l45º CONVENCION NOTARIAL

AÑO 2024

PARTICIÓN MIXTA.

UN SIGLO DESPUÉS DEL PLENARIO “BOLLINI”.

TEMA l: PARTICIÓN

SUBTEMA: Formas de la partición

COORDINADORES: Esc. Arnaldo A. Dárdano Esc. A. Verónica Castillo

AUTORES:

Federico RISSO y Fernando MASTRANDREA

(E-mail: fwrisso@gmail.com / Tel: 11-6792-4688)

FUNDAMENTOS

1.- Introducción.

La sanción del nuevo CCyC y la praxis jurídico notarial de antaño nos ha llevado al interrogante en el tema de las hoy denominadas "particiones mixtas" en cuál es el papel que deben desempeñar tanto el Notariado como la Magistratura.

El análisis se centra en dos cuestiones de vital incidencia: la primera de ellas la forma de las mismas, ya que al día de hoy tenemos dudas de la seguridad jurídica que puede brindar la presentación de un mero escrito judicial en el expediente sucesorio (vgr. "Convenio particionario") dónde muchas veces las firmas se encuentran "pegadas" en los archivos digitales.

Por ello nos preguntamos:

- *¿Es necesaria la Escritura Pública?.*
- *¿Es necesaria la certificación de firmas o la ratificación de las mismas ante el órgano jurisdiccional?.*
- *O, por el contrario, ¿nada de ello es siquiera necesario?.*

La segunda cuestión relacionada de manera directa está ligada al consentimiento de las partes y cómo garantizamos los derechos de los mismos.

Los cuestionamientos son:

- *¿Quién da fe de que los firmantes comprendieron los alcances del convenio?.*
- *¿Qué sucede en la hipótesis en dónde nos encontramos ante desigualdades en la adjudicación de lotes sin expresión de causa?.*
- *La homologación: ¿hace cosa juzgada, brindando al título en circulación la seguridad jurídica necesaria para su incolumidad?.*

Para responder estos interrogantes debemos desentrañar primero la naturaleza jurídica de estos convenios particionarios, analizar el papel del Escribano y los Jueces tanto en la etapa previa de asesoramiento, de celebración, y posterior ejecución; para poder finalmente

entender las consecuencias jurídicas derivadas de las posiciones que tomemos al respecto.

2.- El instituto de la partición.

2.1.- Nociones generales.

En los supuestos en que existen varios herederos, antes de la partición existe entre éstos una "comunidad de bienes" (sobre cuya naturaleza se discrepa); dicha comunidad posee carácter eminentemente transitorio, el que debe concluir transformándose la parte alícuota indivisa que cada heredero tiene sobre el total de los bienes relictos- desde el fallecimiento del causante -, en una porción concreta, físicamente determinada sobre las cuales tiene el heredero a quien le ha sido asignada la misma un derecho de propiedad exclusivo, que se reputa posee desde el momento mismo de la muerte del causante merced al carácter declarativo y no constitutivo que tiene la partición[1].

El instituto de la partición ha sido definido como "el acto mediante el cual los herederos materializan la porción ideal que en la herencia les tocaba, transformándola en bienes concretos sobre los cuales tienen un derecho exclusivo" (Borda), o como "el negocio jurídico unilateral o plurilateral que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la distribución del activo neto hereditario entre los coherederos, determinando el haber concreto de cada heredero" (Pérez Lasala); para Josserand la partición "es un acto de asignación, tendiente a localizar los derechos de cuota; antes de él, esos derechos se traducen en una fracción numérica (un tercio, un cuarto); después de él se materializan en objetos determinados". Para la doctrina italiana, que los encuadra dentro de los "negocios de fijación", este accertamento elimina la "incerteza" del contenido de la adquisición respecto de los bienes singularmente considerados[2].

La partición posee los siguientes caracteres:

a) *Declarativa:* los bienes asignados a cada heredero han sido de propiedad exclusiva de éste desde el momento mismo de la muerte del causante, del que los recibe sin mediar intervención alguna de sus coherederos. Tanto el CCyCN como el CC se apartan entonces

[1] MASTRANDREA, Fernando. “La partición en el proceso sucesorio. (“La convidada de piedra”)”. Ponencia presentada en la XXIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal. Publicado en Revista del Notariado. 1994.

[2] MASTRANDREA, Fernando. Ob. Cit. P.4.-

del derecho romano, receptando la teoría de la ficción en la continuidad de la persona del de cujus del derecho francés.

b) <u>Forzosa</u>: Originariamente Vélez en el CC, fiel al espíritu liberal imperante en la época, y motivado por su desconfianza a toda forma de copropiedad, establece que todos los interesados en la partición podrán pedirla (art. 3452), no obstante, la prohibición del testador o cualquier convención en contrario (exceptuando los casos de indivisión forzosa). Como lo expresa en la nota al art. 3451: "la comunión en las cosas es una situación accidental y pasajera que la ley en manera alguna fomenta... es un estado puramente pasivo en que los copropietarios de la herencia no están unidos sino por la cosa misma y no por su voluntad y que la comunidad deja a cada uno, con toda su independencia de acción, el derecho de no procurar sino sus intereses particulares"; el Codificador establece con fuerza de principio que nadie puede ser obligado a permanecer en indivisión; el principio se refuerza con el art. 3453, que admite la partición parcial. Hoy el CCyC introducido institutos tales como la atribución preferencias del establecimiento comercial (art. 2380) o la de otros bienes tales como la propiedad que sirve de habitación a un heredero, el local de uso profesional de uno de ellos o el conjunto de cosas muebles necesarias para la explotación de un bien rural, todos ellos contenidos en el art. 2381. Claramente se ve la tendencia en la nueva legislación de evitar de todas las maneras que la comunidad subsista.

El principio de la partición forzosa u obligatoria ha merecido justas críticas por la moderna doctrina, y fue a lo largo del tiempo morigerado por diversas leyes, que con acertado criterio regulan casos especiales donde procede establecer el principio opuesto. Pero en las situaciones no comprendidas en estas leyes, el principio de la obligatoriedad de la partición continúa en pie.

La partición es la última etapa del proceso sucesorio, y tarde o temprano debe cumplirse indefectiblemente, conforme expresa Zannoni, "aunque exista sólo un heredero y el acervo hereditario esté compuesto sólo de un bien. Y esto es lógico pues son categorías dogmáticas que no se corresponden con lo que habita el mundo del ser; y la herencia tiene una concepción de universalidad, aunque por hipótesis se trate de un único bien.

c) <u>Imprescriptible</u>: la acción de partición es imprescriptible mientras dure el estado de indivisión de la herencia (arts. 2368[3]), pues la posesión de la herencia por uno de ellos,

[3] Art. 2368.- Prescripción. La acción de partición de herencia es imprescriptible mientras

aprovecha a los otros. Pero será susceptible de prescripción si ha cesado de hecho. Caso del heredero que ha intervenido su título, realizando actos materiales que lo tengan por exclusivo propietario, con el objetivo de adquirir la cosa por usucapión larga. Bajo ningún concepto el Código permite presumir dicha intención del poseedor (como cierta jurisprudencia lo ha dejado entrever), debiendo sujetarse a la modalidad del proceso respectivo (ley 14159 y mod.). Antes de la partición los herederos poseen la acción de petición de herencia, y, luego de aquélla, la de reivindicación.

2.1.- Clasificación.

El CCyCN básicamente señala dos modos de realización de la partición, en la cual encontramos el siguiente esquema:

a) Partición Judicial: regida por el art. 2371 y sus concordantes. En la misma es el juez del proceso sucesorio quién posee la dirección de la liquidación, teniendo como auxiliar de la justicia esencial en el procedimiento al perito partidor (que a nuestro criterio también puede ser un Escribano Público habida cuenta la experticia en el asunto, aunque algunas normativas cómo el CPCCN exigen título de abogado[4]). Son legitimados para solicitar la misma los coparticipes cuando en principio no existe acuerdo, pudiendo también ser solicitada por acuerdo de los mismos (situación sumamente excepcional, ya que termina siendo de mayor onerosidad que la extrajudicial en la mayor parte de los casos). Recordemos que la excepcionalidad se da ya que debe ser solicitada por esta vía cuando existen herederos con capacidad restringida o incapaces o cuando un acreedor con interés legítimo presentado en el proceso sucesorio se opone justificadamente al otorgamiento del acto por vía extrajudicial[5].

---

continúe la indivisión, pero hay prescripción adquisitiva larga de los bienes individuales si la indivisión ha cesado de hecho porque alguno de los copartícipes ha intervertido su título poseyéndolos como único propietario, durante el lapso que establece la ley.

[4] Art. 727 CPCCN. Entendemos que, si bien se exige la titulación, ello no obstaría a que un Escribano Público se registre como Perito Partidor en el Sistema del Poder Judicial de Nación, ya que la exigencia es contar solamente con el título, nada señala la necesidad de estar habilitado o no para el ejercicio de la abogacía. Igualmente es opinión propia de los autores que el Notario posee clara incumbencia en la materia y si eventualmente quisiera estar en el listado de auxiliares de justicia en la materia, violentaría contra el principio de igualdad la denegación de ello.

[5] Por ello algunos códigos procesales establecen un plazo para aprobación de la cuenta

En este tipo de partición rige el principio de igualdad de lotes, partición en especie y tiene por objeto necesario la totalidad del acervo hereditario, no pudiendo efectuarse particiones parciales de la comunidad. Al ser judicial la forma impuesta será mediante audiencia en dónde se escuchen a las partes y posterior sentencia. Entendemos que si bien en este caso la imperium de la sentencia judicial puede obviarse la escritura pública, no dejamos de mantener a la misma como una opción ya que las actuaciones podrían ser protocolizadas o bien el propio Juez interviniente ordenar el otorgamiento de la respectiva escritura como modalidad de la partición. Lo señalado lleva a la conclusión de que esta modalidad de partición está supeditada necesariamente a la previa liquidación, inventario y avalúo de bienes, por lo que solamente podrá ser realizada luego del dictado de la declaratoria de herederos o el auto que apruebe el testamento[6].

b) Partición Privada o Extrajudicial: el art. 2369 autoriza la misma siempre y cuando se cuente con el acuerdo unánime de los copartícipes y no exista oposición de terceros. Es condición además de la misma que todos sean plenamente capaces y además se encuentren presentes.

El principio rector es la autonomía de la voluntad y consecuente libertad de los interesados en cuanto al contenido y forma, por lo que puede ser total o parcial, respetando o no la proporcionalidad en la asignación de lotes a los herederos y sin necesidad de respetar la partición en especie. Por imperio del art. 1017 inc. a) del CCyCN la forma cuando tenga por objeto bienes inmuebles es la escritura pública. Puede ser asimismo realizada en cualquier momento una vez operado el fallecimiento del causante.

No obstante que el CCyCN solamente señala estas dos categorías, la práctica tribunalicia habitual sostenida a lo largo del tiempo, incluso luego de la reforma, nos lleva al plano una tercera categoría de especial interés para nuestro trabajo:

c) Partición Mixta: la misma puede ser entendida como una especie del género de

---

particionaria como lo señala el art. 731 del CPCC al indicar que el juez "la pondrá de manifiesto en secretaría por DIEZ (10) días".

[6] LAMBER, Néstor D. "El título de adjudicación de inmueble por partición privada de la indivisión hereditaria y poscomunitaria". Revistad en Notariado 927 (ene - mar 2017). Publicado en la web: https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2017/06/el-titulo-de-adjudicacion-de-inmueble-por-particion-privada-de-la-indivision-hereditaria-y-poscomunitaria/#2-el-contrato-de-particion-privada. Última consulta 3/8/2024.

particiones privadas o extrajudiciales, entendiendo que la misma se rige bajo el principio de libertad de formas, se realiza por escrito presentado ante el Juez del proceso sucesorio quién finalmente aprueba la misma por medio de un auto interlocutorio u homologatorio.

Adelantamos –y nos adentraremos en ello- que la misma no está incluida de manera expresa en la normativa actual vigente del CCyCN, ya que muchos autores consideran que luego de la eliminación del art. 1184 inc. 2 del CC (que permitía la posibilidad de obviar la escritura pública en asuntos de menor cuantía o cuando no existiesen bienes inmuebles en el acervo) el legislador intencionalmente erradicó la posibilidad de su posterior realización[7], sin embargo entendemos que la fuerza de la costumbre y práctica judicial sostenida a lo largo del tiempo y mantenida incluso luego de la reforma del CCyCN no pueden desconocer la existencia del instituto y su clara diferenciación de las dos modalidades restantes.

Otros autores han considerado que también las particiones pueden tipificarse bajo otros aspectos como por ejemplo particiones parciales o totales del acervo, definitiva o provisional o incluso subcategorías dentro de la extrajudicial en dónde puede ser realizada por actos entre vivos o disposiciones de última voluntad[8].

Es el motivo de esta ponencia centrarnos en los caracteres, elementos e importancia de la partición denominada mixta, por lo que nos centraremos en la misma, sin dejar de decir que tanto la judicial como la extrajudicial poseen características de importante estudio que no serán objeto de la presente labor.

3.- Partición mixta.

3.1.- Evolución.

[7] Ello fue refrendado en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2017) en las conclusiones de la comisión Nº 10 "Derecho notarial: 'Innovaciones del Código respecto de instrumentos públicos y privados'" > punto III. "Partición. Forma".

[8] POSTERARO SÁNCHEZ, Leandro N. "Modalidades de la partición extrajudicial de herencia". Revista del Notariado: 937 (jul - sep 2019). Publicado en la web: https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2020/06/modalidades-de-la-particion-extrajudicial-de-herencia/#4-modalidades-de-efectuar-la-particion-privada-o-extrajudicial. Última consulta: 3/8/2024. El autor incluye a las denominadas particiones mixtas que tratamos en este trabajo en la categoría de judiciales como una modalidad de las mismas, no compartimos su tesitura, ya que para nosotros la presentación al Juez de la Sucesión del Convenio Particionario por instrumento privado no cambia su naturaleza y origen.

La partición mixta consiste en el procedimiento partitivo del acervo hereditario en principio extrajudicial en el cual mediante un escrito privado con patrocinio letrado (que denominaremos "convenio particionario") la totalidad de los herederos (o presuntos herederos) presentan su pedido de la forma en que se distribuirán los bienes relictos al Juez de la sucesión a efectos de que este homologue o apruebe el mismo, inscribiéndose ello de manera posterior en los respectivos Registros de la Propiedad Inmueble por intermedio de testimonio judicial o protocolización de las actuaciones judiciales (en dónde también cabe la utilización de la modalidad del tracto abreviado para ello).

Puede decirse que la caracterización de este tipo de partición está dada en la conjunción de elementos de la partición privada o extrajudicial primero, en cuanto al acuerdo o convenio particionario celebrado por los herederos que establece el modo de su realización, y de la judicial ya que debe ser presentado el instrumento ante el Juez con competencia en el juicio sucesorio para su posterior aprobación u homologación[9].

Su origen se da en la propia práctica tribunalicia de hace ya un siglo. Antes de la sanción de la Ley 17.711 no existía libertad en la forma de cómo instrumentar las particiones ya que la disposición del art. 1184 en su inciso 2 no dejaba lugar a dudas de que Vélez pretendió que las mismas fuesen otorgadas bajo la forma de escritura pública cuando tuviesen por objeto bienes inmuebles o superen los mil pesos.

La introducción del instituto se genera primigeniamente en la Capital Federal con el fallo plenario de las Cámaras Civiles del año 1924 decretado en autos "BOLLINI de BETILANA M. c/ SCHOO LASTRA OSCAR y otro"[10] en el que se estableció 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 fallo en consecuencia equiparó al acta judicial resultante del procedimiento de partición "mixto" a un instrumento público entendiendo

[9] MEDINA, Graciela. "Proceso Sucesorio", Tomo II, 3° edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, P. 318.

[10] La Ley Online AR/JUR/4/1924.

que posee los mismos caracteres de autenticidad que tienen las escrituras públicas[11].

Posteriormente la doctrina judicial de Capital Federal se vería refrendada años después en Provincia de Buenos Aires en el fallo "ALLAN NORMANDO D. (SUC)" del año 1956, en el que la Suprema Corte de Justicia señaló que: "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"[12]. Ya este fallo se adentró en la fuerza vinculante propia del convenio particionario en sí, supeditando solamente la plena eficacia del mismo a aprobación judicial, condición netamente extrínseca que hace a la perfección del acto pero no a la validez del negocio partitivo[13].

La tendencia jurisprudencial se vio replicada en las diferentes jurisdicciones del país y en consecuencia llevó a la posterior inclusión del instituto con la reforma de la Ley 17.771 que incluyó en el art. 1184 el inc.2 que específicamente trataba la temática[14].

Como adelantamos en capítulos anteriores la problemática actual surge de la eliminación del art. 1184 inc. 2 y su falta de reproducción en el actual art. 1017 que simplemente establece en el inc. a la obligatoriedad de realización por escritura pública de todos aquellos contratos que tenga por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles.

Entonces el meollo de la cuestión lleva a preguntarnos: ***¿actualmente la legislación admite en el caso de existencia de inmuebles en la masa partible del sucesorio que la partición sea realizada de manera "mixta" como la praxis de casi un siglo lo avaló, eso es presentando instrumento privado ante el juez de la sucesión?***. Esto actualmente dividió a

[11] Del fallo "Bollini" el voto en particular del Dr. Casabal,

[12] La Ley 84-341. Fecha del fallo: 17/4/1956.

[13] ZANNONI, Eduardo A. "Derecho de las Sucesiones". Astrea To. 1 N° 670 y 671 p. 683.

[14] Art. 1.184 CC: "…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…".

la doctrina en dos grandes posturas que fueron establecidas en las XXVI Jornadas de Derecho Civil de La Plata del 2017.

La primera de ellas señaló que: "…En función de no existir una norma que permita el instrumento privado presentado al juez de la sucesión, por el artículo 1017, inciso a) del CCyCN cabe interpretar que la partición solamente puede otorgarse mediante escritura pública, fuera de los supuestos previstos en el artículo 2371 del CCyCN. Mayoría (9 Votos): Armella, Cosola, D'Alessio, Guida, Lukasewicz, Massicioni, Regis, Urbaneja, Zuvilivia…"[15].

La postura opositora señaló que: "…Además de los referidos supuestos previstos en el artículo 2371 del CCyCN, el ordenamiento en vigor permite otorgar la partición mediante escritura pública o instrumento privado presentado al juez para su homologación. No resulta de aplicación el inciso a) del artículo 1017 del CCyCN en virtud de tratarse de un acto declarativo rigiendo al respecto la libertad de formas y lo previsto en el artículo 2369 del CCyCN. Minoría (8 votos): Abella, Acquarone, Barriviera, Cerávolo, Gianfelici, Lanzavecchia, Orelle, Podrez Yaniz…"[16].

Si bien en las Jornadas el despacho de la mayoría resultó solamente victorioso por un voto, señala Urbaneja que existió un error material al momento de contabilizar los votos de la última postura ya que se omitió sumar el voto de la Escribana de nuestro Colegio Eleonora Casabé, quién pese a que no presentó ponencia sobre el tema fue quién expuso en el seno del debate los argumentos en pos de la posibilidad de continuar con las particiones mixtas[17], lo que conlleva claramente a señalar que ambas posturas hoy se encuentran en franco equilibrio dentro de la biblioteca de nuestra doctrina nacional.

No obstante, la existencia de dos corrientes sostenidas equivalentemente por diversos autores nacionales, entendemos que la tendencia en el ámbito del notariado parece siempre

[15] Despacho en mayoría de la Comisión Nº 10 "Derecho notarial: 'Innovaciones del Código respecto de instrumentos públicos y privados'" > punto III. "Partición. Forma".

[16] Despacho en minoría de la Comisión Nº 10 "Derecho notarial: 'Innovaciones del Código respecto de instrumentos públicos y privados'" > punto III. "Partición. Forma".

[17] URBANEJA, Marcelo E. "Formas de la partición de las comunidades". Revista del Notariado 934 (oct – dic 2018). Publicado en la web en: https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2019/07/formas-de-la-particion-de-las-comunidades/. Consultado el 2/8/2024.

orientarse hacia la necesidad de otorgar el acto por escritura pública como una cuestión de protección corporativa. El análisis de la situación actual en los diversos tribunales de nuestro país nos lleva a comprender que no siempre la letra de ley puede prevalecer sobre las costumbres generadas a raíz de prácticas uniformemente sostenidas de manera regular a lo largo del tiempo.

Ya la jurisprudencia nacional ha comenzado a retomar la interpretación efectuada originariamente en "Bollini". Encontramos así el fallo de la Cámara Nacional Civil Sala "D" en autos "CÓRDOBA" que señala: "…Pueden los copartícipes realizar una partición en forma privada del único bien que integra el sucesorio en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente y así, hacer cesar la indivisión postcomunitaria. El art. 2369 y sgtes. del Código Civil y Comercial de la Nación otorga la más absoluta libertad en cuanto al contenido del acto, puesto que ha tomado partida por la regla de flexibilidad y la amplitud para decidir en la materia…"[18]. Posteriormente la Sala "M" en "GAMARNIK" sostuvo: "…Ante el pedido de homologación de una partición, no corresponde exigir escritura pública en los términos del art 1184 inciso 6° del Código Civil, toda vez que el art 3462 del Código Civil establece que, si todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente, precepto reiterado en el art 2369 del Nuevo Código Civil. Es que habiendo unanimidad puede realizarse de cualquier modo y no pierde su carácter por esa circunstancia, por lo que no cabe considerar que ha mediado una venta…"[19].

Como señala nuestro título "UN SIGLO DESPUÉS DEL PLENARIO BOLLINI" no podemos desconocer la realidad de que la partición mixta es una práctica actual y sostenida en todos los tribunales nacionales y de los distintos fueros provinciales, no obstante las corrientes doctrinarias notariales que bogan por la obligatoriedad de la escritura pública cuando tengan por objeto inmuebles. No negaremos la bondad obvia y notoria de la celebración de la escritura pública como acto de protección y dotación de seguridad jurídica, siempre es lo óptimo en materia contractual. Pero debemos dar un paso más adelante para avanzar y si la realidad nos demuestra una cosa no intentar adaptarla

[18] CNCiv., Sala D, 15/09/2015, "Córdoba, Segundo Pantaleón C/ Castellón, Azucena del Carmen".

[19] CNCiv., Sala M, 22/03/2016, "Gamarnik, Yulita C/ Castellón, Azucena del Carmen".

forzosamente a nuestra postura, sino analizar cómo podemos mejorarla. Hoy se debate la posibilidad de la realización de las sucesiones en sede notarial y quizás ello es más importante que analizar si estas particiones mixtas (que son triunfo de los abogados) deben ser realizadas por escritura cuando contengan inmuebles.

Lo expuesto nos lleva a la consideración de que al no poder desconocer la realidad y práctica habitual tenemos que analizar de qué manera brindamos mayor seguridad jurídica a las partes con nuestra intervención, ya que como se verá el problema no está en escritura sí o escritura no, sino en cuestiones ya más básicas como el hecho de que las nuevas tecnologías y la digitalización del sistema judicial ya no garantiza muchas cuestiones básicas como lo son la firma de estos escritos judiciales a presentar ante el Juzgado. Por eso la pregunta es: ¿cómo actúa el notariado frente a ello?. Tenemos pocos años de aplicación del CCyCN y menos años aún del proceso de digitalización que ha sufrido necesariamente y de golpe todo el sistema judicial producto de la Pandemia del Covid 19 que llevó a la implementación de sistemas de urgencia para que el sistema jurídico no viera su ruina.

Actualmente debemos centrarnos en la seguridad jurídica. Por ello como operadores del derecho debemos preguntarnos cómo nos situamos al momento de analizar estas particiones "mixtas" y cómo las mejoramos, ya que son cada vez mayores los casos que han aparecido en la justicia de suplantación de identidad, firmas "pegadas" en los escritos judiciales y falsificaciones de las mismas que no reflejan la verdadera voluntad de los herederos. Los escritos hoy son remitidos por los clientes firmados en papel y escaneados y en otras ocasiones firmados con aplicaciones digitales que siquiera cumplen con las acordadas de los organismos judiciales que obligan a que esos escritos se mantengan en poder de los letrados. El cliente del abogado firma, pero no firma ante el profesional, entonces: *¿Quién se responsabiliza ante falsificaciones o casos en los cuales no se ha brindado el consentimiento o comprendido el alcance de lo firmado?.*

Ante todo lo expuesto la función notarial debe actuar en su faz preventiva y dejar de centrarse solamente en repetir "escritura pública, escritura pública". Sí, es justa y necesaria, pero volvemos a señalar que no podemos desconocer la realidad y por ello debemos correr el foco de la cuestión y velar por la participación notarial aunque sea con una mera certificación de firmas en los convenios, ya que ello garantizaría por lo menos la AUTENTICIDAD de las firmas en el instrumento y por otro lado el CONSENTIMIENTO

brindado por las partes, ya que como veremos el Notario no puede dejar de lado su deber de ASESORAMIENTO en su intervención, lo que facilitará la seguridad jurídica al momento de la circulación de los títulos resultante de este tipo de adjudicaciones, disminuyendo la posibilidad de que estos sean impugnados por vicios de forma o consentimiento como veremos a posterior.

Pensar de manera contraria y con excesivo rigor formal nos llevaría en la actualidad a tener que observar todos los títulos provenientes de adjudicaciones en particiones mixtas por defecto formal y falta de escritura pública. Si los propios Juzgados aceptan las mismas, al momento de ser impugnadas bajo esta tesitura es muy probable que la cuestión esté perdida. Por ello proponemos otra visión del asunto y analizar la intervención del notariado desde un distinto foco.

3.2.- Naturaleza jurídica del convenio particionario.

El convenio particionario es caracterizado como un acto jurídico plurilateral realizado ante la existencia de dos o más comuneros que participen en la titularidad de los derechos de la comunidad hereditaria. En el mismo se regulan las relaciones jurídicas entre los mismos, teniendo en convenio la naturaleza clara de contrato enmarcado dentro de las disposiciones del art. 957 del CCyCN[20].

El contrato tiene por efecto la determinación del derecho de los coparticipes, produciendo la transformación de la parte que tiene en la indivisión hereditaria en dominio exclusivo, teniendo eminente carácter declarativo ya que no existe una transmisión de bienes en sí, sino una declaración del alcance del derecho con carácter retroactivo que de manera ficta presume que se tuvo el mismos ab initio. Esto resulta en un principal valladar de las teorías que sostienen que por aplicación del art. 1017 inc. a) ya que el mismo si bien no establece la excepción como sí lo hacía el 1184 inc. 2 del CC, solamente engloba a la norma la "adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles", categorías que no cuadran dentro del efecto declarativo partitivo, ya que en realidad el título de transmisión es la sucesión mortis causa.

Es caracterizado como un contrato consensual ya que su solo consentimiento perfecciona el mismo, siendo la presentación en el expediente condición solamente de eficacia del

[20] LAMBER, Néstor D. Ob. Cit. P. 4.

mismo.

3.3.- Oportunidad para su celebración.

Si bien en la práctica la mayoría de los acuerdos particionarios se realizar posterior a haberse dictado la declaratoria de herederos o el auto que apruebe el testamento, nada obsta a que los mismos puedan ser celebrados de manera previa desde el momento de fallecimiento del causante aún sin haberse iniciado el juicio sucesorio respectivo.

Con relación al límite temporal del mismo, entendemos que por la naturaleza consensual una vez celebrado entre las partes no puede ser modificado, salvo la existencia de error u omisión. Sin embargo, en la práctica el límite muchas veces se establece en la inscripción de la adjudicación del bien inmueble objeto del convenio en el Registro de la Propiedad considerando algunos organismos que hasta tanto no opere la registración, por el carácter declarativo de la sentencia homologatoria (o aprobación del acuerdo) judicial el mismo podría ser susceptible de modificación entre los coherederos. No compartimos la señalada postura ya que atenta claramente contra la seguridad jurídica y la naturaleza misma del convenio particionario, el que se encontraría siempre en la posibilidad de su modificación a solo voluntad de las partes si seguimos esta tesitura.

3.4.- Principio esencial al momento de la formación de lotes: ¿igualdad o libertad?.

En materia de partición judicial el principio que rige es la igualdad de lotes. Aquellas posturas que consideran que este tipo de particiones que denominamos “mixtas” se encuentran en dicha órbita, llevan a la lógica de que si fuesen una subespecie de las judiciales debería cumplirse con dicho principio, lo que no sucede claramente en la práctica de las mismas.

La judicatura solo interviene en la faz de eficacia en las mixtas. Así lo señala diversa doctrina indicando que: “… En estos casos, en los que las particiones son verdaderos contratos (si es privada no se somete a la mira de la magistratura y si es mixta el juez sólo debe controlar que se cumplan los requisitos exigidos para dicha clase) la igualdad no resulta, necesariamente, ajustada a un cálculo matemático. Más bien, atiende a otras cuestiones que tuvieron en miras los herederos a la hora de suscribir el acuerdo particionario. Es por ello que no se trata de una igualdad matemática, sino de aquella que

tuvieron en mira las partes para dividir como lo hicieron…"[21].

En consecuencia, la naturaleza contractual del convenio lleva a la aplicación como principio de la libertad en el reparto y formación de los lotes.

3.5.- Partición desigual (¿equivale a liberalidad?).

Esta es una cuestión de sumo interés al momento de realización del convenio particionario. Si bien rige el principio de libertad en el establecimiento de cuota partes, es de importante en la práctica en caso de la asignación de lotes desiguales a los copartícipes mencionar las razones o justificaciones de porqué ello es así, ya que una adjudicación en dónde se asignan todos los bienes por ejemplo a un solo comunero sin expresión de causa sin bien desde lo formal podría no ser observable, si puede serlo si nos adentramos en el elemento causa de los actos jurídicos.

Una posición doctrinaria seguirá por Azpiri considera que en los casos de que existan evidentes desproporciones e las adjudicaciones de lotes nos encontramos frente a una liberalidad asimilable a una donación y por ende el acto puede ser posteriormente impugnado en caso de afectación de la legítima, lo que conlleva a la inseguridad jurídica al momento de circulación de este tipo de adjudicaciones[22]. Esta posición es seguida por algunos juzgados que se enrolan dentro de la posición de que las particiones mixtas tienen naturaleza judicial y por ende el reparto debe ser equitativo, sino consideran que existe una cesión de derechos hereditarios y por ende exigen la correspondiente escritura pública del caso.

La posición contraria seguida entre otros por Ferrer[23], Iglesias y Kraznow[24], apunta a la posibilidad de que la propia naturaleza contractual de la partición privada y mixta consiste en que la herencia se divida de la manera que consideren conveniente, por lo que está

[21] IGLESIAS, Mariana B. - KRASNOW, Adriana Noemí. "Derecho de las familias y las sucesiones", 1° edición, CABA, La Ley, 2018. P. 938.

[22] AZPIRI, Jorge O. "Derecho Sucesorio", 5° edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2017. P. 197.

[23] FERRER, Francisco A.M., "La partición mixta de la herencia", La Ley 2016 F AÑO lxxX No 223, 23/11/2016, P. 3.

[24] IGLESIAS - KRASNOW, op. cit., P. 960/1.

abierta la posibilidad de que los lotes queden desiguales. Ferrer defiende la liberalidad absoluta, por su parte las otras autoras señalan que si bien en la partición el principio de igualdad no es una ecuación matemática es fundamental cristalizar las causas de ello para disipar la aparente desigualdad. Nos enrolamos en esta posición por considerar que un buen asesoramiento previo al momento de la realización del convenio debería tener en cuenta estas cuestiones para evitar discrepancias al momento de su presentación judicial o de un eventual estudio de títulos por profesionales referencistas. Desde nuestra posición entendemos como óptimo la expresión de la causa, pero en caso de que la misma no exista en el convenio pudo haber sido expresada en algún momento anterior o por otro tipo de convenio privado que las partes no desean se publicite, por lo que la falta de dicha expresión no torna en observable la partición siempre y cuando por lo menos exista la manifestación que han sido debidamente compensados los restantes coherederos y que nada tienen que reclamar en consecuencia.

4.- La forma establecida.

4.1.- Principio de libertad.

Habiendo analizado la evolución del instituto desde sus orígenes a la fecha, hemos dejado en claro que nuestra posición sostiene el principio de libertad de formas y la innecesaridad de la escritura pública habida cuenta el sostenimiento de una práctica homogénea, continua y sostenida en el ámbito judicial, apoyándonos además en la naturaleza consensual y contractual del acuerdo, su carácter declarativo y la falta de inclusión dentro del art. 1017 inc. a) del CCyCN.

No obstante enrolarnos en la libertad de forma, consideramos que la seguridad jurídica impone la participación notarial dentro de este tipo de acuerdos, ya sea desde su máxima expresión como puede ser en la realización del acuerdo por la vía de la escritura pública incluso desde el fallecimiento del causante (en dónde tendrá eminente carácter condicional de que quienes lo firmaron sean eventualmente declarados con derechos), o por lo menos la certificación de la firma y redacción de los mismos por instrumento privado en conjunto con las partes y sus letrados respectivos.

Es importante señalar que el acuerdo como contrato puede celebrarse en escritura sin la obligatoriedad de que los bienes se transmitan en la misma, es decir que se celebra el contrato entre partes y se presenta al Juzgado para su posterior homologación e inscripción

una vez cumplidos los recaudos jurídicos respectivos. Si bien son las normas registrales las que no permiten la inscripción directa de los mismos (y la legalidad o no de ello no es tema de este trabajo) nada obsta a la realización por escritura pública de estos acuerdos.

La partición notarial en los mismos lleva a dos cuestiones: asegurar la autoría de la firma en los mismos y garantizar el consentimiento de las partes asesoradas por sus letrados.

4.2.- Participación del Escribano.

4.2.1.- El deber de asesoramiento previo.

Si bien los copartícipes están asesorados jurídicamente por sus respectivos letrados, la participación del Escribano y el asesoramiento previo de este mismo brindará mayores seguridades a la totalidad de las partes ya que nos encontramos ante la faz generadora de un acuerdo que derivará en una adjudicación de un inmueble que será título que circulará en el comercio. Debemos ir de la mano con los abogados, acompañar, ser complementarios y no tenerlos en las antípodas de nuestra función, solo así lograremos evolucionar.

No debe confundirse la denominada función preventiva notarial con el instituto actualmente regulado por los Arts. 1711 y siguientes del CCyCN. Esta función del Notario es aún anterior y desde el origen del principio del asesoramiento notarial. Todavía no existe daño alguno que sea necesario prevenir, ya que un adecuado ejercicio de la función disipa el mismo.

La frase del ilustre Notario español Joaquín Costa Martínez “notaría abierta, juzgado cerrado” [25]sintetiza la idea de la función preventiva notarial, pero nosotros la readecuamos –con todo el respeto debido al gran maestro- en la fórmula de “mejor asesoramiento notarial igual a menor cantidad de sentencias”, ya que pese a ser la escritura uno de los elementos portantes de la fe pública notarial, no es esta el único instrumento con el que contamos para poder prevenir el conflicto.

En nuestro derecho, ya el proyecto previo a la sanción del CCyCN contemplaba la trascendencia de la función en su faz preventiva y señalaban en consideración: “.... Este

[25] Decía en realidad la frase completa: “El número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras; teóricamente, notaría abierta, Juzgado cerrado”. COSTA MARTINEZ, Joaquín, “Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia”, en sus Obras completas, XIII, Madrid, 1917, Pág. 205.

conjunto de solemnidades (entendidas como garantías de jerarquía constitucional) es el fundamento de su privilegiada oponibilidad, que deviene de la fe pública que merecen; todo ello demuestra que la esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública, como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia erga omnes. La fe pública es el efecto de tal conjunto de operaciones".

Como puede observarse la protección no solo se orienta el resultado sino también a evitar la producción del mismo, lo que en materia de asesoramiento al momento de la realización de este tipo de acuerdos resulta esencial por intermedio de la función notarial que se complementará con la de los letrados intervinientes y a posterior con la del Juez del Sucesorio. La audiencia previa notarial forma parte inescindible de asesoramiento previo en la faz preventiva. Si bien hoy puede ser sustituida la presencialidad por intermedio de la tecnología, no deja de ser imperativa[26].

4.2.2.- Certificación de firmas. Su necesariedad.

Promulgamos que con la participación del escribano en la celebración de los acuerdos se proceda siempre en consecuencia a la certificación de la firma de las partes (en caso de que no se opte por la forma óptima que sería la escritura pública de acuerdo sin transmisión de los bienes). En su defecto puede aceptarse la ratificación de la firma de las partes por ante el Secretario del Juzgado respectivo como ha sido también una antigua práctica tribunalicia. Esto tiene una específica razón de ser: nos encontramos desde hace años ante la circulación de particiones mixtas en las cuales NO SE ENCUENTRA ASEGURADA LA AUTORIA DE LA FIRMA DE LAS PARTES.

Ya la tecnología ha llevado a que la función de los abogados y los juzgados sea prestada casi de manera íntegra on line. Entonces, volvemos a repetir: ¿cómo nos aseguramos que quienes firmaron los escritos fueron ellos y posteriormente no nos encontremos ante causas penales por falsificación de firmas o civiles de inexistencia de acto por no autoría de las firmas?. Debemos pensar en que son títulos que circulan en dónde muchas veces hasta los escritos presentados en PDF carecen de las firmas. Entonces: ¿hasta dónde debe llegar el

[26] Art. 301 CCyCN.

control y estudio del notario?. La sentencia homologatoria ¿bendice automáticamente todo el proceso y torna a todo lo actuado en válido en incólumne?. Debe existir un control básico desde la óptica notarial.

Veamos algunas situaciones anacrónicas que pueden darse:

a) Firma pegada en escritos judiciales (inexistencia). sucede en la actualidad y ha sido objeto de numerosos fallos cada vez más la situación de las llamadas firmas "pegadas" en los escritos judiciales por parte de los letrados intervinientes o reproducidas mediante medios electrónicos. Ello nos lleva a la posición de pensar en qué hacemos cuando al estudiar el expediente electrónico por ejemplo nos encontramos ante una situación notoria como esta. ¿Cómo deberíamos actuar como notarios?. ¿Debemos observar?. ¿Debemos desistir de la realización de una escritura con estos antecedentes?. ¿Qué tipo de posible nulidad es?. ¿Es un acto inexistente y por lo tanto no convalidable?. Los diversos cuestionamientos solo nos llevan a una conclusión: existe inseguridad jurídica.

b) Escrito judicial con firmas posteriormente desconocidas. También puede suceder que el escrito posteriormente sea desconocido por los firmantes ya que nunca se llamó a ratificar la firma por el Juzgado interviniente ante el Secretario. En estos casos: ¿de quién es la responsabilidad?. La mayoría de las jurisdicciones obligan a que los escritos que los profesionales han digitalizados se mantengan en su poder, pero todavía por lo reciente del sistema no hemos visto sanciones ante el incumplimiento de eso o el caso en que como señalamos nunca existió en papel el escrito, sino que es un armado por medios electrónicos.

c) Presentación de apoderado sin facultades específicas para el caso. El control por otra parte de la suficiencia de las representaciones en el caso de apoderados especiales o general judiciales nunca es efectuado por los órganos jurisdiccionales. Recordemos que se necesitan facultades específicas para ello y justamente la intervención notarial puede verificar dicha cuestión. Si bien en estos casos es subsanable la cuestión por englobarse dentro de las nulidades relativas, no deja de existir un halo más de inseguridad jurídica en la cuestión.

d) Vicios del acto jurídico (error, dolo, violencia, intimidación o falta de discernimiento). Ya adentrándonos en una cuestión de mayor complejidad y no solo de autoría es el caso ya de los posibles vicios a los que está sometido como todo acto jurídico el contrato o acuerdo

particionario en cuestión. La jurisprudencia y doctrina han evolucionado en los últimos tiempos a punto tal de señalar que el notario no puede eximirse de su responsabilidad so pretexto de solo certificar las firmas por el caso en el respectivo acuerdo. Si bien la intervención notarial en este punto no puede garantizar la inexistencia de la totalidad de los vicios posibles, si es una garantía más agregada que servirá para dar fuerza al título al momento de su circulación.

5.- La homologación o aprobación del acuerdo: ¿subsana cualquier cuestión?.

En los casos de particiones mixtas la homologación o aprobación judicial confiere el principio de intangibilidad propia de las particiones judiciales, pero el rol del Juez en este caso es meramente pasivo que se centra meramente en el control de las formas extrínsecas y básicas del acto.

Como señalamos la naturaleza de la sentencia homologatoria interlocutoria no hace cosa juzgada y en consecuencia es atacable por vicios de consentimiento, por ello entendemos que sería de vital importancia en el caso de particiones mixtas el doble control primero en la génesis desde la intervención notarial (ya sea mediante el asesoramiento, certificación de autenticidad de las firmas en sus diversas modalidades: certificación extraprotocolar o escritura pública) y un segundo control en cuanto hace a la eficacia del acto y es eminentemente procesal dado por el Juzgado.

6.- Ponencias.

1.- La partición mixta estaba expresamente prevista en el art. 1184 inc. 2° del Código Civil derogado con origen en el plenario "Bollini" de la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal. Ahora esa norma no se incluyó en el CCyC, lo cual no significa que no pueda seguir cumpliéndose dicha práctica conforme lo aceptaba la doctrina y la jurisprudencia, pues no se advierte ningún obstáculo para ello, siendo que también es establecida en los Códigos Procesales de algunas jurisdicciones en el país.

2.- Si bien la existe una fuerte doctrina en cuanto a la necesidad de otorgar las particiones mixtas cuando involucren inmuebles por escritura pública, consideramos que en realidad debemos promover que es necesario exista un básico control notarial o jurisdiccional sobre los acuerdos, la autoría del documento y la conformación de la voluntad real de las partes.

3.- La intervención jurisdiccional no modifica el carácter privado y extrajudicial de la partición y su efecto vinculante entre las partes, esto en virtud de que el auto aprobatorio es un requisito de eficacia que no integra el acto jurídico en sí mismo.

4.- El art. 2369 del CCyCN establece que si todos los herederos son capaces y están presentes gozan de la más absoluta libertad para contratar; por ello, pueden elegir la forma que más les convenga para dividir. Incluso pueden adjudicarse lotes desiguales sin que ello sea observable de manera alguna, aunque hace a una buena práctica la inclusión de dicha causa en el acuerdo respectivo o por lo menos la manifestación de que las partes han sido debidamente compensadas.

5.- Como principio el juez no puede analizar lo acordado, limitándose solamente a la comprobación de si se han cumplido los requisitos formales exigidos por la ley para que el acuerdo se tenga por válido. Esta posibilidad incluso se reduce en el caso de intervención notarial al momento de la formación del acuerdo.

6.- Si el escribano interviene en la certificación o elaboración del acuerdo se limita la posibilidad de impugnación.

7.- Es de buena práctica al momento del estudio de títulos con antecedente en partición mixta exigir que haya intervenido un notario para constatar la formación del consentimiento y/o la intervención del juzgado para certificar las firmas.

BIBLOGRAFIA

AZPIRI, Jorge, O, “Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Sucesorio”, 1ª ed., 2 reimpresión., Buenos Aires, Hammurabi, 2015.

AZPIRI, Jorge O. “Derecho Sucesorio”, 5° edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.

BELLUSCIO, Augusto Cesar; MAFFÍA, Jorge Omar. “Derecho sucesorio: Según las normas del Código Civil y Comercial”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2020.

BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil – Sucesiones-“, Tomo II, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.

IGLESIAS, Mariana B. - KRASNOW, Adriana Noemí. “Derecho de las familias y las sucesiones”, 1° edición, CABA, La Ley, 2018.

FERRER, Francisco A.M., “La partición mixta de la herencia”, La Ley 2016 F AÑO lxxX No 223, 23/11/2016.

MASTRANDREA, Fernando. “La partición en el proceso sucesorio. (“La convidada de piedra”)”. Ponencia presentada en la XXIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal. Publicado en Revista del Notariado. 1994.

MAZZINGHI, Jorge, “La partición de la herencia realizada por los ascendientes”, sin editor, año 2017, publicación consultada el 12 de julio del 2022 en la web: https://estudiomazzinghi.com.ar/publicaciones/la-particion-de-la-herencia-realizada-por-los-ascendientes/

MOURELLE DE TAMBORENEA, María Cristina. “Partición por los ascendientes: partición por donación y partición por testamento: dos institutos de poco uso”; v. 6, p. 625-636 en Calvo Costa, Carlos A., dir. Doctrina y estrategia del Código Civil y Comercial ; 6 v. -- Buenos Aires : La Ley; 2016.

LAMBER, Néstor D. “El título de adjudicación de inmueble por partición privada de la indivisión hereditaria y poscomunitaria”. Revistad en Notariado 927 (ene - mar 2017). Publicado en la web: https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2017/06/el-titulo-de-

adjudicacion-de-inmueble-por-particion-privada-de-la-indivision-hereditaria-y-poscomunitaria/#2-el-contrato-de-particion-privada.

PÉREZ LASALA, José Luis - MEDINA, Graciela, “Acciones judiciales en el derecho sucesorio”, 2ª ed. ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, 2011.

PÉREZ LASALA, José Luis, “Manual de Derecho Sucesorio”, 2ª ed., LexisNexis, 2007.

POSTERARO SÁNCHEZ, Leandro N. “Modalidades de la partición extrajudicial de herencia”. Revista del Notariado: 937 (jul - sep 2019). Publicado en la web: https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2020/06/modalidades-de-la-particion-extrajudicial-de-herencia/#4-modalidades-de-efectuar-la-particion-privada-o-extrajudicial. Última consulta: 3/8/2024.

URBANEJA, Marcelo E. “Formas de la partición de las comunidades”. Revista del Notariado 934 (oct – dic 2018). Publicado en la web en: https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2019/07/formas-de-la-particion-de-las-comunidades/. Consultado el 2/8/2024.

VELEZ SARSFIELD, Dalmacio, “Nulidades absolutas y relativas”, De Palma, Buenos Aires, 1953.

ZANNONI, Eduardo A. “Derecho de las Sucesiones”. Astrea To. 1 N° 670 y 671.