

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

PARTICIÓN HECHA EN ESCRITURA - PÚBLICA(*) (211)

CARLOS H. VIDAL TAQUINI() (212)**

DR. VIDAL TAQUINI. Cuando examinamos los actos que deben ser hechos por escritura pública observamos que el artículo 1184, inciso 2° del Código

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Civil señala que se deben hacer de ese modo las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión.

Si seguimos recorriendo el Código y nos detenemos en los artículos respectivos que hacen a la división de los bienes luego de operada la disolución del régimen matrimonial, tanto el artículo 1311, referido a que si la mujer optare por la disolución de la sociedad conyugal, serán separados sus bienes propios y divididos los comunes, como el artículo 1313, cuando se produce la disolución de la sociedad por la muerte de uno de los cónyuges, remiten en ambos casos al Libro IV, de las sucesiones, es decir, a los artículos 3449 y siguientes del Código Civil.

Como si fuese poco, el artículo 1788, sobre división de las sociedades, también hace remisión al Libro IV del Código Civil. A esto se puede agregar el artículo 2698, que determina que la división de las cosas particulares se hará observando lo reglado también en ese Libro IV, en cuanto a la manera de hacerla y a los efectos que produce.

Aquí resalta la importancia del acto jurídico de la partición que en algunos supuestos se hace por escritura pública; y la remisión a las normas del derecho sucesorio nos lleva forzosamente a tomar en consideración que, como no siempre existe una partición judicial, ello significa que cuando se adopta el modo de partición privada, ésta, en principio, debe hacerse por escritura pública. Y esto de "en principio" lo decimos ahora en función de los aspectos registrales que examinaremos más adelante.

Por cierto que ante ello, si frente al expediente judicial el abogado es el partidor, cuando la partición se hace por escritura pública, el escribano es el partidor. De esta manera considero necesario que vayamos estableciendo y viendo los distintos conceptos que emergen de este acto jurídico, su importancia y, como consecuencia, cuáles son las pautas que en función de los caracteres del acto jurídico deben ser ineludiblemente tenidas en cuenta. La partición sobreviene normalmente cuando existe como condición indispensable pluralidad de comuneros, es decir, que si no existe tal pluralidad, no se torna necesario este acto jurídico.

La pluralidad de comuneros, ya sean los cónyuges, varios socios, varios condóminos, varios coherederos, ha hecho que desde el momento en que se produce la causa que pueda poner fin ya sea al régimen de bienes, a la sociedad, al condominio, o se opera la apertura de la sucesión, exista un estado de indivisión.

No me voy a detener en la naturaleza jurídica de ese estado de indivisión, porque considero que la nota al artículo 3451 del Código Civil es sumamente clara en el concepto que Vélez Sársfield tenía al sostener que la comunidad en las cosas es un estado accidental y pasajero, que la ley en nada fomenta, y, por lo tanto, pienso que es un régimen legal, sin entrar en la disquisición de si se transforma en una universalidad o no, porque evidentemente no estaba en el espíritu del codificador entrar en esa consideración.

Ese estado de indivisión, que se produce consecuentemente, termina con la partición. De allí la definición muy simple de partición: es el acto jurídico que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pone fin al estado de indivisión hereditaria.

A este concepto podemos agregarle otros aderezos, en el sentido de que la partición es también un acto técnico y un acto contable. Es un acto técnico porque va precedido inexorablemente de ciertos hechos, como son el inventario y el avalúo de los bienes, y es un acto contable porque el resultado de la partición no puede dejar de ser sino cero. Esto sobreviene como consecuencia de lo que decía el viejo artículo 3462, referido precisamente a la partición privada, que determinaba que los interesados o la mayoría de ellos podían realizarla en la forma y por el acto que creyesen más conveniente, pero respetando la esencia de la partición.

Y la esencia de la partición está destacada por el codificador en distintas notas, como son las de los artículos 2818 y 3928 - incluso hace una referencia en la del artículo 3514 - , de que la esencia de la partición es la igualdad. Por eso decimos que el resultado debe ser cero. Esta es una igualdad que se debe observar tanto desde el punto de vista cualitativo como del cuantitativo, es decir, el partidor, al hacer la división y la adjudicación, debe forzosamente tener en cuenta la calidad de quienes están concurriendo al acto particionario. Observará la manera de concurrir respecto de la indivisión hereditaria, al poner fin a ella, para la división y adjudicación de los bienes a los herederos considerando forzosamente cómo concurren los herederos y cuál es la cuota hereditaria que tiene cada uno. Porque eso es lo primero que se deberá respetar; si así no fuere, se estaría afectando en definitiva la legítima de cada heredero.

Lo mismo se debe observar desde lo cuantitativo; o sea que el resultado de la cantidad que se da a cada comunero debe ser igual en relación con la calidad que el comunero tiene en la división.

No se trata de que todas las partes sean iguales, sino que el valor esté reflejado en función de como se concurre al acervo. Esto quizá pueda sufrir algunas alteraciones, especialmente cuando la división y adjudicación se hace entre cónyuges, porque es muy común dejar de lado el principio del artículo 1315, que regla la cuestión de que los bienes gananciales se dividen por mitades entre ellos, o sus herederos, sin atender al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado bien alguno.

Esto lo decimos porque es dable observar en ocasiones que en definitiva un cónyuge termina adjudicándose casi todos los bienes, y el otro, no. Normalmente, el marido, como casi todos los hombres, trata en lo posible de solucionar el problema en ese momento, y si hay un bien, se lo deja a la mujer.

Allí se está rompiendo la igualdad. Ni qué decir cuando nos encontramos con que un cónyuge se está adjudicando un inmueble y el otro está compensando en dinero su cuota de ganancial. En este caso se está produciendo indirectamente una abierta violación al artículo 1358, que prohíbe la compraventa entre cónyuges, aun cuando estén separados de bienes, porque en realidad cuando se está realizando este tipo de actos no es ni más ni menos que un cónyuge le está comprando al otro la cuota ganancial que le corresponde en la división y a la cual no podría renunciar.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Esta es una desvirtuación de la partición, porque, en la medida en que se estén produciendo estas situaciones, la partición deja de ser el acto particionario para comenzar a envolver otras posibilidades que no se adecuan a lo que es la naturaleza de la partición, y la división en especie.

La partición es forzosa, y esto está ligado al criterio que emana de Vélez y que lleva a que los herederos, los acreedores de la herencia, aunque no les convenga, ya que merma la garantía, y todos los que en la sucesión puedan tener algún interés (legatarios, cesionarios, etcétera) - no los acreedores del heredero porque no la puedan pedir, salvo que pudieren ejercer la acción subrogatoria - , tienen en todo momento la posibilidad de solicitar la partición de la herencia, no obstante cualquier prohibición del testador o convenciones en contrario, como expresa el artículo 3452.

A su vez, la partición debe ser integral, es decir que en principio debe comprender todos los bienes que componen el acervo hereditario. Esto no significa que en algunas oportunidades no nos encontremos con que hay excepciones a estos caracteres que acabamos de enunciar, por cuanto existen bienes que no son partibles por su naturaleza, de tal manera que, si ello es así, quedan al margen de la partición. Así, por ejemplo, no son partibles los títulos o cosas comunes que se encuentren en poder del heredero que el juez haya designado, y en este sentido nos referimos a los títulos honoríficos, correspondencia, manuscritos, retratos, etcétera.

Asimismo, se debe tener en cuenta que hay bienes que, aunque sean partibles, no lo pueden ser porque si se efectuase la división de ellos surgiría un aprovechamiento antieconómico de las partes. Esto se determina en el artículo 3475 del Código Civil que, a su vez, remite al artículo 2326, y se deberá considerar si esos bienes están por encima de las medidas de superficie que normalmente todas las provincias determinan como unidades económicas no susceptibles de división porque, repetimos, si ello ocurriera, resultaría un aprovechamiento antieconómico.

Igualmente se debe tener en consideración si en el acervo existe algún inmueble que en su momento fue constituido como bien de familia, porque previo a que pueda ingresar en el acervo partible se deberá hacer la desafectación correspondiente. En tanto ello no ocurra, el bien no se integra, como puede ocurrir con los sepulcros.

Esto nos va dando las pautas de una función fundamental que tenemos, cual es la de ir conformando el cuerpo general de bienes, que evidentemente debe quedar reflejado previamente a la división y adjudicación.

También se pueden dar otras alternativas como que algún bien se encuentre en estado de indivisión o que, quizá pueda oponer alguno de los herederos ese estado. Bastan las prescripciones existentes en la ley 14394, en la que se da la posibilidad de que el causante imponga por diez años la indivisión de todos los bienes, o con respecto de alguno que constituya una unidad económica, situación que puede durar hasta la mayoría de edad de los herederos. También cuando todos los herederos hubiesen acordado por diez años la indivisión total o parcial de los bienes, que pueden renovar al término del plazo.

Existe, además, la posibilidad de que el cónyuge se oponga a la partición

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de algún bien. Puede ser respecto del establecimiento que conforme una unidad económica agrícola, ganadera, industrial, etcétera, que él hubiese contribuido a formar o lo hubiera adquirido, y se puede oponer por el plazo de diez años a que ese bien se parta, de la misma manera que se puede oponer respecto de la casa - habitación que hubiese adquirido o construido con fondos gananciales y que hubiera sido la residencia habitual de los esposos hasta el momento de la muerte de uno de ellos.

Debemos tener en cuenta también, con caracteres diferenciados de lo anterior, el derecho real de habitación que puede tener el cónyuge superviviente conforme al artículo 3673 bis del Código Civil.

Todo esto va precisando la importancia del estudio de los bienes y si se encuentran en estas condiciones, para que el escribano vaya conformándose a ellas. Esto no significa que si en el acervo existen algunos de estos bienes no pueda hacerse la partición. Pero en este caso la partición será parcial y no total. Habrá que esperar que desaparezcan estas condiciones para poder realizarla íntegramente.

En fin, también debemos señalar, en lo que hace a caracteres de la partición, que ésta es imprescriptible. Es que si puede pedirse en todo tiempo, es lógico que el legislador determine que la acción de partición es imprescriptible. Pero ello, en tanto y en cuanto alguno de los herederos no poseyese de manera exclusiva todos los bienes o parte de ellos, porque si hubiese transcurrido el lapso de veinte años podrían oponer la prescripción adquisitiva respecto de esos bienes. Entonces encontraríamos que estos bienes no sólo harían excepción a la imprescriptibilidad sino también a la integralidad de la partición.

Todos sabemos que la partición es declarativa y, a su vez, como consecuencia, es retroactiva (artículo 3503).

Estos son órdenes diferenciales con las otras indivisiones, porque ello no ocurre cuando se deben partir los bienes matrimoniales o los de una sociedad, aunque más de un aspecto es aplicable.

Quiere decir que se deben tener en cuenta varias circunstancias para poder establecer si el modo de partición es factible de hacerlo por escritura pública.

Antes de precisar los modos principales, en cuanto a si se puede hacer o no por escritura pública, debemos considerar que la partición se puede hacer también de otro modo, como es el de provisional o definitiva. El primero se da cuando se divide el uso y goce de las cosas y se mantiene el estado de indivisión del dominio; el segundo, cuando se divide la propiedad, por lo cual cesa la indivisión.

Pasemos a la partición privada y a la partición judicial. Como ustedes pueden apreciar, todos estos aspectos deben ser tenidos en cuenta para determinar si la partición es factible. Respecto de la partición privada, el artículo 3462, en su nueva redacción, establece que si todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes.

El primer requisito esencial es el de que exista unanimidad de todos los coherederos, es decir, en la medida en que no se alcance la unanimidad, la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

partición no se puede hacer privadamente, sino en forma judicial.

Por eso, a su vez, se debe establecer cuándo la partición debe ser judicial. Al efecto, el artículo 3465 determina que la partición se hará judicialmente en los siguientes casos: cuando entre los comuneros existan menores, aunque estén emancipados, c incapaces, interesados, o ausentes cuya existencia sea incierta; cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se opongan a la realización de la partición privada; y cuando los herederos mayores y presentes no la acuerden privadamente.

No hay ninguna discusión por el hecho de que haya menores, pero las opiniones se dividen si se trata de menores emancipados, después de la reforma de la ley 17711.

El artículo 3465, que no sufrió modificación alguna, cuando habla de "menores, aunque estén emancipados", lo hace con un concepto restrictivo, referido exclusivamente a los emancipados por matrimonio. Distinto caso sería el del emancipado por habilitación de edad, que es un instituto nuevo que introdujo la ley 17711.

El régimen de los menores emancipados ha sido modificado en cierta medida a través de las normas actuales de los artículos 134 y 135 del Código Civil, y esto lleva a algunas divergencias en cuanto a que, aun cuando existan menores emancipados, la partición se puede hacer privadamente, en contraposición a lo dispuesto en el artículo 3465.

Para algunos hay inconvenientes, de acuerdo con el nuevo régimen, en realizar los actos de partición en forma privada, porque el artículo 135 sólo está determinando que el menor emancipado no puede disponer de los bienes que adquirió por título gratuito y que para su disposición deberá tener autorización judicial, salvo que hubiere acuerdo de ambos cónyuges y uno de ellos fuere mayor de edad.

Otros sostienen que el menor emancipado puede perfectamente concurrir al acto de partición privada. Sin embargo, en los términos que acabamos de explicar no considero que la norma haya sufrido alteración, ni que el nuevo régimen de los emancipados pueda incidir, porque hay actos que le han sido restringidos y otros que le son permitidos, y, en este caso, reitero, el artículo 3465 no ha sufrido modificaciones. Adviertan que si el cónyuge del menor emancipado no es mayor de edad, es indudable que no se puede hacer la partición privadamente porque él no puede dar el acuerdo. La única posibilidad es que el juez otorgue la autorización al menor emancipado para la realización del acto, asentando en ella las bases que luego se tomarán en consideración, y con esa autorización sí proceder a la partición privada. Si así no fuere, la presencia del menor emancipado lleva a que la partición se deba hacer judicialmente y no privadamente por escritura pública.

En cuanto a los terceros que se opongan fundados en un interés jurídico, ya hemos visto quiénes pueden ser terceros: los acreedores de la herencia, porque la partición trae como consecuencia la adjudicación de bienes y por esta razón pierden su garantía; los coherederos; los herederos de los herederos; los legatarios, ya sean de cuota o de cosas particulares; los herederos de los legatarios; los cesionarios de los herederos o legatarios; los condóminos de algún bien a partir.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La cuenta particionaria es un escrito que normalmente se hace en sede judicial, pero de su contenido no va a estar exenta la escritura pública. A pesar de que no digamos que sea una cuenta particionaria, el escribano realiza prácticamente lo mismo.

Pienso que si la función que se le asigna al escribano es la de partidor, salvo intervención de abogados que puedan estar asesorando en esta etapa, debe escuchar a los interesados. Así como en la faz judicial existe una norma, artículo 756 del Código de Procedimientos, que determina que el partidor debe oír previamente a los interesados, es indudable que el escribano debe hacer lo mismo.

No olvidemos que el artículo 3462, que rige la partición privada, señala que la partición puede hacerse en la forma y por el acto que los interesados juzguen conveniente. Esto lleva a la aclaración de que, en cuanto a la forma, no se refiere a la solemnidad del acto, porque debe hacerse inexcusablemente por escritura pública; es la manera como se va a proceder a la distribución y a la adjudicación, e, indudablemente, lo primero que se debe tratar es de satisfacer los intereses de los comuneros, y el acto es la concreción de la forma.

Decir que la cuenta particionaria es la que estamos volcando en una escritura pública, nos lleva ya a los importantes aspectos registrales que últimamente están provocando ciertas inquietudes por diversas interpretaciones que se le han ido dando, ya sea a la ley 17801 como, y fundamentalmente, al decreto 2080/80, reglamentario de aquélla y - por qué no - también a nosotros, los abogados, cuando el Registro, a veces, hace interpretaciones no muy acordes con la acordada 678 de 1976, que constituye el Reglamento para la Justicia Nacional en lo Civil de la Capital, que dispone cómo y de qué manera deben hacerse las inscripciones en los Registros (arts. 144 a 162).

Ocurre que, en principio, las interpretaciones que se han dado a la ley 17801 en algún momento y a ciertas normas que trae el decreto reglamentario - en el sentido de que no están pensadas en la ley, ni creo que sea ese el espíritu - han llevado a que pueda quedar desvirtuado el artículo 1184, inciso 2º, que, a secas, están determinando que la partición privada se hará por escritura pública.

Piénsese que hasta este momento las particiones privadas se podían hacer por escritura pública y no existían mayores inconvenientes en ello, salvo la observancia de ciertos requisitos mínimos.

¿Cuáles son estos requisitos mínimos? Todos los que deben estar contenidos en una partición. La cuenta particionaria, que es la iniciación de este acto jurídico, tiene una forma consuetudinaria en su elaboración. ¿Cuál es la primera? Los prenotados, llamado así porque es la síntesis de todo el desarrollo del juicio, ya sea el juicio sucesorio como también el juicio de divorcio.

Es decir que aquí se deben dejar asentados todos los antecedentes que comentábamos en forma muy simple: quién es el causante; cuándo se inicia el juicio sucesorio, con la relación del cargo; que se ha ordenado y efectuado la publicación de edictos, en el caso de que sea una sucesión

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

intestada; el auto que ha declarado válido el testamento en cuanto a sus formas, si la sucesión es testamentaria, que se ha dictado la declaratoria de herederos, porque esto es básico, ya que tenemos que determinar entre quiénes se va a efectuar la distribución y la adjudicación de los bienes. Por esto, si hay testamento, se debe relatar quiénes han sido los instituidos en ese testamento; referencia al pago de los impuestos y fundamentalmente la orden de inscripción de los bienes, todo con indicación de fecha, foja, carátula y juzgado.

Aquí es donde comienzan los pequeños inconvenientes. Porque nadie duda de que la escritura notarial es uno de los documentos que pueden ser inscriptos conforme al artículo 3° de la ley 17801, en su referencia a los documentos que en cuanto se inscriban y se anoten a los mencionados en el artículo 2°.

El artículo 2° en su inciso a) dice: "Los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles". Al decir "declaren" incluye claramente a la partición.

Cuando la ley habla del tracto, dice en su artículo 16: "No será necesaria la previa inscripción o anotación, a los efectos de la continuidad del tracto con respecto al documento que se otorgue, en los siguientes casos: . . . c) Cuando el mismo sea consecuencia de actos relativos a la partición de bienes hereditarios". Esta norma es, en todo caso, la excepción al artículo 15 de la ley que establece: "No se registrará documento en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente".

Pero los artículos 39 y los del decreto 2080/80 son los que producen innovaciones no acordes con el derecho de fondo. Dice el artículo 39: "En el supuesto del inciso c) del artículo 16 de la ley 17801 - que expresa «cuando el mismo sea consecuencia de actos relativos a la partición de bienes hereditarios» - la referencia se hará extensiva a la resolución que apruebe la partición o la homologue, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 724 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación".

Esto no tiene ninguna importancia porque el artículo 724, futuro 698 en la nueva ley que ha ordenado el Código Procesal, está referido a la sucesión extrajudicial, que no se ha practicado, hasta ahora, y la nueva norma está redactada en una forma que tal vez la torne más dificultosa, porque dice que "la misma será viable a juicio del juez cuando no exista disconformidad fundada en razones atendibles". Esto no tiene sentido de ninguna naturaleza, porque si evidentemente no hay acuerdo, la partición no se hará privadamente, porque la partición extrajudicial lleva en definitiva a lo que es la partición privada, y no es otra cosa.

El artículo 108 establece lo siguiente: "Los documentos mediante los cuales se inscribe la adjudicación de bienes como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal por causa de divorcio, deberán instrumentarse en fotocopias certificadas por el secretario del tribunal, o en testimonios judiciales de las siguientes actuaciones: a) Sentencia de divorcio; b) convenio de adjudicación de bienes y su auto aprobatorio o resolución judicial que establezca la división de aquéllos. En este último

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

caso en el documento deberá constar que la resolución se encuentra firme; c) escritura de adjudicación de bienes, cuando ésta se hubiere practicado notarialmente. En este caso deberá dejarse constancia del cumplimiento en la causa judicial de los recaudos previos a la orden de inscripción.

"En todos los casos se individualizarán en el documento los bienes a inscribir, dejándose constancia de su anterior inscripción de dominio, nomenclatura de catastro, calle y número, lote, manzana y parcela".

Esto puede llevar, en una interpretación estrictamente literal, a la abolición de la partición privada por escritura pública porque si el artículo 39 está determinando que "la referencia se hará extensiva a la resolución que apruebe la partición o la homologue", se está dando un paso previo, inexistente desde el punto de vista de lo que es la partición privada.

La partición privada es como hemos indicado, y en esto no puede haber duda alguna: todos los actos se realizan ante el notario, porque ésa es la forma solemne que se le ha impuesto al acto particionario. ¿Qué sentido tiene, pues, que primeramente el juez apruebe una partición y después la volquemos a la escritura notarial? Esto también nos lleva a la otra inquietud: si la hacemos judicialmente, no podríamos dividir lo que después volquemos en escritura pública, ya que por allí alguna vez han existido observaciones registrales.

Esto es crear un modo de partición, que viene en alguna medida de ciertos conceptos degenerativos de la interpretación de la llamada partición mixta. En mi concepto no existía la partición mixta. La partición o es privada o es judicial. En el mismo momento en que yo presento el instrumento, para la aprobación del juez, esa partición es automáticamente judicial porque se debe seguir por la vía judicial; si no, La llevo al escribano y la hago bajo la forma de escritura pública.

En cambio, ahora está surgiendo esto que, en interpretaciones de orden literal, pienso que no es correcto aceptar, sin perjuicio de que en la escritura se deje constancia de todos los recaudos básicos y fundamentales guardando esa forma.

Por cierto que el escribano, de la misma manera que el abogado en la cuenta particionaria, debe formar el cuerpo general de bienes en el que va a describir todo el activo de la sucesión. Para eso debe tener presente los aspectos relativos de los bienes que hemos visto, e incluso deberá traer los créditos, a pesar de que no integraban la masa indivisa, porque se han dividido de pleno derecho, pero después constituirán parte de la masa partible. Se agregarán, a su vez, si hubiese existido sentencia judicial condenatoria, los valores colacionables para el caso de que alguno de los herederos forzosos hubiese ejercido la acción de colación contra otro heredero forzoso.

El siguiente paso es determinar las bajas comunes que comprenden las deudas del causante y las de la sucesión, y se deberá tener en cuenta el artículo 3474 del Código Civil, en el sentido de que el partidor debe apartar los bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión. Luego se precisa el líquido partible, o sea el saldo en favor de la sucesión. Así hará la división, según el haber de cada heredero, considerando el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

artículo 3470, si fuese aplicable, y realizará la adjudicación, con la consiguiente formación de las hijuelas.

Es indudable que se deben cumplir todos los recaudos legales, pero que se exija que medie una aprobación u homologación de la partición judicialmente y que de eso deba quedar constancia en la escritura para poder ser inscrita, es algo que ni lo dice la ley 17801 ni mucho menos el Código Civil, por lo cual, por vía de un decreto, nos encontraríamos que se estaría modificando una ley de fondo, lo que es total y absolutamente inadmisibile.

Además, hay un juego dicotómico aparente, en cuanto a si la partición está referida a la división de la herencia o si está referida a la división de los bienes matrimoniales. Incluso en algún momento el Registro exigía la inscripción previa de la sentencia de divorcio, lo cual también es un absurdo, porque, si en el encabezamiento de la escritura estamos determinando el acto y luego en lo que llamamos prenotados se hace referencia a la sentencia de divorcio, que debe ser transcripta no en su integridad sino en sus partes principales, ya allí estamos cumpliendo con esos requisitos para poder ir cubriendo las formas del acto.

Por otra parte, si todo está surgiendo de una interpretación literal del artículo 15, hay que tener en cuenta que hay una legitimación por parte de las personas para la realización del acto. De manera que se debe obviar este inconveniente.

Si se ha pretendido crear una nueva forma de partición, evidentemente no corresponde. Es cierto que el dilema quizá pueda plantearse en extremos bastante riesgosos, es decir, el Registro no nos permite inscribir este acto, vamos a ir al proceso contencioso o registral. Pero estimo que esto se debe hacer en todo caso. De la misma manera, cuando se trata de luchar contra una mala interpretación de la ley a través de fallos jurisprudenciales, debemos tratar de cambiarla. Si la interpretación del Registro es incorrecta, también se debe luchar para que sea cambiada, porque lo que importa es que desde el punto de vista del orden registral no queden vacíos, como son los que ha tratado de impedir el artículo 15. Pero si la correlación de los actos que preceden es exacta y correcta y con las debidas referencias, no se producirá vacío de ninguna naturaleza. Crear, entonces, una forma distinta de la prevista por la ley de fondo no puede ser obra ni del registrador ni de ningún otro intérprete.

ESC. VISCAY. Le han sido formuladas varias preguntas por escrito, al doctor Vidal Taquini. La primera dice así: En una sucesión corresponde el 50 por ciento al cónyuge y el 25 por ciento a cada uno de sus dos hijos. Se hace la partición, y a la madre se le adjudica un inmueble cuya valuación, en relación con la de los bienes que se adjudican a sus hijos, es inferior al 50 por ciento que le correspondía. No hay compensación en efectivo. ¿Es correcta?

DR. VIDAL TAQUINI. Quizá la pregunta esté originada en aquello que yo observé que, como esencia de la partición, debe mantenerse la igualdad cuantitativa y cualitativa. Los valores que normalmente se deberían tomar en cuenta son los de la tasación, porque hemos dicho que la partición debe ser

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

precedida de inventario y avalúo. Pero la práctica ha llevado, para evitar mayores gastos, que a veces se tomen en cuenta simplemente los valores de valuación fiscal, y allí es donde se complican un poco las cosas, porque a veces, en la división, los valores no van a ser iguales ni mucho menos.

Los caminos que deben seguirse en la práctica son los de observar estrictamente la igualdad cuantitativa, con lo que podríamos proceder a "dibujar" los números para poder llegar al resultado deseado.

Este aspecto a veces puede traer consecuencias, dependiendo de quienes concurren al acto particionante, porque debemos distinguir si concurren todos los herederos, si son mayores de edad, o si alguno de ellos concurre por apoderado. Si todos los herederos son mayores de edad están perfectamente habilitados, y si están dando la conformidad con los valores que se toman en cuenta y no ha sido observado un avalúo hecho con anterioridad, o, como en el caso de la pregunta, no hay duda de que luego no pueden plantear lo que en definitiva es una reforma de la partición.

Respecto de la partición, como en su naturaleza es un acto jurídico, debemos considerar que a raíz de esa circunstancia puede plantearse con posterioridad, o, cuando corresponda, la reforma de la partición o la nulidad de ella.

La nulidad procede ante la existencia de alguno de los vicios que hacen al acto jurídico en lo que a la voluntad exteriorizada se refiere - error, dolo o violencia - , o si hay un vicio propio del acto jurídico, como es cuando el acto resulta fraudulento o simulado. En lo demás, cuando no se observa la igualdad cuantitativa, lo único que puede ocurrir es la reforma de la partición pero a veces esta reforma puede llevar a que tengamos que hacer una partición totalmente nueva. Pero si todos los herederos son mayores de edad, no existe ningún inconveniente que ellos, en definitiva, estén asignando el valor de los bienes, y cualquier diferencia debe ser tenida en cuenta como una donación porque ello es lo que resulta en definitiva.

La cuestión cambia si se actúa por apoderado, porque aquí el poder debe ser especial, y entonces hay que tener en cuenta si dentro del poder, por ejemplo, estaría la aceptación de valores, cualesquiera que ellos sean, porque nadie puede donar por otro si, a su vez, no tiene un poder especial.

Esto es fundamental, porque si se hace por apoderado y no están presentes los comuneros, sobreviene la nulidad de la partición porque está violada la esencia del acto, y esa nulidad es manifiesta, como lo determina el codificador en la nota al artículo 1038, de forma tal que esos son los recaudos que ustedes deben tener en cuenta.

Desde el punto de vista concreto de la pregunta, si no han existido vicios del acto jurídico, en definitiva se acepta esta posibilidad de que cuantitativamente no se observe esa igualdad, en tanto y en cuanto la concurrencia de los comuneros tenga lugar en el acto y sean todos mayores de edad. Con respecto a si es correcta, en verdad no lo es.

ESC. VISCAY. Otra pregunta: ¿Cuál es la condición jurídica en que queda un inmueble, luego de una sucesión, cuando se inscribe en el Registro de la Propiedad la declaratoria de herederos, con autorización, por parte del juez, para que el abogado de los herederos firme las minutas correspondientes,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

si no hubo ningún auto de adjudicación y el letrado pone a su criterio la proporción en que queda el inmueble en relación con cada uno de los herederos?

DR. VIDAL TAQUINI. Este es un viejo problema. La inscripción de la declaratoria de herederos es simplemente la culminación del proceso de publicidad al que está sujeta la sucesión.

Recordemos brevemente que la publicidad comienza con el instituto de la posesión hereditaria. Algunos herederos tienen de pleno derecho esa posesión hereditaria; otros deben pedirla al juez.

Cuando se dicta la declaratoria de herederos se reconoce la calidad de herederos que ya se tiene en el momento de la muerte; precisamente, como que con esto culmina el proceso de publicidad. Esa declaratoria les da el carácter de herederos en relación con los terceros, sin perjuicio de los otros medios de publicidad, como es la registración del proceso sucesorio en el Registro de juicios universales.

La inscripción de la declaratoria de herederos no significa más que eso. Lo que ocurre - y éste es un aspecto de orden registral - es que la inscripción de la declaratoria de herederos se hace en relación con los bienes que componen el acervo hereditario. Además, la observamos, por ejemplo, en el Registro de la Capital Federal; no en el de la provincia de Buenos Aires, ni en otros Registros, porque hay normas procesales, como las que rigen en Córdoba y en Mendoza, que obligan a que la inscripción de la declaratoria se haga mediante el acto particionario, que prácticamente allí sí conlleva un condominio, que no es condominio, ése es el error, ya que continúa el estado de indivisión hereditaria.

Cuando escribimos una declaratoria de herederos simplemente estamos exteriorizando, en relación con ese bien, que él forma parte de la indivisión hereditaria.

¿Cuál es la masa indivisa? Es la que está formada por todos los bienes del causante menos los créditos y las deudas que se hubieran tenido al momento del fallecimiento. Distinta es la masa hereditaria que queda determinada en el momento de la muerte con los créditos y deudas.

La exigencia de la proporción la hemos observado solamente en la Capital Federal. Cuando hacemos la minuta se nos exige que pongamos la proporción. No creo que el abogado pueda poner a su criterio la proporción del inmueble en relación con cada uno de los herederos. La práctica ha establecido que en definitiva la proporción la pongamos conforme a la cuota hereditaria que le está asignada a cada heredero en la concurrencia y conforme con el orden hereditario en que se encuentra.

Si esto lo relacionamos con la pregunta anterior, en que el cónyuge recibe la mitad y los dos hijos un cuarto cada uno, ello será como consecuencia de que el bien tiene calidad ganancial. Por lo tanto es indudable que en ese caso de concurrencia con hijos legítimos - es de suponer que así fuese - , el cónyuge, retira su mitad ganancial en calidad de propietario y la otra mitad que corresponde al cónyuge supérstite. Lo que es la herencia se va a distribuir por cabeza entre los hijos legítimos, y entonces se pone un cuarto y un cuarto en este caso.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Si el bien fuese de calidad propia jamás se podría poner de esta manera - es decir, mitad al cónyuge y un cuarto a cada uno de los dos hijos legítimos - porque en el orden de concurrencia del cónyuge con los hijos legítimos ya sabemos que se lo considera como un hijo más, y aquí se debe poner un tercio, un tercio y un tercio.

Esto ha llevado a que se quiera decir que se produce un condominio. Esto no es así, y la discusión viene de antiguo.

Tengo para mí que el estado de indivisión hereditaria se mantiene hasta el momento en que realizamos el acto particionario. Pero se ha dicho que esto funciona como un condominio, y debo reconocer que algún mal fallo ha dicho que si la indivisión se extiende por muchos años en realidad se convierte en un condominio, pero no hay asidero alguno que permita sostener tal criterio.

Considero que no hay condominio por determinar proporciones, aunque las asentemos y registremos. Veamos estos ejemplos. Un heredero puede teóricamente vender la cuota parte indivisa, como comúnmente se hace. Pero, en realidad, no hay venta de parte indivisa; simplemente se está haciendo una cesión de derechos hereditarios y en relación, en todo caso, con ese bien determinado. ¿Por qué? Porque esa cuota no la tiene en su cabeza como titular del dominio. Aquí el estado de indivisión se mantiene y es una porción ideal; precisamente puede dar como resultado que luego, al hacerse la partición, a ese heredero no se le adjudique la porción indivisa - si así la llamásemos - respecto de ese bien.

Se puede inscribir la declaratoria de herederos en tanto uno de los herederos plantea una acción de colación, que luego prospera contra el otro heredero. Entonces, ¿qué resulta? Que el valor colacionado que se ha computado en el cuerpo de bienes se imputa luego en la hijuela de éste, y como resultado de todo ello después no se le adjudique un bien o la cuota que acaso hubiese obtenido.

Puede ocurrir que el heredero sea deudor de la sucesión. Precisamente, cuando observábamos la estructura de la cuenta particionaria, sea judicial o notarial - en su desarrollo es exactamente igual - , se deben tener en cuenta las bajas comunes. Incluso, a veces, se abre una subcuenta para las bajas particulares de cada heredero.

El heredero puede no haber contribuido a las cargas. Ya hemos visto que se deben separar bienes para pagar, y cuando llega el instante de la distribución y de la adjudicación, como ése es el momento en que ese heredero tendrá que satisfacer todo aquello a que estaba obligado, ya sea por deudas propias o por su contribución a las deudas comunes, tampoco se le adjudica nada.

En el momento de la partición, en el momento de la adjudicación - lo hemos visto por el efecto declarativo - , el heredero tiene en su cabeza el dominio del bien adjudicado. Hasta tanto ello no ocurra, no hay ningún derecho exclusivo del heredero sobre los objetos hereditarios que le han correspondido en la partición.

Por lo tanto, concretamente, en cuanto a los dos interrogantes que aquí se plantean, mantengo que, mientras no se haga partición, hay estado de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

indivisión hereditaria, y no puede haber arbitrio del abogado en cuanto a la proporción que determina en la minuta, porque debe estar acorde teniendo en cuenta la calidad del bien, ya sea propio o ganancial, como es el caso que plantea la concurrencia del cónyuge, porque en lo demás no se atiende al origen de los bienes en la sucesión. Y, en segundo término, conforme con la cuota hereditaria que, según la concurrencia, cada heredero tiene respecto de los otros.

ESC. VISCAY. Última pregunta. Se va a vender un inmueble integrante del acervo hereditario. Venden la cónyuge supérstite y dos hijos; uno es menor de edad y tiene autorización del juez de la sucesión, en tanto el otro hijo es emancipado por matrimonio. ¿Este último también requiere autorización?

DR. VIDAL TAQUINI. Este tema lo abordé hoy. El menor emancipado por matrimonio necesita también la autorización judicial, tal cual lo dispone el artículo 135 del Código Civil, salvo que el cónyuge fuese mayor de edad y le dé su asentimiento conforme lo determina ese artículo.

Para la seguridad y bondad de los títulos, sin ser extremadamente formalista, a veces hay requisitos que deben ser cumplidos cuando están discutidos, cuando se está en la duda. Cuando las opiniones jurisprudenciales o doctrinarias son diversas, hay que tratar de asegurarse para evitar cualquier problema posterior.

El caso de los menores emancipados que plantea esta circunstancia jurisprudencial y doctrinariamente lleva a que por lo menos aquí se logre también la autorización judicial. Total es un pequeño paso, nada gravoso, y, por otra parte, no se exige respecto del menor emancipado el depósito de los fondos.

En el caso de la pregunta, en lo que hace al otro menor de edad, los fondos van a ser retenidos por el escribano y depositados en el expediente judicial. Estoy a disposición de ustedes para responder cualquier pregunta que deseen formular verbalmente.

PARTICIPANTE. Son titulares del dominio de un edificio de departamentos una sucesión y un tercero, por partes iguales: es decir, cada uno en un 50 por ciento. En la sucesión figura un menor de edad. Se está haciendo el reglamento de copropiedad y administración y se quiere hacer la división de condominio para adjudicar las unidades. ¿La sucesión tiene que permanecer como titular del dominio de las unidades que se le adjudiquen, o entre ellos se puede hacer la partición?

DR. VIDAL TAQUINI. Son dos los pasos por dar. Si el dominio de los herederos está sobre una parte del edificio, la división en propiedad horizontal no provoca la partición, y ésta surgirá cuando las distintas unidades estén adjudicadas.

PARTICIPANTE. Exacto; ahora se hace el reglamento de copropiedad y se inscribe el 50 por ciento a nombre del socio y el 50 por ciento a nombre de la sucesión.

DR. VIDAL TAQUINI. Sí, hay allí una división de condominio entre los herederos y el tercero. Deben realizarse dos actos. Por un lado, la división de condominio para precisar qué queda en la masa indivisa, y luego la partición.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

PARTICIPANTE. ¿Hace falta la autorización judicial?

DR. VIDAL TAQUINI. Sí, porque hay menores.

PARTICIPANTE. Aun cuando no se hiciera entre la sucesión. Los condóminos están separados. . .

DR. VIDAL TAQUINI. Existiendo menores en la sucesión, la partición tiene que hacerse judicialmente. No es un problema de venta.

PARTICIPANTE. Si no se hiciera partición dentro de la sucesión, ¿también se necesitaría autorización judicial? Me refiero a los efectos de hacer la división de condominio con el tercero.

DR. VIDAL TAQUINI. Se requiere autorización judicial, y ello es lógico, porque se pueden perjudicar los intereses del menor.

PARTICIPANTE. En el estado de indivisión, el heredero no vende sino que cede derechos hereditarios, aunque la declaratoria esté inscrita en el Registro. ¿Es así?

DR. VIDAL TAQUINI. Sí; aunque se haga, la venta queda sujeta al resultado de la partición. La figura de la cesión de derechos hereditarios es poco utilizada. Pero los actos no son por lo que los llaman las partes, sino por su naturaleza intrínseca. Por más que la llamemos venta, no lo es, sino que se trata de una cesión de derechos hereditarios. Por otra parte, no vemos por qué la alarma, ya que la cesión de derechos hereditarios, cuando se hace por precio, se rige por las normas de la compraventa.

PARTICIPANTE. ¿Cuál es la situación del adquirente del bien que no es adjudicado en la partición? Vale decir, sería el caso de que se hiciera una cesión de derechos hereditarios. . .

DR. VIDAL TAQUINI. Sostengo que aunque se diga que es una venta, en realidad es un cesión de derechos hereditarios.

PARTICIPANTE. Habiéndose instrumentado como venta, ¿cuál es la situación del adquirente?

DR. VIDAL TAQUINI. La misma que hubiera tenido el heredero en el caso que no se le adjudique el bien; no puede tener más derechos. Aquí juega el artículo 3270: nadie puede transmitir a otro un derecho mayor o más extenso que el que tiene.

Aquí hay que precisar que las cuestiones prácticas nos pueden llevar a querer solucionar las cosas de una manera que no corresponde, porque las soluciones van a surgir solas. Todo queda sujeto al resultado final de la partición. Si no se me adjudica, no tengo el dominio. Y el dominio lo tengo a partir de esa adjudicación, sin perjuicio del efecto retroactivo y del efecto declarativo, que no es sino una ficción que el legislador determina.

PARTICIPANTE. A la persona que compra, ¿la podemos considerar como tercero adquirente de buena fe?

DR. VIDAL TAQUINI. Esa es otra alternativa: quién es el tercero. Muchas veces se habla de tercero pero no lo es. El que compra no es el tercero; el tercer adquirente es otro, el que viene después.

PARTICIPANTE. En la práctica, la mayoría de los inmuebles quedan inscritos. . .

DR. VIDAL TAQUINI. Aquí debo señalar que el escribano debe advertir los alcances verdaderos que tiene el acto. Esta es la gran función que el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escribano tiene que cumplir frente a todos los actos que pasan ante él. ¿Qué ocurre normalmente? ¿Quién se presenta ante el escribano? El comprador. El escribano debe asesorar a su cliente; por lo menos que sepa concretamente qué es lo que ocurre.

En general, siempre hay una resistencia de los compradores cuando un inmueble está en sucesión, pues lo referido ha ocurrido muchas veces, obstando a la venta de la parte del heredero que se ha creído dueño de ella, sin esperar la partición y adjudicación del bien.

PARTICIPANTE. ¿Es posible que los herederos hagan adjudicación de las partes sin dividir el bien, sin hacer la partición. . . ?

DR. VIDAL TAQUINI. Allí se está transformando en condominio, no por la inscripción de la declaratoria o por otra fórmula de división, sino porque nada impide que se haga la partición, y en vez de adjudicar un bien se adjudiquen porciones ideales respecto de bienes determinados. Si se hace entre los herederos, ese bien deja de estar indiviso, porque ahora cada heredero tiene en su dominio la parte indivisa respecto de la cosa. A partir de ese momento hay condominio. Si lo hay, luego puede vender tranquilamente su parte indivisa, y no será cesión de derechos hereditarios, porque la partición está hecha.

PARTICIPANTE. Lo ideal sería para nuestro cliente hacer la escritura de partición.

DR. VIDAL TAQUINI. No hay inconveniente; luego vende tranquilo, y el adquirente también estará en la misma situación.

PARTICIPANTE. Un abogado es designado apoderado en un juicio sucesorio, en el que está autorizado judicialmente; además, es apoderado de los herederos para la venta de un inmueble de la sucesión. ¿Cómo lo debe interpretar el escribano? ¿Como una autorización para la cesión de los derechos sobre ese bien?

DR. VIDAL TAQUINI. Si todos los herederos están de acuerdo para vender, no hay ningún inconveniente en hacerlo. Es decir, se vende el inmueble, o inmuebles, y lo que entra en subrogación es el dinero, y este dinero se divide. Por supuesto, los herederos pueden vender, si tienen la posesión de la herencia, con todos sus efectos.

En cuanto al apoderado, hay que examinar el poder y determinar si reúne todos los recaudos que hacen a los poderes especiales de que trata el artículo 1884 del Código Civil.

PARTICIPANTE. ¿La situación de un comprador de parte indivisa, de un cesionario, se podría assimilar a la de quien compra a un heredero aparente para los derechos de terceros. . . ?

DR. VIDAL TAQUINI. No, porque en este caso la figura del heredero es otra. Este es un heredero y no deja de serlo; simplemente, esto que figura como venta, reitero, es una cesión de derechos hereditarios, y el cesionario entra en su lugar con los mismos derechos que tiene el heredero desde el punto de vista patrimonial, porque desde el punto de vista personal la calidad de heredero es ésta: el heredero sigue siendo heredero. En cambio recuérdese, el heredero aparente es el vencido en una acción de petición de herencia.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ESC. VISCAY. Agradecemos al doctor Vidal Taquini su exposición.