



45° Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

7, 8 y 9 de agosto 2024

LA MASA PARTIBLE EN LA COEXISTENCIA DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA Y POST COMUNITARIA

TEMA I : PARTICION

Coordinadores: Esc. Arnaldo A. Dárdano

Esc. Verónica Castillo

Autora: Escribana Sylvia Verónica Belatti

sbelatti@yahoo.com

Tema I PARTICION

Ponencia de la Escribana Sylvia Verónica Belatti

PONENCIA

-Cuando el fallecimiento de uno de los cónyuges produce la disolución de la comunidad de ganancias o el fallecimiento ocurre mientras subsiste alguna comunidad ganancial en estado de indivisión, la comunidad hereditaria y post comunitaria coexisten. La indivisión postcomunitaria como universalidad, se integra a la comunidad hereditaria como universalidad jurídica mayor, lo cual implica la unidad de masa, respecto de la cual el heredero tiene derecho a una porción ideal. La partición pondrá fin a dicha indivisión y es por ello necesario integrar las masas, ganancial y hereditaria, en una única masa partible dentro del proceso sucesorio.

-Una opción en la partición privada de herencia cuando coexisten ambas comunidades es la partición por desmembración del dominio, mediante la adjudicación del usufructo y la nuda propiedad entre los diferentes copartícipes. Admitida la partición parcial por la sola decisión unánime de todos los copartícipes mayores de edad y capaces, se pone fin a la indivisión hereditaria y post comunitaria en un mismo acto con relación a ese bien, sobre el cual concluye el proceso sucesorio y el fuero de atracción.

-Respecto a la forma de instrumentación de la partición privada de herencia en el actual ordenamiento rige el principio de libertad de formas, en el supuesto de existir bienes inmuebles en la masa partible la escritura pública es título suficiente y con su inscripción en el registro de la propiedad respectivo será oponible a terceros.

-En caso que los copartícipes opten por el instrumento privado para documentar el acuerdo partitivo necesitarán de su presentación en el expediente sucesorio para obtener su aprobación, orden de inscripción y expedición del testimonio judicial pertinente como documento auténtico expedido por el secretario del juzgado para su inscripción en el registro de la propiedad respectivo. Dicha forma de instrumentación también es factible para el supuesto de partición por desmembración del dominio.

Sumario

1. Introducción
2. Partición de herencia
3. Coexistencia de la comunidad hereditaria y post comunitaria
4. La noción de comunidad de derechos
5. Composición de la masa partible
6. Modos de partición
7. Partición privada
 - 7.1 Requisitos
 - 7.2 Oportunidad
 - 7.3 Contenido
 - 7.4 Forma
 - 7.4.1 Evolución
 - 7.4.2 Posturas
 - 7.4.3 Documento auténtico
 - 7.4.4 Homologación u aprobación del convenio por instrumento privado
 - 7.5 Partición por desmembración
8. Conclusiones
9. Bibliografía

1. Introducción

El objetivo de este trabajo es profundizar el estudio sobre la composición de la masa partible o divisible en el supuesto de coexistencia de la comunidad hereditaria y postcomunitaria. Iniciaremos con una referencia al concepto de partición, analizaremos el supuesto de la coexistencia de las comunidades y la composición de la masa partible. Luego nos centraremos en el supuesto de partición privada de herencia y en particular con un bien inmueble mediante la desmembración del dominio, recordando las diferencias de instrumentarla por escritura pública a formalizarla por instrumento privado. Se observará que la necesidad de aprobación judicial del acuerdo partitivo formalizado en instrumento privado es generadora de dispares resoluciones judiciales que motivan las ponencias a las que se arribarán como conclusiones respecto al tema.

2. Partición de herencia

Para iniciar el trabajo me parece oportuno recordar en que consiste la partición. Las definiciones que dan los autores se centran en que se trata de un negocio o acto jurídico mediante el cual la porción ideal que a cada coheredero le corresponde en una universalidad sucesoria se convierte en una parte concreta de los bienes que integran esa universalidad.¹

Lo que estatifica la composición de esa universalidad es la manifestación de voluntad de partición, de poner fin a la universalidad y asignar a cada coheredero o cónyuge una porción material. Lo que era una alícuota sobre una universalidad se concreta en la titularidad de una o varias cosas o en el condominio de ellas.²

Podemos concluir que la partición es el acto jurídico mediante el cual los copartícipes materializan en bienes concretos la porción ideal que les corresponde en la herencia y hacen cesar la indivisión hereditaria (y postcomunitaria de corresponder). La comunidad hereditaria, que nace con la muerte del causante cuando concurre más de un heredero a la sucesión, concluye con la asignación de una parte concreta de los bienes que integran

¹ Braschi, Agustín O., "Partición", en Revista del Notariado, N° 842, 1995, p. 447.

² Ibídem, p. 455.

esa universalidad y con carácter singular y exclusivo para quien se le ha adjudicado.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) mantiene el criterio y los preceptos del código civil derogado e incluso refuerza el concepto de la necesidad de partición para poner fin a la indivisión con la incorporación de una norma expresa como el artículo 2363 CCCN que pone fin a toda duda al respecto a la necesidad de partición para poner fin a la indivisión.³

La comunidad hereditaria o estado de indivisión nace en el momento mismo de la muerte del causante y se extiende hasta la partición; su registración la hace oponible a terceros. La partición materializa en objetos determinados la porción ideal que les corresponde a los herederos en la herencia.⁴

Por otra parte, de conformidad con el artículo 2304 CCCN, la partición es declarativa y no traslativa de derechos y en razón de ella se juzga que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes adjudicados.

3. Coexistencia de comunidad hereditaria y postcomunitaria.

Respecto a la coexistencia de ambas indivisiones, este supuesto ocurrirá cuando el fallecimiento produzca la disolución de la comunidad de bienes (antes sociedad conyugal) limitado en el actual ordenamiento al matrimonio regido por el régimen de comunidad de ganancias o en caso que ocurra el fallecimiento y el causante hubiere integrado alguna comunidad pendiente de partición, de conformidad con el artículo 481 CCCN que establece que extinguido el régimen por muerte de uno de los cónyuges, o producido el fallecimiento, mientras subsiste la indivisión postcomunitaria se aplican las

³ El artículo 2363 CCCN dispone que “La indivisión hereditaria sólo cesa con la partición. Si la partición incluye bienes registrables, es oponible a los terceros desde su inscripción en los registros respectivos”.

⁴ Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Sucesiones, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, 5ª ed., p. 419

reglas de la indivisión hereditaria. Coexistencia a la que se sumará toda comunidad postcomunitaria en estado de indivisión al momento del fallecimiento.

La indivisión postcomunitaria como universalidad, se integra a la comunidad hereditaria como universalidad jurídica mayor, lo cual implica la unidad de masa, respecto de la cual el heredero tiene derecho a una porción ideal. La partición será la que ponga fin y permita pasar del plano de los derechos personales al de los reales y para ello es necesario integrar todas las masas en estado de indivisión en una única masa partible.

La comunidad de bienes disuelta por la muerte que coexiste con la comunidad hereditaria debe ser liquidada teniendo presente que ya no estamos ocupándonos de los bienes concretos, sino de los derechos del cónyuge superviviente y del causante cuya liquidación requiere de una abstracción aritmética para llegar a establecer en valores lo que corresponde a cada parte.⁵

4. La noción de la comunidad de derechos

Parece oportuno para profundizar en el tema indagar sobre el concepto de comunidad de derechos, al respecto Zannoni, en un trabajo elaborado durante la vigencia del Código Civil, al analizar en particular la situación de las acciones de sociedades anónimas de titularidad de cualquiera de los cónyuges, distingue cuando la disolución de la comunidad se produce por divorcio de cuando lo es por fallecimiento.

Indica que cuando la disolución se produce por divorcio, si bien puede acordarse que como consecuencia de ella sobreviene el estado de indivisión de los bienes gananciales, dicha indivisión no trasciende en un distinto modo de ser de las relaciones determinadas por la titularidad de dichos bienes. En otras palabras, tratándose de bienes registrables (inmuebles, automotores,

⁵ Capparelli, Julio C , “Partición de herencia y de comunidad de bienes. ¿Coexistencia o divorcio?”, en La Ley, Buenos Aires, Thomson Reuters, 5/12/2022, (t. 2022, 4 Cita online AR/DOC/3497/2022)

etcétera), su dominio u otros derechos reales y gravámenes sobre ellos continúa siendo oponible a terceros por cada uno de los ex cónyuges divorciados o (cónyuges separados personalmente) [...] En cambio, cuando la disolución de la sociedad conyugal sobreviene por la muerte de uno o de ambos cónyuges, la coexistencia de la indivisión con la situación de herencia provoca necesariamente la consideración ut universitas de los gananciales y aquellos bienes que el cónyuge fallecido transmite por causa de muerte. Unos y otros integran una masa "sin consideración a su contenido especial".⁶

En el primer caso, la "indivisión" que se predica engendra relaciones de comunidad entre los ex cónyuges, o sea, relaciones internas, pero, frente a terceros, ninguno de ellos puede investir la cotitularidad sobre los bienes. Éstos siguen en cabeza de quien es su titular. [...] En el supuesto de disolución por muerte, en cambio, se alteran las relaciones de titularidad originaria debido a que uno o ambos cónyuges han fallecido y, por lo tanto, los bienes de ambas masas de gestión aunque el difunto fuese sólo uno de ellos dejan de tener autonomía separada y exigen integrar el activo al acervo, al caudal que, desde el mismo momento del fallecimiento, es considerado como una universalidad (sub especie universitatem).⁷

En la indivisión hereditaria la transmisión es a título universal por muerte del causante, a lo que tiene derecho cada heredero (y cónyuge supérstite de corresponder) es a una porción ideal de la herencia pero no sobre bienes concretos lo que sólo ocurrirá con la partición.

La Disposición Técnico Registral (DTR) 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, evidencia un cambio de criterio en materia registral que recepta la necesidad de adecuar la normativa registral a la

⁶ Zannoni, Eduardo A. Disolución de la sociedad conyugal por divorcio o por muerte y medidas cautelares que pueden afectar las participaciones en sociedades comerciales Cita: TR LALEY AR/DOC/7241/2012 Al respecto: "... Si la sociedad conyugal se ha disuelto por divorcio, sabemos que la disolución no altera la titularidad ut singuli que corresponde al accionista, de modo que, a su respecto, continúan vigentes los poderes de administración y disposición ..."

⁷ Idem

legislación de fondo y que además encuentra antecedentes en la jurisprudencia y la doctrina. Incorpora la exigencia de partición, previa o simultánea, a la disposición de parte indivisa o constitución de gravámenes sobre todo o una parte indivisa de un inmueble integrante del acervo hereditario, de conformidad con la normativa de fondo.⁸

Dicha exigencia de partición, previa o simultánea, se debe a que el coheredero lo es respecto de una universalidad jurídica y tiene derecho a una porción del patrimonio hereditario pero no a una porción de cada una de las cosas determinadas, lo cual sólo se produce con la partición.

Cumplimentada esta exigencia de partición, respecto de ese inmueble integrante del acervo hereditario, se convierte a los herederos y cónyuge supérstite en su caso en condóminos de la cosa y se evita el riesgo de que el inmueble sea adjudicado a otro coheredero distinto del disponente, atento el efecto declarativo de la misma.

Por su parte la Disposición Técnico Registral (DTR) 11/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, dispone que en los supuestos de comunidad ganancial disuelta por divorcio declarado judicialmente, sin haberse realizado la correspondiente liquidación y partición y uno de los ex cónyuges falleciere, deberá realizarse el acto partitivo en la forma que por unanimidad las partes juzguen conveniente, judicial o notarial, siempre que concurran las presupuestos legales establecidos, rogándose en la forma de estilo. En caso de ser por escritura pública de liquidación y partición la misma deberá ser otorgada por el ex cónyuge y los herederos declarados judicialmente.

5. Composición de la masa partible

El artículo 2376 CCCN dispone que “La masa partible comprende los bienes del causante que existen al tiempo de la partición o los que se han subrogado

⁸ Belatti, Sylvia V. “Partición de herencia: Implicancias de la Disposición técnico-registral 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal”; p. 115-125. EN: Anuario de la Revista del Notariado. Buenos Aires: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires; 2016; n. 3

a ellos, y los acrecimientos de unos y otros. Se deducen las deudas y se agregan los valores que deben ser colacionados y los bienes sujetos a reducción”.

El artículo 498 CCCN en relación a la división de la masa ganancial en su parte pertinente establece que si se produce por muerte de uno de los cónyuges, los herederos reciben su parte sobre la mitad de gananciales que hubiese correspondido al causante.

Respecto a cómo determinar la mitad de gananciales que hubiese correspondido al causante dentro de la indivisión hereditaria, como se indicó requiere de un proceso de liquidación de la comunidad ganancial que coexiste con el de la comunidad hereditaria y ello en virtud del artículo 2336 CCCN, ocurrirá ante el juez del sucesorio. Es por ello que en la herencia del difunto ingresará la masa de los gananciales en estado de indivisión y dicho fuero de atracción se mantendrá hasta la partición.

Es en el proceso sucesorio el ámbito en que debe concretarse la liquidación y adjudicación de lo que le corresponde al cónyuge supérstite y a los herederos por acto de partición.

Es erróneo sostener en este supuesto de coexistencia que los únicos bienes que pueden ser objeto de la partición son los que se transmiten a los sucesores con el fallecimiento del causante, no pudiendo incluirse los que le corresponden al supérstite como socio de la comunidad de bienes.

Por el contrario en el supuesto que ambas indivisiones coexistan, necesitan integrarse en una misma masa objeto de partición para poner fin a la indivisión, sin perjuicio que previo a la partición se proceda a la liquidación para establecer los valores que corresponden al supérstite y a los coherederos.

Será la partición la que pondrá fin a la indivisión y es por ello indispensable integrar las masas en una única masa partible dentro del proceso sucesorio.

Por lo expuesto se puede puntualizar que, de conformidad con el artículo 481 CCCN, extinguido el régimen por muerte de uno de los cónyuges, o producido el fallecimiento, mientras subsiste la indivisión postcomunitaria se aplican las reglas de la indivisión hereditaria y la masa ganancial indivisa se

integra a la masa hereditaria del causante, de conformidad con el artículo 2376 CCCN formando una única masa partible. De allí la propuesta de inclusión en la noma para disipar toda duda.⁹

6. Modos de la partición

En el nuevo Código los dos modos básicos de hacer la partición son la judicial y la privada o extrajudicial, según se realice dentro del marco del proceso sucesorio, es decir en el expediente o fuera del mismo.

La partición privada se formalizará fuera del expediente, se regirá por las normas del derecho privado, con la presencia y el acuerdo unánime de todos los copartícipes, plenamente capaces y sin oposición de terceros interesados.

La partición judicial, con fundamento en la seguridad de los derechos de todo interesado, se formalizará en el expediente sucesorio con dirección del juez de la sucesión, la intervención de un perito tasador y el cumplimiento de las normas sustanciales y procesales. Sin perjuicio que podrá ser judicial cuando así lo decidan los copartícipes, deberá ser judicial cuando existen copartícipes ausentes o si alguno de ellos fuese incapaz o con capacidad restringida o cuando algún tercero fundándose en un interés legítimo se opone a la realización de la partición privada o cuando no sea acordada por unanimidad, aunque todos sean plenamente capaces y estén presentes y no se opongan terceros interesados, de conformidad con el artículo 2371 CCCN.-

En cuanto a la denominada partición mixta el nuevo código no contiene una norma como la del inciso 2 del artículo 1184 del Código Civil que permitía el convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión. No obstante ello, como se analizará más adelante, continua siendo una opción

⁹ Trabajo presentado en la 34 Jornada Notarial XXXIV Jornada Notarial Argentina 2023, Ciudad de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, 4 al 6 de mayo de 2023, Tema III, Partición, Ponencia de la Escribana Sylvia Verónica Belatti. De lege ferenda: Extinguido el régimen por muerte de uno de los cónyuges, o producido el fallecimiento, mientras subsiste la indivisión postcomunitaria se aplican las reglas de la indivisión hereditaria. “La masa ganancial se integrará a la masa hereditaria del causante, de conformidad con el artículo 2376, formando una única masa partible”.

admisible, sin perjuicio de destacar que para parte de la doctrina es un subtipo de la partición judicial.

7. Partición privada

En la partición privada se está ante un contrato plurilateral, consensual y de carácter declarativo que se regirá por el principio de la autonomía de la voluntad del derecho privado. No le es exigible la igualdad cuantitativa del valor de los lotes o su integración en especie, impera la autonomía de la voluntad de las partes respecto a la forma de distribuirse los bienes y composición de los lotes.

7.1 Requisitos de la partición privada

El código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 2369 dispone que “Si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes”.

Por otra parte debemos tener presente que terceros, fundándose en un interés legítimo no se opongan a que la partición sea realizada privadamente, como por ejemplo acreedores del causante o de los herederos, de conformidad con el inciso b) del artículo 2371 CCCN

Entonces para que la partición pueda ser privada requiere la presencia de todos los copartícipes, es decir que sea otorgada por todos (ya sea por derecho propio o representados por poder) por acuerdo unánime, con capacidad plena y que no haya oposición de terceros con interés legítimo.

7.2 Oportunidad

La partición privada se puede realizar desde el fallecimiento del causante pero estará supeditada al dictado de la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento para tener plenamente legitimados a los copartícipes otorgantes del acto, de conformidad con los artículos 2338 y 2369 CCCN.

7.3 Contenido y negocio único

En la partición privada rige el principio de autonomía de la voluntad de forma tal que los comuneros podrán acordar libremente la conformación de las

hijuelas, incluso la adjudicación de lotes desiguales sin compensación o con compensaciones en dinero o con otros bienes ajenos al acervo.

La partición es un negocio jurídico único. Las diversas combinaciones entre los copartícipes para lograr la finalidad de partir la herencia en lotes proporcionales y equivalentes al valor de la cuota de cada uno quedan subordinadas, englobadas y absorbidas en un único acto particionario, derivado de una única transmisión hereditaria.¹⁰

El Código Civil y Comercial de la Nación contiene una serie de limitaciones a esa compensación cuando se trata de una partición judicial (tiene que ser dineraria y no puede superar salvo excepciones cierta medida en relación con lo adjudicado). Ahora bien, las mismas no juegan cuando se trata de una convencional se haya hecho en forma notarial o judicial, se realice la misma con bienes de la masa partible o personales de los copartícipes (ello sin perjuicio de que en éste último caso respecto de la adjudicación de los mismos, según sea su naturaleza, se entienda deba recurrirse a su instrumentación escrituraria por no ser parte integrante de la masa).¹¹

7.4 Forma

Respecto a la forma el actual ordenamiento dispone la libertad de formas. En concordancia con el artículo 284 CCCN y 1015 CCCN, si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad las partes pueden utilizar las que estimen conveniente. Por otra parte en el actual ordenamiento no existe una norma expresa que exija su instrumentación por escritura pública como lo disponía el artículo 1184 inc 2 del Código Civil para las particiones extrajudiciales.

7.4.1 Evolución

¹⁰ Ferrer, Francisco A.M, “Partición hereditaria: noción y alcances de su efecto declarativo”, en La Ley, Buenos Aires, Thomson Reuters, (t. 2017 (febrero), 181, cita online R/DOC/3988/2016)

¹¹ Guardiola, Juan. J., “Modos y formas de partición”, en La Ley, Buenos Aires, Thomson Reuters, 08/02/2017, (t 2017, 51 cita on line AR/DOC/5001/2016)

Respecto al tema podemos sintetizar que la reforma introducida por la ley 17.711 al Código Civil, receptó la entonces doctrina jurisprudencial mayoritaria, que admitía que las particiones de herencia además de la escritura pública podían ser formalizadas en instrumento privado presentado al juez para su autorización, al incorporar el inciso 2 del artículo 1184 del Código Civil, ya que el código velezano disponía que la partición extrajudicial de herencia con bienes inmuebles debía formalizarse en escritura pública. En base a ello el fundamento que invocan a favor de la libertad de formas es que si a esa solución se arribó existiendo una forma legal exclusiva en el Código Civil, previo a la reforma de la ley 17.711, no se advierte por qué la conclusión habría de ser diferente cuando el nuevo ordenamiento no ha impuesto una forma determinada a los acuerdos particionarios, además habilitados por los códigos procesales.

En consecuencia, conforme el actual ordenamiento, serán los copartícipes quienes por unanimidad elijan su forma de instrumentación y su contenido.

La escritura pública deja de ser la forma impuesta para la instrumentación de la partición privada de herencia pero no por eso deja de ser una forma suficiente.

7.4.2 Posturas

Nos abocaremos al supuesto de estar la masa partible integrada por un bien inmueble. En la doctrina nos encontraremos con diferentes posturas:

Una corriente sostiene que la partición privada deberá otorgarse por escritura pública cuando entre los bienes integrantes de la masa partible exista un inmueble, por lo dispuesto en el artículo 1017, inciso a), del Código Civil y Comercial y que no subsiste la posibilidad de otorgarla un instrumento privado “presentado al juez de la sucesión”.

Otra postura admite su formalización por instrumento privado al sostener que la partición privada no tiene por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Es la muerte la que causó la transmisión de los bienes y que dada la amplitud del artículo 2369 CCCN no ve impedimento para concluir la partición mediante un convenio

presentado al juez de la sucesión con el fin de, previa homologación, obtener la orden de inscripción a los registros que correspondan, es decir de un instrumento auténtico que permita el acceso al registro.¹²

7.4.3 Documento auténtico

La ley 17.801 en su artículo 2º dispone que para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos: a) Los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles y en su artículo 3º establece los requisitos de los documentos para ser inscriptos.¹³

Estos requisitos no los cumple el instrumento privado, que podrá valer como contrato privado entre personas plenamente capaces, pero la forma elegida si tengo bienes inmuebles no es suficiente y necesitará del expediente judicial.

Esto marca una diferencia con respecto al que es celebrado en escritura pública, que sólo requiere que los bienes registrables integrantes de la masa partible hayan sido denunciados en el expediente sucesorio y se haya ordenado su inscripción. Contando con esos requisitos las partes suscriben la

¹² ARIANNA, Carlos A., “Las reformas en materia de partición de herencia”, en La Ley, Buenos Aires, Thomson Reuters, 09/11/2016, (t.2016-F, 709, cita online AR/DOC/2928/2016)

¹³ El artículo 3º establece los requisitos de los documentos para ser inscriptos. indicando que deberán: “a) Estar constituidos por escritura notarial o resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda; b) Tener las formalidades establecidas por las leyes y estar autorizados sus originales o copias por quien esté facultado para hacerlo; c) Revestir el carácter de auténticos y hacer fe por sí mismo o con otros complementarios en cuanto al contenido que sea objeto de la registración, sirviendo inmediatamente de título al dominio, derecho real o asiento practicable”.

escritura y reparten los bienes con total libertad, sin que en el expediente sucesorio se tome nota de esta circunstancia que le es ajena.¹⁴

De optar los copartícipes por formalizar la partición por instrumento privado, necesitarán de su presentación en el expediente sucesorio para obtener el testimonio judicial como documento auténtico que les permita cumplir con la norma citada.

7.4.3 Homologación u aprobación del convenio partitivo por instrumento privado

Un primer interrogante resulta ser que implica la presentación del convenio formalizado en instrumento privado ante el juez del sucesorio para solicitar su homologación. Se habla de aprobación u homologación, aunque en su mayoría los códigos procesales, como en el artículo 726 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, utilizan el primero de estos términos. Corresponde aclarar que la aprobación se refiere solamente a la forma de la partición y no al contenido.

La presentación en el expediente para solicitar la aprobación de la partición, conforme lo disponen los códigos procesales, conlleva a que sea el juez quien en ejercicio del control de legitimidad requerido tenga la potestad de resolver sobre lo peticionado y ordenar la expedición del testimonio judicial. De no aprobar la partición el convenio es válido entre los otorgantes, pero no resulta idóneo para ser inscripto con relación a los bienes registrables.

En este mismo sentido la doctrina sostiene que aunque este procedimiento particionario se denomine "mixto" porque requiere "aprobación judicial", lo exacto es que tal acto jurisdiccional no modifica el carácter privado y extrajudicial de la partición y su efecto vinculante entre las partes, pues el auto aprobatorio es un requisito de eficacia que no integra el acto jurídico particionario en sí mismo. Es una condición extrínseca que atañe al perfeccionamiento del acto y a la constitución formal del título, pero no a su

¹⁴ Capparelli, Julio C., "Partición privada de herencia", en La Ley, Buenos Aires, Thomson Reuters, (t. 2017 (julio), 167, cita online AR/DOC/1571/2017)

validez como tal acto particionario. La partición privada sólo producirá sus efectos propios en este supuesto cuando se cumpla el requisito formal de eficacia, constituido por su homologación judicial.

El juez se limita a comprobar el cumplimiento de los requisitos que la ley exige para la partición privada (arts. 2369 y 2371, a contrario, CCC). La incorporación al expediente sucesorio y la aprobación judicial confieren al convenio particionario el carácter de instrumento público, y título suficiente para producir la inscripción registral de la adjudicación de los bienes a los herederos, según ya lo tenía resuelto la antigua jurisprudencia plenaria y que mantiene su vigencia.¹⁵

Por ello es importante conocer la opinión de los jueces, las resoluciones son diversas, a favor de su admisibilidad concuerdan que el control de legitimidad que realizan se concentra en los requisitos que hacen viable a la partición privada, es decir, que sea otorgada por todos los legitimados presentes, plenamente capaces y que el acuerdo sea unánime sin oposición de terceros con interés legítimo. Si se dan esos supuestos la jurisprudencia mayoritaria no indaga respecto al contenido del acuerdo particionario en sí mismo por entender que rige plenamente el principio de autonomía de la voluntad, sin perjuicio en la generalidad de limitarlo a los bienes que integran el acervo sucesorio.

En cambio no lo aprobarán, si no se dan los requisitos que la hacen viable como por ejemplo un copartícipe con capacidad restringida donde la única forma será la partición judicial.

Respecto a las resoluciones que rechazan la aprobación encontramos fallos de primera instancia donde el juez indaga sobre el contenido del acuerdo y deniega la homologación, uno de los motivos consiste en negar la coexistencia de la comunidad hereditaria y postcomunitaria y la integración

¹⁵ Conf Ferrer, Francisco A. M., “La partición mixta de herencia”, en La Ley, Buenos Aires, Thomson Reuters, 23/11/2016 (t. 2016-F, 886, cita online AR/DOC/3623/2016)

de ambas masas en única la masa partible o la forma de instrumentación. Estas resoluciones suelen ser revertidas por fallos de jueces de Cámara.

7.5 Desmembración del dominio en la partición privada de herencia

Una opción en la partición privada de herencia en el supuesto de coexistencia de la comunidad hereditaria y post comunitaria es la partición por desmembración del dominio, mediante la adjudicación del usufructo y la nuda propiedad entre los diferentes copartícipes de la comunidad hereditaria.

Como es en el caso de adjudicar el usufructo al cónyuge supérstite y la nuda propiedad a los hijos, para poner fin al estado de indivisión hereditaria y postcomunitaria en un solo acto y que como se verá ha sido objeto de diversas resoluciones judiciales.

Admitida la partición parcial por la sola decisión unánime de los copartícipes se pone fin a la indivisión hereditaria (y postcomunitaria, en caso de coexistir) respecto a ese bien, sobre el cual concluye el proceso sucesorio y el fuero de atracción.

Respecto a la forma de instrumentación, lo desarrollado es también aplicable para el supuesto de partición por desmembración del dominio.

La jurisprudencia en su mayoría recepta este concepto al sostener , entre otros fundamentos que “las mismas condiciones requeridas para la validez de los títulos destinados a transferir la propiedad son igualmente necesarias para la validez de aquellos que tengan por objeto la constitución del usufructo; de lo que se sigue que si se admite que existe título suficiente para que opere la transferencia de dominio de inmuebles a través del instrumento privado presentado en juicio, en el caso de las particiones hereditarias, también es válida esa forma para la constitución de usufructo si se trata de un acto que está incluido dentro de los distintos negocios jurídicos incluidos en una partición de herencia” [...] “Por ello no se observa la incompatibilidad de que el usufructo sea instituido en el contexto de la partición hereditaria celebrada en instrumento privado puesto a consideración del juez de la sucesión. [...] “Adviértase que en el caso el usufructo no se constituye por voluntad judicial

o violando la prohibición inserta en el art. 2133 del CCyCN, sino que es producto de la convención alcanzada entre las partes”.¹⁶

“En efecto, la presentación judicial de la partición es una condición extrínseca que hace a la perfección del acto y la constitución del título en sentido formal, exigida como una necesidad de prever un medio eficaz para que el juez controle si se dan los presupuestos que tornan procedente la partición privada. La presentación del convenio, no tiene otro efecto que darle el carácter de instrumento público y la jerarquía de título suficiente para la atribución de los bienes adjudicados a cada heredero al ser incorporado al expediente judicial, De ahí, entonces, que no se observe inconveniente en que el usufructo sea constituido en el contexto de la partición hereditaria celebrada por instrumento privado con acuerdo unánime de todos los herederos capaces, mayores de edad y puesto a consideración del juez de la sucesión en los términos del art. 726 del Código Procesal ni, por consiguiente, que mande a inscribir vía de testimonio”.¹⁷

“Puede admitirse que la partición efectuada en una sucesión incluya los bienes que corresponden al cónyuge supérstite, en la inteligencia de que junto a la indivisión postcomunitaria que involucra a los bienes gananciales existentes en la sociedad conyugal disuelta con causa en el fallecimiento de uno de los esposos, coexiste la llamada comunidad hereditaria, y que en definitiva es la partición la que pone fin a esa situación”.¹⁸

¹⁶ (CNCiv. Sala H, “T., R.S. s/ sucesión ab-intestato”, del 24/06/2021, Cita: TR LALEY AR/JUR/93469/2021

¹⁷ (CNCiv. Sala H, “S., J.M. R.. s/ sucesión ab-intestato”, del 05/10/2022 Cita: TR LALEY AR/JUR/139429/2022

¹⁸ (CNCiv. Sala C, “G.C., J. s/ sucesión ab-intestato”, del 05/03/2024, Cita: TR LALEY AR/JUR/16535/2024

8. Conclusiones

El Código Civil y Comercial de la Nación mantiene el criterio y los preceptos del código civil derogado e incluso refuerza el concepto de la necesidad de partición para poner fin a la indivisión con la incorporación de una norma expresa como el artículo 2363 que pone fin a toda duda al respecto a la necesidad de partición para poner fin a la indivisión.

Cuando el fallecimiento de uno de los cónyuges produce la disolución de la comunidad de ganancias o el fallecimiento ocurre mientras subsiste alguna comunidad ganancial en estado de indivisión, la comunidad hereditaria y post comunitaria coexisten. La indivisión postcomunitaria como universalidad, se integra a la comunidad hereditaria como universalidad jurídica mayor, lo cual implica la unidad de masa, respecto de la cual el heredero tiene derecho a una porción ideal. La partición pondrá fin a dicha indivisión y es por ello necesario integrar las masas, ganancial y hereditaria, en una única masa partible dentro del proceso sucesorio.

Una opción en la partición privada de herencia cuando coexisten ambas comunidades es la partición por desmembración del dominio, mediante la adjudicación del usufructo y la nuda propiedad entre los copartícipes. Admitida la partición parcial por la sola decisión unánime de todos los copartícipes mayores de edad y capaces, se pone fin a la indivisión hereditaria y post comunitaria en un mismo acto con relación a ese bien, sobre el cual concluye el proceso sucesorio y el fuero de atracción.

Respecto a la forma de instrumentación de la partición privada, en el actual ordenamiento rige el principio de libertad de formas, en el supuesto de existir bienes inmuebles en la masa partible la escritura pública es título suficiente y con su inscripción en el registro de la propiedad respectivo será oponible a terceros.

Si los copartícipes optan por el instrumento privado para documentar el acuerdo partitivo necesitarán de su presentación en el expediente sucesorio para obtener su aprobación, orden de inscripción y expedición del testimonio judicial pertinente como documento auténtico expedido por el secretario del juzgado, para su inscripción en el registro de la propiedad respectivo. Dicha

forma de instrumentación también es factible para el supuesto de partición por desmembración del dominio.

9.- Bibliografía

- ARIANNA, Carlos A., “Las reformas en materia de partición de herencia”, en La Ley, Buenos Aires, Thomson Reuters, 09/11/2016, (t.2016-F, 709, cita online AR/DOC/2928/2016)

-BELATTI, Sylvia V. “Partición de herencia: Implicancias de la Disposición técnico-registral 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal”; p. 115-125. EN: Anuario de la Revista del Notariado. Buenos Aires: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires; 2016; n. 3

-BORDA, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Sucesiones, t. 1, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1980, 5ª ed.

-BRASCHI, Agustín O., “Partición”, en Revista del Notariado, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 842, 1995, pp. 447-459.

-CAPPARELLI, Julio C , “Partición de herencia y de comunidad de bienes. ¿Coexistencia o divorcio?”, en La Ley, Buenos Aires, Thomson Reuters, 5/12/2022, (t . 2022, 4 Cita online AR/DOC/3497/2022)

-CAPPARELLI, Julio C., “Partición privada de herencia”, en La Ley, Buenos Aires, Thomson Reuters, (t. 2017 (julio), 167, cita online AR/DOC/1571/2017)

-FERRER, Francisco A.M, “Partición hereditaria: noción y alcances de su efecto declarativo”, en La Ley, Buenos Aires, Thomson Reuters, (t. 2017 (febrero), 181, cita online AR/DOC/3988/2016)

-FERRER, Francisco A. M., “La partición mixta de herencia”, en La Ley, Buenos Aires, Thomson Reuters, 23/11/2016 (t. 2016-F, 886, cita online AR/DOC/3623/2016)

-GUARDIOLA , Juan. J., “Modos y formas de partición” en La Ley, Buenos Aires, Thomson Reuters,” 08/02/2017, (t. 2017, 51 , cita online AR/DOC/5001/2016) 26

--ZANNONI, Eduardo A. Disolución de la sociedad conyugal por divorcio o por muerte y medidas cautelares que pueden afectar las participaciones en sociedades comerciales Cita: TR LALEY AR/DOC/7241/2012