

Comisión N° 10, Derecho notarial: “Innovaciones del Código respecto de instrumentos públicos y privados”

FORMA DE LA PARTICIÓN PRIVADA DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

Autor: URBANEJA, Marcelo Eduardo*

Resumen:

La inexistencia en el CCyCN de una norma como la del inciso 2 del artículo 1184 del Código Civil, implica que las únicas formas posibles para celebrar la partición son la judicial (ante el secretario en el respectivo expediente, sea por decisión de los comuneros - artículo 2369- o por imposición legal -artículo 2371-) o la extrajudicial. Esta última deberá otorgarse por escritura pública cuando entre los bienes integrantes de la masa partible existe un inmueble, por lo dispuesto en el artículo 1017, inciso a), del CCyCN. No subsiste la posibilidad de otorgar un instrumento privado “presentado al juez de la sucesión”.

A) INTRODUCCIÓN

El principio general de la libertad de formas para la celebración de actos jurídicos (artículos 284, 969 y 1015 del CCyCN) también se aplica a las particiones. Así surge del artículo 2369, al establecer: *“Partición privada. 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 ¡...!”*.

El precepto reconoce absoluta identidad con el artículo 3462 del Código Civil, que expresaba que *“¡s!i todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente”*.

Se procura establecer si la legislación en vigor admite, como lo hacía la imperante hasta el 1 de agosto de 2015, la partición en instrumento privado *“presentado al juez de la sucesión”* (artículo 1184, inciso 2, del Código Civil).

B) LA DESAPARICIÓN DE LA PARTICIÓN EN INSTRUMENTO PRIVADO “PRESENTADO AL JUEZ DE LA SUCESIÓN”

*Profesor Protitular de Derechos Reales, Derecho Societario e Instituciones de Derecho Comercial (Carrera de Abogacía) y de Derecho Privado Notarial y Derecho Registral (Carrera de Notariado) en la Universidad Católica Argentina (UCA).

En la actualidad, al no existir disposición equivalente a la contenida por el inciso 2 del artículo 1184 del Código Civil, ha desaparecido esta variante. En este sentido categórico se pronunciaron Pérez Lasala¹, Medina² y Mariani de Vidal y Abella³, y por él me he inclinado también, con anterioridad⁴.

.....
Tanto la antigua como la vigente legislación señalan en qué supuestos la partición *debe* ser judicial, limitando el principio de libertad formal ya destacado.

Así surge del artículo 2371 del CCyCN, según el cual “*La partición debe ser judicial: a) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes; b) si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente; c) si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente*”.

Nuevamente la reiteración de los conceptos abrogados es categórica: el artículo 3465 del Código Civil señalaba que “*(l)as particiones deben ser judiciales: 1° Cuando haya menores, aunque estén emancipados, o incapaces, interesados, o ausentes cuya existencia sea incierta; 2° Cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se opongan a que se haga partición privada; 3° Cuando los herederos mayores y presentes no se acuerden en hacer la división privadamente*”.

Por lo tanto, y más allá de su dispar utilización, de las normas anteriores surgía que la partición podía realizarse:

a) judicialmente, conforme artículo 3465, cuando se daban los supuestos allí señalados o cuando así lo decidían los comuneros (artículo 3462); en este caso, se estaba en presencia de un instrumento público (artículo 979, inciso 4);

b) por escritura pública, independientemente que existieran o no inmuebles en el acervo hereditario (pues este recaudo para imponer la forma escritura pública como obligatoria fue derogado por el decreto-ley 17.711/1968);

c) por instrumento privado “*presentado al juez de la sucesión*” (artículo 1184, inciso 2, del Código Civil), que naturalmente no era un instrumento público.

En líneas generales, estos últimos recibían la homologación judicial, pese a las vigorosas críticas de Zannoni al instituto, que oportunamente hicimos nuestras⁵. Se conoció

¹ Pérez Lasala, José Luis, *Tratado de sucesiones*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, tomo I, páginas 696 y 697.

² Medina, Graciela, *Proceso sucesorio*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, cuarta edición ampliada y actualizada, 2017, tomo II, páginas 230 y 231.

³ Mariani de Vidal, Marina, y Abella, Adriana, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Zavalía, 2016, tomo I, páginas 223 y 224.

⁴ Urbaneja, Marcelo Eduardo, *Propiedad horizontal*, Buenos Aires, El Derecho, 2016, páginas 59 y 60; ídem, *Práctica notarial de contratos usuales. I*, Buenos Aires, Astrea, segunda edición, 2017, página 200

⁵ Urbaneja, Marcelo Eduardo, “Metodologías subsanatorias de inexactitudes registrales”, LIX Seminario “Laureano Arturo Moreira”, de la Academia Nacional del Notariado, de junio de 2010, pp. 53 a 75, publicación de la misma Institución, y *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en número 908, abril-mayo-junio de 2012, pp. 141 a 173.

esta modalidad de partición como “mixta”, así llamada por confluir un instrumento privado otorgado por los herederos con el instrumento público constituido por la homologación⁶.

Ese inciso 2 del artículo 1184 del Código Civil fue motivado por el plenario de las Cámaras Civiles de Capital Federal de 1924, cuyos pormenores abordamos⁷, y que implicó avanzar sobre la letra del inciso 1 del mismo artículo, que exigía la forma de escritura pública, entre otros supuestos, cuando existiera un inmueble en el acervo.

Cuando el artículo 2369 establece la posibilidad de hacer la partición “*en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente*” los copartícipes, está queriendo significar que no resulta forzoso recurrir a la partición judicial sino en los casos precisamente contemplados en el artículo 2371. Es que precisamente ésta era la interpretación que siempre se hizo de la armonización de los artículos 3462 y 3465 del régimen precedente.

Pero como la partición implica la adquisición de derechos reales sobre los bienes integrantes de la masa partible, si existiera un inmueble, el artículo 1017, inciso “a”, es terminante en imponer la escritura pública. Si no se recurre a ella, puede realizarse en sede judicial, pues basta el desacuerdo de uno para recurrir a esa forma (artículo 2371 del CCyCN), pero en instrumento público de esa especie y no con la mera “presentación”, como permitía el antiguo artículo 1184, inciso 2.

Precisamente fue el inciso 2 del artículo 1184 del Código Civil el que justificó que, en su tiempo, se prescindiera de la escritura pública cuando se daban los supuestos del inciso 1 del mismo artículo, es decir, la adquisición de un derecho real sobre un inmueble. Su supresión del texto en vigor no brinda más alternativas que las señaladas en el párrafo anterior.

No debe dudarse que la partición es un título adquisitivo del derecho real (en la mayor parte de estos casos, del dominio o de la propiedad horizontal), pues la naturaleza “*declarativa y no traslativa*” (artículo 2403 del CCyCN) sólo tiene impacto en el efecto retroactivo, pero no en la titularidad, que ahora es fundada en una nueva causa-fuente.

Nótese que el ordenamiento imperante no significa que la partición deba hacerse por escritura pública en todos los casos en que no sea judicial, sino solamente cuando exista un inmueble en la masa partible. De lo contrario, podrá hacerse por instrumento privado, sin necesidad de ser presentado al juez de la sucesión, *pues ninguna norma nacional lo impone*,

⁶ La alusión de “mixta” también se utilizó para señalar los supuestos en los cuales uno de los herederos era menor y, por lo tanto, intervenía su representante, con la consiguiente intervención judicial. El nombre, tanto en este supuesto como en el señalado en el texto, es exclusivamente doctrinario.

⁷ URBANEJA, Marcelo Eduardo, “Metodologías subsanatorias de inexactitudes registrales”, LIX Seminario “Laureano Arturo Moreira”, de la Academia Nacional del Notariado, de junio de 2010, pp. 53 a 75, publicación de la misma Institución, y *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en número 908, abril-mayo-junio de 2012, pp. 141 a 173.

en consonancia con la tesis de Zannoni ya aludida. Claro está que sobre esta lectura avanzan las normas procesales locales, que suelen exigir la “homologación”.=



CONCLUSIONES

1. Cuando el artículo 2369 del CCyCN establece la posibilidad de hacer la partición *“en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente”* los copartícipes, está queriendo significar que no resulta forzoso recurrir a la partición judicial sino en los casos precisamente contemplados en el artículo 2371. Es que precisamente ésta era la interpretación que siempre se hizo de la armonización de los artículos 3462 y 3465 del Código Civil.

2. Como la partición implica la adquisición de derechos reales sobre los bienes integrantes de la masa partible, si existiera un inmueble, el artículo 1017, inciso “a”, es terminante en imponer la escritura pública. Si no se recurre a ella, puede realizarse en sede judicial, pues basta el desacuerdo de uno para recurrir a esa forma (artículo 2371 del CCyCN), pero en instrumento público de esa especie y no con la mera “presentación”, como permitía el antiguo artículo 1184, inciso 2, del Código Civil, que ya no subsiste.

3. Precisamente fue el inciso 2 del artículo 1184 del Código Civil el que justificó que, en su tiempo, se prescindiera de la escritura pública cuando se daban los supuestos del inciso 1 del mismo artículo, es decir, la adquisición de un derecho real sobre un inmueble. Su supresión del texto en vigor no brinda más alternativas que las señaladas en el punto anterior.-

.....