes de la familia con relación al pater familia.

Solamente agregaremos que el fundamento histórico de la institución fue el obtener un medio para impedir desavenencias posteriores a la muerte de los ascendientes entre sus herederos, así como la dispersión del patrimonio familiar(3)(795).

Derecho español

En el antiguo derecho español, la ley 7ª, título 1º, partida 6ª, autorizaba al padre para hacer la partición de sus bienes por testamento. Pero el antecedente más inmediato aparece con la ley 9ª, título 15, parte 9ª, que permitía al padre hacer partición de bienes entre sus hijos, debiendo respetarse su voluntad. Los hijos no podían en caso de disconformidad recurrir al juez, pues éste estaba también obligado a respetarla si no se hubiese afectado la legítima. Era un derecho y no una obligación de los progenitores, quienes podían revocarla aunque hubiere mediado la entrega efectiva de los bienes, a no ser que se le hubiese dado carácter de irrevocable. Si los padres no lo hicieren voluntariamente, los hijos no podían compelerlos a realizarla, ya que al igual que en el régimen actual los bienes pertenecían a ellos hasta su fallecimiento, pudiendo disponerlos libremente(4)(796).

Las leyes recopiladas, a su vez, disponían: "Los padres pueden autorizar a los tutores de sus hijos para hacer particiones extrajudiciales de los bienes que les dejaren", con mayor razón podrán ellos hacerlo de la herencia materna, por ejemplo, que les correspondiese enviudando el padre.

Indudablemente, salvo modificaciones de detalle, es evidente que el derecho español receptó la legislación romana sobre este punto.

Derecho francés

Esta legislación confundió la separación que existía en el derecho romano entre partición por donación y partición testamentaria. La partición por el ascendiente era un acto de última voluntad, revocable, y liberado de las formalidades ordinarias de los testamentos (Or. de 1735 sobre los testamentos, arts. 15 y 18)(5)(797).

Junto a esta partición testamentaria el antiguo derecho francés poseía otra figura, "la dimisión de bienes", consistente en un abandono general de los bienes a favor de los herederos presuntivos, "liberalidad intervivos" que se practicaba como si hubiera apertura anticipada de la sucesión(6)(798).

Pero debe hacerse notar que la diferencia con la actual configuración de este instituto es que era revocable(7)(799).

Respecto a la evolución posterior del derecho francés y la influencia de sus comentaristas en las normas dictadas por nuestro legislador, haremos la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

referencia pertinente en ocasión de tratar cada artículo.

CAPÍTULO SEGUNDO

NATURALEZA JURÍDICA

La opinión de nuestros comentaristas ha receptado prácticamente la discusión que sobre este punto dividió tan profundamente a la doctrina francesa(8)(800).

1) Segovia opina que la partición no es más que una donación y partición entre los herederos forzosos, y que los descendientes son donatarios respecto al donante y copartícipes en sus relaciones mutuas(9)(801).

2) Llerena dice que es un acto sui generis, puesto que decir que es una pura y simple donación es ir contra el texto expreso de la ley. Tampoco puede decirse que hay división de herencia porque no hay herencia de personas vivas(10)(802).

3) Machado, por su parte, sostiene que es una partición en su fondo y una donación en su forma(11)(803).

4) Prayones se pronuncia en favor de la tesis del acto mixto en el cual las reglas de la donación y del testamento se combinan con la de la partición(12)(804).

5) Fornieles afirma que es una donación y desde ese punto de vista el dominio se transfiere irrevocablemente a los donatarios, cuya conformidad o aceptación se necesita (arts. 3516 y 3517, Cód. Civil), y al mismo tiempo es una partición de donde nacen los derechos y obligaciones propias de los copartícipes, como ser: garantía recíproca de las cosas comprendidas en sus porciones (art. 3535), rescisión cuando no se salvan las legítimas (art. 3536, Cód. Civil)(13)(805).

CONCLUSIÓN

De las opiniones glosadas, sin perjuicio de la prevalencia que los autores otorgan respectivamente a las reglas relativas a la donación o las concernientes a la partición, surge un denominador común: como institución debe ser considerada globalmente y armonizarse las reglas relativas a ambos elementos de la que está compuesta.

Sobre el particular, un autor, con toda claridad, explica: que la ambivalencia de la institución repercute en los caracteres y efectos del acto, y en ese sentido es una figura distinta a las dos mencionadas. Es simplemente el resultado de la unión de ambas figuras y genera efectos de una u otra, pero en una medida tal que no puede identificarse con ninguna de ellas(14)(806). Aplicando estas ideas, y a modo de esquema de partida, podemos señalar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuáles son los efectos de esta figura originados en el contrato de donación, y los que responden al concepto de la partición:

a) Como la donación:

- 1) es un acto inter - vivos (art. 947, Cód. Civil);
- 2) en su forma se rige las reglas de la donación, aun en el caso de existir menores (art. 3523, Cód. Civil);
- 3) como contrato requiere aceptación (art. 3516, Cód. Civil);
- 4) requiere la absoluta entrega en propiedad de los bienes (art. 3516).

b) Como la partición:

- 1) deben participar todos los descendientes (art. 3528, Cód. Civil);
- 2) la legítima debe ser respetada (art. 3535, Cód. Civil);
- 3) existe la obligación de colacionar (art. 3530, Cód. Civil);
- 4) entre los beneficiarios existe la garantía de evicción (art. 3535, Cód. Civil).

Así también podemos notar algunas desviaciones o modificaciones de los efectos de ambas instituciones, consideradas en particular: en primer lugar, la irrevocabilidad de la donación (salvo la limitación que impone el art. 3522). Asimismo, la obligación de los descendientes de responder por las deudas del donante, situación que no se presenta en una donación común. Por otra parte, y a diferencia con el caso de los herederos puros y simples, la responsabilidad se encuentra limitada a los bienes recibidos (art. 3519 y su nota).

CAPÍTULO TERCERO

REQUISITOS. REGLAS GENERALES

Aclaración previa. Conforme con la intención puntualizada en el plan del presente, prescindiremos de aquellos requisitos generales a todo contrato, para centralizar aquellos aspectos específicos.

Aceptación. Atento el carácter bilateral de la partición por donación, ella debe ser aceptada por los descendientes (art. 3516). Esta es una de las modificaciones impuestas a la donación, debido a su carácter indivisible en relación a la partición. Dicho en otras palabras, aun cuando por el contrato de donación podría llegarse a creer que esta aceptación fuera independiente para cada uno de los partícipes, debido a la estructura mixta de la partición por donación, no cabe duda que debe ser aceptada por todos los descendientes del partidor, para que opere los efectos propios de esta figura. En este sentido se manifiesta la doctrina predominante(15)(807); especialmente, y por la importancia y solidez del argumento, recordamos a Fornieles, quien expresa que la no intervención es el arma de que dispone un heredero cuando entiende que su legítima no es respetada(16)(808). Continuando el razonamiento veremos también que,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en el supuesto de existir menores en la partición por donación, el ministerio pupilar tendrá como única posibilidad de rechazo la denegación de la aceptación (no puede en cambio, a diferencia con las particiones hereditarias, solicitar nueva tasación o inventario de bienes).

La única excepción, indirecta, a este artículo se encuentra en el artículo 3529 de nuestro código, en cuanto establece que "la exclusión de un hijo existente al tiempo de la partición, pero muerto sin sucesión antes de la apertura de la sucesión, no invalida el acto. La parte del muerto se divide entre los otros herederos". Sobre la base de esta norma es que Guastavino(17)(809)extiende la interpretación, y afirma que la falta de aceptación de algún heredero no implica necesariamente la imperfección del acto(18)(810).

Creemos, sin embargo, que para llegar a una conclusión precisa sobre este requisito debemos distinguir según se trate del negocio partición - donación o del título que instrumento esta figura. Desde el punto de vista negocial, la afirmación de Guastavino está perfectamente fundamentada, pues, como la validez del negocio, en cuanto al respeto de la legítima, debe apreciarse en el momento del deceso del ascendiente, podría ser que en ese momento existan bienes que permitan completar la porción del legitimario quejoso, o que en este caso de denegación de aceptación, posteriormente renuncie a su parte, o sea declarado indigno o desheredado.

Pero analizando esta problemática desde el punto de vista instrumental, o sea, la partición por donación en cuanto título susceptible de ser considerado observable, no cabe duda que estaremos ante un título perfecto, toda vez que hayan aceptado todos los descendientes. Sin dicho requisito, ni siquiera estaría perfeccionada la transmisión del dominio de los bienes. Por ello es que, desde este punto de vista instrumental, sólo existe título perfecto en cuanto esté dada la aceptación de todos los beneficiados por el ascendiente.

Capacidad

Debe tenerse la capacidad para donar (art. 1804, Cód. Civil). Pero debe dejarse bien aclarado que - amparados en esta capacidad - sólo puede utilizarse esta institución por los ascendientes en favor de sus descendientes y, por lo tanto, no podría comprenderse a otros parientes(19)(811).

Asimismo, para aceptar la donación se requiere la capacidad expresada en el artículo 1804, ya citado.

Existe una prohibición expresa que impide a un ascendiente - subsistiendo la sociedad conyugal - utilizar esta institución (art. 3626, Cód. Civil). Entendemos que el fundamento de esta prohibición consiste en el estado de indivisibilidad de la comunidad conyugal, respecto a los cónyuges, durante su subsistencia; y, por lo tanto, alude únicamente al caso en el cual uno de los ascendientes (en vida de ambos) pretendiera realizar esta disposición sin el concurso del otro; o también, cuando - fallecido uno de los cónyuges - el superviviente pretendiera realizar este contrato antes de lograr

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la partición necesaria en el trámite sucesorio del cónyuge fallecido.

Partición donación conjunta

Cabe preguntarse si viviendo ambos cónyuges podrían dividir anticipadamente sus bienes en forma conjunta. Aun cuando el código no se pronuncia sobre esta posibilidad, y pareciera descartarla, en una primera lectura del artículo 3526, el análisis cuidadoso nos permite arribar a una solución afirmativa. Por otra parte, y ateniéndonos al fundamento histórico de la institución, resulta absurdo suponer que sólo haya sido concebida como acto aislado e independiente de cada ascendiente.

Para la interpretación de esta posibilidad se hace necesario distinguir, en cuanto a los bienes comprendidos en la partición por donación, según se trate de bienes propios o gananciales.

A) Bienes propios:

1) Si ambos cónyuges hicieran donación - partición conjunta de bienes propios, se presentaría el obstáculo de las disposiciones de los artículos 3311 y 1176 del Código Civil; pues como los cónyuges se heredan respecto a los bienes propios, al realizar esta donación estarían renunciando a una herencia futura(20)(812).

Pero entendemos que la conclusión es errónea. En primer lugar, debe destacarse que, frente a la prohibición existente en nuestra legislación sobre convenios en relación a herencias futuras (por la evidente inmoralidad que entrañan), esta figura de la partición por donación es una excepción flagrante. Justamente se ha concebido esta excepción, porque existe una finalidad superior, un fin que el legislador ha valorado como positivo: evitar discordias entre los herederos, abaratar gastos, etc.(21)(813)(22).

Partiendo de esta premisa, que abarca a toda la institución, ¿cómo podríamos aplicar a una de sus posibilidades (partición - donación conjunta de bienes propios a los ascendientes) una sanción que no alcanza a la figura considerada globalmente? Parece mucho más idónea la conclusión opuesta: que la posibilidad está permitida, atendiendo a ese fin superior a que hemos aludido.

Por otra parte, el legislador no ha implantado esta prohibición cuando legisló sobre esta institución. Entonces, si la misma institución es una excepción al principio, si el legislador no incluyó prohibición alguna en las normas dedicadas a esta figura, mal puede sancionarse esta posibilidad, partiendo de las normas que han sido ignoradas por el legislador al concebir la institución de la partición por donación.

2) En el caso que uno de los cónyuges deseara hacer partición de sus bienes propios entre sus ascendientes y el otro cónyuge, sí encontramos una valla infranqueable en el artículo 1807, inciso 1°, que prohíbe la realización de donaciones durante el matrimonio(23)(814).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

B) Bienes gananciales:

La mayoría de la doctrina admite esta posibilidad(24)(815). El problema planteado por la inteligencia exclusivamente gramatical del artículo 3526 queda superado, partiendo de la base que los únicos titulares de ese conjunto de bienes prestan su consentimiento simultáneo y, por lo tanto, la adjudicación es perfectamente posible(25)(816). Refuerza nuestra conclusión el carácter absolutamente excepcional de la institución, que ha provocado el apartamiento del legislador de dogmas estrictamente normativos, para obtener el resultado y finalidad perseguidos.

Caso especial de la partición - donación unilateral

Hemos visto que, por imperio del artículo 3526, impide la partición en caso de subsistencia de la sociedad conyugal. Esta prohibición desaparece, en el caso de sociedades conyugales disueltas y liquidadas(26)(817).

Donatarios a incluirse con la partición - donación

La regla general está presente en el artículo 3525: "...hijos y descendientes legítimos y naturales, observándose el derecho de representación". Comprende, además de los hijos y demás ascendientes, las siguientes hipótesis: a) Hijos adoptivos(27)(818), y b) descendientes extramatrimoniales de grado ulterior (conf. ley 14024 y arts. 3582 y 3583, Cód. Civil).

Sólo puede tener lugar entre ascendientes y descendientes. No puede comprender otros parientes (como sobrinos, hermanos, etc.).

Deben incluirse todos los descendientes existentes al tiempo de la realización del acto (Arg. art., 3528), bajo pena de nulidad de la misma. Concuera esta disposición con el artículo 3529, en cuanto establece que: el hijo de otro matrimonio del ascendiente, posterior a la partición, y el hijo póstumo, anulan la partición. Pero, deben notarse dos aspectos: a) Que, aun cuando el código trata de dos hipótesis muy precisas (nacimiento de un hijo posterior y proveniente de otro matrimonio posterior del donante; y nacimiento de un hijo póstumo) la correcta interpretación de esta norma traduce dicha expresión en la siguiente: toda vez que nazca un descendiente posterior a la donación, y anterior al fallecimiento (salvo, por supuesto, el caso del hijo que - concebido antes del fallecimiento - nace después). Llegamos a esta conclusión por vía del fundamento de la nulidad con la cual la legislación sanciona la omisión de un descendiente: la protección de la legítima. b) Que dicha nulidad no puede ser considerada en el acto mismo por el cual se realiza la partición - donación, sino al momento del fallecimiento del donante(28)(819), pues, como bien lo señala Guastavino, podría ser que a esa fecha, sea por vía de otros bienes del donante o por vía de renuncia a su parte o repudie la herencia, quede perfeccionado el acto.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Elementos objetivos: bienes a incluirse

Es requisito indispensable que los bienes objeto de la partición - donación sean de propiedad exclusiva o privativa del ascendiente. Para realizar adjudicación de bienes, el ascendiente no debe estar vinculado a una indivisión con otras personas.

En otro orden de cosas, debe notarse que la partición - donación puede ser total o parcial, respecto a los bienes del donante(29)(820). En realidad, esta partición - donación parcial no puede asimilarse a una donación ordinaria, pues en esta última no se aplican las reglas que, hemos visto, derivan a esta figura por medio de la fusión de ambas instituciones (garantías de evicción entre copartícipes, dispensa de colación, etc.). Por supuesto que sólo pueden comprenderse los bienes actuales y no los futuros (art. 3518).

El donante podrá realizar este contrato en la medida que goce de la plena disponibilidad de los bienes que incluirá, pues la donación debe ser irrevocable, y mediante la entrega efectiva, en plena propiedad, de los bienes. Por estos motivos, un bien sometido a bien de familia no puede ser incluido en esta figura(30)(821).

Composición de las partes: condiciones permitidas y prohibidas.
Observación de la legítima

Se deben respetar las diversas porciones hereditarias que les corresponde a cada descendiente, según el orden sucesorio y las normas para el caso de concurrencia.

Adjudicación

Debe respetarse el principio que implanta (como preferible) el de la división en especie (art. 3475 bis, introducido por la ley 17711). Justamente, la última parte de esta nueva norma excluye - en cuanto a bienes comprendidos en la partición - al caso en el cual la división convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes.

Mejora o entrega de porción disponible

La redacción del artículo 3524, en cuanto se refiere a la posibilidad de mejorar en la partición por donación y por contener una contradicción en sí mismo, ha originado encontradas opiniones sobre su inteligencia:

a) Machado, a quien siguen De Gásperi y Borda(31)(822), entienden el citado artículo en el sentido siguiente: que para mejorar en la partición por donación, la cláusula de entrega de la porción disponible debe ser expresa.

b) Fornieles entiende que el artículo contiene dos afirmaciones contrarias, y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por lo tanto en la cuestión debe preferirse la parte del artículo que deniega la posibilidad de hacer mejora, pues ésta es cuestión reservada a la materia testamentaria.

c) El doctor Barraquero, en su voto(32)(823)varias veces citado, luego de un extraordinario estudio de esta institución, llega a las siguientes conclusiones: 1) Que el codificador, al redactar esta norma, no ha incurrido en equivocación alguna, sino que ha elegido cuidadosamente la terminología empleada. 2) Que en la partición por donación el ascendiente puede beneficiar a alguno de los descendientes, "dando su parte disponible" (conf. primera parte del art. 3524). 3) En este caso, esta entrega constituye de por sí dispensa de la colación (conf. arts. 1805 y 3605 del Cód. Civil), pues constituye una excepción al principio sentado en los artículos 3476 y 3484. 4) Dicha "entrega" de porción disponible puede ser expresa o tácita (cuando simplemente existe desigualdad en las adjudicaciones. 5) En la partición por testamento, en cambio, la cláusula "de mejora" no se presume y debe ser expresa.

Por vía de tales conclusiones este jurista, inclusive, y partiendo de las funciones del notario, aconseja una cuidadosa redacción de esta clase de instrumentos, para cumplir así con su elevado ministerio.

Condiciones prohibidas

Son las que resultan del artículo 3517: a) Bajo condiciones que dependan de la sola voluntad del donante. b) Ni con el cargo de pagar otras deudas que las que el ascendiente tenga al tiempo de hacerla. c) Ni bajo la reserva de disponer más tarde de las cosas comprendidas en la partición.

La sanción, en el caso de contener la partición por donación alguna condición prohibida, provocaría la nulidad del acto (conf. art. 680, Cód. Civil).

Cláusulas de garantía

¿Son admisibles, en la partición por donación, cláusulas que reserven algún derecho o garantía respecto al donante?

La doctrina contesta afirmativamente(33)(824)Y contemplando las siguientes opciones: 1) Partición parcial. 2) Reserva del usufructo de algunos bienes transmitidos (Arg. arts. 1800 y 1801) o la constitución de renta vitalicia. La única regla a la que deben someterse estas garantías es que no comprometan la legítima.

Podemos agregar la opinión coincidente del doctor Barraquero, aun cuando limita esta posibilidad a la porción disponible del donante.

Finalmente, creemos que la disposición contenida en el artículo 3516 no obsta a esta conclusión, pues la parte en la que se preceptúa "entrega absoluta" y "transmisión irrevocable" debe considerarse referida a las reglas aplicables en la donación (acto esencialmente revocable) y adviene irrevocable por vía de las normas inherentes a la partición. Por ello, si se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

adjudica este sentido a la disposición, no influye en la conclusión apuntada, declarando perfectamente viable la reserva de usufructo o la constitución de una renta vitalicia.

En realidad, tales limitaciones acentúan las posibilidades de utilización de esta figura y no perjudican en nada a los beneficiarios.

CAPÍTULO CUARTO

FORMA DE LA PARTICIÓN POR DONACIÓN

Explicación previa

Como hemos realizado una descripción de la figura en los capítulos anteriores, pareciera inadecuado tratar en capítulo aparte el aspecto formal del instituto. Pero, esta modalidad la hemos adoptado obedeciendo a los siguientes puntos: a) Que en esta figura, la forma integra un aspecto visceral del negocio. b) Que la consecuencia de su desconocimiento implica la nulidad negocial y además instrumental (título - documento) de la misma. c) Que todo lo relativo a la seguridad jurídica, intangibilidad del tráfico (especialmente inmobiliario), reviste esencial importancia para la evolución económica del país.

Planteo de la cuestión

Que pueda dudarse de cuáles son los preceptos relativos a la forma que se aplican a esta figura, llama la atención del intérprete. Sobre todo, porque aun aquellos autores que dan prevalencia al plexo normativo sucesorio, sobre las normas inherentes a la donación, están contesten en que la forma es la aplicable a las donaciones(34)(825).

Sin embargo, analizaremos el problema(35)(826)para verificar los argumentos esgrimidos por quienes lo hacen a través de las normas aplicables cuando intervienen menores de edad, y los argumentos expuestos por la doctrina existente sobre el punto, que es nutrida.

Análisis de las posiciones relativas a la forma de la partición por donación

A) Procedimiento judicial:

Esta tesis parte de los artículos 450/7, 437 y 3465. Las dos primeras normas aluden a la obligatoriedad del trámite judicial, toda vez que existan menores interesados. La última determina que debe usarse este procedimiento cuando exista oposición de terceros, o para el caso de desacuerdo entre los herederos. Asimismo, la disposición del artículo 1184, inciso 29, en cuanto exceptúa de la necesidad de la escritura pública cuando mediare escrito presentado ante el juez de la sucesión (expresamente, luego de la reforma de dicho artículo, por la ley 17711)(36)(827). A pesar que esta posición se encuentra avalada por la autoridad de un fallo plenario, no resiste a la crítica. En primer lugar, porque

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el artículo 1184, inciso 2º, refiere expresamente a particiones hereditarias, es decir, a los casos en los cuales la transmisión del dominio se ha operado por vía del fallecimiento del causante. Mientras que en el caso que estamos analizando, de la partición por donación, el título de la partición o de la transmisión es la donación, la entrega de los bienes, que en el caso de inmuebles no puede hacerse en otra forma documental que la escritura pública.

En segundo lugar, y respecto a las normas aplicables a los supuestos en los cuales intervienen menores de edad, debe colegirse que la intervención judicial ha sido "querida" por el codificador, e impuesta en la norma, para que el ministerio de menores evite que en las particiones hereditarias (nótese que nuevamente estamos en un caso de transmisión ya operada por el fallecimiento del causante) sean perjudicados los intereses de éstos. Pero, dichas normas en nada aluden a la forma que deban revestir dichas particiones; y menos aun que deba entenderse que la partición por donación es una partición extrajudicial.

La partición por donación es una figura excepcional, con caracteres específicos, y en manera alguna puede entenderse, aun forzando la imaginación, que estamos ante una partición hereditaria.

B) Escritura pública:

Los sostenedores de esta doctrina encuentra que la claridad meridiana del artículo 3523 exime de mayores comentarios. Encontramos esta convicción en los textos de los autores franceses, expresamente citados por el codificador como fuente de sus textos (Aubry et Rau, Zachariae, Demolombe)(37)(828), quienes convergen sobre este punto, a pesar de sus discrepancias sobre la naturaleza de la institución.

En igual tesitura militan nuestros primeros comentaristas (Segovia, Llerena, Busso, Machado)(38)(829) y la continúan los autores posteriores (Fornieles, Lafaille, Prayones, Borda, etc.)(39)(830).

No podría llegarse a otra conclusión: a) Porque en la partición por donación las reglas relativas a la transmisión de los bienes deben extraerse del estatuto referido al contrato de donación, mientras que las relaciones entre los copartícipes, de las reglas relativas a la partición(40)(831). b) En la partición hereditaria, el título (como causa) de la adquisición del dominio es el fallecimiento del causante, mientras que en la partición por donación, el título de la partición es la donación. c) En la partición hereditaria, el instrumento y la misma partición gozan de efectos simplemente declarativos, mientras que en el supuesto que estamos analizando, la donación "traslada", "transfiere" el dominio de los inmuebles comprendidos en la partición(41)(832). d) El mismo codificador nos refiere que la partición por donación no implica realizar la sucesión de una persona viva, sino de reglar los derechos de los descendientes(42)(833). Tomando esta afirmación, queda aclarado que no puede considerarse a esta figura como un acápite de la partición hereditaria. e) Aun de no existir el artículo 3523, llegaríamos a la misma conclusión por imperio de los artículos 1810 y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1184/2 del Código Civil(43) (834)(44).

Por otra parte, repetimos que la importancia del problema que estamos analizando se traduce especialmente en las consecuencias de la omisión de las formas requeridas, que son viscerales para la misma existencia del negocio (donación - partición). Sin este requisito, no "nace" jurídicamente la institución. Adviértase la trascendencia que puede importar en la titulación inmobiliaria. Ni siquiera sería oponible la defensa contenida en el nuevo artículo 1051 del Código Civil, por tratarse de un vicio manifiesto.

Como una última consideración, cabe destacar que este desconocimiento de la escritura pública, de funestas consecuencias para la vida jurídica del país, casi siempre está inspirado en motivos extrajurídicos más que en interpretaciones normativas(45)(835). No se trata, cuando surge la comparación con la garantía que presta la actuación judicial, de un problema de garantías o de seriedad. Es algo de una trascendencia muy superior, y vinculado a un problema de jerarquía constitucional: la división de poderes. En un país que adopta un sistema u organización política asentados sobre el principio de división de poderes, no solamente se realiza una división entre estos poderes (por ejemplo: ejecutivo, legislativo y judicial) sino que, a su vez, cada uno de éstos se descentraliza, a los efectos de lograr una especializada e idónea estructura política. En orden a lo que se ha dado en llamar la administración de justicia, nadie duda que todos los profesionales que intervienen en la misma tienen su específica misión, separada, divisible, independiente, para lograr, reunidas todas en sus efectos, una justicia sana, madura, eficaz y útil. En la medida que no se respeten estos límites, así decaerá esta función. Sólo en un marco de recíproca e integrada acción podrá beneficiarse a la comunidad, con una administración de justicia verdaderamente eficaz.

En materia de transmisiones de dominio inmobiliarias, el legislador ha pensado que por la importancia de dichos bienes, así como por toda una serie de negocios y actos jurídicos, debían merecer la protección estatal, y asimismo debía brindarse el funcionario que cumpliera con esa misión. Así, atribuyó al notario ese cúmulo de potestades, para obtener seguridad, autenticidad, paz social en definitiva. Si así han sido establecidas las instituciones, ¿por qué confundir aquello que es claro y llevarlo al terreno judicial, ocupando a los magistrados, que en su altísima función de dictar justicia deben intervenir en problemas de índole negocial o voluntaria que los alejan de su tan importante función? Veamos, a este respecto, la opinión de uno de nuestros más brillantes magistrados: "... y a pesar también de la advertencia formulada por el doctor Machado, de que a medida que sean dificultados los arreglos sucesorios que consumen el haber hereditario los padres se verán obligados a ocurrir a este medio, para salvar a sus hijos los bienes que tanto sacrificio les ha costado conservar, acordando en el porvenir, a su modo de ver, un papel más importante a la partición por testamento, aparte de que quedará tiempo a los jueces para ocuparse de verdaderas controversias, pues no deben intervenir en estas divisiones de bienes sino en caso de pleito" (del voto del doctor Barraquero, fallo citado, pág. 312).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por todo lo expuesto, es que consideramos que el respeto a la forma de los negocios es esencial a una comunidad con principios jurídicos verdaderamente arraigados.

CAPÍTULO QUINTO

TÍTULOS DE PROPIEDAD

Desarrollo

Para estudiar este aspecto, debemos partir de las acciones de las cuales es susceptible esta institución de la partición por donación, y la trascendencia de dichas acciones en los títulos de propiedad emanados de la misma. Veremos luego la influencia del nuevo texto del artículo 1051 respecto a esa calificación anterior y genérica de observable que merecían estos títulos. Y por último la influencia de la técnica notarial, en cuanto a la inobservancia de los mismos.

Acciones

La partición por donación puede ser susceptible de las siguientes acciones:

1) Acción de nulidad:

Esta a su vez puede originarse en aquellos vicios de los cuales es pasible cualquier contrato o acto jurídico (consentimiento, capacidad, error, etc.;) o en causas específicas inherentes a esta figura.

Uno de los casos sería el supuesto de falta de aceptación por parte de todos los descendientes, según lo que hemos afirmado en la parte relativa a este requisito general (conforme art. 3516, Cód. Civil).

También, si la partición por donación estuviere subordinada a una condición prohibida, según el artículo 3517 del Código Civil.

En el caso de infracción a los derechos de los legitimarios, debemos recordar la posibilidad de entrega de la porción disponible por parte del donante, en cuyo caso la desproporción no afecta a la partición por donación.

Un caso especial de nulidad, expresamente contemplada por el Código Civil, es la omisión de alguno de los descendientes (art. 3528), que comprende, en una evidente conexión, al supuesto de nacimiento posterior de otro descendiente (art. 3530).

2) Acciones de rescisión y de reducción:

Estas acciones también están encaminadas a la protección de la legítima (arts. 3536 Y 3537), y por lo tanto sólo pueden ser ejercidas luego del fallecimiento del donante. Esta es la base doctrinaria, de la que parte aquel principio general aplicable a esta figura, y que dispone que la validez de este contrato sólo puede ser juzgada en el momento del fallecimiento del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

causante, pues cualquier omisión de descendiente, o avance sobre la legítima, puede quedar compensada o renunciada a esa fecha de juzgamiento(46)(836).

Por otra parte, la doctrina mayoritaria entiende que ambas acciones nacen a partir del mismo perjuicio (desconocimiento de la legítima) y por lo tanto en este caso el descendiente - heredero tiene a su elección cualquiera de ambas medidas(47)(837).

Sin embargo, en cuanto a sus efectos, estas acciones difieren considerablemente: a) La acción de rescisión deja sin efecto la partición realizada, y obliga a realizar una nueva división de los bienes. b) La de reducción sólo tiende al complemento de la legítima, y por lo tanto la partición queda en pie. La acción se dirige únicamente contra el heredero favorecido para obligarlo a restituir lo que recibió de más (art. 3537)(48)(838). La acción de reducción prescribe a los cuatro años (art. 4028), en tanto que la de rescisión prescribe a los diez, pues al no tener plazo específico, es de aplicación el artículo 4023.

3) Acción de colación:

Según la interpretación a que hemos adherido (ver el punto relativo a cláusula de mejora), cuando la desproporción en las adjudicaciones no altera la legítima, debe entenderse que el donante ha dado su porción disponible (en forma tácita) al beneficiado.

4) Acción de revocación:

Conforme al artículo 3522 la donación es irrevocable por el ascendiente, salvo el supuesto de inejecución de las cargas, o por causa de ingratitud de algún donatario. Debe aclararse que en el caso de producirse la revocación por ingratitud respecto de algún descendiente, ésta no perjudica los efectos de la partición respecto de los demás(49)(839).

CARÁCTER DE LOS TÍTULOS

Observación previa

Debido a las numerosas acciones de las cuales es susceptible esta institución, la doctrina notarial se manifiesta partidaria de la tesis de la observabilidad de estos títulos(50)(840).

Actualmente la situación ha cambiado, a nuestro modo de ver, totalmente, a partir de la nueva redacción del artículo 1051, según la ley 17711, en cuanto protege con un alcance extraordinario a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

Artículo 1051

En cuanto hace al objeto de nuestro estudio, nos basta con destacar los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

siguientes aspectos relativos a esta disposición:

a) Carece totalmente de relevancia que el acto en que funde su derecho el accionante contra el tercer adquirente sea nulo o anulable, y que la nulidad resulte absoluta o relativa(51)(841). En todos los casos, la aplicación de esta norma estará condicionada a la existencia de la buena fe en el tercer adquirente a título oneroso.

b) La coincidencia total en cuanto a la opinión de que cuando el vicio es manifiesto (sea visible, ostensible, perceptible) el tercer adquirente no puede alegar buena fe, porque actuando con una razonable y normal diligencia hubiera tomado conocimiento del mismo(52)(842).

c) Respecto a la buena fe, deben tomarse en cuenta tanto el aspecto objetivo como el subjetivo. Desde el punto de vista objetivo, la buena fe alude a la posición del sujeto en su vida negocial. Le basta con no engañar y con no permitir el engaño o error(53)(843). Sería la buena fe - lealtad. En ese aspecto subjetivo, o sea buena fe - creencia, existe una actitud activa por parte del sujeto, o sea la conducta diligente del hombre medio cuando realiza sus negocios, para los cuales no sólo se determina por sus propios conocimientos, sino que recurre a personas especializadas en aquellos derechos cuya problemática desconoce.

Para que la buena fe requerida por el artículo 1051 quede configurada, es necesario que conjuguen ambos aspectos objetivo y subjetivo.

d) El vicio de forma en el título de adquisición, hace suponer mala fe en el poseedor(54)(844).

e) Conforme a las premisas anteriores, es fácil concluir que en la debida diligencia exigible al hombre medio se encuentra su obligación de realizar una compulsa de los títulos de propiedad, en los casos de adquisición de inmuebles(55)(845)(56).

Supuesto de los títulos emanados de la partición por donación

Partimos de la base de considerar al título como observable, en la medida que sea pasible de acciones reales o personales, pero que nazcan (los vicios que originan dichas acciones) del mismo título. Es decir, que para nuestra elaboración posterior separamos cuidadosamente aquellos aspectos referidos al negocio, en relación a aquellos aspectos relacionados con el instrumento. Ejemplificando este punto de partida, diremos que en el caso de una compraventa que haya sido concertada mediante violencia, tendríamos el negocio viciado, pero el título inobjetable.

Asimismo, y conforme a las bases apuntadas en relación al artículo 1051 del Código Civil, queda claro que la observabilidad del título dependerá del carácter manifiesto u oculto del vicio.

Partiendo de esta afirmación inicial, es fácil su aplicación conociendo los requisitos generales y especiales de esta figura, y por lo tanto juzgar con precisión cuándo un título es observable y cuándo no merece esta calificación.

Sin perjuicio de ello, creemos útil la consideración especial de algunas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hipótesis: a) Supuestos concernientes a la legítima: según se ha visto un requisito esencial para la validez de la partición por donación es el respeto a la legítima de los descendientes incluidos, a tal punto que su omisión o avasallamiento es causa de múltiples acciones (nulidad, reducción y rescisión en su caso). Frente a un título emanado de una partición por donación, surge el problema del intérprete sobre la manera de apreciar el cumplimiento de estas reglas relativas a la legítima. Asimismo, el alcance de esa interpretación: ¿se reduce a apreciar la existencia de un avalúo? ¿o debe calificarse inclusive la concordancia económica del mismo? Entendemos que la asignación de valores (avalúo) de los bienes sujetos a la partición por donación es materia privativa, en el caso excepcional de esta figura, de los ascendientes, avalúo que queda perfeccionado respecto de los descendientes por el hecho de su aceptación. (Recordamos que, en el punto relativo a aceptación, se hizo notar que el descendiente disconforme con su lote tenía como defensa el denegar su aceptación.)

Por lo tanto, y colocándonos siempre desde la perspectiva del título como documento considerado en sí, llegamos a las siguientes conclusiones: 1) Que aun cuando los ascendientes - donantes tienen facultades para realizar la operación de avalúo y la estimación de cada uno de los bienes (pudiendo incluir motivos de tipo familiar o afectivo que se alejen del simple valor económico de la cosa), deben, formalmente, dejar expresado dicho avalúo en el instrumento de la partición. Si no lo hicieren, el título sería observable (aunque, una vez analizados los valores, surgiera su inobjetabilidad), puesto que es un requisito de obligatoria consignación. 2) Pero no puede admitirse la verificación o discusión de la estimación realizada por los ascendientes, ya que en caso de disconformidad de los descendientes, éstos pueden negarse a la aceptación. En cambio, una vez aceptada, el acto y la conformidad a la aceptación no pueden revisarse posteriormente (57)(846). De acuerdo con estas consideraciones, el título es inobservable (en cuanto a esta causal se refiere) si contiene la expresión del avalúo realizada por los ascendientes, y la aceptación de los beneficiarios.

b) Artículo 3529 del Código Civil: (Nacimiento posterior de un descendiente.) Aquí la dificultad estriba en dos motivos: 1) Que la causa de nulidad de la partición es posterior a la misma. 2) Que su aparición no adquiere reflejo documental. Sería uno de los casos donde el negocio jurídico adviene ineficaz, en tanto que el documento que lo contiene es perfecto.

Pero en busca de una solución al problema, y aun ante la opinión de Guastavino ya citada, respecto al momento en el cual debe juzgarse la nulidad por esta causa (época del fallecimiento del donante), orientándonos hacia la certidumbre documental, propugnamos el siguiente procedimiento: que en el caso de un donatario por partición que desee transferir o constituir algún derecho real sobre el inmueble comprendido en la partición por donación, a la respectiva escritura comparezcan el o los ascendientes manifestando el mantenimiento de la situación familiar (o sea, que no haya nacido un descendiente posterior) al tiempo de realizarse el otorgamiento por parte de este donatario. A través de esta manifestación, se supera el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escollo que pudiera plantear el caso contemplado en esta norma. Obviamente, si los ascendientes han fallecido, la situación surgirá objetivamente del respectivo trámite sucesorio.

c) Supuesto de revocación: El artículo 3522 del Código Civil contiene dos casos que merecen distinto tratamiento: 1) Para el supuesto de la causal relativa a la ejecución de los cargos, deberá acreditarse fehacientemente el cumplimiento de los mismos para considerar inobservable el título, pues al constar la carga en la respectiva escritura de donación por partición, no puede ignorarla el adquirente. 2) En lo relativo a la ingratitud del donatario, y como también se trata de un acontecimiento posterior y de hecho, es que puede solucionarse en la misma forma arbitrada para el inciso anterior, o sea mediante la comparecencia del ascendiente manifestando que no ha revocado la donación (manifestación que sólo comprenderá a la parte del donatario disponente, pues, como se ha dicho, en caso de revocación respecto a algún otro donatario no resulta afectada al resto de la partición).

INFLUENCIA DE LA TÉCNICA NOTARIAL RESPECTO AL TÍTULO

De todo lo expuesto surge claramente, a nuestro entender, que los títulos emanados de esta institución no pueden ser, a priori, considerados como observables, aceptando la distinción básica de la cual partimos, y que consiste en la separación de las acciones relativas al negocio y las relativas al documento. Pero esta inobservabilidad sólo se alcanza en la medida en que el notario interviniente cumpla eficazmente con su misión que consiste, en cuanto a esta figura se refiere, además de los requisitos generales a todo instrumento, en una redacción cuidadosa y ajustada que evidencie el cumplimiento de los requisitos inherentes a esta figura⁽⁵⁸⁾(847).

Cumplidos estos requisitos, en modo alguno puede continuarse en la tesitura de considerar a estos títulos como observables.

Insistimos en nuestra afirmación sobre la independencia de los aspectos o acciones aplicables al negocio, en relación a la calificación del título que lo contiene. Todo lo relativo al negocio, en cuanto al juzgamiento de las nulidades de las que es susceptible, es materia privativa de la magistratura judicial, y en este sentido es que la calificación (con trascendencia respecto a terceros) de un acto en cuanto a su nulidad, sólo puede ser dictada por los jueces.

Por ello, los notarios, en su función calificadora de los documentos (para distinguir de la función asesora a la que aludiremos luego), no pueden decir que un título es nulo, sino que en la medida que noten vicios en el mismo se pronunciarán sobre si es observable o no.

Esto no quita que en su función asesora, y en su carácter de profesionales del derecho, tengan su opinión sobre si el negocio o un documento merezca la calificación de nulidad. Pero allí se detiene, es una opinión, pero sin poder utilizar esta categoría en su función calificadora. El juez dirá que el acto es nulo, el escribano dirá que es un título observable. Por ello, resultaría

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

imprecisa y terminológicamente deficiente la afirmación de que en base a que un título es nulo tal negocio no puede instrumentarse. La nulidad sólo puede ser declarada por los jueces y a partir de ese momento será definitivamente tenido como tal.

Volviendo nuevamente sobre la importancia de la técnica notarial, específicamente en lo relativo a esta figura, diremos que todos los títulos emanados de la misma serán imperfectos si el notario no refleja en la respectiva escritura los requisitos que hacen a la institución, o desconozca los remedios documentales para aquellas acciones que son posteriores y sin trascendencia documental a la escritura de partición (arts. 3522 y 3529). Los mismos jueces, en su misión de administrar justicia, han reconocido y sustentado esta posición, llegando inclusive a calificar esta misión notarial como el caso de verdadera jurisprudencia notarial. No podemos dejar de transcribir por la solidez conceptual, la precisión empleada, algunos párrafos del voto ya citado del doctor Barraquero: "Sin embargo se requiere también, a efectos(59)(848)de prevenir esas controversias judiciales, que el escribano en el otorgamiento de la escritura pública de partición por donación proceda con el necesario cuidado, ajustándose expresamente a la reglamentación legal, a fin de evitar aquellas consecuencias próximas o remotas, antijurídicas o perjudiciales para el interés de los herederos, justificando de esta manera, en el sentir de Giménez Arnan, el fundamento de su noble función de dar prueba a los hechos o dichos y de dar forma jurídica a la partición". "Tal facultad, forma típica del escribano en la corporalidad del instrumento público con respecto de los actos inter vivos y mortis causa (art. 979 del Cód. Civil), tiene gran trascendencia en la vida jurídica del país, pues una deficiencia de la redacción, que afecta a la técnica legal de forma o fondo, a la calidad y precisión de la voluntad expresada por los otorgantes de aquéllos, constituye una fuente de largas y enojosas controversias judiciales"... "Ante esa voluntad e intención de disponer de la partidora, al escribano autorizante de la partición anticipada, dada su función de consejero o asesor jurídico inherente a la capacitación y especialización que le da el ministerio, le incumbía hacer la calificación de su naturaleza y legalidad a los efectos de redactar las cláusulas".

Por lo tanto, y ante la condición y efectividad de los párrafos transcritos, surge nítidamente la responsabilidad que cabe a cada notario en la redacción de títulos inobservables.

CAPÍTULO SEXTO

INTERVENCIÓN DE MENORES

Puntos a analizar: La intervención de menores de edad, en cuanto a esta figura se refiere, plantea los siguientes interrogantes: a) Establecer si la intervención judicial es necesaria (art. 3514 del Cód. Civil); b) La designación de un representante del menor para que, en nombre de éste, suscriba la pertinente escritura; c) Si la reforma de los artículos 128 y 131 del Código Civil ha modificado la capacidad de los menores en relación a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

partición por donación.

Intervención judicial

El artículo 3515 establece, por una parte, que los ascendientes que nombren tutores a sus descendientes menores pueden autorizarlos para que hagan los inventarios, tasaciones y particiones de sus bienes extrajudicialmente. En un segundo párrafo establece la obligación de presentarla a los jueces para su aprobación. Esta disposición, si bien concebida para el caso de partición testamentaria, orienta al intérprete para aplicarla para el caso de partición por donación. En efecto, ¿cómo podría el padre designar a un tercero para una diligencia a realizarse en su propia sucesión sin tener el mismo la facultad de hacerla en el caso especial de la partición por donación?(60)(849).

No solamente por el argumento señalado, sino porque de ello no resultaría perjuicio alguno para el menor, debido a que en el caso de disconformidad con dichas operaciones practicadas por el ascendiente, el ministerio de menores puede pronunciarse negando la aceptación.

Además, no solamente resultaría ocioso e inútil realizar tales gastos relativos a la tasación, inventario y partición, sino antijurídico, puesto que, según lo veremos a continuación, el ministerio de menores no tiene facultad para discutir la valuación asignada a los bienes, sino solamente negarse a prestar su conformidad. De esto resulta, como consecuencia natural, que las personas que realizan la entrega de bienes y la partición son los propios padres, a quienes no pueden atribuírseles, en una suerte de presunción, el interés manifiesto de perjudicar precisamente al hijo menor de edad.

Finalmente, debe recordarse que el fundamento histórico de esta institución (asimismo la nota al art. 3514) insiste en la necesidad de evitar gastos en perjuicio de dichos menores.

En conclusión, afirmamos que la intervención judicial es necesaria, pero con una característica especialísima, consistente en la medida de sus facultades de control. Repetimos que no puede realizar otras tasaciones o inventarios, sino que - en el supuesto de no surgir objetivamente de las bases presentadas por los padres a los efectos de la partición - deberá negar la aceptación a esta donación. Por ello es que reviste tanto interés, en cuanto a la técnica notarial (en el caso de presentarse en proyecto de escritura), que los requisitos necesarios a esta figura surjan con la claridad y nitidez necesaria como para ser apreciados por quienes están llamados a juzgar sobre los mismos, llámese asesor de menores o notario(61)(850).

Designación de un representante

A los efectos de la suscripción de la correspondiente escritura pública de donación, deberá solicitarse al juez el nombramiento de un tutor ad hoc (art. 397, inc. 1º), para que en su nombre y representación y conforme a la correspondiente autorización judicial, suscriba la escritura, aceptando la donación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Debe aclararse, en relación al artículo citado, que en realidad ese tutor sólo cumpliría una labor material, puesto que el juicio sobre la bondad de la partición corresponde exclusivamente al ministerio de menores. Con esta salvedad puede aceptarse la terminología que hemos empleado. Inclusive, podría ser nombrado con tales funciones algún tutor propuesto en la pertinente presentación por el mismo ascendiente.

En cuanto a las características y procedimiento a aplicar, es cuestión de competencia de cada una de las leyes procesales.

Menores comprendidos en el artículo 128 del Código Civil

Conforme al último párrafo de la mencionada disposición, resulta claro que los menores comprendidos en esta norma (menor profesional y menor empleado) sólo tienen la administración y disposición de los bienes que adquieran con el producto de su trabajo, y por lo tanto en forma alguna puede considerarse que tengan capacidad para intervenir como aceptantes en esta figura de partición por donación.

Menores emancipados

Para analizar esta disposición, debemos distinguir según se trate de la emancipación dativa (sea por vía paterna o judicial), por una parte, y la emancipación matrimonial por otra.

Respecto a la primera clase de emancipación, y conforme al artículo 135, sólo tendrán la administración de los bienes adquiridos a título gratuito, antes o después de la emancipación. Para disponer de ellos, deberán solicitar autorización judicial.

Por ello, el menor emancipado por vía voluntaria no tiene la capacidad requerida para aceptar la donación por partición efectuada por el ascendiente.

Sin embargo, algunos autores, tomando en cuenta, en materia de partición hereditaria, el carácter declarativo de la misma, han entendido que la facultad de administración que le concierne respecto a los bienes propios, comprende esta posibilidad(62)(851). Pero no cabe duda, sin entrar a considerar la posibilidad de tal interpretación, que en este acto evidentemente traslativo (partición por donación), tampoco el menor emancipado en forma voluntaria tiene capacidad para intervenir como donatario en su propio nombre.

En lo concerniente a la emancipación por vía matrimonial, y en el supuesto específico del último párrafo del artículo 135 (acuerdo de ambos cónyuges cuando uno de ellos fuera mayor de edad), debe aceptarse que goza de capacidad suficiente como para aceptar su porción en la partición por donación, contando por supuesto con el consentimiento del otro cónyuge mayor de edad.

CAPÍTULO SÉPTIMO

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EVALUACIÓN

1. Esta institución ha sido, por una u otra razón, escasamente utilizada, salvo en algunas zonas del país (región cuyana y del litoral).
2. El disfavor con el cual se la considera proviene, entre otras causas, de las numerosas acciones a las cuales se encuentra expuesta y al natural temor por parte de los ascendientes a desprenderse de sus bienes en vida.
3. Sin perjuicio de lo apuntado, entendemos que es una institución que cumple con una necesidad social, según surge claramente de sus antecedentes históricos, que el codificador recogió con suma agudeza (nota artículo 3514).
4. Por otra parte, la desconfianza atribuida a la partición por donación es excesiva, pues las acciones de las cuales es pasible como negocio jurídico (nulidad, reducción, rescisión y revocación) no implica que los títulos de propiedad emanados de la misma sean necesariamente considerados observables.
5. En este sentido, como sucede con cualquier otro instituto jurídico, la calidad del título provendrá de la técnica notarial empleada y no de las acciones que puedan invocarse respecto al negocio instrumentado en el mismo. A estos efectos, debe tenerse presente la necesaria distinción entre instrumento y negocio, que se rigen por categorías de calificación independientes (por ejemplo, en el supuesto de un negocio nulo por vicios no ostensibles respecto al consentimiento, y cuyo título de propiedad es inobservable) .
6. Por lo tanto, la evaluación de esta figura no puede realizarse a través de las acciones que contra ella puedan invocarse. Si la escritura de partición por donación está adecuadamente redactada, conteniendo los requisitos de esta institución, el título será inobservable.
7. Resalta, una vez más, la importancia de la capacitación científica del notario, y la cuidadosa y elaborada redacción de los instrumentos que de él emanan, para encauzar la vida negocial a través de documentos que brinden certeza y seguridad.
8. Partiendo de estos presupuestos, hacemos notar que: la partición por donación no puede ser objeto de apreciaciones negativas a priori, puesto que su finalidad puede perfectamente cumplirse, en la misma forma que ocurre respecto a los demás contratos existentes en nuestra legislación. La circunstancia de su escasa utilización no es óbice para considerarla útil, tanto más considerando que su poco uso proviene de ese disfavor o desconfianza a que injustamente ha quedado sometida.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

9. La forma, esencialmente establecida por el Código Civil para esta figura, es la escritura pública, requisito visceral del acto. En este sentido debe destacarse la peligrosa tendencia a confundir la partición por donación con la partición hereditaria, pues de omitirse el requisito de la escritura pública el acto es insalvablemente nulo (arts. 3523 y 1810, inc. 1º).

10. En este sentido el notariado, en ejercicio de su función tutelar de la paz y seguridad, debe por todos los medios afianzar definitivamente el respeto a este requisito, teniendo en cuenta la importancia y garantía que merece la sociedad a la cual va dirigida nuestra labor, y las atribuciones que el Estado atribuye a la función notarial, teniendo en miras el encauzamiento de los negocios conforme a las normas jurídicas que dicta.

BIBLIOGRAFÍA

- Bibiloni, Juan A., Anteproyecto de Reformas al Código Civil argentino.
Borda, Guillermo A., Sucesiones.
Carballal, Hada; Giralt Font, Jaime; Novellino, Carlos A. y Scarano, Adolfo C. A., Caracterización de la buena fe requerida por el artículo 1051 del Código Civil.
Colomar, Antonio F., División hecha por el padre o madre y demás ascendientes entre sus descendientes.
De Gásperi, Luis, Derecho hereditario.
Fornieles, Salvador, Tratado de las sucesiones.
Guastavino, Elías P., Pactos sobre herencia futura.
Josserand, Louis, Derecho civil.
Linch, Antonio M., De la división hecha por el padre o madre y demás ascendientes entre sus descendientes.
Llerena, Baldomero, Concordancias y comentarios del Código Civil argentino.
Machado, José O., Exposición y comentario del Código Civil argentino.
Martínez Segovia, Francisco, "Partición anticipada de bienes".
Molinas, Alberto J., "De la división hecha por el padre o madre y demás ascendientes entre sus descendientes".
Morello, Augusto M., y Portas, Néstor L., Examen y crítica de la reforma del Código Civil. Trabajo realizado con la colaboración de varios autores.
Neri, Argentino I., Tratado teórico y práctico de derecho notarial.
Petit, Eugene, Tratado elemental de derecho romano.
Piñeiro Sorondo, Miguel, De la partición hecha por los ascendientes entre sus descendientes.
Prayones, Eduardo, Nociones de derecho civil. Derecho de sucesión.
Ripert y Boulanger, Tratado de derecho civil.
Segovia, Lisandro, Código Civil de la República Argentina. Su exposición y crítica.
Revistas Jurisprudencia Argentina, La Ley, Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos, Revista del Notariado.
NOTA: El detalle sobre las ediciones y fuentes de las cuales se ha extraído

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la bibliografía utilizada, consta en las respectivas notas.