

XXXIV° JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

**Mar del Plata Provincia de Buenos Aires
3, 4 y 5 de mayo de 2023**

**PARTICIÓN DE HERENCIA COMO ACTO
ABDICATIVO**

TEMA III – “PARTICIÓN”

Coordinadores: Esc. Silvia IMPELLIZZERI

Not. Karen WEISS

Autor: Esc Augusto Luis Piccon
Email: apiccon@hotmail.com
Te 03547-421178

PONENCIAS

- La causa fin de la partición es terminar con la indivisión hereditaria

- La partición es siempre un acto abdicativo, puesto que es imposible conjugar todas las pretensiones de los comuneros

- La abdicación puede consistir en excluirse de la adjudicación en forma total de un bien de la herencia.

- La voluntad de excluirse totalmente en la adjudicación del bien o bienes de la herencia en la partición no puede dar lugar al vicio de lesión.

- Esta exclusión total en la adjudicación de un bien no implica necesariamente una simulación y no es necesario la cesión de herencia previa cuando no hay voluntad de liberalidad.

El acto abdicativo y la renuncia.

Acto abdicativo

Tanto en el anterior código como en el nuevo Código Civil y Comercial, se regula la renuncia como un modo de extinguir las obligaciones, pero con normas que van más allá de este caso en particular, o sea regulando algo más general. Es un error haber regulado de esta manera encubierta la renuncia de los derechos en general, o sea no haber regulado la renuncia de los derechos en general en un apartado previo, y más aún en el nuevo Código, luego de conocer distintos proyectos que si lo hacían. Se trata “de una Institución que debía ser incluida en la Parte General de los Hechos Jurídicos”¹, lo cual no solo es importante para el derecho civil, sino para todo el derecho, por ser este su tronco común.

Consecuencia de lo anterior, o sea el no tener normas claras sobre la renuncia en general de derechos, produce en la doctrina y jurisprudencia muchas complicaciones, especialmente para estudiarla, entenderla, comprenderla y aplicarla. Como dijo uno los primeros autores que habló del acto abdicativo, Seillan, con “la vaguedad del concepto renuncia... es posible afirmar que la renunciación aparece como una de las nociones más inciertas de nuestro derecho”². Al andar un poco se ven “las inocultables limitaciones del concepto de renuncia para poder dar cabida en su seno multiplicidad de situaciones jurídicas que, si bien análogas, la exceden notablemente. Por citar el caso más evidente, las convenciones en las cuales se abandona un derecho, quedarían fuera de un concepto más o menos técnico y ajustado a la realidad de la verdadera renuncia”

Hay muchos actos en los cuales “la intención del sujeto se orienta a producir el abandono para si de la ventaja que posee, con independencia de otros efectos y motivaciones”³ pero que no son renunciaciones en forma estricta. De allí que nos parece más que importante partir de la base de distinguir a estos actos, de las renunciaciones que son una especie de ellos, para tener más claridad, siguiendo en esto a Federico

¹ OSSOLA, Federico Alejandro, “Tratado de la Renuncia de los derechos y las obligaciones”, La Ley 2012, Tomo I.

² OSSOLA, Federico Alejandro, “Tratado de la Renuncia de los derechos y las obligaciones”, La Ley 2012, Tomo I Pág 136.

³ OSSOLA, Federico Alejandro, “Tratado de la Renuncia de los derechos y las obligaciones”, La Ley 2012, Tomo I Pág 128.

Ossola, que ha hecho un estudio más que exhaustivo de la cuestión, y que va a ser difícil resumir en pocas palabras, en este trabajo, por eso recomendamos en todo caso recurrir a la fuente para comprenderlo acabadamente.

Partimos entonces, con Ossola, diciendo qué es el acto abdicativo: “Entendemos por acto abdicativo aquel acto jurídico, cualquiera sea este, en el que su agente tiene por fin inmediato la pérdida para sí de una relación jurídica en la que se encuentra emplazado, o de algún derecho o facultad emergente de la misma, y que puede producir o no su extinción.”⁴.

El centro o punto clave para entender y distinguir al acto abdicativo de otros actos está en la causa final del mismo. “En el acto abdicativo el sujeto quiere (voluntad jurídica) y tiene por fin inmediato (causa final) el dejar de tener aquello que está en su órbita de intereses jurídicos”.⁵ Hablamos de pérdida y no necesariamente de extinción. Así como que el “agente debe tener incorporado en su ámbito de derechos aquello que decide abdicar, pues no se puede perder aquello que no se posee”⁶

Los principios generales que rigen a los actos abdicativos (según Ossola) son:

a) Libertad: “En principio, todos los derechos o situaciones jurídicas de las que emergen facultades o ventajas son renunciables o abdicables. Esto es: está permitido abandonarlos libremente, salvo – claro está disposición del ordenamiento en contrario”⁷. Derivada del derecho la libertad de raigambre constitucional (art 19)

b) Informalidad: Como es la regla en todos los actos jurídicos, también en los abdicativos, pero las excepciones son muchísimas (donación, renuncia del trabajador), pues a veces no prohíbe el ordenamiento su abdicación, pero sí exige formalidades al respecto.

⁴ OSSOLA, Federico Alejandro, “Tratado de la Renuncia de los derechos y las obligaciones”, La Ley 2012, Tomo I Pág 133.

⁵ OSSOLA, Federico Alejandro, “Tratado de la Renuncia de los derechos y las obligaciones”, La Ley 2012, Tomo I Pág 111.

⁶ OSSOLA, Federico Alejandro, “Tratado de la Renuncia de los derechos y las obligaciones”, La Ley 2012, Tomo I Pág 149.

⁷ OSSOLA, Federico Alejandro, “Tratado de la Renuncia de los derechos y las obligaciones”, La Ley 2012, Tomo I Pág 150.

c) Interpretación estricta (no se presumen): “El más elemental sentido común impone concluir que las personas no buscan desprenderse de aquello que le proporciona diversas ventajas o satisfacciones”⁸

d) Retractabilidad: El autor puede arrepentirse y volver sobre sus pasos mediante la retractación de lo obrado. Por supuesto que hay muchas limitaciones a la retractación.

Hay actos abdicativos unilaterales (recisión, renuncia de derechos) o bilaterales (novación, transacción, donación), traslativos o no traslativos, inter vivos o mortis causa, patrimoniales o extrapatrimoniales. Todos con un elemento común. Pero, ese elemento sólo, no permite categorizarlo como renuncia, esta es una especie de acto abdicativo con características particulares y por ende no se le pueden aplicar las reglas de las mismas Y esa es precisamente una de las ventajas de contar con esta categoría de actos jurídicos, o sea no extender tanto el concepto de renuncia terminando por desnaturalizar la misma.

La Renuncia

Dejando el análisis del acto abdicativo, pasemos ahora a hablar de una de sus especies, la renuncia, sin tener que tener la necesidad de ampliar el concepto para abarcar otras figuras.

Las normas que regulan este instituto están ubicadas en los art 944 a 949, en la Sección 5 “Renuncia y remisión”, del Capítulo 5 dedicado a “Otros modos de extinción” de las obligaciones. Por lo tanto el nuevo Código Civil y Comercial, vuelve a cometer el mismo error de Vélez, un siglo y medio después, al legislar a la renuncia de derechos en general, dentro de la extinción de las obligaciones, cuando a luces vista son normas que regulan más que eso⁹. Por eso podemos seguir diciendo con Moisset de Espanés que “en realidad se trata de la renuncia a todo derecho subjetivo, no solo del derecho de crédito... estos preceptos están mal

⁸ OSSOLA, Federico Alejandro, “Tratado de la Renuncia de los derechos y las obligaciones”, La Ley 2012, Tomo I Pág 152.

⁹ La diferencia es que a Velez se le puede elogiar, porque fue innovador al plantear normas sobre la renuncia de derechos en general, que no existían en otros códigos, como bien dice Ossola, en la obra ya citada, pág 289 “Cabe, pues, reconocer la existencia de una solución legal de avanzada para el momento histórico en que fue sancionado el Código Civil”.

ubicados, y deberían estar incluidos en la legislación de los actos en general, ya que es posible legalmente renunciar a cualquier derecho subjetivo”¹⁰

Tomar un concepto de renuncia de la doctrina es difícil, si bien todos coinciden en lo fundamental o sea en el abandono o abdicación por un acto voluntario, luego se dan los desencuentros, en cuanto a si es unilateral o bilateral, gratuita u onerosa, su ámbito de aplicación, etc, por partir de lugares distintos y hacer más o menos amplio el concepto de renuncia, por eso es tan útil recurrir al concepto de acto abdicativo, y partir de allí, donde estaría este punto de coincidencia, y marcar claramente la diferencia con otros actos abdicativos.

Veamos la definición que da Ossola, que dice así: “La Renuncia de los Derechos es el acto jurídico abdicativo unilateral y gratuito, generalmente sin efecto traslativo, en el que su otorgante tiene por fin inmediato la pérdida de un derecho del que es titular, o una facultad emergente del mismo, y que en el primer caso produce la extinción de la relación jurídica”¹¹

De esta definición, y siguiendo también a Ossola¹², surge entonces que:

- 1) Se trata de un acto jurídico: O sea un acto voluntario (discernimiento, intención y libertad), lícito.
- 2) Es un acto abdicativo.
- 3) El fin inmediato exclusivo es la pérdida
- 4) No se indica si es inter vivos o mortis causa (pues puede darse en ambos tipos)
- 5) Se señala que generalmente no tiene efecto traslativo (pues hay casos excepcionales donde a la renuncia de derechos se sigue una transmisión del derecho renunciado, aunque por imperio de ley, y no por la intención de su otorgante.
- 6) Se indica que su objeto es, o bien un derecho del que es titular, o una facultad emergente del mismo.

¹⁰ MOISSET DE ESPANES, Luis, “Curso de Obligaciones”, T.3, pág 148.

¹¹ OSSOLA, Federico Alejandro, “Tratado de la Renuncia de los derechos y las obligaciones”, La Ley 2012, Tomo I Pág 291.

¹² OSSOLA, Federico Alejandro, “Tratado de la Renuncia de los derechos y las obligaciones”, La Ley 2012, Tomo I Pág 291/292 (haciendo un pequeño resumen).

La definición también dice que es un acto unilateral

Hay que aclarar que los negocios jurídicos unilaterales son aquellos que “para formarlos basta con la voluntad de uno solo centro de intereses, son bilaterales cuando requieren el consentimiento unánime de dos o más centros... Los contratos son por definición, siempre negocios bilaterales. Cuando se habla de contratos pueden ser unilaterales o bilaterales, se utilizan los calificativos en otra dirección. No se tiene en cuenta el momento de formación, sino los efectos que se derivan”¹³

Evidentemente que tener un punto de partida distinto en cuanto a la amplitud del término renuncia, va a influir en el tema, ya que si tratamos de renuncia a todo acto abdicativo, vamos a encontrarnos efectivamente con actos bilaterales, pero como ya dijimos, la renuncia es una especie de acto abdicativo, diferente a la transacción, la donación, la rescisión, a la novación, etc.

De todas maneras es discutido en doctrina el tema, y si bien la tesis mayoritaria apoya la idea de que es un acto unilateral, hay quienes sostienen que es un acto bilateral y algunos hablan de contrato. Hay que aclarar que quienes sostienen esto, o sea la renuncia como acto bilateral, lo hacen en materia de derechos de crédito, porque hacen la distinción en relación a los derechos absolutos, y los derechos relativos, dejando claro que siempre en el primer caso es unilateral la renuncia y en el segundo caso bilateral.

Para entender porque la renuncia es siempre unilateral, debemos contestar una pregunta que nos despejará todas las dudas: ¿“es necesaria la aceptación de un tercero para renunciar a un derecho”?¹⁴

Nuestro nuevo Código, ahora civil y comercial, no ha dado claridad en el tema, sino todo lo contrario, vuelve a insistir con dar dos normas contradictorias, similares a las establecidas en el 868 y 875 de Código de Velez. Más allá de hablar en el art 945 de renunciaciones onerosas o gratuitas, entrando ya en otros actos jurídicos abdicativos, dice el “*ARTÍCULO 946.- Aceptación. La aceptación de la renuncia por el beneficiario causa la extinción del derecho.*” Y por otro lado dice el “*ARTÍCULO 947.- Retracción. La renuncia puede ser retractada mientras no haya sido aceptada, quedando a salvo los derechos adquiridos por terceros*”.

¹³ LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, “Teoría de los Contratos” Parte General, 2da Edición Ed Victor P de Zavalía, 1975, Pág 55.

¹⁴ OSSOLA, Federico Alejandro, “Tratado de la Renuncia de los derechos y las obligaciones”, La Ley 2012, Tomo I Pág 297.

Pareciera ser necesaria la aceptación, con estos artículos. La doctrina anteriormente se basaba en el 868 del Cod de Velez que decía “hecha y aceptada la renuncia, la obligación queda extinguida”, así Llambías entiende que “dicho texto subordina claramente la eficacia extintiva de la renuncia a la aceptación del deudor. Por ello a contrario sensu, el rechazo de este último no causa la extinción de la obligación...se trata de de una liberalidad (art 1791 inc 8º), y siendo ello así no es posible prescindir del consentimiento del beneficiario... La consecuencia es importantísima, pues hasta que sobrevenga la aceptación del deudor, el crédito permanece incólume en el patrimonio del acreedor, y es pasible de embargo por los acreedores de este último”¹⁵ Otros como Wayar hablan de oferta contractual, por lo tanto queda en el régimen de toda oferta, mientras no haya sido aceptada, puede ser retractada.

Ossola nos da los argumentos en contra de estas posturas, para poder decir que siempre la renuncia es unilateral, que podríamos resumir en los siguientes puntos.

- 1) “La renuncia del derecho es el reverso del contenido del derecho subjetivo, si éste permite obrar y exigir para la satisfacción de los intereses jurídicos a la inversa, la facultad de disponer implica la posibilidad de deshacerse de él”¹⁶ No se condice con la naturaleza de las cosas que desprenderse de algo que me reporta solo beneficios, quede prohibido por el ordenamiento que está llamado a protegerme para lograr el mismo. Los meros deberes de conducta del acreedor con relación al deudor, no lo ponen en pie de igualdad, esos deberes son establecidos para tutelar la posibilidad de liberación del deudor. “Ello importa desnaturalizar a la obligación, colocando al interés del deudor (de liberarse) en un mismo rango que el interés del acreedor (de hacer efectivo su crédito), o más bien en un rango superior, ya que se atribuye al deudor la potestad de decidir si quiere o no liberarse.... estaríamos dando primacía a la posición jurídica pasiva por sobre la activa, lo cual no condice con la realidad, es que el

¹⁵ OSSOLA, Federico Alejandro, “Tratado de la Renuncia de los derechos y las obligaciones”, La Ley 2012, Tomo I Pág 299.

¹⁶ OSSOLA, Federico Alejandro, “Tratado de la Renuncia de los derechos y las obligaciones”, La Ley 2012, Tomo I Pág 309.

acreedor que renuncia, en definitiva, no puede ser forzado a aceptar el pago.”¹⁷

2) Hay casos que no tendrían una respuesta adecuada si siguiéramos la tesis de la bilateralidad: a- Renuncia no aceptada, con juicio de consignación a continuación, ¿se podría obligar a recibir el pago y es más a cargar con las costas?; b- Caso de obligaciones con sujeto indeterminado, ¿tendrá que esperar que aparezca el deudor para poder concretar su renuncia?, c- No podría renunciar a mi derecho, salvo que lo judicializara, puesto que presentada la demanda puedo desistir sin necesidad de conformidad de la otra parte., d- Hay renunciaciones tácitas, (establecidas por ley), en estos casos la ley no requiere aceptación, o sea que dependería de la forma, para saber si la renuncia es unilateral o bilateral.

3) En cuanto a la letra de la ley, los artículos no hablan nunca de una oferta de renuncia. Pero esa no es la parte más fuerte del argumento, sino en la parte del art 947 que habla de “que quedan a salvo los derechos adquiridos por los terceros”, o sea no se trata de derechos condicionales, sino que ante la simple renuncia sin aceptación ya los terceros adquieren derechos, si fuera solo una oferta, no sería aplicable esta norma. “Configuraría un absurdo conceptual, el acto inexistente que produce efectos jurídicos”¹⁸

“Para nosotros, y cualquiera sea el derecho que se renuncia, no cabe duda alguna que en su esencia la renuncia de los derechos es un acto unilateral... la regulación expresa de la renuncia de las obligaciones no responde de manera adecuada a la verdadera naturaleza de las cosas, a la esencia misma de la Institución y desnaturaliza a la obligación misma, porque se presta a interpretaciones ambiguas”¹⁹

¹⁷ OSSOLA, Federico Alejandro, “Tratado de la Renuncia de los derechos y las obligaciones”, La Ley 2012, Tomo I Pág 312.

¹⁸ SALVAT, Raymundo M, “Tratado de Derecho Civil Argentino – Obligaciones en General”, tomo III, Pag 566.

¹⁹ OSSOLA, Federico Alejandro, “Tratado de la Renuncia de los derechos y las obligaciones”, La Ley 2012, Tomo I Pág 325.

“La aceptación contemporánea de la renuncia no obsta a que continúe siendo unilateral, pues aún en tal caso, dicha aceptación no constituye un requisito de validez del acto, sino que su efecto es impedir una posterior retractación”²⁰

Para entender el efecto propio de la aceptación del deudor, o sea solo la no retractación de la renuncia, hay que hacer la comparación con otros derechos, los derechos absolutos. Allí vamos a comprender el por qué. Cuando un sujeto abandona una cosa mueble, por ejemplo cuando saco a la vereda para que se lleve el servicio de recolección de residuos una silla rota o cualquier persona que pase, estoy renunciando a mi derecho de dominio sobre la misma, y por un tiempo tendré la posibilidad de arrepentirme, ir buscarla y entrarla. Pero si alguien pasó la buscó y se la apropió, ya no tengo la posibilidad de arrepentirme. No es que yo sigo siendo dueño hasta que el tercero se apropie, sino que dejé de ser dueño y por eso el otro se lo puede apropiar, pero aunque dejé de ser dueño, no me obligué con nadie a esa conducta, y volver atrás con la misma no daña a nadie.

Por último dice también la definición que la renuncia es un acto gratuito

“Es de esencia misma de la renuncia la circunstancia de que su otorgante no recibe contraprestación alguna a cambio del acto que otorga. Cuando esto ocurre, podrá estarse en presencia de otro acto abdicativo, pero nunca podrá predicarse la existencia de una Renuncia de Derechos stricto sensu.”²¹

Así Llambias aunque habla de renunciaciones onerosas y gratuitas como dice la ley, aclara que la figura típica de la renuncia es la gratuita, en el otro caso, “según sea el objeto de la prestación regirán, en lo pertinente las reglas de la compraventa, o la permuta”²²

Hay autores que no permiten esta distinción de onerosos y gratuitos, en los actos unilaterales, o sea ellos son siempre neutros, pero Ossola, opina que si es posible la clasificación, pone como ejemplo al legado con cargo. A su vez distingue

²⁰ OSSOLA, Federico Alejandro, “Tratado de la Renuncia de los derechos y las obligaciones”, La Ley 2012, Tomo I Pág 315.

²¹ OSSOLA, Federico Alejandro, “Tratado de la Renuncia de los derechos y las obligaciones”, La Ley 2012, Tomo I Pág 327.

²² LLAMBIAS, Jorge Joaquin, “Tratado de Derecho Civil – Obligatorias”, Tomo III, Pág 151.

la gratuidad de la liberalidad, que no son lo mismo, aunque la liberalidad sea siempre gratuita, ella supone una intención de beneficiar a otro, en cambio, en la gratuidad no tenemos que ver la intención, sino la circunstancia objetiva, si hay contraprestación o no la hay.

Por mi lado, no me gusta hablar de contraprestación, pues es posible confundir a ella con una obligación principal (o sea interdependiente y recíproca con otra, la actuación del otro sujeto), y por ende ver no solo en ello un contrato sino un contrato bilateral, me gusta hablar como dice Lopez de Zavalía de ventajas y sacrificios, dice este autor, en relación a los contratos gratuitos, “es el contrato que proporciona una ventaja a uno de los contratantes sin sacrificio correlativo de su parte, oneroso en caso contrario.”²³ Por lo tanto el acto de la renuncia no debería estar acompañada de ninguna ventaja para el renunciante, es solo sacrificio de su parte.

La renuncia es así un acto abdicativo diferente a otros actos donde hay voluntad abdicativa, como la transacción, la donación, la rescisión, etc. “La renuncia se limita a aquellos actos en los que únicamente se abandona un derecho (o alguna facultad emanada del mismo), sin recibir nada a cambio, y sin la intención de transmitir a otra persona el derecho abdicado, aunque ello se produzca por imperio de la ley”²⁴.

El caso del cargo, que es lo único que nos podría poner en esta situación, es difícil de aplicar aquí, como nos dice el Código (art 354) el cargo es una obligación accesoria impuesta al adquirente de un derecho o mejor como dice Alterini “es una obligación accesoria y excepcional con la que se grava al adquirente de un derecho.”²⁵. Esto de que es excepcional quiere decir que: “no es propia del acto jurídico en el que fue impuesto; por ejemplo en la compraventa, el pagar el precio es una obligación propia, ordinaria del acto, pero la instalación de la escuela es extraña

²³ LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, “Teoría de los Contratos” Parte General, 2da Edición Ed Victor P de Zavalía, 1975, Pág 58.

²⁴ OSSOLA, Federico Alejandro, “Tratado de la Renuncia de los derechos y las obligaciones”, La Ley 2012, Tomo I Pág

²⁵ ALTERINI, Atilio Anibal, “Curso de Obligaciones”, Tomo II, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires 1992 pág 55.

al contrato de compraventa y por ello configura un cargo”²⁶ Como dice Salvat es “una obligación extraña a su naturaleza”²⁷ y el da el ejemplo de levantar un monumento artístico en una compraventa, o sea que se la puede ver como cargo a una obligación aunque no se la nombre como tal específicamente.

El problema del cargo en relación a la renuncia pasa por la conexión que se realiza entre el renunciante y el beneficiado, cuando en realidad no la tengo, o sea pensemos así como en materia de derechos absolutos, si alguien adquiere un derecho (nudo propietario cuando el usufructuario renuncia o para ver mejor la desconexión el que abandona una cosa mueble y otro se la apropia) lo hace por imperio de la ley y no por voluntad del renunciante, por esa razón no puede ser el renunciante quien le imponga un cargo a este sujeto, sino en todo caso la ley, si en un instrumento los conecto y el adquirente acepta un cargo, estoy en realidad en un acto bilateral, y no solo eso sino diría que es una contrato conmutativo, hasta dejaría de ser cargo.

Es cierto que es más difícil ver que también existe esta desconexión en materia de derechos personales, o sea cuando se renuncia a exigir el cumplimiento de una obligación. El deudor, por imperio de ley ya tiene este derecho a no cumplir, lo único que hace al aceptar es impedir que el acreedor pueda arrepentirse. Pero insistimos que el problema es la conexión, puesto que esta vinculación entre el renunciante que tendría derecho a exigir el cumplimiento del cargo y el adquirente del derecho (si es que podemos hablar estrictamente del deudor como adquirente de un derecho, aquí en realidad le esto dando fin al mismo), me saca directamente del ámbito en donde estoy, o sea un acto unilateral con una causa fin en la cual solo quiero desprenderme de este derecho, para situarme en un acto con otra causa fin, quiero desprenderme de este derecho para que alguien quede obligado a hacer otra cosa.

Además de este argumento que se podría discutir, como el cargo depende de la aceptación y la aceptación da la irrevocabilidad del derecho, pareciera llevarnos al mismo lugar que el cargo condicional en un acto bilateral, y más precisamente a un

²⁶ ALTERINI, Atilio Anibal, “Curso de Obligaciones”, Tomo II, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires 1992 pág 55.

²⁷ SALVAT, Raymundo M., “TRATADO DE DERECHO CIVIL ARGENTINO”, Obligaciones en General, Ed Tipográfica Editora Argentina, Sexta Edición, Bs As 1952, Pág616.

cargo condicional suspensivo, y en relación a estos hay que decir que la doctrina piensa que es muy difícil poder llegar a establecerlos sin que se pase necesariamente al acto bilateral y conmutativo. Así nos dice Compagnucci: “siguiendo el preclaro pensamiento de Trigo Represas, el único y verdadero cargo es el resolutorio, ya que el simple importa una mera obligación accesoria sin mayores consecuencias y el condicional suspensivo obra como “condición” y no como cargo”²⁸. Más allá de lo que señala Trigo Represas, en los suspensivos, es difícil de entenderlos, puesto que si se subordina la existencia del derecho a la ejecución del cargo, se confundiría esto a una relación bilateral conmutativa, “te doy esto si me das aquello” no hay la imposición de una obligación a quien adquiere un derecho, porque el derecho no se va a adquirir si previamente no se cumple el cargo, como hago para no confundirla con una contraprestación.

Por lo tanto si el acto de renuncia encierra una ventaja para el renunciante, en vistas de un sacrificio de otra persona, que puede ser el beneficiado por imperio de la ley, estamos en presencia de otro acto jurídico abdicativo, más no de una renuncia.

Partición excluyéndose del bien adjudicado.

Ya habiendo analizado los actos abdicativos en general y en particular uno de ellos como es la renuncia, vamos a analizar en este apartado, y dentro de este marco, una posibilidad, que puede darse en la partición extrajudicial de herencia, que es la autoexclusión de unos de los comuneros en la adjudicación de bienes de la herencia.

Ya sabemos que la Partición de Herencia podrá hacerse por vía judicial o extrajudicial, actualmente el Código Civil y Comercial, lo ha establecido en el ARTÍCULO 2369.- Partición privada. *Si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes.* Antes esta especie de partición se exigía hacer bajo la forma de escritura así el 1184 del código de Velez decía “Deben ser hechos en escritura pública.... 2ºLas particiones extrajudiciales de herencias, salvo que

²⁸ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “CONTRATO DE DONACIÓN”, Ed Hammurabi, Bs As 2010, pág 213.

mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión” lo que daba lugar a autores a hablar también de una partición mixta, hoy no tenemos esta norma de exigencia formal, pero el régimen general establece en el **ARTÍCULO 1017- Escritura pública. Deben ser otorgados por escritura pública: a. los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles.** O sea que en principio rige la libertad de formas, sin ya esta exigencia de homologar judicialmente el acuerdo, salvo en el caso de que en el objeto del acto partitivo hubiere inmuebles, en este caso el convenio privado solo sería un contrato que genera la obligación de realizar el acto por escritura pública art 969CCC y 285CCC.

A su vez la partición puede ser total o parcial, o sea que puedo hacer una escritura de partición extrajudicial de herencia o como dice el nuevo Código Partición privada en el cual realice la adjudicación de un solo inmueble de la herencia, y que en virtud de un acuerdo en instrumento privado le sea adjudicado a un solo heredero, dejando para más adelante, hacer la partición de otros bienes, también en virtud de ese acuerdo. Siempre por supuesto en el acto partitivo deben participar todos los comuneros, en este caso todos los herederos.

Vale la pena decir que este acuerdo en instrumento privado, tiene toda la fuerza de un convenio legalmente acordado para exigir su cumplimiento, así decía una fallo dedo por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del año 2009: “..el art. 3462 del Código Civil faculta a los herederos presentes y capaces a efectuar la partición por la forma y el acto que por unanimidad juzguen convenientes y cuando el negocio es instrumentado privadamente, para que adquiera eficacia debe ser presentado ante el juez del sucesorio (art. 1184, inc. 2) del fondal), quien controla los presupuestos que hacen procedente la partición privada y en su caso, la aprueba (art.726 del CPCC), empero tal supuesto de homologación en el sentido procesal, no constituye un recaudo de la ley de fondo y la circunstancia que se requiera su presentación ante el juez de la sucesión a los efectos de que éste ejerza el control de su legitimidad (que es función similar a la que desempeña el escribano en la denominada "sucesión extrajudicial), no se deriva que el convenio no sea vinculante para las partes y para el propio juez, en tanto se encuentren reunidos los presupuestos que atañen a la legalidad de la convención. Desde esta perspectiva, cobra real sentido la afirmación de que el convenio de partición adquiere carácter vinculante y por ende obligatorio entre quienes lo concluyeron sin que sea factible dejarlo sin efecto o retractarlo unilateralmente por voluntad de cualquiera de sus

firmantes (conf. Zannoni, E., "Derecho de las Sucesiones", T. I., págs. 666/668, Ed. Astrea, 1982)."²⁹

De todas maneras no es este el caso que nos trae problemas, porque en última instancia hay un convenio partitivo con partes similares que se puede traer como explicación y al que se puede hacer referencia en la escritura.

Otra cuestión diferente es cuando las hijuelas no son todas iguales y así Rubén Lamber dice que "recordamos lo expresado por Pérez Lasala, por ser aceptado en forma unánime por la doctrina y jurisprudencia en materia de partición extrajudicial "... tengamos presente que la partición extrajudicial puede encerrar lotes de diferente valor, dada la libertad absoluta que el art 3462 da a los partícipes. Si se podrá discutir si una partición así constituye una verdadera partición o es un acto de mutuas cesiones, pero lo cierto es que es un acto válido. No cabe pues, tachar de nula esa partición por encerrar valores diferentes para los adjudicatarios"³⁰

Pero dejemos de lado este tema, de que en lo general cuando hacemos partición privada, más siendo el Norte la partición en especie, no todas las hijuelas sean exactamente iguales, si configura esto por esa sencilla razón ver a la partición privada dentro de los actos abdicativos. El tema aquí en cuestión es la situación extrema o de máximo que es cuando, uno de los herederos no recibe nada en el acto partitivo.

Hay un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones, Sala H,³¹ en el cual se revoca la decisión del juez de primera instancia de no homologar un acuerdo privado de partición en el cual se adjudica el único inmueble de la herencia a uno solo de los herederos, estableciendo en el mismo que deberán formalizar la cesión de derechos hereditarios previa por escritura pública. Así en los considerandos dice que

²⁹ Partes: Pelliccioni Rosa Laura c/ Pelliccioni Mirtha Santina | partición de herencia Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala/Juzgado: G, Fecha: 29-may-2009 Cita: MJ-JU-M-45692-AR | MJJ45692

³⁰ LAMBER Rubén en Cuadernos de Apuntes Notariales N°3 Julio 1997 citando a Perez Lasala, José Luis y Medina, Graciela, Acciones judiciales en el Derecho Sucesorio, Pag 204, Ed Depalma, Bs As 1992)

³¹ Cámara Nacional de Apelaciones Sala H, en autos K., S.y H., A. N. s/ sucesión ab-intestato • 25/09/2013 Publicado en: LA LEY 21/11/2013 , 6 • LA LEY 2013-F , 314 • LA LEY 21/11/2013 , 6 • LA LEY 26/11/2013 , 8 • LA LEY 26/11/2013 , 8 • LA LEY 2013-F , 332 • DFyP 2014 (enero) , 123 con nota de Andrea Inés Podestá • LA LEY 20/02/2014 , 4

“Cuestionan los coherederos B. y J. D. K. H., lo dispuesto por el magistrado de grado en cuanto consideró que el escrito de fs. 72 titulado "Presentan acuerdo particionario" importa una cesión de derechos hereditarios e hizo saber que la misma debía hecha en escritura pública”. El tribunal resolvió “1) Revocar el decisorio apelado y en su mérito homologar el acuerdo particionario obrante a fojas 72; 2) Disponer que los herederos informen en autos cómo quedaron conformadas las hijuelas”

En otro fallo, en este caso de la Cámara Nacional de Apelaciones, Sala D³², lisa y sencillamente se resolvió revocar el fallo de primera instancia que negaba la homologación en un caso similar al anterior, o sea un convenio de partición con los dos únicos herederos en el cual se establecía la adjudicación del único inmueble a uno de ellos. En ese caso se argumentó que “2. La forma para la adjudicación y partición de los bienes de la sucesión queda a la libre elección de los herederos. Es que los únicos requisitos esenciales que prevee la norma citada son la capacidad de los herederos y la presencia de todos los interesados al momento de realizarse el acto jurídico mediante el cual se procede a la partición y adjudicación de los bienes de la sucesión, quedando a los herederos la forma y el acto que por unanimidad crean conveniente. Al ser ello así, cada uno dispone de lo suyo como quiere, dentro de la más absoluta libertad de contratar. Por ello se ha resuelto que habiendo conformidad todo es admitido, incluso la adjudicación en lotes desiguales sin compensación, porque el fin del acto es hacer a cada uno dueño exclusivo de lo que se le adjudica. 3 Esta posición ha sido receptada por el Código Civil y Comercial de la Nación, el que otorga la más absoluta libertad a los copartícipes en cuanto al contenido del acto, puesto que ha tomado partida por la regla de la flexibilidad y la amplitud para decidir en la materia. 4 En Autos ambos copartícipes, capaces mayores de edad, han puesto fin a la indivisión postcomunitaria al adjudicar a uno de ellos el único inmueble que compone el acervo hereditario, de ahí que no se advierta en la especie que se trata de una cesión de derechos hereditarios como lo establece el señor magistrado de grado. Sucede que ambos copartícipes pueden realizar la partición en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente”

³² Cámara Nacional de Apelaciones Sala D, en autos C,S.P c/D, A del C Expte 15934/ 2008 publicado en Semanario Jurídico 2240 del 09/04/16.

La justificación que dan ambos tribunales surge de la interpretación del antiguo 3462 y ahora del 2369, prácticamente iguales, en el sentido de que cuando el legislador dice que pueden hacer lo en la forma en que ellos deseen hacerlo no se refiere al tipo de instrumento que deben utilizar, puesto que esto está determinado por la normas generales: escritura pública cuando hay inmuebles e instrumentos privados en caso contrario³³, y entonces se refieren a que pueden hacer la división como a ellos les resulte conveniente.

Nuestro gran maestro Ventura con un mismo argumento pero centrándose en el pasaje que dice “por el acto que por unanimidad juzguen conveniente” entiende que el legislador “confiere plena libertad a las partes para acordar la distribución como crean convenir, sin importar siquiera que la distribución sea equitativa o igualitaria en cuanto a los valores de los bienes adjudicados a cada uno. Recordemos que el precepto del art. 3462 exige plena capacidad, presencia y acuerdo; en razón de lo cual no es dable suponer que la equiparación de valores en la distribución fuera a atentar contra el derecho de las partes ni el orden público. Rige aquí, y plenamente, la autonomía de la voluntad (art. 1197 del Código Civil). El acto de adjudicación, por más que esté referido al destino patrimonial de una sucesión hereditaria, no deja de ser un contrato en el que, como en todos, pueden existir cláusulas que impliquen liberalidades: desapego de los bienes por parte de algunos herederos e interés material y particular de otros. Un claro ejemplo sería que uno de los herederos quede con el único bien de la herencia y el otro no se lleve nada para su patrimonio particular. No hay en este ejemplo nada que implique injusticia ni ilegalidad, cada cual llevó lo que quiso a su patrimonio obrando con plena capacidad y libertad. Ocurre que una vez fallecido el causante los derechos de cada heredero, sean ciertos o eventuales, son objetos negociables como cualquier otro (art. 953 del Código Civil), y por ende pueden caer en el marco de las liberalidades de un heredero respecto de los otros, supuesto que se daría en el ejemplo que dimos más arriba. Esto último merece nuestra especial atención, dado que es común estimar que las porciones en la partición extrajudicial deben ser idénticas ya que las legítimas son de orden público y por esa causa no podrían ser alteradas ni objeto de pacto alguno en los contratos. No es así; lo que se prohíbe de manera categórica en los arts. 1175 y 3599 del Código Civil es pactar sobre la

³³ Es más antes la ley establecía específicamente la forma de escritura pública para la partición extrajudicial de herencia o sea que menos sentido tenía la norma aún si se refería a forma instrumental.

herencia y la legítima futura, es el “vetum mortis” que se condenaba con la nulidad en el derecho romano por especular con el fallecimiento del pariente; pero una vez fallecido el causante, los derechos de los herederos ya están legítimamente en el comercio.”³⁴

A este último argumento que da Ventura podemos agregarle, con el nuevo Código en la mano, que la ley específicamente dice en el Art. 2449 que es “irrenunciable la porción legítima de una sucesión aún no abierta”, por lo tanto a contrario sensu es totalmente renunciabile la legítima cuando la sucesión está abierta, nada me obliga a adjudicarme en esa proporción establecida por ley como mínimo, nadie me obliga a accionar para reclamarla.

Necesidad de Justificación

Vemos entonces la posibilidad de hacerlo, no parece ser materia de discusión jurisprudencial, sin embargo una de las cámaras afirma como necesario que se de a conocer como se establecieron las hijuelas, y en nota a ese fallo Andrea Inés Podestá, entiende como correcto esta parte de la resolución, para evitar posibles nulidades el día de mañana, sino se menciona o se establece un justificativo, sin explicarnos porque podría haber una nulidad. Sin embargo Capparelli citando a Perez Lazala menciona también que “Ordinariamente la partición respeta el principio de igualdad pero esa igualdad no debe ser matemática, o sea exacta. Puede haber diferencias entre los lotes que se asignen. De todas maneras una desigualdad considerable podría dar lugar a un planteo de nulidad, aunque nuestro código no establece en qué proporción debe haberse violado este principio”. Vamos a ver más adelante si hay posibilidades de pedir la nulidad o no de la partición, pero este pensamiento está presente en muchos colegas que en materia notarial aconsejan en estos casos realizar una previa cesión de derechos hereditarios, que justifique la adjudicación exclusiva a uno de los herederos del único bien de la herencia.

Y entonces nos preguntamos ¿se necesita justificar de alguna manera estos convenios de partición? ¿Hay necesariamente otro negocio que subyace en el fondo de este convenio que no se da a conocer? ¿Tendrá el mismo resultado hacer esta cesión de derechos previa a la partición, para adjudicarle el único inmueble a este heredero?

³⁴ VENTURA Gabriel B., “Sucesión Mortis Causa Extrajudicial”, trabajo presentado en la XVIII Jornada Notarial Argentina, Rosario 2008..

Evidentemente no es lo mismo realizar una cesión de derechos hereditarios previa al acto de partición, a realizar directamente la partición adjudicando el inmueble a uno de ellos, pues la cesión de los derechos hereditarios hace que el heredero, transfiera todos los derechos hereditarios a favor del otro coherero, y si bien se puede pensar que este es el único bien que existe en la masa indivisa, puede mañana conocerse la existencia de otro bien que no se tenía en cuenta, y con la cesión de derechos hereditarios el cedente perdió la oportunidad de pedir la adjudicación del mismo. Con relación a la posibilidad de realizar una cesión de derechos hereditarios sobre bien determinado, entendemos que no es posible, más hoy en día por la misma letra de la ley (Art 2309), en sentido que un contrato así realizado no se rige por las normas del título de la cesión de derechos hereditarios, sino por las reglas del contrato que corresponda (compraventa, donación, etc) subordinando su eficacia a que el inmueble le toque en la partición. Para el caso sería complicado entender, puesto que para que tenga eficacia debe ser adjudicado a quien era cedente, y aquí estaríamos realizando todo lo contrario, se estaría adjudicando en su totalidad al cesionario. En realidad el artículo tiene la idea de que el contrato tiene que ser calificado como contrato de donación, compraventa, etc bajo la condición suspensiva de que le sea adjudicado al cedente el inmueble y en ese caso, queda convalidado por la adquisición del dominio sobre el mismo. En el caso entonces no nos sirve para justificar la adjudicación a uno solo del inmueble de la masa.

Porque pensar solo en el caso de la cesión de derechos hereditarios, también podría haber una renuncia encubierta. La ley me da la posibilidad de renunciar a la herencia, y en ese caso acrecen en su porción los restantes coherederos, sin embargo aquí no sería posible una renuncia estrictamente hablando, puesto que de la participación misma del heredero o sea su aceptación, no podría formularla, pero algunos en doctrina, ven la posibilidad de realizar la renuncia a los derechos hereditarios que da la aceptación, en este caso el acto podríamos decir no que está encubriendo una cesión de derechos hereditarios, sino una renuncia, que permitiría acrecer sus derechos a los demás comuneros. O sea un acto a título gratuito, que no es una liberalidad para beneficiar a alguien en concreto. Sin embargo realizar este acto, también nos dejaría sin la posibilidad de pedir la partición y adjudicación de otros bienes que puedan ser encontrados en la herencia del difunto.

Porque pensar que el acto partitivo así realizado, encierra otro acto, o que es la suma de otros actos. Porque no poder pensarlo como un acto jurídico distinto, especial, con su propia normativa, porque es un contrato tipificado por la ley, si bien podremos necesitar interpretar las normas y buscar en figuras afines, no por ello vamos a destrozar su naturaleza. Así por ejemplo a la división de condominio debo aplicarle estas normas de la partición y no las de la permuta. Así cuando Lopez de Zavalía hablaba de la estipulación a favor de terceros y demostraba su no asimilación a otras figuras decía “si no se asimila a otras instituciones, es simplemente porque es una institución distinta. Peor es explicar por la vía de la asimilación para luego constatar que se llega a un resultado que no es el que corresponde.”³⁵

Conociendo la figura más en profundidad

Creo que para entender este margen de amplitud que tiene el acto de partición, esta no necesaria justificación, y esta no existencia de un acto tácitamente incluido, tenemos que conocerlo un poco más.

Me interesa ver o entrar aquí en algo un poco más profundo, y desde estos conceptos ahondar en la causa. Si bien este es un tema espinoso, porque el término es bastante equivoco, nos puede dar un poco de luz para comprender que es un acto partitivo, porque indagar en la causa es preguntarnos en su por qué, en la razón de ser. En esto voy a seguir al clarísimo Lopez de Zavalía quien nos dice que “Siguiendo las huellas de Aristóteles, la escolástica distinguió cinco tipos de causa, cada unas de las cuales da una razón de ser. Así por ejemplo, si indagamos sobre la razón de ser de la Venus de Milo, podemos preguntarnos por su causa eficiente (el ignorado artista que la esculpió) por su causa material (el mármol), por su causa formal (su aspecto exterior, que la hacer tal estatua y no un simple trozo de mármol), su causa ejemplar (el modelo que posó para el artista), su causa final (la gloria, la belleza...) Lo mismo parece que pueda predicarse del negocio en cuanto por ejemplo, nos preguntamos por la causa por la cual la ley aprecia un determinado contrato, hasta el punto de poner los organismo judiciales y la fuerza pública, a

³⁵ LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, “Teoria de los Constratos” Parte General, 2da Edición Ed Victor P de Zavalía, 1975, Pág 341.

disposición de los contratantes: a) La causa eficiente del contrato tiene su papel, pues la voluntad debe estar exenta de vicios y emanar de sujeto capaz. b) Otras veces la Ley estima la causa material. Sin entrar en disquisiciones sobre materia primera y segunda, podemos entender la causa material el contenido del contrato. c) otras, lo valora por su causa formal, intensamente como acontecía con la stipulatio romana, cualquiera que fuere su contenido, o exigiendo una forma determinada para ciertos contratos (v. g. : que sean hechos por escritura pública). d) Otras, lo aprecia por su causa final, en cuanto al contrato sirve, v.g.: para una determinada operación económica de la vida, siendo utilizado como instrumento para ese destino. e) Y lo aprecia también por su causa ejemplar, calificándolo, v.g.; de típico o atípico según corresponda o no a un determinado modelo.”³⁶

Por supuesto que no solo podemos hablar de causas de un contrato, sino también de causas de las obligaciones contenidas en el mismo, pero para tratar de circunscribirnos a lo que nos interesa y que nos puede dar algún beneficio para entender nuestro tema, vamos a ir a la causa fin. Para una concepción objetiva la causa fin es el “fin abstracto, inmediato rigurosamente idéntico en todos los actos jurídicos correspondientes a una misma categoría, que persiguen fatalmente el autor o los autores de un acto jurídico determinado. Al ser estimada la causa como el fin que persigue el autor de un acto, pareciera tener una tonalidad psicológica y subjetiva. Pero en definitiva, al concebirse como siempre idéntico para cada categoría será siempre igual, cualquiera que sea la persona de los contratantes. Se sostiene así que en los contratos bilaterales, la causa de la obligación de una de las partes es siempre la obligación de la otra, por ejemplo en el contrato de compraventa, la causa de la obligación del comprador de pagar el precio reside siempre en la obligación asumida por el vendedor de entregar la cosa. En las liberalidades, la causa consiste únicamente en el ánimo de beneficiar, y así la donación queda explicada por el animus donandi.... El motivo (causa ocasional) en cambio es el fin concreto de interés general o de interés privado, que más allá de un acto jurídico de terminado y por medio de este acto, sus autores se esfuerzan en alcanzar... susceptible de variar en actos jurídicos pertenecientes a la misma categoría. La variabilidad del motivo lo ubica dentro de un terreno esencialmente subjetivo y por ello mismo se le niega el carácter de causa y se lo declara irrelevante para el Derecho”. Sin embargo esta posición objetiva de la causa fin tiene sus

³⁶ LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, “Teoría de los Contratos” Parte General, 2da Edición Ed Victor P de Zavalia, 1975, Pág 230.

inconvenientes, así el mismo Lopez de Zavalía continúa diciendo: “Para que la utilidad de la concepción causalista pueda subsistir en materia de causa ilícita, nos parece que es preciso que de algún modo se separe del campo de los motivos algún sector y se lo introduzca dentro del concepto de causa. Tal es, nos parece, lo que acontece cuando el motivo es conocido por ambas partes y determinante común del contenido contractual, como cuando se alquila un inmueble con destino a casa de tolerancia, lo que explica su precio... La concepción subjetiva de la causa tiene el mérito de introducir parte de los motivos en el tema causal, y con ello permitir un amplio examen de los jueces sobre la moralidad del acto. Cuando se une con la concepción objetiva, formando una vertiente subjetiva-objetiva, reúne los méritos de ambas, pues la objetiva juega un gran papel cuando se trata de problemas como el de la exceptio non adimpleti contractus, y el pacto comisorio.”³⁷

Así nuestro Código Civil y Comercial nos dice en el Art *Causa. La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes.*

Ahora veamos entonces cual es la causa fin de este convenio. Enseña calificada doctrina que la transmisión hereditaria opera en dos niveles, el de adquisición de la herencia como universalidad y, en una segunda etapa, el de la adquisición de determinados bienes a título singular, circunstancia que sólo se opera en el momento de la partición.³⁸ No tenemos un concepto de partición en el Código Civil y Comercial, podemos tomar algunos de los que vimos antes, como dice Borda “La partición es... 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”³⁹ esta definición más bien nos explica, en un cómo o sea en que consiste la partición, o sea determinando los bienes concretos que corresponde a cada comunero, pero esta otra definición que dice “La partición es el negocio jurídico que pone fin a la comunidad hereditaria, mediante la distribución del activo neto hereditario entre los coherederos, determinando el haber concreto de

³⁷ LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, “Teoría de los Contratos” Parte General, 2da Edición Ed Victor P de Zavalía, 1975, Pág 236.

³⁸ ZANNONI, Derecho de las Sucesiones. T.I p.463

³⁹ Borda, Guillermo. “Manual de Sucesiones, n° 352, p. 209.

cada uno”⁴⁰ es aún más clara porque me muestra la causa fin (en su parte objetiva), que es justamente el fin inmediato de este acto jurídico, o sea terminar con esta comunidad hereditaria. Así dice el código en el art 2363 cuando habla de la acción de la partición “La indivisión hereditaria solo cesa con la partición”, o sea el fin es que cese esta situación en la que me encuentro, que es de por si transitoria, poder terminar con mi participación en esta comunidad, que me relaciona con otros sujetos, esta es la verdadera causa final de este acto jurídico partitivo. El fin de este acto jurídico es “extinguir” una situación jurídica.

Sin embargo en este caso en particular no solo se quiere terminar con la universalidad jurídica, con la comunidad, sino que el sujeto está abandonando lo que le corresponde de esta comunidad en este bien concreto, eso surge del acto mismo, esto no va en contra de la causa fin. No solo quiere terminar con la comunidad, sino que no quiere nada en este bien en particular. Por eso colocamos a este acto dentro de los actos abdicativos.

Así en los casos analizados de jurisprudencia, el hermano que no recibió parte del inmueble, ni ningún otro bien, otorgó el convenio estando ajustado a derecho, porque con esto basta para tener causa. El motivo particular o ese segundo fin buscado (causa ocasional) que es muy subjetivo puede ser muy variado, quizás buscaba beneficiar a su hermano, y por lo tanto el acto toma un tono de liberalidad por un reconocimiento o agradecimiento hacia el otro hermano, por un simple acto de caridad por la situación económica del mismo, pero quizás no, a lo mejor su fin principal es no tener que ver más a su hermano, no compartir reuniones para ver cómo administrar el bien, o no tener que llevar adelante una venta y estar compartiendo esta posición de vendedor con el hermano, o sea quizás no le interesa quedarse con nada de esa sucesión, simplemente quiere que se termine. Algunos se preguntarán porque aceptó entonces la herencia, quizás porque no se dio cuenta y lo hizo en forma tácita, quizás, porque quiso controlar que se le pagara bien a cada acreedor y no se manchara el nombre de su padre, etc.

Por otro lado este análisis de la causa me hace ver que esta autoexclusión no encierra de por si una liberalidad, porque el motivo quizás no sea beneficiar al hermano, sino simplemente quitarme un problema de encima, y en esto podemos

⁴⁰ CAPPARELLI, Julio César, “Cesión de derechos hereditarios o partición”, La Ley publicado el 20/02/14 citando a Perez Lazala

decir que es similar a la transacción, en cuando a que lo abdicativo en ella tiene por fin dejar atrás un conflicto, cuando decimos que es un acto abdicativo es porque yo pierdo algo que entiendo tengo derecho a reclamar, pero no lo hago con la intención de beneficiar a la otra parte, es más, lo más probable es que aborrezca a ese otro sujeto y lo que menos quiero es tener una liberalidad con él, pero mi fin es terminar con el conflicto, con el pleito. El caso más común en este sentido es cuando aplico estas normas en la partición de los bienes de la sociedad conyugal por divorcio, uno de los cónyuges, quizá deje la casa que fue sede de la vivienda familiar al otro, y muchas veces esto no es realizado con ánimo de beneficiarlo, sino simplemente, para terminar con un estado conflictivo. Pues bien podemos pensar entonces que este acto de partición comparte una naturaleza bastante similar en algún aspecto, y entonces también podríamos decir que la partición es siempre un acto abdicativo, puesto que es imposible conjugar todas las pretensiones de los comuneros de por sí (ya que el principio es liquidar en especie, son raros los casos en que se llegue al remate para repartir el dinero) y no da lo mismo quedarse con un bien que con otro, así como toda decisión ante distintas opciones significa una renuncia a la no elegida, y un sacrificio de mi parte.

¿Se trata de un acto gratuito? aquí estamos en una mejor situación para evaluarlo que en la renuncia, porque es un acto bilateral, de todas maneras se nos complica un poco por el efecto declarativo del acto, entendiendo que al heredero le llega todo del causante y no de sus comuneros, o sea en realidad se podría decir que los beneficios los recibe del causante, o que no hay sacrificios de parte del comunero puesto que nunca fue propietario del bien que se le adjudicó a otro. Sin embargo vemos que hay un sacrificio por parte del comunero que se autoexcluye y no recibe nada en relación a este bien, y en eso no cabe duda que es para él un acto gratuito no recibe ventaja alguna. Pero el beneficio que recibe el otro no es necesariamente consecuencia de la decisión del autoexcluido, sino más bien de la vocación al todo que le asigna la ley, similar al caso de la renuncia, cuando la traslación del derecho opera en virtud de ley. No hay una relación directa entre mi sacrificio y su ventaja. Y en esto vuelvo a traer el ejemplo de la transacción, que vemos claramente como un acto abdicativo, porque en ese negocio jurídico, los dos hacen sacrificios, para terminar el pleito, pero lo que cada uno obtiene no lo es gracias al sacrificio del otro, sino que se entiende le correspondía, no reciben beneficio alguno salvo terminar el pleito, y desde este punto de vista es un acto gratuito. Así, si tenemos un conflicto con mi vecino de límites y yo entiendo que hay

10Has que son más y mi vecino pretende las mismas 10Has porque entiende que son suyas, el llegar a un arreglo para que yo me quede con 5Has y el con otras 5Has, es simplemente una renuncia a 5Has en mi pretensión, pero las otras 5Has no las recibo de mi vecino, sino que son más, me pertenecen de antes de la transacción (aunque hubiere estado discutida su propiedad).

El heredero no tiene la posibilidad de renunciar a la herencia una vez aceptada, pero aquí vuelve a tener el derecho de abdicar, cuando el derecho se va a hacer concreto en lo singular. Lo importante de este análisis es que aunque establezcamos que hay un acto gratuito, no por ello podemos ver la liberalidad, el *ánimus donandi*, no está implícito de por sí en el acto, pues su causa fin es terminar con la indivisión y en este caso en particular abdicando en su totalidad al derecho sobre ese bien en particular.

No permitir la adjudicación de esta forma, o sea autoexcluyéndose, sería también ridículo, puesto que la ley misma permite como vimos la renuncia en el condominio, entonces, si la ley prohibiera establecer partes desiguales, solo obligaría a realizar la adjudicación en condominio y acto seguido el heredero, transformado ahora en condómino, renunciar a su derecho como tal. Y en este caso por supuesto, tampoco veríamos la liberalidad en el acto con ínsita.

La lesión

Uno de los temas que me hacía ruido, era el tema de las nulidades que se podrían plantear a un acto de partición, pero evidentemente como todo acto puede ser pasible de ineficacia, por vicios de la voluntad (violencia, dolo, error) o del acto jurídico (simulación, fraude). *ARTÍCULO 2408.- Causas de nulidad. La partición puede ser invalidada por las mismas causas que pueden serlo los actos jurídicos.* Lo importante es que a renglón seguido me da la posibilidad de no aniquilar el acto, sino dejarlo subsistente y modificarlo, así dice “El perjudicado puede solicitar la nulidad, o que se haga una partición complementaria o rectificativa, o la atribución de un complemento de su porción”.

Sin embargo, el vicio que para mí no correspondía para este acto jurídico en particular es el de lesión, pero el Código civil y comercial nos habla de la lesión, dice el *ARTÍCULO 2410.- Casos en que no son admisibles las acciones. Las acciones previstas en este Capítulo no son admisibles si el coheredero que las intenta*

*enajena en todo o en parte su lote después de la cesación de la violencia, o del descubrimiento del dolo, el error o la **lesión**.*

Entiendo que en principio no rige para la partición la posibilidad de este vicio, en virtud de todo lo que estamos hablando, o sea no rige el 332 (anterior 954), porque lo primero que uno entiende es que se trata de un acto neutro ni oneroso ni gratuito, y si de todas formas lo clasificamos de alguna manera solo podríamos considerar a la partición extrajudicial como que siempre encierra un acto abdicativo gratuito, (al menos en relación al autoexcluido), nunca un acto oneroso por lo tanto no es posible la existencia de lesión. No “puede pensarse que tenga cabida la lesión en los actos a título gratuito, aunque allí – como en la donación, por ejemplo- se presente la máxima inequivalencia posible entre las prestaciones. El ánimo de liberalidad que inspira los actos a título gratuito, elimina toda posibilidad de lesión, ya que mal podrá hablarse de aprovechamiento en esos casos.”⁴¹ Y permítanme que vuelva por tercera vez al ejemplo de la transacción porque necesito darles una imagen clara de la situación, y este acto se asemeja bastante. Alguna vez también escuche en una charla que algunos veían allí la posibilidad de lesión, pero, ¿podemos hablar de una necesidad de equivalencia en los sacrificios para la validez del acto? No, porque es un acto gratuito, no hay un contrato conmutativo, en que mi sacrificio es correspondiente a una ventaja que recibo, y a la inversa. Aquí ambos pierden, ambos abdican, y como la causa de ese negocio es terminar el pleito, no importa que cada uno se quede con 5Has o que uno se quede con tres y otro con siete, y es más por más que uno se quede sin nada y el otro se quede con las 10Has en conflicto, no solo que no hay lesión, sigue claramente se entiende que sigue habiendo transacción y no donación.

Sin embargo podemos encontrar alguna recomendación, como la que hace Urbaneja, similar a la que se hace a veces de colega a colega, por lo que supo escuchar, en la que se aconseja hacer cesión de derechos hereditarios o una renuncia de herencia, porque “eventualmente podría ser atacada por lesión”⁴² o sea se recomienda mostrar que hay una causa fin, que es la liberalidad, porque no se entiende sino la abdicación de un derecho. Repetimos en este caso las palabras de Lamber citando a Pérez Lasala “recordamos lo expresado por Pérez Lasala, por ser

⁴¹ MOISSET DE ESPANES Luis, “La lesión en los actos jurídicos”, Ed Victor P de Zavalá, Cba 1979, Pág 213.

⁴² URBANEJA, Aldo Emilio Cuadernos de Apuntes Notariales N°111, marzo 2014. El caso en consulta era de 5 herederos que querían dejar el único inmueble a dos de ellos.

aceptado en forma unánime por la doctrina y jurisprudencia en materia de partición extrajudicial “... tengamos presente que la partición extrajudicial puede encerrar lotes de diferente valor, dada la libertad absoluta que el art 3462 da a los partícipes. Si se podrá discutir si una partición así constituye una verdadera partición o es un acto de mutuas cesiones, pero lo cierto es que es un acto válido. No cabe pues, tachar de nula esa partición por encerrar valores diferentes para los adjudicatarios”⁴³ O sea aunque haya parte de la doctrina que considere la imposibilidad de realizar la autoexclusión en la adjudicación, no ven en ello sino la existencia de un negocio oculto (negocio gratuito), nunca ven la posibilidad de plantear la lesión.

Además es incorrecto técnicamente hablar aquí de “desproporción de las prestaciones”, si bien estamos en un acto jurídico bilateral, pues en la formación hay dos centros de intereses, no hay, o no se generan obligaciones recíprocas no estamos no es un contrato bilateral ni unilateral, esto se debe a que la definición de contrato es más amplia que la tomada luego para hacer la clasificación de los contratos, “la tesis amplia afirma que son contratos todos los actos jurídicos bilaterales patrimoniales, la tesis restrictiva circunscribe el uso del término a los negocios bilaterales creadores de obligaciones, denominando a los demás convenciones”⁴⁴, por lo tanto entendemos a este negocio como un convenio donde no surgen obligaciones y por ello entendemos que no hay prestaciones.

Sin embargo el acto partitivo puede tornarse un acto complejo, por la posibilidad de establecer compensaciones a los efectos de convencer a otros de los comuneros a los efectos de dejar determinado bien en exclusividad. Así “puede ocurrir que a través de la forma de una partición se concluya entre herederos un negocio mixto. Zannoni propone el caso de dos herederos que deben partir un inmueble y no hay posibilidad de adjudicarlo a ambos. Uno podría adjudicarse el bien y el otro compensar su desigualdad con un crédito por la mitad del valor de ese bien contra el heredero adjudicatario. Parece claro que el heredero adjudicatario recibe el bien directamente del causante por el efecto retroactivo de la partición, pero al otro heredero se le atribuye el crédito en virtud del acuerdo particionario. Es importante que se trata de una unidad negocial porque el pacto surge a raíz de la comunidad hereditaria, amalgamándose ambos negocios para satisfacer el objetivo

⁴³ LAMBER Rubén en Cuadernos de Apuntes Notariales N°3 Julio 1997 citando a Perez Lasala, José Luis y Medina, Graciela, Acciones judiciales en el Derecho Sucesorio, Pag 204, Ed Depalma, Bs As 1992)

⁴⁴ LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, “Teoria de los Constratos” Parte General, 2da Edición Ed Victor P de Zavalía, 1975, Pág 236.

principal que es la partición. Esto trae como consecuencia la relación de estos negocios jurídicos. Si el adjudicatario del bien es vencido en una acción reivindicatoria, carecerá de causa el crédito atribuido al coheredero o el pago realizado en compensación.”⁴⁵

Por lo tanto se podría dar la lesión en estos casos en particular donde hay un negocio mixto que incluye una compensación, pero no en los actos simples donde no se establece compensación alguna.

PALABRAS FINALES

La idea de este trabajo es abrirnos un poco la cabeza, ver que en realidad no solo existe la posibilidad teórica de que un sujeto tenga la voluntad de desprenderse de un derecho, sin recibir nada a cambio y sin la necesidad de hacerlo con la intención de beneficiar a alguien, sino que es una realidad en nuestro mundo, que como es correcto debe estar (y lo está) plasmado en la ley. Salir del pensamiento que nos impone una sociedad contaminada de consumismo, en que se nos impone como valor principal el “TENER”. Hay por otro lado principios morales y religiosos que nos muestran la posibilidad cierta del desapego a las cosas, para lograr la verdadera felicidad. Porque si bien ellas (las cosas) tienen cierto valor, son los valores más inferiores del hombre, son un valor para lograr las necesidades básicas de subsistencia (alimentación, vestido, habitación, recreo, diversión, etc), por eso vemos a los bienes materiales como un medio, un instrumento para avanzar en la búsqueda de otros valores más importantes, que logran la perfección y felicidad del hombre. Valores sociales y políticos (como el amor y la justicia, pues la vinculación con los demás hombres es la que solo desarrolla nuestra personalidad, empezando con la familia y terminando con la comunidad política), valores teóricos y estéticos (que responden a la búsqueda de la verdad y la belleza, que son los que animan toda ciencia y todo Arte), valores éticos (porque el hombre tiene capacidad y posibilidad de la libre decisión de obrar, y su conciencia busca el bien), y valores religiosos (que nos impulsan a la relación con el fundamento último de todo). Cuando invertimos el orden y el tener cosas pasa a ser nuestro valor principal, perdemos el rumbo, perdemos la brújula que nos muestra el Norte a seguir, y no podremos quedar nunca satisfechos. Tener cosas puede ser una pesada carga,

⁴⁵ CAPPARELLI, Julio César, “Cesión de derechos hereditarios o partición”, La Lay publicado el 20/02/14

como cuando lleno el bote con demasiadas provisiones y no solo no me permiten llegar al puerto, sino que me hunden en pleno mar, por eso parece lógico que el legislador conociendo la verdadera naturaleza del hombre haya previsto en el ordenamiento legal la posibilidad de realizar distintos actos abdicativos, distintas renunciaciones.

BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, Atilio Anibal, “Curso de Obligaciones”, Tomo II, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires 1992 pág 55.

CAPPARELLI, Julio César, “Cesión de derechos hereditarios o partición”, La Ley publicado el 20/02/14

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “CONTRATO DE DONACIÓN”, Ed Hammurabi, Bs As 2010.

MOISSET DE ESPANES, Luis, “Curso de Obligaciones”, T.3,

MOISSET DE ESPANES Luis, “La lesión en los actos jurídicos”, Ed Victor P de Zavalá, Cba 1979.

LAMBER Rubén en Cuadernos de Apuntes Notariales N°3 Julio 1997

LLAMBIAS, Jorge Joaquin, “Tratado de Derecho Civil – Obligatorias”, Tomo III.

LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, “Teoría de los Contratos” Parte General, 2da Edición Ed Victor P de Zavalía, 1975,

OSSOLA, Federico Alejandro, “Tratado de la Renuncia de los derechos y las obligaciones”, La Ley 2012, Tomo I

SALVAT, Raymundo M., “TRATADO DE DERECHO CIVIL ARGENTINO”, Obligaciones en General, Ed Tipográfica Editora Argentina, Sexta Edición, Bs As 1952.

URBANEJA, Aldo Emilio Cuadernos de Apuntes Notariales N°111, marzo 2014.

VENTURA Gabriel B., “Sucesión Mortis Causa Extrajudicial”, trabajo presentado en la XVIII Jornada Notarial Argentina, Rosario 2008.