

42° Convención Notarial

Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

6, 7 y 8 de septiembre de 2017

“FORMA DE LAS PARTICIONES PRIVADAS QUE COMPRENDEN
DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES.”

Autores: Escribanos Juan Pablo Depaoli y José María Lorenzo

TEL. 4811-9696 ó 4813-4030

jmlorenzo@msn.com

Tema 3. Partición: su incidencia en el ámbito notarial y registral inmobiliario

Coordinador 1: Esc. Patricia Casal

Coordinador 2: Esc. Sebastián Grillo

Subcoordinador novel adjunto: Esc. Jorge A. Latino

Tema 3:

Título: “FORMA DE LAS PARTICIONES PRIVADAS QUE COMPRENDEN DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES.”

Autores: Escribanos Juan Pablo Depaoli y José María Lorenzo

PONENCIA

- 1) Las disposiciones del Código Civil y Comercial, en materia de partición, solo resultan aplicables a aquellas que se realizaron después de la entrada en vigencia del mismo, en razón de las previsiones del art. 7 de ese cuerpo normativo, que prevé la irretroactividad de la ley, más aún cuando podrían conculcarse preceptos de raigambre constitucional, como el derecho de propiedad.
- 2) La partición mixta, prevista por el art. 1184, inc. 2do. del Código Civil, no ha sido receptada por el Código Civil y Comercial y, actualmente, solo encuentra sustento normativo en ciertos códigos de forma, que no pueden contrariar una norma sustantiva de orden público como lo es el art. 1017, inc. a) del referido cuerpo legal.
- 3) En consecuencia, el Código Sustantivo solo determina dos clases de particiones, tanto las privadas o extrajudiciales como las judiciales y, en razón de la forma de escritura pública impuesta para los contratos que tengan por objeto derechos reales sobre inmuebles por el art. 1017, inc. a) del mismo plexo normativo, toda partición extrajudicial que comprenda tal clase de derechos sobre inmuebles debe adoptar esa forma.
- 4) El art. 1017, inc. a) del Código de Fondo prevalece, en materia de inmuebles en cuanto a la forma impuesta de escritura pública, en la medida en que resulta ser de orden público, por sobre la libertad de formas establecida por el art. 2369 del mismo código.
- 5) El testimonio judicial, que comprende el acuerdo de partición presentado y homologado por el juzgador, no puede sortear una escritura pública exigida por una norma de orden público como lo es el art. 1017 del Código de Fondo y, por consiguiente, incumple con las formas extrínsecas del instrumento, que puede ser público, mas no una escritura pública (arts. 289, 299 y ss CCyC).

- 6) Por consiguiente, en virtud de principio de legalidad, previsto por los arts. 8 y 9 de la ley 17811, el registrador deberá exigir, como requisito previo a la inscripción de los documentos respectivos, el cumplimiento de las exigencias de los incs. a), b) y c) del art. 3 de la misma ley.

I. INTRODUCCION:

El Código Civil y Comercial es el cuerpo legal que, desde el día primero de Agosto del año 2015, regula las bases del ordenamiento jurídico en materia civil y comercial, sin perjuicio de lo dispuesto por leyes especiales que mantienen su vigencia, en algunos supuestos con modificaciones, en la República Argentina. En efecto, su redacción fue designada, por decreto 191/2011, a una comisión de juristas y resultó aprobado el día 1 de Octubre del año 2014, mediante ley 26994, promulgada y publicada los días 7 y 8 del mismo mes, respectivamente. Posteriormente, el día 19 de Diciembre del año 2014, mediante ley 27077, se adelantó su entrada en vigencia a partir de la fecha referida más arriba.

Es así que el objeto del presente trabajo, previo abordar sus antecedentes legislativos y jurisprudenciales, y analizar las diferentes posiciones doctrinales, sin ánimo alguno de restar mérito a otras nuevas disposiciones e innovaciones en materia de particiones, consiste en demostrar que, a partir del primero de Agosto del año 2015, las particiones extrajudiciales que comprenden derechos reales sobre inmuebles deben ser instrumentadas en escritura pública.

Ello, en razón de la reforma que introduce un nuevo régimen que no prevé a la denominada “partición mixta”, que subsisten sólo en ciertas normas de procedimiento; y, si bien brinda mayor amplitud al principio de la autonomía de la voluntad y libertad de formas, lo cierto es que los mismos ceden ante las disposiciones de orden público en cuanto a la forma de la escritura pública impuesta para todos los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, cuya única excepción es la subasta.

II. LEY APLICABLE. IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. CRITERIOS DE APLICACION:

Tal como fuera anticipado, en virtud de la sanción del Código Civil y Comercial, que entró en vigencia del día 1 del mes de Agosto del año 2015, cuadra establecer que el nuevo ordenamiento jurídico resulta sólo aplicable a las relaciones jurídicas emergentes a partir de esa fecha, no así para las preexistentes, por aplicación del principio de “irretroactividad de la ley”.

De ahí que es menester distinguir la relación jurídica preexistente, junto con los derechos adquiridos, es decir, definitivamente incorporados al patrimonio de la persona

a la que se pretende aplicar la nueva ley, por una parte, y la relación jurídica que ha de emerger, en el caso de sucesiones, luego del deceso de una persona física.

Por consiguiente, las disposiciones del Código Sustantivo se aplican a las sucesiones ocurridas luego de su entrada en vigencia.

En esta dirección, cuadra evocar que el principio de irretroactividad de las leyes adquiere jerarquía constitucional cuando la aplicación de la ley nueva priva a los habitantes de algún derecho incorporado definitivamente a su patrimonio, pues se altera el derecho de propiedad consagrado por el art. 17 de nuestra Constitución Nacional (cfr. CSJN, T. 238, P. 496, T. 252, P. 26, T. 270, P. 201, entre otros). Y que el principio de irretroactividad de la ley no es de la Constitución sino de la ley; es una norma de interpretación que deberá ser tenida en cuenta por los jueces en la aplicación de las leyes, pero no obliga al Poder Legislativo, que puede derogarla cuando el interés general lo exija (cfr. CSJN, T. 315, P. 2999).

El principio de irretroactividad de la ley, cobijando el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema, ha sido contemplado por el art. 7 del Código de Fondo que determina: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.

De ello se colige que la irretroactividad de la ley, prevista por el art. 7 del Código Civil y Comercial, antes establecida por el art. 3 del Código Civil, de modo excepcional, adquiere jerarquía constitucional, en la medida en que se afecten derechos esa raigambre, que hubieren sido adquiridos con anterioridad a su entrada en vigencia.

Luego, toda partición privada realizada antes de la vigencia del nuevo ordenamiento jurídico, sin lugar a duda, queda comprendida por la ley anterior.

Siguiendo este orden de ideas, cabe señalar que “... Conforme lo establecido en el Código Civil y Comercial las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes a menos que de su modo de expresión, de su contenido o su contexto resulte de carácter indisponible (art. 962). Asimismo, en el art. 7 del referido cuerpo normativo se dispuso que cuando la norma es supletoria no se aplica a los contratos en curso de ejecución, debiéndose aplicar por tanto la normativa supletoria

vigente al momento de la celebración del contrato (conf. Tobías, José W. en “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético.” dirigido por Alterini, Jorge H. pág. 48/49)... (cfr. CNCiv., Sala F, expte. nro. 79.776/2012, “Fau, Marta Renee C/Abecian, Carlos Alberto y Otros S/ Consignación”, expte. nro. 76.280/2012, “Libson, Teodoro y Otros c/ Fau, Marta Renee s/ Ejecución Hipotecaria”, rta. 25/08/2015).

En prieta síntesis, se concluye que: **a)** la irretroactividad de la ley adquiere jerarquía constitucional, por vía de excepción, cuando se conculcan preceptos de esa raigambre, como lo es el derecho de propiedad; y **b)** cuando la norma es supletoria, y no de orden público, no se aplica a los contratos en curso de ejecución, debiéndose aplicar, en consecuencia, la normativa supletoria vigente al momento de la celebración del contrato.

En conclusión, se trata, entonces, de crear una hermenéutica que preserve los derechos adquiridos de raigambre constitucional antes del comienzo de la vigencia del nuevo ordenamiento jurídico.

III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y JURISPRUDENCIALES:

La redacción inicial del art. 1184, inc. 2do., del Código Civil dispuso: “Deben ser hechos por escritura pública, bajo pena de nulidad, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: ... 2. Las particiones de herencias cuyo importe llegue a los mil pesos, o en las que haya bienes inmuebles, aunque su valor sea inferior a dicha cantidad”.

No obstante, por aquél entonces, comenzó a difundirse una práctica de hacer la partición eludiendo el trámite procesal de la partición judicial y el formalismo de la escritura pública, cuando los herederos unánimemente convenían la partición en instrumento privado y, luego, la presentaban ante el juez solicitando su aprobación; lo que fue resistido por el Registro de la Propiedad Inmueble de esta ciudad y generó, en sesión plenaria, una resolución que determinó que el referido convenio de partición privada no podía suplir a la escritura pública y, por consiguiente, la orden de inscripción dispuesta por el juez de la sucesión no debía cumplirse. Tiempo después, en un juicio contencioso, la Cámara Civil Ira. de esta ciudad entendió que las decisiones adoptadas en ejercicio de la superintendencia resulta ajena a la función jurisdiccional y, marcando una reacción, dispuso que no podría ser objetado el título por el cuál había sido vendido un inmueble, cuyo título consistía en un partición hereditaria concertada privadamente por los herederos sin el requisito de la escritura pública, ni intervención de peritos. En

estas circunstancias fueron convocadas a sesión plenaria las Cámaras Civiles y, el 17 de Octubre de 1924, resolvieron que: *“La partición efectuada por los herederos mayores de edad, presentada al juicio y aprobada judicialmente, tiene la autenticidad plena de la escritura pública, siendo un requisito formal prescindible la intervención de un perito, pues no existe ninguna norma que imponga nulidad por tal omisión, por lo cual una vez inscripta esa partición en el respectivo Registro constituye un título perfecto e inatacable que hace innecesaria la escritura pública”*. Entonces, se consolidó la doctrina que es un título perfecto el que deriva de la partición privada de inmuebles presentada al juicio sucesorio y homologada por el juez, puesto que se trata de un instrumento público y la homologación convierte a la partición privada en judicial, con valor equivalente a la escritura pública. De ahí que, este criterio fue receptado legislativamente por la reforma del año 1968, que modificó el art. 1184, inc. 2do. del Código Civil, que estableció: *“Deben ser hechos en escritura pública con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: ... 2) Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediere convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión...* Ello fue, además, receptado por el art. 726 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, entre otros códigos adjetivos, que dispone que, si todos los herederos capaces estuviesen de acuerdo, podrán formar la partición y presentarla al juez para su aprobación. Ahora bien, el nuevo ordenamiento no incluyó la norma del art. 1184, inc. 2do. del Código Civil, por cuanto, en el libro de las sucesiones, no se encuentra norma alguna que refiera a la forma de la partición privada (art. 2369 CCyC) y, por tanto, cabe aplicar la disposición que regula la forma de los contratos y exigir la escritura pública cuando la partición tiene por objeto derechos reales sobre inmuebles (art. 1017, inc. a) CCyC); aunque es recomendable recurrir a la escritura pública siempre que la partición comprenda bienes registrables, sean muebles o inmuebles, por razones de seguridad jurídica (cfr. FERRER, Francisco A.M., “La Partición Mixta de la Herencia”, La Ley, 23/11/2016, La Ley 2016-F, 886, cita on line: AR/DOC/3623/2016, págs. 1 y 2).

De modo que la nueva legislación civil torna imprescindible la forma de la escritura pública para los contratos que tengan por objeto derechos reales sobre inmuebles (art. 1017, inc. a) CCyC), cuyo carácter es de orden público (art. 12 CCyC), y brinda un principio de libertad de formas a los herederos para celebrar la partición privada o extrajudicial de la herencia (art. 2369 CCyC), que encuentra límite cuando de derechos reales sobre inmuebles se trate.

En definitiva, se ha suprimido la exigencia de escritura pública como principio general que emanaba del inc. 2do. del art 1184 del Código Civil e igual suerte corrió la excepción de esa forma, que surgía de la misma norma, admitiendo la partición de herencia celebrada en instrumento privado presentada ante el juez de la sucesión y, en consecuencia, el principio general de libertad de formas para las particiones extrajudiciales, previsto por el art. 2369 del Código Sustantivo, cede ante la norma específica, como en materia de derechos reales inmobiliarios es el art. 1017, inc. a) del mismo cuerpo legal (cfr. XXXIX Jornada Notarial Bonaerense, Conclusiones, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Mar del Plata, 25 al 28 de Noviembre de 2015, pág. 57).

IV. MODOS DE PARTICION:

De cuanto se ha expuesto, se infiere que tres son los modos que prevé el actual ordenamiento jurídico para realizar la partición, a saber: la partición privada o extrajudicial, la partición judicial y la partición mixta. Esta clasificación responde, evidentemente, a la circunstancia de que la partición sea o no concretada en sede judicial, o bien reúna ambas esferas.

En cuanto a la partición privada cabe señalar que para efectuarla se requiere que todos los herederos estén de acuerdo, en forma unánime, que estén presentes y que sean mayores y capaces (art. 2369 CCyC). Cuadra aclarar que los menores emancipados por matrimonio requieren autorización judicial por tratarse la partición de un acto que importa disponer de bienes recibidos a título gratuito (art. 29 CCyC). Esta solución se justifica porque los herederos son propietarios de la herencia y no se les puede impedir que arreglen privadamente sus intereses. La unanimidad refiere tanto al contenido de la partición como a la forma y basta un simple ausente (art. 79 CCyC) para que la partición no se pueda hacer privadamente. Habiendo unanimidad, la partición, en cuanto a su contenido, puede realizarse de cualquier modo, sean en especie o vendiendo los bienes; o haciendo lotes adjudicando los bienes “*in natura*” a unos herederos y a los otros se los compensa con efectivo o con créditos contra los adjudicatarios. No pierde su carácter por esta circunstancia y, por tanto, no cabe considerar que ha mediado una venta. Tampoco si se han pactado lotes desiguales sin compensación alguna a favor del heredero que le adjudicaron bienes por menor valor que el de su porción hereditaria, o si no le adjudicaron ninguno. Por consiguiente, se puede prescindir del principio de la partición en especie y de la igualdad de lotes. Ello así, por cuanto la partición es un

negocio jurídico que absorbe los negocios incidentales o auxiliares que contiene (compraventa, permuta, cesión, donación), lo cuál determina que los distintos aspectos secundarios del negocio único sean inseparables, puesto que son queridos por las partes solo en función del negocio único particionario (cfr. FERRER, Francisco A.M., dir. gral. ALTERINI, Jorge Horacio, “Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético”, 2da. Edición Actualizada y Aumentada, La Ley, Bs. As., 2016, Tomo XI, págs. 399 y 400).

No es posible soslayar que, en cuanto a la forma, el art. 1184, inc. 2do, del Código Civil establecía expresamente que la partición privada debía hacerse por escritura pública, mas el Código Civil y Comercial no ha incluido una norma explícita como la derogada. De todas formas, si la partición incluye inmuebles procederá aplicar el art. 1017, referido a los contratos que se deben hacer por escritura pública, que resulta aplicable por analogía. Deben ajustarse a esa forma los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles (art. 1017 inc. a) CCyC), y a todos los actos que sean accesorios de los contratos otorgados por escritura pública (art. 1017 inc. c) CCyC). Y, por razones de seguridad jurídica, la exigencia de la escritura pública debe extenderse a todos los casos en que la partición incluya bienes registrales (cfr. FERRER, Francisco AM, op. cit., Tomo XI, pág. 400).

Por otra parte, la partición debe ser judicial: si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes; si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente; o si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan hacer la partición privadamente (art. 2371 CCyC).

Dentro del concepto de incapacidad quedan comprendidos: a) Los menores de edad, en cuyo caso deberán intervenir sus padres o tutores (arts. 25 y 26, inc. 1 CCyC). En situaciones de conflicto de intereses con éstos, pueden intervenir con asistencia letrada, y tienen derecho a ser oídos en todo proceso judicial que les concierna (art. 26 CCyC). Además, el progenitor no puede hacer la partición privada con su hijo de la herencia del progenitor fallecido, ni tampoco de la herencia en que sean con él coherederos o colegatarios (art. 689 CCyC). b) Los menores emancipados necesitan autorización judicial, pues la partición es un acto que involucra disponer bienes recibidos a título gratuito (art. 29 CCyC). c) Las personas declaradas judicialmente incapaces, en cuyo caso deberá intervenir su curador (art. 32 CCyC). d) Las personas con capacidad restringida, en cuyo caso habrá que estar a las restricciones que impuso la sentencia (arts. 32 y 37 CCyC). Y d) Los simples ausentes, que deberán ser

representados por el curador que les nombre, si no estuviere ya designado (art. 79 y ss CCyC) y, de configurarse el fallecimiento presunto declarado judicialmente, intervendrán sus herederos declarados (art. 91 CCyC). Es menester resaltar que son nulos los actos posteriores a la inscripción de la sentencia de la persona incapaz o con capacidad restringida que contraríen lo dispuesto en la misma (art. 44 CCyC) y, además, los actos anteriores pueden ser declarados nulos si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, si la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; si era de mala fe quien contrató con el discapacitado y si el acto era a título gratuito (art. 45 CCyC). La forma judicial también se impone si terceros interesados se oponen a que se haga privadamente. Estos terceros son fundamentalmente acreedores personales de los herederos, ante el riesgo de que se confabulen para adjudicar al heredero deudor bienes de menor valor sobrevaluados, fáciles de ocultar, o créditos incobrables y, por tanto, su oposición obliga a realizar judicialmente la partición. Y, si los perjudica, pueden impugnarla, aún después de su aprobación, invocando vicios de fondo, como el fraude o la simulación, siempre que la acción no haya prescrito (arts. 2562 y 2563 CCyC). Y, finalmente, la partición debe hacerse judicialmente si alguno de los herederos se opone a la partición privada (cfr. FERRER, Francisco A.M., op. cit., Tomo IX, págs. 403 y 404).

Sentado ello, cuadra destacar que Código de Fondo no prevé la partición mixta, cuya subsistencia tiene sustento en las previsiones del art. 726 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, entre otros códigos adjetivos, al disponer que, si todos los herederos capaces estuviesen de acuerdo, podrán formular partición y presentarla al juez para su aprobación, De ello se colige que requiere unanimidad y capacidad de la totalidad de los herederos. En la práctica las firmas suelen ser certificadas por escribano en instrumento privado y, luego, el acuerdo es presentado en la sucesión para su homologación judicial.

Ello no resulta admisible cuando la partición comprenda derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 1017 inc. a) CCyC). En efecto, el carácter de norma de orden público que detenta el art. 1017 del Código Sustantivo, y en atención a las previsiones de los arts. 31 y 76, inc. 12 de nuestra Constitución Nacional, permite concluir que la forma establecida de escritura pública para las particiones privadas que tengan por objeto derechos reales sobre inmuebles no puede ser sorteada por una partición mixta, esto es, un acuerdo de partición con firmas certificadas presentado de manera ulterior al magistrado de la sucesión para su homologación.

No es posible soslayar que existe una cuarta categoría, que es la partición provisional, mas no refiere al ámbito privado, judicial o mixto en que se efectúa la partición, sino al contenido del acto.

En efecto, cuando la partición recae solo sobre el uso y goce de los bienes dejando indivisa la propiedad, en rigor técnico tal acto no es una partición que tenga por efecto poner fin a la comunidad hereditaria y, por ende, se la denomina “partición provisional”; lo que no obsta al derecho de pedir la partición definitiva (art. 2370 CCyC).

En conclusión, la partición mixta, en tanto y en cuanto tenga sustento jurídico, como ocurre con el art. 726 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tiene procedencia en la medida en que no altere normas del derecho sustantivo y más aún si revisten el carácter de normas de orden público (art. 12 CCyC).

V. NATURALEZA JURIDICA DE LA PARTICION PRIVADA:

En atención a la definición de contrato dispuesta por el Código de Fondo, esto es, el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (art. 953 CCyC), se colige que la partición es un contrato.

Siguiendo este orden de ideas, cuadra destacar que la partición es un acto jurídico que tiene virtualidad en caso de existencia de dos o más comuneros que participen de la titularidad de la indivisión de bienes sin consideración a los de estos en particular, y requiere la necesaria determinación de los que integren la masa partible. Este acto jurídico plurilateral, destinado a regular relaciones jurídicas entre los comuneros, es un contrato, en los términos del art. 957 del Código Sustantivo. Sin embargo, la especial situación de la indivisión de bienes lo diferencia de otros contratos de división de bienes como el del condominio. La atribución de los bienes se rige por el principio sentado por el art. 2403 del mismo cuerpo legal en materia sucesoria de aplicación subsidiaria a la indivisión post comunitaria cuando no es por causa de fallecimiento o presunción de fallecimiento de alguno de los cónyuges y, por consiguiente, cada comunero recibe el bien directamente del causahabiente y desde el momento del nacimiento de la indivisión; en definitiva, el adjudicatario nada recibe de los restantes comuneros, quienes tampoco nada perciben del adjudicatario. En suma, este contrato tiene por efecto determinar su derecho, transformando su propiedad de la cuota parte de la indivisión en dominio exclusivo de bienes singulares, no pudiendo

calificarse entre los contratos de cambio u onerosos. Ello así, por cuanto no hay transmisión de bienes entre los comuneros, sino que su objetivo es declarar lo que ya tenía cada uno desde el inicio y con efecto retroactivo. Ese carácter declarativo permite inferir que la partición no es un contrato oneroso, puesto que la integración y determinación de los lotes no se hace en miras a las ventajas o sacrificios de cada copartícipe, ni gratuito en tanto se reciben bienes sin sacrificio alguno. Y, por tanto, se trata de un acto neutro, sin perjuicio de la caracterización de la relación tributaria (cfr. LAMBER, Néstor Daniel, “El Título de Adjudicación de Inmueble por Partición Privada de la Indivisión Hereditaria y Poscomunitaria”, Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Revista 927, ene-mar 2017, pág. 4).

En prieta síntesis, son características del contrato de partición privada las siguientes: a) No obstante la pluralidad de partes, todas persiguen un fin común; sus intereses son paralelos y convergentes hacia un propósito común, en este caso la división del patrimonio hereditario. Existe un interés común en la extinción de la indivisión y, además, un interés particular de cada uno de conseguir los bienes que correspondan a su cuota. b) Es consensual, por cuanto la extinción de la comunidad y el simultáneo surgimiento de la propiedad individual son efecto inmediato de su perfeccionamiento. c) Es un contrato con eficacia real, creador o modificativo de derechos reales y, asimismo, generador de obligaciones (pagar un saldo en dinero o sanear evicción). d) Cada parte tiene derechos o asume obligaciones respecto de las demás. En efecto, todas las partes goza derechos del mismo tipo, aunque las obligaciones de las diversas partes pueden tener un objeto diferente, una puede obligarse una suma de dinero, otra a contecer el uso y goce de un bien, entre muchas otras. e) Consecuencia de la plurilateralidad y unicidad del contrato es que, si el consentimiento de una de las partes es nulo, ello causa la nulidad total de la partición, que queda sin efecto, incluso, respecto de los otros coherederos, puesto que resulta esencial la participación y conformidad unánime de todos los herederos. f) Es sinalagmático en sentido amplio, con reciprocidad en la formación de los lotes, consistiendo el sinalagma en la independencia y recíproca proporcionalidad entre las porciones atribuidas. El objeto específico y común de este contrato es obtener cada parte la adjudicación de uno o más bienes que correspondan por su valor al de la cuota de cada una de ellas, interés propio de cada parte. No hay enajenaciones, sino transformación del objeto del derecho del comunero; la cuota ideal o indivisa sobre la universalidad jurídica hereditaria se transforma en bienes determinados que se le

adjudican a título singular y exclusivo. Hay, entonces, modificación del derecho de copropiedad en derecho de propiedad exclusiva, de la propiedad de una cuota indivisa sobre una masa de bienes, en la propiedad de bienes determinados. g) Tiene efecto declarativo, por cuanto establece que el coheredero adjudicatario del bien adquirió su derecho directamente del difunto y no de sus copartícipes y, por consiguiente, tiene efecto retroactivo a la apertura de la sucesión. h) Debido al efecto declarativo y retroactivo, no puede sostenerse que el acto particionario en sí sea oneroso. i) No requiere intervención de peritos, inventariadotes, tasadores, ni partidores; lo que sí parece ser preciso, si existen numerosos bienes en el acervo hereditario, es individualizarlos y tasarlos para poder dividirlos, previa denuncia de los mismos con la correspondiente valuación al efecto de satisfacer las tasas e impuestos respectivos. j) Rige la autonomía de la voluntad. k) Puede ser total o parcial, esto es, distribuyendo y adjudicando todos los bienes que integran el acervo hereditario o sólo alguno de ellos, dejando otros indivisos, sea por voluntad de los copartícipes o por la existencia de bienes que no resultan susceptibles de partición de modo temporal (arts. 2367 y 2369 CCyC). Y l) En este contrato no rige la condición resolutoria tácita (arts. 1083 y 1084 CCyC); de modo que, si a uno de los herederos se le adjudica un bien y a otro se la atribuye una compensación en dinero –partición con saldos- (arts. 2375 y 2377 CCyC), la adquisición de la propiedad a favor del uno no está subordinada al pago del saldo a favor del otro, y no es aplicable la resolución por incumplimiento, pues no se trata de un contrato de prestaciones recíprocas, evitándose perjuicios injustos a los coherederos ajenos a la deuda (cfr. FERRER, Francisco A.M., op. cit., punto III, págs. 4 y 5).

Queda claro, entonces, que la partición privada o extrajudicial es un contrato; en consecuencia, por ser, además, un acto jurídico, se le aplican las reglas sobre la manifestación de la voluntad (arts. 262 a 264 CCyC). Afectan su validez los vicios de la voluntad, a saber: error (arts. 265 CCyC), dolo (art. 271 CCyC), y violencia (art. 276 y ss CCyC); solo puede tener por objeto los prescriptos en los arts. 279 y siguientes del Código de Fondo; debe tener causa y mantenerla (arts. 281 y 1090 CCyC); su forma y prueba se rigen en subsidio por lo dispuesto en los arts. 284 y siguientes del Código Sustantivo; también se invalida por la concurrencia de los vicios propios de los actos jurídicos, esto es: lesión, simulación y fraude (arts. 332, 333 y ss, y 338 CCyC); su eficacia puede sujetarse a las modalidades de los actos jurídicos, que son condición, plazo y cargo (arts. 343 y ss, 350 y ss, y 354 y ss CCyC); y, por último, si se afecta con algún vicio de la voluntad o propios de los actos jurídicos, o se encuentra viciada su

forma, o no reúne los requisitos inherentes a la capacidad o a la legitimación, queda privado de efectos total o parcialmente, conforme a las reglas de la ineficacia de los actos jurídicos (arts. 382 y ss CCyC) (cfr. LEIVA FERNANDEZ, Luis F.P., dir. gral. ALTERINI, Jorge Horacio, “Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético”, 2da. Edición Actualizada y Aumentada, La Ley, Bs. As., 2016, Tomo V, pág. 8).

VI. EXEGESIS EN CUANTO A LA FORMA DE LAS PARTICIONES PRIVADAS DE LOS ARTS. 1017 Y 2369 DEL CODIGO SUSTANTIVO:

Con el objeto de circunscribir adecuadamente la correcta interpretación de los arts. 1017 y 2369 del Código Sustantivo, cuadra señalar que, para cierta doctrina, este último precepto ninguna forma legal impone a las particiones y disiente de la aplicación del primero a las particiones privadas que tienen por objeto derechos reales, con la única excepción de las subastas provenientes de ejecución judicial o administrativa, en la medida en que, si no tienen una forma determinada (art. 1015 CCyC), nada impide que formalizada en instrumento privado obtengan la legalidad y autenticidad por medio de la presentación en el proceso sucesorio, siendo el título inscribible el instrumento público judicial, que, en consecuencia, se expida. Y agrega que, si a esa solución se arribó existiendo una forma legal exclusiva en el Código Civil previo a la reforma de la ley 17711, no advierte por qué la conclusión a de ser diferente cuando el nuevo ordenamiento, con acierto o error, ha considerado todas las particiones como no formales; ello al margen de que así lo habilitan los código procesales locales (cfr. GUARDIOLA, Juan José, “Modos y Formas de Partición”, Aspectos Procesales del Código Civil y Comercial Parte II, Jurisprudencia Argentina, nro. especial, tomo 2017-I, nro. 6, 28/01/2017, págs.. 63 y 64).

Ahora bien, ello es inexacto, en la medida en que, en efecto, el art. 2369 del Código de Fondo, consagra el principio de la autonomía de la voluntad y cierta libertad de formas, mas lo cierto es que existe una norma jurídica de orden público, como lo es el art. 1017, inc. a) del mismo plexo normativo, que impone la forma de escritura pública para todos los contratos que tengan por objeto derechos reales sobre inmuebles.

Tampoco resulta atinado sostener que los códigos adjetivos locales que prevén la posibilidad de la partición mixta puedan transgredir una norma jurídica de orden público como lo es el art. 1017, inc. a) del Código Civil y Comercial, que fija un límite prístino a la libertad formal prevista en aquellos, cuando en materia de derechos reales

sobre inmuebles se trate. Más aún teniendo en cuenta las previsiones de los arts. 31 y 76, inc. 12 de nuestra Carta Magna.

Obvia, además, que el art. 1017 es de carácter enunciativo, por cuanto hay muchos supuestos en la norma específica de cada contrato o acto jurídico que imponen la forma de la escritura pública, a saber: leasing, donación de bienes registrables, cesión de derechos hereditarios, etc. y, a su vez, simplifica la enumeración de los casos haciendo referencia a supuestos generales (cfr. CLUSELLAS, Eduardo Gabriel, “Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado”, Ed. Astrea, Tomo III, Bs. As. – Bogotá, 2015, Tomo III, pág. 762).

Por otra parte, cuadra destacar que, bajo ningún punto de vista, un testimonio judicial no puede sortear una escritura pública exigida por una norma de orden público como lo es el art. 1017 del Código de Fondo y, por consiguiente, incumple con las formas extrínsecas del instrumento, que puede ser público, mas no una escritura pública (arts. 289, 299 y ss CCyC).

De modo que, en virtud de principio de legalidad, previsto por los arts. 8 y 9 de la ley 17801, el registrador deberá exigir como requisito previo a la inscripción de los documentos respectivos, en cumplimiento de las exigencias de los incs. a), b) y c) del art. 3 de la misma ley (cfr. ANDORNO, Luis O., “Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17801 Comentada Anotada”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1999, pág. 84).

Otra posición, que también acepta las particiones mixtas sobre inmuebles, sostiene que el art. 1017, inc. a) del Código Civil y Comercial exige la escritura pública para los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, mas ocurre que la partición tiene carácter declarativo y no atributivo, pues el derecho del heredero proviene directamente del causante y no de los coherederos. Aclara que la partición no crea un derecho distinto, pues el heredero tiene desde la muerte del causante una cuota ideal sobre el patrimonio, la adjudicación transforma esa parte ideal en bienes determinados. Y concluye que la partición privada no tiene por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles (cfr. ARIANNA, Carlos A., “Las Reformas en Materia de Partición de Herencia”, Revista Jurídica Argentina, La Ley, año 80, tomo 2016-F, 9 noviembre 2016, pág. 714).

Sin lugar a duda, esa interpretación exagera la amplitud de formas que prevé el art. 2369 del Código de Fondo, resta extensión y mérito a una norma de orden público que impone la forma de la escritura pública para todos los contratos que tengan por

objeto derechos reales sobre inmuebles e, incluso, omite normas jurídicas de carácter registral.

En esta dirección, cabe resaltar que el efecto declarativo de toda partición de herencia, previsto por el art. 2403 del Código Civil y Comercial, no significa que ella no constituya un acto de adquisición de derechos reales, ya que recién cuando ésta se formaliza el copartícipe adquiere el dominio del inmueble, si bien se considera que ha recibido los bienes directamente del difunto. En efecto, su título será una partición de herencia, y así constará en los registros inmobiliarios. Por otra parte, el art. 3 de la ley 17801, que no sufrió modificación alguna con la nueva codificación, determina que los documentos a inscribir en el Registro de la Propiedad Inmueble deberán estar constituidos en “*escritura notarial o resolución judicial o administrativa*”, según legalmente corresponda. En consecuencia, una partición privada o extrajudicial de herencia que tenga por objeto derechos reales sobre inmuebles deberá ser otorgada por escritura pública y las partes podrán optar por instrumento privado sólo cuando se trate de otros tipos de bienes y sea luego presentado al juez de la herencia para su homologación y posterior registración, en este caso, a través de los documentos judiciales pertinentes. En definitiva, se podrá elegir la escritura pública como la forma instrumental, o el acuerdo privado presentado luego al juez del sucesorio, siempre que no tenga por objeto bienes inmuebles (cfr. CLUSELLAS, Eduardo Gabriel, op. cit., Tomo 8, págs.. 92 y 93).

Es así que el estado de indivisión hereditaria sólo cesa con la partición (art. 2363 CCyC), como así también, que el efecto de la misma es declarativo en el sentido en que se juzga que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos de su hijuela y en los que se le atribuyen por licitación, y que no tuvo derecho alguno en los que corresponden a sus coherederos (art. 2403 CCyC). Ahora bien, en concreto, el adjudicatario tendrá el dominio pleno con su perpetuidad y exclusividad (arts. 1941, 1942 y 1943 CCyC), cuando de inmuebles se trate, una vez otorgada la respectiva escritura pública de partición privada, y no antes.

Para concluir, cuadra indicar que, el principio de la autonomía de la voluntad establecido en el art. 2369 del Código de Fondo, consagra libertad de formas y de acto; lo que permite generar otros derechos reales como condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, superficie, hipoteca, etc., previstos en el Libro Cuarto del mismo cuerpo legal y, ello, sustenta aún más la forma de escritura pública, prevista por el referido art. 1017, inc. a), con la respectiva intervención notarial, lejos de la judicial.

En suma, siempre debe recordarse que, si existen bienes inmuebles, es exige la escritura pública conforme resulta del art. 1017, inc. a) del Código Sustantivo, que determina dicha instrumentación para los actos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles; siendo que la partición privada exige se contemplen los instrumentos que hagan posible, luego, la concreción y la inscripción de los bienes que corresponden a cada heredero, a su nombre, es decir, garantizando el pleno derecho de los adjudicatarios (cfr. LLOVERAS, Nora B. y otros, dir. HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Ministerio de Justicia de Derechos Humanos de la Nación, Bs. As., 2015, Tomo VI, pág. 115).

VI. CONCLUSION:

En conclusión, las particiones privadas, en atención a las disposiciones de los arts. 1017, inc. a) y 2369 del Código Sustantivo, si bien prima un principio de autonomía de la voluntad y de libertad en cuanto a la forma y el acto, lo cierto es que si comprende y resulta generadora de derechos reales sobre inmuebles debe cumplir con la forma de escritura pública impuesta por la preceptiva sustantiva vigente.

BIBLIOGRAFIA:

ABELLA, Adriana, “Derecho Registral Inmobiliario”, Ed. Zavalía, Bs. As., 2008; “Partición”, Cuaderno de Apuntes Notariales, FEN Editora Notarial, año 11, nro. 131, La Plata, 2015.

ALTERINI, Jorge Horacio, “Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético”, 2da. Edición Actualizada y Aumentada, La Ley, Bs. As., 2016.

ANDORNO, Luis O. , “Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17801 Comentada Anotada”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1999.

ARIANNA, Carlos A., “Las Reformas en Materia de Partición de Herencia”, Revista Jurídica Argentina, La Ley, año 80, tomo 2016-F, 9 noviembre 2016.

AZPIRI, Jorge O., “Derecho de Familia”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2005; “Incidencias del Código Civil y Comercial Derecho Sucesorio”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2015.

BELATTI, Sylvia V., “Partición de Herencia. Implicancias de la Disposición Técnico Registral 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal”, Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Revista 925, julio-septiembre 2016.

BELLUSCIO, Augusto C., “Los puntos fundamentales del Anteproyecto de Código Civil en materia de sucesiones”, Jurisprudencia Argentina, 2012-III.

BORDA, Guillermo, “Tratado de Derecho Civil. Familia”, Le Ley, Bs. As., 2008.

BUERES, Alberto J. y MAYO, Jorge A., “Ideas básicas para una teoría de la representación”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal – Culzoni, nro. 6, 1994.

CLUSELLAS, Eduardo Gabriel, “Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado”, Ed. Astrea, Bs. As. – Bogotá, 2015.

D’ALBANO TORRES, Patricia Inés, “Estudio del Nuevo Código de Familia y Sucesiones”, Ed. D&D, Bs. As., 2015.

D’ALESSIO, Carlos Marcelo y otros, “Teoría y Técnica de los Contratos, Instrumentos Públicos y Privados”, La Ley, Bs. As., 2007; “Teoría y Técnica de los Contratos, Instrumentos Públicos y Privados”, 2da. edición actualizada y ampliada, La Ley, 2015.

FERRER, Francisco A. M., “Código Civil Comentado. Sucesiones”, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe – Bs. As., 2011; “Observaciones al Proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria”, La Ley, Bs. As., 2012; “La Partición Mixta de la Herencia”, La Ley, 23/11/2016, La Ley 2016-F, 886, cita on line: AR/DOC/3623/2016;

“Partición Hereditaria: noción y alcances de su efecto declarativo”, Revista Código Civil y Comercial, La Ley, año III, nro. 01, Bs. As., 2017.

FORNIELES, Salvador, “Tratado de las Sucesiones”, Ediar Sociedad Anónima Editores, Bs. As., 1950.

Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, Ediciones el País, Bs. As., 2012.

GUARDIOLA, Juan José, “Modos y Formas de Partición”, Aspectos Procesales del Código Civil y Comercial Parte II, Jurisprudencia Argentina, nro. especial, tomo 2017-I, nro. 6, 28/01/2017.

HERRERA, Marisa y otros, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Ministerio de Justicia de Derechos Humanos de la Nación, Bs. As., 2015.

GOYENA COPELLO, Héctor R., “Curso de Procedimiento Sucesorio”, La Ley, Bs. As., 2015.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, “Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014”, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2014.

LAMBER, Néstor Daniel, “El Título de Adjudicación de Inmueble por Partición Privada de la Indivisión Hereditaria y Poscomunitaria”, Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Revista 927, ene-mar 2017.

LORENZETTI, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Bs. As., 2015.

MARIANI DE VIDAL, MARINA y ABELLA, Adriana, “Derechos Reales en el Código Civil y Comercial”, Ed. Zavalía, Bs. As., 2016.

MAZZINGHI, Jorge A., “Derecho de Familia”, Ed. Abaco, Bs. As., 1999.

MENDEZ COSTA, María Josefa, “Los convivientes y la sucesión mortis causa en el derecho proyectado”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2013).

MOURELLE DE TAMBORENEA, María Cristina, “Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2015.

PEREZ LASALA, José Luis, “Tratado de Sucesiones Código Civil y Comercial de la Nación ley 26994”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2016.

RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, La Ley, Bs. As., 2015.

SABENE, Sebastián E., “Inscripciones Registrales Provenientes de Juicios Sucesorios”, Jurisprudencia Argentina, Ed. Abeledo Perrot, nro. 6 2017 II, Bs. As., 2017.

SPOTA, Alberto G., “Tratado de Derecho Civil”, Depalma, Bs. As, 1961.

STURLA, Rodolfo Adrián, “Práctica de Sucesiones según el nuevo Código Civil y Comercial”, Ed. García Alonso, Bs. As., 2016.

TEITELBAUM, Horacio, “Guía Práctica de Escribanía”, Di Lalla Ediciones, Bs. As., 2016.

VITOLO, Daniel Roque, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado”, Ed. Erreius, Bs. As., 2016.

ZANNONI, Eduardo, “Derecho de Familia”, Ed. Astrea, Bs. As., 2006; “Derecho de las sucesiones”, Ed. Astrea, Bs. As., 2008.

XXXIX Jornada Notarial Bonaerense, Conclusiones, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Mar del Plata, 25 al 28 de Noviembre de 2015.

JURISPRUDENCIA:

CSJN, 238:496; 252:26; 270:201; 315:2999; 328:1038 y 329:2800.

CCiv. Cap, en pleno, 17/10/1924, Jurisprudencia Argentina, 18-111.

CCiv. 1ª Cap, 01/03/1944, Jurisprudencia Argentina, 1945-I-545.

CNCiv., Sala F, expte. nro. 79.776/2012, “Fau, Marta Renee C/Abecian, Carlos Alberto y Otros S/ Consignación”, expte. nro. 76.280/2012, “Libson, Teodoro y Otros c/ Fau, Marta Renee s/ Ejecución Hipotecaria”, rta. 25/08/2015).