34 JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

MAR DEL PLATA

2023

PARTICIÓN MIXTA.

Análisis a la luz de la teoría trialista.

TEMA 3: PARTICIÓN

Coordinadora: Esc. Silvia IMPELLIZZERI

Subcoordinadora: Not. Karen WEISS

AUTORES

Esc. Bruno GIANATTI brunogianatti@hotmail.com

Esc. Jovina RENZI jovina.renzi@hotmail.com

Esc. Esteban Roberto EBRECHT esteban.ebrecht@hotmail.com

SUMARIO

El presente trabajo analiza la problemática de las particiones mixtas y su bondad frente a un estudio de títulos. Nos enrolamos en la postura que entiende que conforme la normativa vigente constituyen títulos observables. Sin perjuicio de ello, analizamos las diferentes posturas existentes a los fines de arribar a dicha conclusión.

Ponencias

De lege lata

- Las llamadas particiones mixtas en materia de inmuebles constituyen títulos observables conforme lo previsto por el artículo 1017 inciso a del Código Civil y Comercial de la Nación.

De lege ferenda

- Es preciso el dictado de una norma saneatoria de las particiones mixtas celebradas luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación atento la discusión doctrinaria existente en cuanto a su validez.

- En caso de inclinarse por la admisibilidad de las particiones mixtas, se vuelve necesario incorporar una excepción al artículo 1017 inciso a) del Código Civil y Comercial de la Nación a los fines de eliminar la exigencia de la forma de escritura pública en los casos de particiones mixtas.

Índice

I- Introducción…… ……5
II- Desarrollo…….....6
1. La partición hereditaria……6
1.1. La partición privada o extrajudicial…...…….7
1.2. La partición judicial……..……..…….....9
2. La partición mixta……..…….....10
III-Análisis de la partición mixta a la luz de la teoría trialista del mundo jurídico.16
IV- Conclusión……..……..21
V- Bibliografía……..……22

I- Introducción

La elección del análisis de la partición mixta como objeto del presente trabajo, a primera vista, no luce como una cuestión innovadora, por cuanto la doctrina ha escrito un sinfín de trabajos dedicados a su estudio. No obstante ello, advertimos que a la fecha no encontramos una postura mayoritaria que siente un criterio uniforme a los fines de juzgar su bondad en un estudio de títulos. En cambio, si advertimos numerosos trabajos y conclusiones de jornadas con posturas contrapuestas, los que, con diferentes argumentos, se inclinan por la validez o no de esta forma de partir, desde hace un tiempo, en crisis.

Las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil que tuvieron lugar en la ciudad de La Plata en el año 2017 son un claro ejemplo de las distintas posturas doctrinarias existentes. Por un lado, la Comisión de Derecho Notarial se inclinó por no admitir la partición mixta, mientras que la Comisión de Derecho Sucesorio optó por su validez.

Algo similar ocurre con las conclusiones de las Jornadas Notariales Bonaerenses. Por un lado, la 39° Jornada Notarial Bonaerense, que se desarrolló en la ciudad de Mar del Plata en el año 2015, concluyó que la forma de la partición, que no es judicial, es la escritura pública. Dos años después, en las 40° Jornada Notarial Bonaerense, que se llevó adelante en la ciudad de Necochea en el año 2017, se optó por la validez de la partición mixta.

Sentadas estas bases, y teniendo en cuenta que diariamente en nuestras notarías nos encontramos frente a particiones mixtas, cuya forma y bondad debemos juzgar, nos preguntamos: ¿La partición mixta es título observable?

II- Desarrollo

1.- La partición hereditaria:

La apertura de una sucesión se produce con el fallecimiento de una persona. Si ante el fallecimiento de una persona hay una pluralidad de personas llamadas a sucederle, se generará un estado de indivisión, el que tendrá el carácter de transitorio, y deberá finalizar con la adjudicación singular de cada uno de los bienes de la herencia. La operación para poner fin a ese estado de indivisión es la partición.

Mariana Iglesias define a la partición como el acto que permite a los herederos convertir la porción ideal que les corresponde en la herencia en bienes determinados.

La partición, por definición, es un acto jurídico formal. En cuanto a los modos previstos para la partición, el Código Civil de Vélez Sarsfield distinguía tres formas: la *partición privada o extrajudicial*, practicada bajo escritura pública como forma especialmente impuesta por los herederos mayores y capaces (artículos 1184 inciso 2° y 3462 del Código Civil), la *partición judicial* dentro de un proceso judicial (artículo 3465 del Código Civil) y, por último, la *partición mixta*, la que contenía elementos tipificantes de las otras dos formas: como excepción a la escritura pública como forma impuesta, podían los herederos celebrar un convenio privado que quedaba supeditado a la aprobación judicial.

El Código Civil y Comercial de la Nación receptó únicamente los dos primeros modos de hacer la partición: la *partición privada o extrajudicial* (artículo 2369 del Código Civil y Comercial de la Nación), y la *partición judicial* (artículo 2371 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Excluimos en este trabajo el abordaje de los modos de partir por actos entre vivos -donación o testamento-, como pactos de herencia futura excepcionalmente permitidos, a los fines de centrarnos en el objeto del trabajo.

En cuanto a la partición mixta no encontramos en el Código Civil y Comercial de la Nación una norma similar a la del artículo 1184 inciso 2° del Código Civil[1]. Esto

[1] Artículo 1184 Código Civil -texto ordenado por la Ley 17.711-: *"Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: (…) 2° Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión…".-*

ha motivado un largo debate en la doctrina sobre su vigencia como un modo de partir. El debate continúa vigente.

1.1.- La partición privada o extrajudicial:

La partición privada o extrajudicial se encuentra regulada en nuestro ordenamiento en el artículo 2369 del Código Civil y Comercial de la Nación. En el mismo se establece 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. Además, la norma establece que la partición puede ser total o parcial.

En cuanto a los requisitos de la partición extrajudicial, el artículo 2369 del Código Civil y Comercial de la Nación recepta lo normado en el régimen anterior en el artículo 3462 del Código Civil de Vélez, con algunas modificaciones terminológicas: reemplaza “herederos” por “copartícipes” y “capaces” por “plenamente capaces”.

El reemplazo de herederos por copartícipes, dejo saldada la antigua discusión respecto a quienes podían participar en la partición y que no revisten la calidad de herederos, como son los cesionarios de acciones y derechos hereditarios, el cónyuge supérstite, los acreedores de los herederos o del causante o de cesionarios de acciones y derechos hereditarios que hayan hecho valer sus derechos por vía de la acción subrogatoria.

La nueva norma agrega que la partición privada podrá ser total o parcial, es decir, podrá abarcar todos los bienes que conforman el acero hereditario o sólo uno o algunos de ellos.

Por el principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 2369 del Código Civil y Comercial de la Nación, por unanimidad los copartícipes podrán poner fin al estado de indivisión otorgando una partición dentro o fuera del expediente sucesorio, a su elección, siempre que cumplan con los requisitos legales. Ante la ausencia de alguno de estos requisitos, necesariamente la partición deberá otorgarse por vía judicial.

Así, en el actual régimen legal, los requisitos para el otorgamiento válido de una partición privada son: a) presencia de todos los copartícipes en la comunidad hereditaria; b) plena capacidad de ellos; c) acuerdo unánime respecto de la

utilización de la forma privada y del contenido o modo de repartirse los bienes, y d) no oposición fundada de terceros interesados (artículo 2371 inciso b del Código Civil y Comercial de la Nación).

El máximo tribunal de la Provincia de Buenos Aires, en autos: “CAPRARI, HÉCTOR HUGO S/ SUCESIÓN AB INTESTATO”, en fecha 22.04.2003, bajo la vigencia del Código Civil de Vélez, falló que para resolver que la partición se realice en forma privada, se exige la presencia y capacidad de todos los herederos -hoy copartícipes bajo el Código Civil y Comercial de la Nación- y que los mismos obren por unanimidad.

Respecto al primer requisito, deberán formar parte de la partición privada todos los copartícipes a quienes se le han reconocido sus derechos en el expediente sucesorio. Nora Lloveras señala que esta presencia no debe ser física, sino que este expresada la conformidad en la partición privada que se lleve a cabo, por lo que admite la actuación de un representante convencional al efecto.

La acreditación en sede notarial de la calidad de copartícipe será mediante la declaratoria de herederos, auto aprobatorio del testamento, cesión de derechos y acciones hereditarios, o cualquier otro que pruebe el derecho de la persona a intervenir en la herencia y conformarán la documentación habilitante del acto. En Santa Fe, por ejemplo, se exigirá la inscripción previa de la declaratoria de herederos, o auto aprobatorio del testamento, en el Registro General como paso previo a la celebración de la partición.

Con relación al segundo requisito, esto es la capacidad de todos los copartícipes, la norma exige capacidad plena. En la partición privada, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, los copartícipes podrán formar lotes no equivalentes entre sí; y así podríamos estar frente a un acto de disposición. En cambio, en la partición judicial, existe la obligación legal para el perito partidor de conformar las distintas hijuelas con valores equivalentes, o de no ser posible, de exigir una justa compensación de valores. Por ello, nuestro ordenamiento jurídico exige que cuando en la herencia tengan un interés los incapaces o personas con capacidad restringida o ausentes, debe obligatoriamente acudir a la vía judicial a los fines de partir el acervo hereditario.

Además, el Código de fondo exige la unanimidad. Esta unanimidad tiene un doble despliegue: unanimidad de decisión de proceder a la partición en forma

privada y unanimidad de acuerdo en el modo de repartirse los bienes. En caso de no ausencia de esta unanimidad, la partición deberá celebrarse en forma judicial.

Con relación a este punto, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en autos: "URRUTIPI, ÁNGELA S/ SUCESIÓN", en fecha 09.12.2003, rechazó una partición privada por carecer del requisito de unanimidad, atento que había sido celebrado únicamente por dos de los herederos declarados.

Por último, el último requisito señalado es la inexistencia de oposición fundada de terceros interesados. Dicha oposición se evidenciará con la presentación de estos terceros en el expediente sucesorio, siendo en última instancia el Juez quien decidirá si el interés del tercero es legítimo para no instrumentar la partición por vía extrajudicial.

1.2.- La partición judicial:

La partición judicial está receptada en el artículo 2371 del Código Civil y Comercial de la Nación. Allí se prevé esta forma de partir en caso de existir: 1) copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes; 2) terceros que, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente; y 3) ausencia de acuerdo en realizar la partición privadamente en caso de copartícipes plenamente capaces.

Este modo de partir, judicial, se realizará en el marco de un juicio sucesorio, siendo competente el Juez del último domicilio del causante.[2]

Asimismo, el Código de fondo prevé la actuación de uno o más peritos partidores que actúen conjuntamente[3]. El perito partidor será el encargado de llevar a cabo la división de la herencia, adjudicando los bienes en propiedad exclusiva a los copartícipes.

El partidor actuará como delegado del Juez, y será quien proponga el contenido de la partición. Deberá oír a los copartícipes, pero no se encuentra obligado a respetar las exigencias de éstos, pudiendo ir avanzar incluso contra la voluntad expresa de alguno de ellos.

[2] Artículo 2336 del Código Civil y Comercial de la Nación.
[3] Artículo 2373 del Código Civil y Comercial de la Nación.

A la hora de proponer la partición deberá respetar las siguientes pautas: a) en lo posible la partición debe ser en especie[4]; b) no resultar la partición antieconómica[5]; c) conformar la masa partible en la forma señalada por la ley[6]; d) tener en cuenta los bienes excluidos de la partición[7]; e) conformar la cuenta particionaria; y f) tener en cuenta la atribución preferencial[8].

Encontramos en este modo de partir la actuación no solo necesaria, sino indispensable, de la figura del perito partidor.

2.- La partición mixta:

Podemos definir a la partición mixta como aquella que se formaliza por instrumento privado y es presentada al Juez de la Sucesión a los fines de su homologación.

Históricamente, con respecto a la forma de la partición, el Código Civil de Vélez disponía la libertad de formas en su artículo 3462 pero establecía una limitación en el inciso 2° del artículo 1184 ya que disponía que debían ser hechas en escritura pública bajo pena de nulidad "*las particiones extrajudiciales de herencias cuyo importe llegue a mil pesos o en las que hay bienes inmuebles aunque su valor sea inferior a dicha cantidad*". Como puede observarse, Vélez Sarsfield previó en el texto originario del Código Civil que todas las particiones privadas debían ser otorgadas por escritura pública.

Paulatinamente, y con el fin de evitar la partición judicial y la escritura pública, fue naciendo una costumbre contra legem la cual consistía en celebrar la partición en instrumento privado y presentarlo al juez de la sucesión para su homologación. Esta solución fue rechazada por el Registro de la Propiedad Inmueble de la ciudad de Buenos Aires y, en ese sentido, se expresó la Cámara Civil, en su competencia recursiva impropia, al establecer que la orden de inscripción impartida por el juez de la sucesión no debía cumplirse[9].

[4] Artículo 2374 del Código Civil y Comercial de la Nación.
[5] Artículo 2375 del Código Civil y Comercial de la Nación
[6] Artículo 2376 del Código Civil y Comercial de la Nación.
[7] Artículo 2330, subsiguientes y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación.
[8] Artículos 2380 y 2381 del Código Civil y Comercial de la Nación.
[9] CAPPARELLI, Julio César. Partición privada de herencia. DFyP Julio 2017, p. 167. TR LALEY AR/DOC/1571/2017.-

La decisión de la Cámara Civil dio lugar a un problema mayor: la observación de un título de propiedad por defecto de forma. Sin embargo, está cuestión fue zanjada en un fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal: autos: "Bollini c. Schoo Lastra y Bonnen" del año 1924 en el cual se resolvió que la partición efectuada por los herederos mayores de edad y aprobada judicialmente, una vez inscripta en el respectivo Registro constituía un título perfecto e inatacable con la autenticidad plena de una escritura pública. Por lo tanto, se consolidó la partición mixta como doctrina *contra legem*.

A raíz del fallo plenario y de la corriente *contra legem* imperante, con la reforma introducida a nuestro Código de Fondo por la Ley 17.711 en el año 1968, se modificó el inciso 2° del artículo 1184 del Código Civil al agregar que debían ser hechas por escritura pública las particiones extrajudiciales de herencia "*salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión*". Esta forma de celebrar la partición que, a partir de allí, fue llamada mixta también fue receptada en el artículo 726 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Es decir, desde el año 1968, se admitía, conforme el artículo 1184 inciso 2° del Código Civil, a la partición mixta como una excepción a los actos que debían ser formalizados en escritura pública.

Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación con la Ley 26.994, este modo de partir entro en crisis, por cuanto no encontramos en el nuevo régimen legal norma similar a la del artículo 1184 inciso 2° del Código Civil.

El nuevo régimen legal estableció el principio de libertad de formas para la partición privada, siempre que se cumplan con los demás requisitos: la capacidad, unanimidad y que no mediare oposición[10]. Pero, al establecer en el artículo 1017 inciso a) los actos que deben ser otorgados en escritura pública, previó que deben ser otorgados bajo esta forma los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles.

Así, la partición mixta entraría en el principio de libertad de formas únicamente para todo aquello que forma parte de la indivisión hereditaria que no sean inmuebles. Conforme el nuevo régimen legal, la partición, en materia de inmuebles, fuera de los casos reservados para la partición judicial, debe ser otorgada necesariamente por escritura pública.

[10] Artículos 2369 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El artículo 1184 del Código Velezano encuentra su correlato en el artículo 1017 del Código Civil y Comercial de la Nación, al establecer ambos artículos los actos que deben ser realizados en escritura pública, pero resulta llamativo que en el nuevo régimen legal se halla omitido norma similar al inciso 2° del artículo 1184. Al respecto, Julio César Capparelli concluyó que deben analizarse dos cuestiones: la conveniencia y la necesidad de someter la partición privada al otorgamiento de una escritura pública.

Respecto de la conveniencia, la explicación es clara: es conveniente debido a la seguridad jurídica que otorga la escritura pública y a la conservación de dicho instrumento por parte del notario[11]. Nos permitimos agregar que es innegable lo que genera la escritura pública en el tráfico jurídico comercial, la actuación del notario y las solemnidades que rodean el acto notarial, sumado a la conservación de las escrituras públicas como ventajas más que evidentes.

En relación con la necesidad, Capparelli entiende que no es necesaria la forma escrituraria, por cuanto surge de la amplitud de la redacción del artículo 2369 del CCCN que existe libertad de formas pero que es requisito esencial la homologación del acuerdo particionario realizado de forma privada. Resalta que dicha homologación otorga al instrumento el rango de instrumento público y permite la inscripción de los bienes registrables "*sostener lo contrario implicaría reeditar la historia de la práctica contra legem que condujo al plenario de 1924 y a la posterior reforma de la ley 17.711*"[12].

Nos permitimos disentir en este punto, por cuanto de ningún modo podemos admitir que la presentación -y posterior homologación judicial-, en un expediente sucesorio, de algún modo subsana el defecto de forma del acto, ni otorga legalidad y autenticidad al instrumento, ni suprime -en materia de inmuebles- la exigencia prevista en el artículo 1017 inciso a del Código Civil y Comercial de la Nación, por lo que conforme la normativa de fondo, incluso homologada judicialmente, la partición mixta constituye título observable.

[11] CAPPARELLI, Julio César. Partición privada de herencia. DFyP Julio 2017, p. 167. TR LALEY AR/DOC/1571/2017.-
[12] CAPPARELLI, Julio César. Partición privada de herencia. DFyP Julio 2017, p. 167. TR LALEY AR/DOC/1571/2017.-

El debate en torno a la validez de la partición mixta como forma de poner fin a la indivisión hereditaria no es una cuestión meramente teórica, sino que tiene gran trascendencia en el tráfico inmobiliario.

Como hemos dejado asentado, no existe un consenso doctrinario sobre las particiones mixtas, siendo posible distinguir dos posturas muy marcadas:

La primera que establece que al no encontrar reflejo del artículo 1184 inciso 2° en el Código Civil y Comercial de la Nación no son válidas las particiones mixtas y, por lo tanto, los títulos son observables. La libertad de formas que surge del artículo 2369 del Código Civil y Comercial de la Nación encuentra una limitación, en materia de inmuebles, en el artículo 1017 inciso a) del mismo Código de fondo. Al no haberse incorporado en el Código Civil y Comercial de la Nación la mención del inciso 2°, no serán válidos los convenios privados entre coparticipes dado que la normativa de fondo (Código Civil y Comercial de la Nación) no admite una posterior homologación judicial de los mismos.

En este sentido se expresa el Doctor Marcelo E. Urbaneja: "*Cuando existe un inmueble entre los bienes partibles,* ***si la partición se realizó mediante el derogado sistema "mixto"****,* ***el instrumento implica para las partes la obligación de otorgarla*** *(argumento de arts. 969 y 1018). Ello naturalmente podría cumplirse concomitantemente con el acto de transmisión o constitución de un derecho real por el pretenso adjudicatario a través de la intervención de todos los otros comuneros. Una manifestación de ellos, por escritura pública, que hiciera referencia a la partición deficientemente otorgada implicaría (más allá de la naturaleza jurídica que se atribuya a este acto "subsanatorio") revestir de validez a la partición."* El resaltado nos pertenece.[13] Dicho de otro modo, debe hacerse la partición de manera formal para poner fin a la comunidad hereditaria.

En la segunda corriente podemos encontrar a aquellos autores que reconocen validez a la partición mixta pero, dentro de la misma, encontramos diferentes variantes.

Por un lado, se encuentran aquellos que siguen estrictamente la letra del artículo 2369 del Código Civil y Comercial de la Nación y, por lo tanto, reconocen

[13] URBANEJA, Marcelo E. "Formas de la partición de las comunidades" EN: Revista del Notariado, nº 934, octubre / noviembre 2018, Buenos Aires.

como únicos requisitos esenciales la capacidad de los copartícipes y la unanimidad tanto para la forma como al contenido del acto particional.

Esta primera variante expresa que el régimen vigente otorga la más absoluta libertad a los copartícipes en cuanto al contenido de la partición. Entienden que existe libertad de formas, por lo que la partición puede hacerse por la vía en la cual los coparticipes crean más conveniente siempre que estén todos de acuerdo. Esta idea encuentra su base en el principio consagrado por el artículo 284 del Código Civil y Comercial de la Nación: *"Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley"*.[14]

Entre quienes admiten a la partición mixta bajo la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, están quienes entienden que, por tratarse de un acto declarativo, no rige el artículo 1017 del Código Civil y Comercial de la Nación, siendo de aplicación el principio de libertad de formas y lo previsto por el artículo 2369 Código Civil y Comercial de la Nación.

En este sentido se ha expresado la Comisión 9 ("Sucesiones") de las Jornadas Nacional de Derecho Civil (La Plata, 2017) al concluir por unanimidad que "el Código Civil y Comercial acepta los convenios particionarios mixtos entendiendo por tales los celebrados en forma privada y presentados para su homologación judicial"[15].

En el mismo sentido, la 42° Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Buenos Aires, 2017), en la Comisión 3, se concluyó que "no serán observables los títulos provenientes de particiones efectuadas por instrumento privado que incluyan inmuebles, y que hayan sido homologadas judicialmente"[16].

En la segunda variante se expresa que, frente a la libertad de formas que surge del texto del artículo 2369 del Código Civil y Comercial de la Nación, existe

[14] PRAT, Hernán V. y DELL' OREFICE, Carolina. La partición privada en la sucesión según el Código Civil y Comercial de la Nación (instrumento público o privado). RCCyC, febrero, 2020 , p. 93. TR LALEY AR/DOC/4063/2019

[15] Conclusiones de las Jornadas de Derecho Civil, Comisión 9: Sucesiones. La Plata, 2017. Fuente: http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-N%C2%B0-9-2.pdf

[16] PRAT, Hernán V. y DELL' OREFICE, Carolina. La partición privada en la sucesión según el Código Civil y Comercial de la Nación (instrumento público o privado). RCCyC, febrero, 2020 , p. 93. TR LALEY AR/DOC/4063/2019

una excepción contenida en el artículo 1017 del Código de fondo, el que, en su inciso a, impone la escritura pública cuando en el acervo hereditario hubiere un inmueble.

En las conclusiones de la 39° Jornada Notarial Bonaerense (Tema 9: "Donación. Partición"), se estableció: *"[…] el principio general de libertad formal admitida por el artículo 2369 del Código Civil y Comercial de la Nación, cede ante normativa específica, como en materia de derechos reales inmobiliarios es el artículo 1017, inciso a, del Código Civil y Comercial de la Nación. Por lo tanto, siempre que de la partición de comunidad hereditaria resulte la adjudicación de derechos reales sobre inmuebles y el acto no se haga en sede judicial, la forma deberá ser la escritura pública"*.

Con igual criterio, en las Conclusiones elaboradas por la Comisión N° 10 – "Derecho Notarial", en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de La Plata en el año 2017, se impuso por 9 votos contra 8 la postura de no admitir a la partición mixta.

La falta de reproducción del artículo 1184 inciso 2° del Código Civil en el Código de fondo actual nos lleva a concluir que el principio consagrado por el artículo 2369 del Código Civil y Comercial de la Nación no puede ser estudiado sin tener en cuenta lo establecido por el inciso a) del artículo 1017 que establece la obligatoriedad de la escritura pública para *"los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. […]"*. Esto llevaría a una primera conclusión que sería coincidente con la segunda postura doctrinaria, es decir, que rige la libertad de formas pero siempre que un inmueble se encuentre involucrado deberá otorgarse escritura pública.

III- Análisis de la partición mixta a la luz de la teoría trialista del mundo jurídico

Ahora bien, no obstante haber adelantado ya nuestra postura adhiriendo a la corriente que entiende que la fuente formal de la norma exige la forma escritura pública para la partición extrajudicial cuando ésta involucra bienes inmuebles; estimamos, sin perjuicio de la concepción del derecho en la que el colega lector pueda enrolarse, oportuno y clarificador realizar un análisis de la problemática desde la óptica de la teoría trialista del mundo jurídico.

Según el trialismo elaborado por Werner Goldschmidt, el fenómeno jurídico es una totalidad compleja a la que denomina “mundo jurídico”, cuyo estudio propone mediante el análisis de los tres grandes elementos que lo integran: conductas, normas y valores. La teoría trialista del mundo jurídico sostiene que el mismo resulta identificable, en definitiva, por las posibilidades de realizar la justicia en la realidad social y en las normas. En consecuencia, el derecho es analizado desde tres dimensiones: sociológica, normológica y axiológica.

Comenzando el análisis de la cuestión en crisis desde la realidad social, advertimos que, en la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, tanto la Oficina de Procesos Sucesorios -que actúa por delegación de los Juzgados-, como los dieciocho Juzgados de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial existentes en la misma, admiten la “partición mixta”. Igual afirmación cabe hacer respecto de la totalidad de los Juzgados del departamento judicial de Junín, provincia de Buenos Aires, competentes en materia sucesoria.

La experiencia en ambas demarcaciones es similiar: los copartícipes –actuando por sí con patrocinio letrado o mediante apoderados con facultades judiciales– presentan un escrito requiriendo al juez de la sucesión la adjudicación de uno o más inmuebles del acervo hereditario. El escrito en cuestión no reviste mayores formalidades que cualquier otro escrito cargo presentado en el sucesorio y su presentación se efectúa a través del sistema informático del respectivo poder judicial. La realidad social nos demuestra que, en Rosario, provincia de Santa Fe, en los supuestos de actuación con patrocinio letrado, el citado escrito es firmado digitalmente por cada uno de los copartícipes junto a su abogado patrocinante, en los casos con que cuenten también aquéllos con firma digital. De lo contrario, son firmados ológrafamente por los mismos y, posteriormente, de manera digital por el

profesional del derecho. En esta última hipótesis, la firma ológrafa no requerirá de certificación judicial -o notarial- previa. Cumplimentados los recaudos procesales pertinentes, se libran las respectivas órdenes de inscripción a los Registros de la Propiedad Inmueble correspondiente a las jurisdicciones antes mencionadas; las que, consecuentemente, otorgan publicidad registral a las particiones y adjudicaciones así efectuadas.

Siguiendo con el análisis desde la perspectiva normológica, podemos señalar que, -sin perjuicio de la normativa de fondo, cuyo tratamiento ya se ha abordado ut supra-, mientras el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (Ley N° 7.425) en su Libro V (Procesos universales) Título II (Proceso sucesorio) alude de manera tangencial a la “partición mixta”, su análogo santafesino omite mención alguna. En efecto, el artículo 733 del código ritual bonaerense dispone: “Sucesión extrajudicial. Aprobado el testamento o dictada la declaratoria de herederos, en su caso, si todos los herederos fueren capaces y hubiere conformidad entre ellos, los ulteriores trámites del proceso sucesorio podrán continuar extrajudicialmente a cargo del o de los profesionales intervinientes. En este supuesto, las operaciones de inventario, avalúo, partición y adjudicación, deberán efectuarse con la intervención y conformidad de los organismos administrativos que correspondan. Cumplidos estos recaudos los letrados podrán solicitar directamente la inscripción de los bienes registrables y entregar las hijuelas a los herederos. Si durante la tramitación extrajudicial se suscitasen desinteligencias entre los herederos, o entre éstos y los organismos administrativos, aquéllas deberán someterse a la decisión del juez del proceso sucesorio. El monto de los honorarios por los trabajos efectuados será el que correspondería si aquellos se hubiesen realizado judicialmente. No se regularán dichos honorarios hasta tanto los profesionales que hubiesen tenido a su cargo el trámite extrajudicial presenten al juzgado copia de las actuaciones cumplidas, para su agregación al expediente. Tampoco podrán inscribirse los bienes registrables sin el certificado expedido por el secretario en el que conste que se han agregado las copias a que se refiere el párrafo anterior”. Concordantemente, el artículo 761 del mismo cuerpo legal reza: “Partición privada. Una vez aprobadas las operaciones de inventario y avalúo, si todos los herederos están presentes y son capaces, podrán convenir la partición en la forma y por el acto que, por unanimidad, juzguen conveniente”. En otro orden, no encontramos en el Libro Tercero (Del proceso en particular), Capitulo IV (Procesos

Universales), Título Primero (Sucesión) del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe (Ley N° 5.531) referencia a esta forma de partir. Finalmente, cabe agregar que, por su parte, en el Libro Quinto, Título Único (Proceso Sucesorio), el artículo 726 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de manera expresa establece: “Partición privada. Una vez aprobadas las operaciones de inventario y avalúo, si todos los herederos capaces estuviesen de acuerdo, podrán formular la partición y presentarla al juez para su aprobación. Podrán igualmente solicitar que se inscriban la declaratoria de herederos o el testamento. En ambos casos, previamente se pagará el impuesto de justicia, gastos causídicos y honorarios, de conformidad con lo establecido en este Código y en las leyes impositivas y de aranceles. No procederá la inscripción si mediare oposición de acreedores o legatarios.”

Son, precisamente, las disposiciones procesales antes transcriptas, las que, conjugadas con las normas de fondo, han dado fundamento a posiciones doctrinarias diversas entre sí, ut supra desarrolladas y a las que remitimos. Ahora bien, sin perjuicio de dicha remisión, cabe remarcar aquí que la mayoría de las teorías que se inclinan por la admisión de la “partición mixta”, entienden a la misma como un tipo especial de partición judicial. En esta línea argumental, advertimos que numerosos autores la asemejan como una especie dentro del género “particiones judiciales”. Incluso, encontramos a quienes la consideran admitida fundándose exclusivamente en los Códigos rituales.

En este estado del análisis, nos permitimos hacer una reflexión, integrando las dimensiones sociológica y normológica hasta aquí abordadas, las que, junto a la axiológica, se nos presentan como inescindibles.

Partiendo de la premisa de que la “partición mixta” se presenta como un procedimiento difundido y admitido en forma unánime por nuestros Tribunales, nos preguntamos: ¿acaso la norma no entra en crisis cuando se la contrapone con la realidad social? Desde la propia dimensión normológica de esta teoría, ¿no podemos sino pensar que estamos ante una fuente material -costumbre contra legem- en conflicto con una fuente formal? Como un deja vu, Bollini de Battilana y la Ley N° 17.711, se nos manifiestan inevitablemente.

Por último, resta finalizar el análisis desde su dimensión axiológica, esto es, valorando las conductas y las normas antes detalladas, preguntándonos: ¿se realiza

en ellas el valor justicia? ¿qué otros valores vemos realizados en los planos sociológico y normológico?

Siguiendo el orden del desarrollo, y aproximándonos en primer lugar a la realidad social, somos interpelados no por uno, sino varios interrogantes: ¿estamos convencidos que la práctica tribunalicia imperante en nuestras provincias – Santa Fe y Buenos Aires – en materia de partición mixta realice el valor justicia? ¿Consideramos que la misma propende a la consecución del valor seguridad jurídica? ¿Cuáles son los valores que la misma despliega? Si bien la respuesta a la primera pregunta, de manera aislada, no se nos presenta como evidente; nos atrevemos a contestar la segunda de ellas, sin hesitación alguna. Y la respuesta es negativa. Estamos convencidos que no hay lugar para el despliegue del valor seguridad jurídica cuando la partición hereditaria que involucra bienes inmuebles se hace a través de la mera presentación de un escrito continente de un pretenso acuerdo particionario privado que posteriormente será homologado por el Juez del Sucesorio sin más; esto es, sin audiencia del mismo con las partes y, consecuentemente, sin previa justificación de identidad ni juicio de habilidad, sin una voluntad deliberada manifestada de manera expresa e inequívoca, en consideración a la trascendencia y alcance del acto a otorgar, en cuanto a su objeto. La respuesta a la tercera pregunta tiende a ser, casi por inercia, la realización del valor economía. Se deberá entonces ponderar qué valor se entiende superior a fines de merituar una toma de posición. Hasta aquí nuestra postura permanece invariable, la seguridad jurídica debe prevalecer. Finalmente, volvemos al primer interrogante: ¿Encontramos la realización del valor justicia frente a una sociedad que confió en un profesional del derecho para llevar adelante un proceso sucesorio, que tramitó ante un Juzgado, a cargo de otro profesional del derecho, que admitió la procedencia de una “partición mixta” y, como consecuencia, ofició al Registro de la Propiedad Inmueble, a cargo de otro profesional del derecho, que otorgó publicidad registral a la misma? ¿Y frente a un notario, que años después y basado en la norma de fondo, observa el título por tener un defecto de forma? La respuesta, que, a priori, pareciera ahora evidenciarse indubitablemente, deja de ser obvia a poco que se recuerda el Norte no debe perderse: la seguridad jurídica.

Centrados ahora en el plano normológico, nos preguntamos: ¿se despliega el valor justicia cuando advertimos que los Códigos de Procedimiento de algunas jurisdicciones o bien receptan de manera expresa o al menos dan lugar a la

admisión de la “partición mixta”, mientras que otros no se expiden en ninguno de esos sentidos? ¿Podemos afirmar que, dado el estado de situación actual, el valor seguridad jurídica pueda verse realizado en nuestro sistema normativo? Nos inclinamos por sostener la respuesta negativa. Mantenemos que, la vigencia de la discusión en torno a la validez de la “partición mixta” en consideración a la normativa de fondo, impide el desarrollo del valor seguridad jurídica. Asimismo, llegamos a la convicción que, mal puede lograrse este valor, y menos aún el valor justicia, si admitimos que, en consideración a las normas rituales de cada jurisdicción, una partición pudiera ser válida, por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires, e inválida en otra. Atentaría contra la realización de los valores señalados la existencia de veinticuatro criterios diferentes a lo largo y ancho del país, coincidentes con las veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por último, siguiendo la misma postura interpretativa aquí adoptada, se ha sostenido que la exigencia del otorgamiento de la partición por escritura pública cuando entre los bienes integrantes de la masa partible exista un inmueble, tiende a realizar los siguientes valores: por un lado, economía procesal, en tanto implicaría alivianar la pesada carga burocrática que ya pesa sobre la Justicia; y por el otro, la consecución de los fines del Estado, por cuanto asegura la recaudación fiscal y administrativa. El despliegue del primero de los valores no ofrece mayor vacilación, sostenemos nuestra adhesión incondicionadamente. Sin embargo, en relación al segundo, si bien somos conscientes del rol que como notarios cumplimos ante la Administración pública en los órdenes nacional, provincial y local, como agentes de información y retención; estamos convencidos que el desarrollo de este valor por sí sólo no puede ser un fundamento válido para procurar su cumplimiento. Igual predicamento sostenemos en cuanto a la cuestión de las incumbencias profesionales y financiamiento de las cajas colegiales.

IV- Conclusión

Consideramos que, a tenor de lo previsto por el artículo 1017 inciso a) del Código Civil y Comercial de la Nación, en materia de inmuebles, nuestra ley de fondo, exige que la partición extrajudicial de herencia sea formalizada por escritura pública. De haber querido los autores de la norma admitir a la partición mixta, deberían haber receptado una disposición como la del artículo 1184 inciso 2° del Código Civil.

En consecuencia, los títulos provenientes de una partición mixta, resultan observables por un defecto de forma.

No obstante lo expuesto, y atento las diferentes posturas existentes en la doctrina, es imperioso el dictado de una norma de fondo que ponga fin a la discusión doctrinaria, sentando una postura determinante en cuanto a la admisibilidad o inadmisibilidad de la partición mixta como modo válido de poner fin a la indivisión hereditaria.

Para el supuesto que nuestros legisladores se inclinen por la admisibilidad de las particiones mixtas, se vuelve necesario incorporar una excepción al artículo 1017 inciso a) del Código Civil y Comercial de la Nación, a los fines de eliminar la exigencia de la forma de escritura pública en los casos de particiones mixtas.

Enrolándonos en la postura que no admite a la partición mixta como modo válido de partir, consideramos que, de prevalecer este criterio, debe dictarse una norma saneatoria de todos aquellos convenios particionarios que fueron celebrados durante la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación en dicha forma, en razón de la discusión doctrinaria existente al momento de su formalización.

V- Bibliografía

Doctrina

- ALTERINI, Jorge H. “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético”. Tomos II y XI. Buenos Aires, La Ley. 2015.

- CAPPARELLI, Julio César. Partición privada de herencia. Publicado en la La Ley en Julio de 2017. Cita online: TR LALEY AR/DOC/1571/2017.

- CLUSELLAS, Eduardo Gabriel. “Código Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado”. Tomo 8. Buenos Aires, Editorial Astrea y Fundación Editora Notarial – Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. 2015.

- FERRER, Francisco A. Partición hereditaria: noción y alcances de su efecto declarativo. Publicado en la La Ley en febrero de 2017. Cita online: TR LALEY AR/DOC/3988/2016.

- FERRER, Francisco A. La partición mixta de la herencia Publicado en la ley el 23/11/2016. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/3623/2016

- GOLDSCHMIDT, Werner, Introducción Filosófica al Derecho: La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus horizontes, Sexta edición, Reimpresión inalterada, Editorial Depalma, 1987.

- GUARDIOLA, Juan José. “Modos y formas de parición”. Publicado en La Ley en fecha 08.02.2017. Cita online TR LA LEY AR/DOC/5001/2016.

- 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, p. 58-84.

- LLOVERAS, Nora. “Práctica y estrategia contractual, familia”. Buenos Aires, La Ley. 2015.

- POSTERARO SÁNCHEZ, Leandro N. “Modalidades de la partición extrajudicial de herencia”. Revista del Notariado N° 937. Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. 2020.

- PRAT, Hernán V. y DELL' OREFICE, Carolina. La partición privada en la sucesión según el Código Civil y Comercial de la Nación (instrumento público o privado).

Publicado en La Ley en febrero de 2020. Cita online: TR LALEY AR/DOC/4063/2019.

-SANCHEZ HERRERO, Andrés. “Tratado de Derecho Civil y Comercial”. Tomo VIII. Buenos Aires, La Ley. 2016.

- SAUCEDO, Ricardo Javier. “El derecho internacional privado notarial en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Revista del Notariado N° 980. Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. 2016.

- SPACCASASSI ORMAECHEA, Franco, “Partición Mixta”, Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Revista 988, 2019, p. 459-470.

- URBANEJA, Marcelo E. “Formas de la partición de las comunidades” EN: Revista del Notariado, nº 934, octubre / noviembre 2018, Buenos Aires.

- Conclusiones elaboradas por la Comisión N° 9 – en las XXVI Jornadas de Derecho Civil. La Plata. 2017.

- Conclusiones elaboradas por la Comisión N° 10 – “Derecho Notarial”, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil. La Plata. 2017.

Jurisprudencia

- Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, (22.04.2003). “CAPRARI, HÉCTOR HUGO S/ SUCESIÓN AB INTESTATO”.

- Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, (09.12.2003). “URRUTIPI, ÁNGELA S/ SUCESIÓN”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil – Sala H, (25.09.2013). “K. K., S. y H., A. N. S/ SUCESIÓN AB-INTESTATO”.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, (05.05.1892). “C. H. BUSHER C/ COOPERATIVA ARGENTINA” (Fallos 48:98).

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil – Sala B, (03.08.1972). “TOURS INVESTMENT S.A. C/ ITURRASPE, PEDRO R.”

- Cámaras Civiles de la Capital Federal en pleno, (17.10.1924) “BOLLINI C. SCHOO LASTRA Y BONNEN”

Legislación

- Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26.994.

- Código Civil de Vélez.

- Ley 17.711.

- Ley 23.458.

- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

- Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

- Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe.