

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL COMISION 9

PARTICION: LA MODALIDAD MIXTA.

JUAN JOSE GUARDIOLA

*La partición puede ser *privada (también llamada extrajudicial o amigable) o judicial.*

Estas categorías corresponden a **quién la decide y cómo se practica**¹, aunque a veces se la superpone con las **formas por las cuales puede ser instrumentada**²

La primera es la que es llevada a cabo por el solo acuerdo de los copartícipes; la segunda es la que debe cumplir determinados procedimientos que encuentran su justificación en la necesidad de rodear de garantías los intereses de determinados sujetos (del que carece o está restringido en su capacidad, del ausente, del disconforme o de los terceros) y la seguridad de su resultado, estando sujeta al control y aprobación judicial³; o como decía De Gásperi⁴ “la que en un interés público instituye la ley y tiene lugar con intervención del juez, sujeta a las formas procesales de rigor”

1) **PARTICIÓN PRIVADA.** I.- El art. 2369 CCCN reproduce con ligeras variantes (sustituye herederos por copartícipes y exige plena capacidad) al art. 3462 del C.Civil reformado por la ley 17.711.

Se requiere: a) presencia de los copartícipes (por sí o por representantes ya que no es un acto personalísimo) lo que excluye a los simples ausentes y en el caso de los presuntamente fallecidos con las limitaciones del art. 91 in fine (es decir sin posibilidad de transformarse en un acto de enajenación); b) capacidad (subsiste en materia sucesoria la discusión que en torno a los arts. CCiv. 3465 inc. 1º y 135 reformado por la ley 17711 generaba la situación de los menores emancipados. El precepto exige que sean plenamente capaces y si bien el art. 27 prescribe que gozan de la misma, lo es con “las limitaciones previstas en este Código” es decir la contemplada en el art. 29 que requiere autorización judicial para “disponer” de los bienes recibidos a título gratuito. Si bien en sí misma la partición no es un acto de disposición, siendo factible que a través de ella el emancipado pudiera recibir menos en su hijuela de la cuota que la ley le asigne o celebre un negocio mixto, debe requerirse autorización judicial previa o

¹GoyenaCopelloHéctor Roberto “Tratado del derecho de sucesión” FedyeTo. III p. 482

² Medina Graciela “Proceso Sucesorio” 3ª ed. To. II RubinzalCulzoni p.271/2

³Rébora Juan Carlos “Derecho de las Sucesiones” 2ª ed. To. I Ed. Bibliográfica Argentina N° 345 p. 547.

⁴De Gásperi Luis “Tratado de derecho hereditario” TEA 1953 To. II N° 238 p. 224.

hacerse judicialmente⁵); c) unanimidad⁶ (tanto para resolverla como para decidir el cómo y la forma de materializarla) y d) que no medie oposición de un tercero con interés legítimo que hayan hecho valer sus derechos en el expediente.

II.- Satisfechos esos recaudos rige la autonomía de la voluntad, es decir la más absoluta libertad de los interesados en cuanto al contenido del acto y a la forma⁷

a) En lo que hace al fondo de lo convenido no aplican los principios de partición en especie ni de igualdad proporcional. Todo es admitido: en la conformación de los lotes, en hacer o no licitación, ventas, sorteos, formar condominios, adjudicaciones sin acatar las atribuciones preferentes de los arts. 499, 2380 y 2381 CCCN, o desiguales sin compensación o con compensaciones dinerarias o con bienes propios, sin las limitaciones que establece el art. 2377 en la formación de lotes para la partición judicial, haciendo desmembraciones del dominio (de prohibida imposición judicial art. 2311 CCCN⁸), por afectación al régimen de propiedad horizontal o renunciando al derecho real legal de habitación del cónyuge supérstite (arts. 1894 y 2383)⁹. Sin embargo algunas cláusulas serán inviables: las que mantienen la indivisión indefinidamente (arts. 3452 CCiv. y 496, 2365 CCCN) o por cualquier plazo contrario a los fijados para indivisión forzosa (Capítulo 2 del Título VI Libro V CCN) o cuando se renuncia totalmente a la garantía de evicción (arts. 3511 CCivil y 2406 CCCN)¹⁰. Obviamente que como todo acto jurídico¹¹ la partición puede verse afectada por los vicios de la voluntad y los propios de aquellos¹². Esto lo dice ahora expresamente el art. 2408 CCCN¹³,

⁵ Con consideraciones similares Costanzo Mariano- Posterano Sanchez Leandro en "Código Civil y Comercial Comentado, anotado y concordado" To. 8 Astrea-Fen p.117.

⁶ CNCiv. Sala C 21/3/1995 "Rapuano Genaro, María P. yot. Suc." La Ley 1995-E, 73/4.

"La falta de consentimiento expreso por parte de la totalidad de las coherederas a la propuesta particionaria, a lo que se aduna la existencia de una incapaz interesada, conduce a reputar inviable la partición privada pretendida, debiendo realizársela en forma judicial", sea a través de la designación de un perito partidador o en forma indirecta mediante la venta de los bienes en pública subasta" (CC0201 LP 110545 RSD-202-9 S 17/09/2009; "Llamazares, Rodolfo Hugo s/Sucesión testamentaria" JUBAB257368

⁷ Pérez Lasala José Luis "Tratado de Sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994" To. I RubinzalCulzoni p. 697 y 730/1; Fornieles Salvador "Tratado de las sucesiones" TEA To. I N° 261 p. 331/3.

⁸ El C.Civ. Paraguay (art. 2536) también dispone que "En las particiones judiciales, no será permitido adjudicar la nuda propiedad a unos herederos, y el usufructo, o el uso o habitación a otros..."

⁹ Ver mi trabajo "La protección de la vivienda familiar ante el fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes" en "Temas de Derecho Civil Persona y Patrimonio" ERREJUS Junio 2016 p. 29/45.

¹⁰ Rébora ob. cit. N° 344 p. 545/6; Córdoba-Levy-Solari-Wagmaister "Derecho sucesorio" Ed. Universidad To. II p. 169.

¹¹ SCBA 17/4/1956 La Ley 84-341 "La partición amigable, al decir de Laurent (t.10 num 301 p. 333) se hace por vía de consentimiento, es decir requiere una convención formal, de aquí que revista el carácter de acuerdo obligatorio y se la considere "un contrato sometido a las reglas generales concernientes a los contratos" (Huc t. 5 núm 295 p. 353, sentencia der esta Corte junio 1 de 1943 en JA 1943-II p. 945"

¹² Rolando Carlos H. en "Código Civil Anotado" de Llambías-Méndez Costa To. V-B p. 83.

contemplando además una partición complementaria o rectificativa. Si bien como surge de ese artículo y el siguiente es aplicable tanto a la partición privada como a la judicial (donde además se acumularán las causales de nulidad procesal que pudieren existir)¹⁴, los supuestos concretos de nulidad indudablemente variarán de acuerdo a la clase de partición ya que no se encuentran regidas por los mismos principios.

Lo mismo acontece en materia de liquidación de la indivisión postcomunitaria del matrimonio¹⁵. El art. 498 CCCN al ocuparse de la división en su parte final establece “Si todos los interesados (ex cónyuges o herederos) son plenamente capaces, se aplica el convenio libremente acordado” Explica sobre su alcance Graciela Medina¹⁶: “Nada dice respecto a la validez de las convenciones que pudieran efectuar los cónyuges en las que no se respete la división por mitades. Al respecto, cabe reiterar nuestra opinión ya esgrimida en un trabajo anterior, en el que sosteníamos que si bien la directiva básica sobre el modo de realizar la partición se encontraba en el artículo 1315 del Código Civil derogado...este principio de igualdad no obstaba a que los esposos resolvieran liquidar sus bienes conforme otras pautas, ya que no regía más entre ellos la prohibición contenida en los artículos 1218 y 1219 del Código Civil derogado que impedían todo acuerdo sobre los gananciales. Tampoco rigen entre ellos las prohibiciones de comprar, vender o hacerse mutuamente cesiones y/o permutas, ya que tienen la plena capacidad de formar lotes iguales o desiguales en valor y composición. En conclusión, tienen plena validez estos acuerdos pues no existiendo ya la sociedad conyugal no hay un interés superior que tutelar expresado en normas de orden público”

b) En lo que hace a la libertad de formas en el código derogado (al igual que en el actual) ello tenía implicancias en cuanto a si era parcial o total, la designación o no de partidor privado o árbitro, en hacer en forma explícita o implícita el inventario y el

¹³ El Código de Vélez solo se refería tangencialmente a la nulidad de la partición en el art. 3284 inc. 2° y en la nota al art. 3514.

¹⁴ Kitainik Nicolás en “Código Civil y Comercial de la Nación. Concordado, comentado y comparado con los Código Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio” Dir. Carlos A. Calvo Costa La Ley To. III p. 652. Mientras normalmente en la partición privada son los copartícipes los que incurren en alguna de las causales de nulidad, en la judicial normalmente es el partidor el que las comete (Piazza Marta Rosa “Partición de herencia por escritura pública” en Revista Notarial N° 967 p. 193).

¹⁵ Una vez producida la disolución de la sociedad conyugal y debiendo ser liquidada entre cónyuges, rige el principio del art. 3462 del Código Civil, en virtud de la remisión genérica que efectúa el art. 1313 del mismo cuerpo. Así, los cónyuges podrán hacer la partición en la forma y por el acto que de común acuerdo juzguen más conveniente, pues rige el principio de autonomía de la voluntad en la medida en que ya no están impedidos de formular acuerdos sobre los gananciales. VerCNCiv., Sala M “E., J. H. c. G., N. E.” 16/06/2007 con nota de Solari, Néstor E. “Liquidación del régimen de bienes y allanamiento del demandado” La Ley 2008-E, 235.

¹⁶ “Tratado de derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014” Kemelmajer de Carlucci-Herrera-LloverasRubinzalCulzoniTo. I p. 862/3.

avalúo (más allá de que sean operaciones necesarias ya que al dividirlos se individualizan los bienes y el valor que les ha querido atribuir)¹⁷.

La posibilidad de prescindir del inventario y avalúo realizado por peritos judiciales en el proceso sucesorio cuando se trata de partición privada sigue vigente. En primer lugar que el art. 2365 CCCN señale como oportunidad de la partición la aprobación de esas diligencias, lo es para ser pedida (sic reclamada) no para ser convenida, sin oposición de terceros. En segundo lugar en el Capítulo 3 del Título VII Proceso sucesorio, el art. 2342 admite la simple denuncia de bienes por unanimidad para sustituir el inventario y por el art. 2343¹⁸ la valuación que suministran quienes pueden llevar a cabo una partición privada cumple la finalidad del avalúo¹⁹.

Sin embargo, antes de la ley 17711 no existía libertad en cómo instrumentarla. El art. 1184 inc. 2º preceptuaba que debían ser hechas en escritura pública cuando hubiere inmuebles o superara los mil pesos.

En base a ello una acordada de las Cámaras Civiles de la Capital del 21/3/1921 declaró que carecían de validez las particiones hechas en escrito presentado por las partes, aunque fueren aprobadas por el juez. Sin embargo al poco tiempo, el 17/10/1924 el fallo plenario en autos “Bollini de Batilana M. c/ Schoo Lastra Oscar y Bonneu Enrique J”²⁰ concluyó que “la partición efectuada por herederos mayores de edad (art. 3462 Código Civil) aprobada judicialmente y debidamente inscripta en el Registro de la Propiedad, tiene el sello auténtico de los instrumentos públicos y constituye un título perfecto inatacable que hace innecesaria la escritura pública, por lo que no puede prosperar la observación hecha al título por el comprador fundado en que emana de una partición hecha privadamente y sin el requisito de la escritura pública” El Dr. Casabal en su voto señaló que “la común convención, unida a la aprobación judicial (es) un acto definitivo que lleva en su seno los caracteres de una autenticidad tan grande como las de las escrituras públicas. Por lo demás, el artículo 979 del Código Civil declara instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos, las actas judiciales hechas en los expedientes...” Y el Dr. Colmo las asimiló a las “legales particiones judiciales. Una cosa es judicial cuando se hace en juicio y con intervención del respectivo Juez. Pues

¹⁷ Pérez Lasala N° 504.A p. 697; Fornieles N° 264 p. 333; Medina N° 42 p. 273.

¹⁸ El art. 3466 CCiv. era más claro en cuanto hablaba de la tasación en las particiones judiciales.

¹⁹ Córdoba Marcos en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” Dir. LorenzettiRubinzal-CulzoniTo. X p. 629 III.3.

Pérez Lasala p. 697: “En la partición extrajudicial...el avalúo pierde su trascendencia: su falta por sí sola no provoca la nulidad de la partición”

²⁰ La Ley Online AR/JUR/4/1924.

bien, las referidas particiones han sido practicadas en juicio, sometidas a la aprobación judicial, cumplidamente aprobadas por el juez y luego inscriptas en el correspondiente Registro. Creo que no hay derecho para pedir más...”

La SCBA el 17/4/1956 en autos “Allan Normando D (suc)”²¹ dijo “El acuerdo entre herederos, presentado en juicio y destinado a precisar la forma de adjudicarse los bienes inmuebles, no comporta una partición extrajudicial pura por ausencia de escritura pública, sino de partición mixta. La partición mixta para que sea eficaz y surta plenos efectos, requiere su aprobación por el juez, pero ello no significa que el convenio que la presupone carezca de fuerza obligatoria y sea susceptible de dejarse sin efecto unilateralmente por sus firmantes”

La ley 17.711 reformó el inciso²² previendo expresamente como excepción a la escritura pública el convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión²³²⁴. Con la profundidad y claridad que caracterizan sus comentarios Zannoni decía en párrafos²⁵, que me resulta imposible resistir a transcribir: “la presentación al juez de la sucesión que exige el art. 1184 inc. 2º es una condición extrínseca a la partición que atañe a la perfección del acto y a la constitución del título (en sentido formal) pero no a la validez del negocio partitivo (...) ¿Cuál es la función que cumple la presentación del convenio partitivo al juez de la sucesión? La respuesta proviene del ámbito procesal y se vincula con la función judicial en el proceso sucesorio mismo. Trátase, en efecto, del ejercicio de la jurisdicción en punto al control de legitimidad de las relaciones jurídicas que integran el poder dispositivo de los herederos, los que según

²¹ La Ley 84-341.

²² CCiv.yCom. Corrientes Sala IV 19/8/2009 “Ramirez de Macedra Ángela María” La Ley Online AR/JUR/44371/2009 “La partición o división de bienes de una herencia hecha por los herederos bajo un instrumento privado y homologado por el juez de la sucesión, es la excepción al requisito de escritura pública, establecido en el art. 1184 inc. 2 del Código Civil”

²³ Siempre “Se trata de un acto formal no solemne en tanto la omisión de cumplir las exigencias del art. 1184 permite su conversión a tenor de lo establecido por el art. 1185 del Código Civil -o según otra clasificación: un negocio formal de solemnidad relativa- (v. Rivera, Julio César, ob. cit., p. 606/608). Ahora bien, el art. 1044 del Código Civil establece que son nulos los actos jurídicos cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley. Sobre el particular, la doctrina prevaleciente interpreta que tal sanción se aplica a los actos formales solemnes o de solemnidad absoluta -esto es, aquéllos en los que la observancia de la forma hace a su validez- y no respecto de los formales no solemnes o de solemnidad relativa -supuesto de autos- en los que la omisión de la forma no torna absolutamente ineficaz el acto, pues para el cumplimiento de sus efectos propios y frente a terceros vale como acto en que las partes se obligaron a cumplir con la formalidad estatuida (Rivera, Julio César, ob. cit., p. 924/925; Lavallo Cobos, Jorge E., en Belluscio [dir.]-Zannoni [coord.], Código Civil y leyes complementarias, Edit. Astrea, Bs. As., 1982, t. 4, p. 706).” SCBA C 101349 S 13/07/2011.

²⁴ El Cód. Civil de Paraguay también dispone” Art.700.- Deberán ser hechos en escritura pública:... b) las particiones extrajudiciales de bienes, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez...”

²⁵ Zannoni Eduardo A. “Derecho de las Sucesiones” AstreaTo. 1 N° 670 y 671 p. 683.

el art. 3462, pueden partir del modo que por unanimidad juzguen conveniente. Lo que hace exigible que el convenio de partición se presente al juez, es la necesidad de prever un medio eficaz para que el magistrado controle que se dan los presupuestos que hacen procedente la partición privada...”²⁶, agregando que la aprobación que es un presupuesto de la homologación en el sentido procesal que muchos códigos procesales locales disponen “no constituye un recaudo exigible en el derecho sustancial. En realidad su incorporación a los códigos procesales excede la materia propia de la reglamentación del proceso sucesorio” Así también explica Rolleri²⁷ que el único objetivo de la presentación del convenio particional es el control de legitimidad por parte de los jueces en función de los requerimientos previstos en el art. 3462 del CCivil para darle eficacia.

No obstante registralmente se exigió la homologación. Así el art. 4 de la DTR 3/80 en la Pcia. de Bs. As. prescribe para el tracto abreviado “*En el supuesto del inciso c) del artículo 16 (de la ley 17.801) la referencia (documental) se hará extensiva (además de la declaratoria de herederos o aprobación del testamento y la orden de la inscripción con respecto al o a los inmuebles por los que se peticiona) a la resolución que aprueba la partición o la homologa (el supuesto que analizamos), sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 733 del Código Procesal Civil y Comercial*” Vale señalar que la DTR 15/83 vino correctamente a aclarar (lo que no sucede con el art. 35 del decreto 2080/80 de la Capital Federal aunque en la práctica se procede de igual forma que en el la jurisdicción provincial) que tal recaudo no rige “en los casos de particiones otorgadas en escritura pública en los supuestos regulados por el artículo 3462 y concordantes del Código Civil”²⁸²⁹

²⁶ Entre los que se incluye obviamente el cumplimiento de las cargas respectivas: “Siendo que los emolumentos profesionales constituyen una “carga de la sucesión” (art. 3474 y 3475, Cód. Civil), la aprobación de la partición se encuentra condicionada a la separación de bienes suficientes para su cancelación.” SCBA C 92029 S 21/12/2011.

²⁷ Rolleri Gabriel G “Validez de los acuerdos particionales privados y el negocio mixto” La Ley 2014-C,115

²⁸ Coinciden en que efectuándose la partición en sede notarial es el notario autorizando quien debe asegurarse del correcto cumplimiento de los requisitos que le son propios, no teniendo porque presentarse en el proceso sucesorio Fazio de Bello Marta E.-Sabene Sebastián E. (“El condominio y su dinámica” Ed. Cathedra p. 495). Sin embargo bajo ningún punto de vista comparto la opinión que expresan que el notario debe velar por el recaudo de la exigida igualdad entre los coherederos o condóminos. Siendo capaces y existiendo unanimidad sin que medie perjuicio a terceros, mal puede imponérseles que no hagan concesiones en la división y adjudicación cuando pueden incluso renunciar a los derechos adquiridos por la aceptación de la herencia (arts. 3345 a 3347 Cód. de Vélez) y como bien dice Zannoni (“De las sucesiones” Revista del Notariado N° 807 p. 2319 y ss) “Esta renuncia puede ser hecha por instrumento privado, pero no es renuncia a la herencia, sigue siendo heredero el que renuncia; es un convenio sobre partición, es un modo de partir.”

En materia de convenios de liquidación de sociedad conyugal también se presentó el dilema respecto al carácter de la intervención judicial. Así la CNCiv. Sala F dijo respecto al hecho en forma privada y presentado para su homologación, que aquella “tiene un alcance de autenticación o legalización, ya que el acuerdo por sí mismo obliga a las partes a su cumplimiento, validez que reviste desde que es suscripto, aun antes de su presentación a autos para la homologación (conf. Bossert y Fassi “Sociedad conyugal” t. II p. 325, nums 207 y 208 y sus citas)”. Comentando el fallo Gowland³⁰ dice que “para otros (Carlos Escribano) ‘ese examen – si es que hade tener algún sentido- puede conducir eventualmente al rechazo de la cuenta particionaria en casos excepcionales como los de su nulidad manifiesta’. Para Mazzinghi ‘el juez no tiene por qué pronunciarse sobre el fondo de la partición acordada’. ‘No obstante –señala Mazzinghi- el Código Procesal menciona la presentación al juez para su aprobación (art. 753 Cod. Citado)’, norma que interpreta restringida exclusivamente al control formal” En sentido similar disponen los arts. 678 CPCCN y 675 CPCCBA respecto a la división extrajudicial de cosas comunes que presentado el instrumento privado, el juez previa ratificación y citaciones que correspondieren, la aprobará o rechazará sin recurso alguno. Concuero con Areán que en tal caso el juez ordena directamente la inscripción, siendo absolutamente innecesaria la escritura pública³¹.

²⁹ En relación a los requisitos para el otorgamiento de la partición privada por escritura pública, la XXXIV Jornada Notarial Bonaerense, concluyó: “... 14) La declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento habilita el otorgamiento de la escritura de adjudicación por partición de herencia, en los términos del artículo 3.462 C.C. Para una postura no es necesario solicitar orden de inscripción de la declaratoria de herederos respecto de los inmuebles cuando la partición se otorga en escritura pública (D.T.R. 15 / 1983). Corresponde tributar tasa de justicia, pago de honorarios y aportes regulados exclusivamente hasta la etapa procesal del dictado de la declaratoria de herederos. Para otra postura se requiere cumplimentar con la denuncia de bienes, las normas procesales y fiscales hasta el dictado de la orden de inscripción de la declaratoria de herederos por el juez en el proceso sucesorio. La primer postura fue apoyada por las delegaciones Mercedes, Dolores, La Plata, Pergamino, Tandil, Junín y Morón. La segunda postura fue avalada por las delegaciones San Isidro, Necochea, Lomas de Zamora, Bahía Blanca, San Martín, Azul y San Nicolás. La delegada por Mar del Plata, se abstuvo en la votación.

³⁰Gowland Alberto Jorge “La pretendida invalidez de un convenio de liquidación de sociedad conyugal por causa de inequidad” La Ley 1989-B-61 y ss.

³¹ “Código procesal...”del que es codirectora To. 13 p. 823. En contra Rojas Jorge A. “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires Anotado y Comentado” RubinzalCulzoniTo. II p. 524. Pareciera exigirla Gozaini Osvaldo Alfredo “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado” 2ª ed. La Ley To. III p. 435.

Claro está que si por la partición – en cualquier supuesto- se resuelve la afectación de un inmueble al régimen de propiedad horizontal será necesario formalizar por escritura pública el reglamento de afectación para poder partir y adjudicar las unidades funcionales (art. 2038 CCCN; Abella Adriana “Derecho inmobiliario registral” Zavalía p. 406).

Nada impide, como bien sentó la CNCiv. Sala E³², que se haga una partición bajo la forma del art. 1184 inc. 2 CCiv. de Vélez en el proceso sucesorio coexistiendo la indivisión postcomunitaria con el cónyuge supérstite y la comunidad respecto de los herederos del premuerto, ya que el concepto de “masa” incluye también los bienes gananciales. En el mismo sentido se expide Rolleri³³.

Algunos autores (vgr. Areán³⁴, Medina³⁵, Pérez Lasala³⁶, Abella³⁷) llaman a esto **PARTICIÓN MIXTA**³⁸, asimilándola a los casos la partición por tutor testamentario (art. 3515 del Cód. Civil, supuesto no mantenido por el CCCN), de partición por testamento (art. 3514 C.Civ. 2421 a 2423 CCCN) o de bienes que los descendientes menores obtuviesen de otras sucesiones (art. 3514 in fine C.Civil profundamente modificado por la ley 23.264 arts. 264 quater inc. 6 y 297 con criterio que se mantiene en los arts. 689 y 692 CCCN), en los que es necesaria la aprobación judicial. Otros³⁹ simplemente dicen que esa presentación la transforma en judicial. Todo ello pese a que el art. 1184 inc. 2 incluía el supuesto expresamente en las particiones extrajudiciales, con las implicancias que ello tiene en cuanto a la libertad de su contenido. En todo caso aceptarla como una variante instrumental no tiene porqué tener proyección en cuanto al contenido. Bien decía en este sentido Ferrer⁴⁰ “en cualquiera de estas dos formas previstas por la ley, los herederos pueden partir los bienes hereditarios en la forma ‘que juzguen conveniente’ según dispone el citado art. 3462”. En otras palabras, no dándose los supuestos del art. 2371 CCCN, los interesados pueden partir como les guste aunque se haya recurrido a la vía judicial.

³² “C,E s/ sucesión ab-intestato” 7/4/2014 La Ley AR/JUR/11235/2014.

³³ En el trabajo citado: “aun cuando el acuerdo particional por convenio privado comprendiera la donación, usufructo o cesión de derechos hereditarios de la porción ganancial del cónyuge supérstite (negocios jurídicos cuya realización requiere de escritura pública según lo dispuesto por el art. 1184 del Código Civil), el hecho de incorporarlo en el expediente judicial de la sucesión, tiene como efecto otorgarle el carácter de instrumento público, configurándose la excepción prevista en el inciso 2° de dicha norma”.

³⁴ Código Procesal To. 13 p. 822 y Código Civil 6ª p. 465.

³⁵ Ob. cit. p. 317.

³⁶ N° 503.

³⁷ Abella Adriana “Derecho inmobiliario registral” Zavalía p. 405.

³⁸ No crean por esta instrumentación un tercer género entre las privadas y las judiciales, entre otros, Maffía N° 574; Perrino Jorge O. aunque considere que la aprobación y homologación de la hecha en instrumento privado sean de fundamental importancia al otorgarle la jerarquía de título suficiente para la atribución de los bienes adjudicados (“Derecho de las sucesiones” AbeledoPerrotTo. II p. 1074/5); Borda Nros 586 y 618; Zannoni N° 670.

³⁹ Córdoba-Levy-Solari –Wagmaister ob. cit. p. 168.

⁴⁰ Ferrer Francisco A. M. “La partición desvirtuada” DJ 14/05/2014, 18.

El nuevo Código ninguna forma legal impone a las particiones. Prestigiosa doctrina entiende que a partir de la omisión del supuesto contemplado en el párrafo agregado al inc. 2 del art. 1184 por la ley 17.711, abarcando su objeto algún inmueble, no sería admisible hacerla por instrumento privado presentado al juez del proceso sucesorio o liquidatorio por aplicación del art. 1017 inc. a que exige escritura pública para los contratos que se vinculan con derechos reales sobre aquellos, con la única excepción de las subastas provenientes de ejecución judicial o administrativa. Me permito disentir, si no tienen una forma determinada (art 1015 CCCN) nada impide que formalizada en instrumento privado obtengan la legalidad y autenticidad por medio de la presentación en el procesos respectivo, siendo el título inscribible el instrumento público judicial que en su consecuencia se expida (art. 289 CCCN y 3 inc. a de la ley 17801). Si a esa solución se arribó existiendo una forma legal exclusiva en el Código Civil previo a la reforma de la ley 17711, no advierto porqué la conclusión ha 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 códigos procesales locales (art. 2 inc. c ley 17801).

En este sentido se expiden Arianna⁴¹ y Ferrer⁴², poniendo énfasis en el carácter declarativo de la partición.

Como dice Julio C. Capparelli⁴³ el orden público relativo está previsto en interés de las partes, en interés privado. Así, el derecho a heredar no es renunciable pero una vez que se ha actualizado la vocación hereditaria, tiene la opción de renunciar la herencia o de aceptarla, puede ceder sus derechos total o parcialmente o conservarlos etc, lo que en el caso de la partición significa que, salvo los supuestos de indivisión, no pueden oponerse a la partición, pero si deciden hacerla pueden llevarla a cabo con total libertad en cuanto al fondo y la forma, reunidos los requisitos para que esa autonomía de la voluntad sea respetada.

2) **PARTICIÓN JUDICIAL**. La partición debe hacerse judicialmente en los supuestos contemplados en el art. 2371 CCCN, que sigue la solución del art. 3465 C. de Vélez. En tales casos su obligatoriedad viene impuesta para asegurar los derechos de los copartícipes y de terceros interesados. En sentido concordante se prohíbe a los progenitores hacer con los hijos que están bajo su responsabilidad partición privada de

⁴¹Arianna Carlos A. “Las reformas en materia de partición de herencia” La Ley 2016-F,709.

⁴²Ferrer Francisco A. M. “Partición hereditaria: noción y alcances de su efecto declarativo” RCCyC 2017 (febrero) 181 y “La partición mixta de la herencia” La Ley 2016-F,886.

⁴³“¿Cesión de derechos hereditarios o partición?” La Ley 2014-A,374

la herencia del progenitor fallecido y/o en la que sean coherederos o colegatarios (art. 689 CCCN).

En su marco también se da (en forma muy generalizada al no existir dinero, créditos o cosas de igual valor en el acervo) entre las división en especie y en dinero por enajenación, una variante mixta también llamada con saldo (para diferenciarla de la correspondiente al medio instrumental con que es llevada a cabo) cuando las porciones resultantes de la partición en especie no equivalen exactamente con la alícuota de los condóminos o proporción de los herederos o ex cónyuges en la masa.

El CCCN (art. 2377) 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 a 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 a 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).

Aun cuando pueda interpretarse que el tope de la compensación dineraria (no superar la mitad del valor del lote) que no existe en otras legislaciones pueda obedecer a que las “diferencias” conviertan lo extrapartible en lo más significativo, no se justifica que se haya excluido que sea a través de cosas no dinerarias y que no se haya considerado que ya como negocio único (Méndez Costa⁴⁴; Ferrer) o como negocio mixto (con una adjudicación declarativa y una traslación patrimonial atributiva; Zannoni), siempre el acto particionario es único y totalizador (absorbe los incidentales o auxiliares – compraventa, permuta, etc. acordados o autorizados para facilitarlos, independientemente de su instrumentación separada) porque deriva de una única relación jurídica que por imperio de la ley los unió en comunidad.

⁴⁴ “Partición de gananciales: negocio jurídico único” La Ley 1986-E,155.

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL COMISION 9

PARTICION

JUAN JOSE GUARDIOLA

CONCLUSIONES

1.- No dándose los supuestos contemplados en el art. 2371 CCCN, la partición puede llevarse a cabo en forma convencional (denominada privada en el art. 2369) teniendo plena libertad los copartícipes para hacerla por la forma y con el contenido que por unanimidad juzguen conveniente.

En razón de ello pueden efectuarla notarialmente (según los bienes que conforman el acervo), en el proceso sucesorio (judicialmente) o por la denominada modalidad mixta (omitida en el art. 1017, sin que ello cambie el criterio anterior) presentando el acuerdo para verificar los presupuestos de legitimación y autenticidad, a los fines de que se expida la documentación necesaria para su inscripción registral.

2.- Si por mixta, entendemos la partición con saldo, ninguna restricción o límite existe cuando se trata de una partición convencional (privada)

Debiendo ser resuelta –contralor y aprobación- judicialmente, por los intereses de determinados sujetos, la limitación (tope) para la compensación, aunque puede ser interpretada en el sentido de evitar que las “diferencias” conviertan lo extrapartible en lo más importante, desconoce que –se considere como negocio único o mixto-, siempre el acto particionario es único y totalizador (absorbe los incidentales o auxiliares – compraventa, permuta, etc. acordados o autorizados para facilitarlos, independientemente, en su caso, de la instrumentación separada) porque deriva de una única relación jurídica que por imperio de la ley los unió en comunidad. Menos justificativo tiene que se haya limitado a compensaciones dinerarias, excluyéndose otra clase de bienes.

