



Jornada Notarial Argentina

Ciudad de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires

## **LA PARTICION PRIVADA:**

# **AL RESGUARDO DE LA PRECIADA LIBERTAD**

TEMA III: PARTICION

Coordinadores Nacionales

Coordinadora: Esc. Silvia Impellizzeri

Subcoordinadora: Esc. Karen Weiss

AUTORA: Escribana Viviana M. VILLAHOZ

vivianavillahoz@hotmail.com

## PONENCIAS

-La partición es un acto jurídico de naturaleza declarativa y retroactiva, no transmite derechos, sino que determina y concreta en bienes individuales los derechos que los coparticipes ya tenían desde la apertura de la sucesión y reciben directamente del causante.

-La partición privada se rige por el principio de la autonomía de la voluntad de los coparticipes y tiene como finalidad inmediata extinguir la indivisión.

-Cuando la totalidad de los coparticipes están presentes, son plenamente capaces y acuerdan hacer partición privada sin oposición de terceros interesados, pueden distribuirse los bienes de la forma que mejor crean conveniente a sus intereses, rige aquí el principio de autonomía familiar.

-En la partición privada que distribuye de manera desigual los bienes entre los coparticipes no hay contrato transmisivo alguno y por tanto no encubre un contrato de cesión de derechos hereditarios ni ningún otro contrato, solo responde a la libertad negocial de los coparticipes y su intención de extinguir la indivisión.

-El contenido de la partición privada, siempre que se cumplan las condiciones legales para que proceda, no debe ser motivo de injerencia judicial.

-La homologación judicial del convenio de partición privada consiste solo en la verificación del cumplimiento de las condiciones que establece la ley para que proceda.

-La partición privada cuyo principio rector es la libertad y voluntad de los partícipes, debería ser incumbencia exclusiva de los escribanos, quienes instrumentarán la escritura pública de partición efectuando todas las diligencias previas necesarias y convenientes confiriendo seguridad jurídica al acto.

-La inequidad en el convenio de partición privada no lo priva de validez, si no está afectado por vicios del acto jurídico.

-La partición es un acto jurídico complejo, puede comprender las formas y actos que los coparticipes crean conveniente a sus intereses, y no por ello cambia su naturaleza cuya finalidad es siempre la extinción del estado de indivisión.

-Cuando coexisten la indivisión postcomunitaria y la hereditaria, producto del fallecimiento del cónyuge durante la vigencia del régimen de comunidad, o durante el periodo de indivisión postcomunitaria; es la partición el acto mediante el cual el cónyuge supérstite conjuntamente con los herederos deben extinguir ambas indivisiones en el proceso sucesorio.

## Naturaleza y alcance de la Partición

El motivo de analizar la naturaleza de la partición es poder determinar y comprender su alcance y sus efectos.

La partición es un acto jurídico único, con características propias, mediante el cual los copartícipes acuerdan el modo de distribuirse los bienes. Mediante el acto partitivo se transforma la cuota ideal que tienen los copartícipes en la asignación concreta de bienes singulares<sup>1</sup> y que recibirán directamente de su causahabiente en la partición hereditaria, y desde el inicio de la ganancialidad en la partición el cónyuge supérstite conjuntamente con los herederos debe. Lo caracteriza su efecto declarativo y retroactivo.

El efecto declarativo implica que el coheredero ya tenía ese derecho desde antes, es decir, desde la apertura de la sucesión (fallecimiento del causante). Por ello, la partición no es constitutiva ni traslativa de ningún derecho, solo declara un derecho existente. Se trata de una institución del derecho sustancial (civil)<sup>2</sup>. O, dicho de otro modo, *“... no crea un nuevo derecho para el heredero, distinto del que tenía antes de la partición, simplemente determina su derecho sobre bienes concretos...”*<sup>3</sup>.

Y con más precisión podríamos señalar que se trata de un negocio jurídico que formalizan los copartícipes, dado que es un acto de manifestación de voluntad que tiene por fin inmediato hacer cesar la comunidad hereditaria<sup>4</sup>. Es un acto jurídico bilateral o plurilateral y patrimonial, y por ello de carácter contractual, cuyo objeto es regular los derechos de las partes<sup>5</sup>, o más precisamente como dispone la norma del Código Civil y Comercial<sup>6</sup>, regular las relaciones jurídicas patrimoniales de las partes.

---

<sup>1</sup> Clusellas, Eduardo G., “Código Civil y Comercial Comentado” Tomo 8 BsAs-Bogota, 2015 Astrea-Fen Ed.Not., p.69

<sup>2</sup> Clusellas, E. idem, p.66

<sup>3</sup> Perez Lasala, Jose L., Medina Graciela, “Acciones judiciales en el derecho sucesorio”, 2da ed. Rubinzal Culzoni Bs. As. 2011, p.373

<sup>4</sup> Clusellas, E. ibídem p.69

<sup>5</sup> Spota, Alberto G., Leiva Fernandez, Luis F. P., “Contratos. Instituciones de Derecho Civil” 2da. Edición, T. I, Pte. Gral., p.34

<sup>6</sup> “Artículo 957. Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

Es importante destacar también que, hay autores que consideran<sup>7</sup>, que esta naturaleza contractual la presenta solo la partición privada, ya que la partición judicial por sus características procedimentales, el rol del perito interviniente, la aprobación del juez y, la aceptación u oposición que hagan los coherederos de la partición no reviste el carácter de acuerdo de voluntades imprescindible para la figura contractual.

A partir de la apertura de la sucesión los herederos se encuentran en un estado de indivisión hereditaria en la cual coexiste la universalidad de derechos y obligaciones, lo cual recepta nuestro Código Civil y Comercial en su articulado. Como ejemplo de ello, podemos mencionar: el artículo 2278 cuando califica al heredero que es quien recibe la universalidad o una parte indivisa de la herencia, el artículo 2280 que establece que los herederos tienen todos los derechos y acciones del causante de manera indivisa. Todo ello indica que esos derechos provienen de la apertura de la sucesión y los herederos los adquieren ministerio legis como consecuencia del fallecimiento. Ya poseen esos derechos y por ello la partición solo los declara distribuyéndolos entre los coherederos quienes como consecuencia se adjudican la propiedad de los bienes individuales.

Esta postura doctrinaria proviene del derecho francés, cuyo Código Civil versión vigente, en su artículo 883 (traducido a nuestro idioma) dispone: “...*Sección 883. Se considera que cada coheredero ha sucedido sola e inmediatamente a todos los efectos comprendidos en su lote, o a él en licitación, y nunca haber tenido dominio de los demás efectos de la herencia. Lo mismo se aplica a los bienes que le han llegado por cualquier otro acto que tenga por efecto poner fin a la copropiedad. Él no distingue según que el acto extinga en todo o en parte la copropiedad, respecto de ciertos bienes o sólo de ciertos herederos...*”

La misma postura presenta el Código Civil de Italia en su artículo 757<sup>8</sup>; el Código Civil de Uruguay en su artículo 1151<sup>9</sup>; el Código Civil de Chile en su artículo 1344<sup>10</sup>; el Código Civil de Colombia en su artículo 1401<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Perez Lasala, Jose L, Medina Graciela, “Acciones judiciales en el derecho sucesorio”, 2da ed. Rubinzal Culzoni Bs. As. 2011, p.414. Wagner Manuel A. “La partición hereditaria” Bs.As. 1969

<sup>8</sup> Artículo 757 Cod.Civ. italiano: “*Derecho del heredero sobre su parte. Cada coheredero se considera sucesor único e inmediato en todos bienes que componen su parte o recibidos por él de la sucesión, incluso para la compra en subasta, y se considera como si nunca hubiera poseído los demás bienes hereditarios.*”

En contra de esta concepción se ubica la postura del derecho germano que al igual que la concepción romana entiende que la causa de adquisición de los coparticipes es la partición, y, por lo tanto, que esta es atributiva y traslativa de derechos. Siguen esta postura: El Código Civil suizo (artículos 634 y ss., 648 y 653); el Código Civil peruano que en su artículo 983 asimila la partición a una permuta entre copropietarios; y el Código Civil paraguayo que en su artículo 2563 considera la inscripción atributiva del derecho de dominio.

En nuestro país, sin adentrarnos demasiado en el pasado, el Código Civil de Velez recepcionó la postura francesa de la naturaleza declarativa de la partición en su artículo 3503, en el cual establecía que el heredero sucede “solo e inmediatamente” al causante en los derechos que le correspondieron en la partición, y que no tiene ningún derecho en los que le correspondieron a sus coherederos, aclarando que los derechos los tiene directamente del difunto y no de sus coherederos; lo cual recuerda el efecto declarativo y retroactivo.

En la nota a dicho artículo se menciona el comentario que efectuó Vazeille sobre el art. 883: *“por las leyes romanas la partición era asimilada a la venta. Nosotros sentamos el principio contrario que resuelve mil dificultades”*.

También adoptaron la misma postura que Velez, el Anteproyecto de 1954 en su artículo 849, el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, y el Proyecto de 1998 en su artículo 2357.

En la actualidad, el Código Civil y Comercial mantiene el reconocimiento del efecto declarativo y retroactivo en el artículo 2403, y lo menciona expresamente: *“La partición es declarativa y no traslativa de derechos.... “y continúa disponiendo que...cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos en su hijuela y en los que se le atribuyen por licitación, y que no tuvo derecho alguno en los que corresponden a sus coherederos”*. Y en su segundo

---

<sup>9</sup> Artículo 1151 Cod. Civ. Uruguayo: *“Hecha la partición, cada coheredero se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todas las cosas que le hubieren cabido y no haber tenido jamás parte alguna en las otras cosas de la sucesión.”*

<sup>10</sup> Artículo 1344 Cod. Civ. Chileno: *“Cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión. Por consiguiente, si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena.”*

<sup>11</sup> Artículo 1401. *“Efectos de la Partición. Cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto, en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión. Por consiguiente, si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena.”*

párrafo establece que deben entenderse con la misma solución a otros casos donde la atribución de bienes tiene como efecto hacer cesar la indivisión en forma total o parcial. De este último párrafo se destaca que la ley considera relevante a la hora de determinar los efectos de la partición que los actos realizados tengan como causa fin la extinción de la indivisión y la reconoce como un acto complejo que puede estar conformado por diversos actos, pero todos tienen la misma finalidad extintiva de la indivisión.

Cuando se produce el supuesto en el cual coexisten las dos indivisiones, hereditaria y postcomunitaria, también se debe tener en cuenta que es necesario efectuar la partición de la indivisión postcomunitaria, para luego recién configurar el haber relicto y partir la comunidad hereditaria. El derecho eventual y en expectativa que tenían los cónyuges durante la vigencia de la comunidad ganancial, se actualiza con la extinción del régimen, por ejemplo, por el fallecimiento del cónyuge, pero ese derecho a la ganancialidad se encuentra en estado de indivisión hasta la partición. No podrá efectuarse la partición del haber relicto sin antes liquidar y partir la masa de bienes gananciales que provienen de la extinción de la comunidad por fallecimiento<sup>12</sup>.

La normativa registral también debió actualizarse para ser coherente con la ley de fondo; ejemplo de ello son las siguientes normas:

-El Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires<sup>13</sup>, ha modificado su criterio y reconoce la partición como acto mediante el cual se debe extinguir la indivisión postcomunitaria para que a partir de allí quede determinado el acervo sucesorio del ex cónyuge fallecido.

-El Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires,<sup>14</sup> para adaptarse al Código Civil y Comercial y receptar a la partición como el acto que extingue la indivisión, dispone por una parte, que la venta de un bien por la totalidad de los herederos no requiere previa partición, entendiéndose que dicho acto en sí mismo importa un acto partitivo; pero en cambio, por otro lado, si se vende solo una parte indivisa del bien, requerirá la previa partición dado que en concordancia con la

---

<sup>12</sup> CNac.Apelaciones Civil, Sala I, " G. K., R. E. s/ sucesión ab-intestato", 14/05/2015, en: DFyP 2015 (octubre) , 139

<sup>13</sup> DTR 08/2015 Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>14</sup> DTR 7/2016 Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires

norma de fondo no puede haber una parte indivisa (condominio) si no se efectuó la partición previamente.

-El Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Neuquén<sup>15</sup>, dispuso: “... *Para enajenar una parte indivisa o gravar la totalidad o una parte indivisa de un inmueble que integra el acervo hereditario, será necesaria la previa o simultánea partición del bien...*”

La partición no es más que una operación de distribución que deja a cada heredero en relación directa con el difunto y con el carácter de causahabiente único respecto de los bienes que se le adjudican a título personal<sup>16</sup>.

En opinión que me permito compartir con Fornieles, la partición no es atributiva de derechos, solo los declara; la partición transforma esa parte ideal en material, los herederos no se transmiten nada entre ellos. Como bien aclara en su Tratado: “... *la integridad de la cosa así adjudicada y el derecho de propiedad sobre ella lo recibe directamente del causante y estaba ya contenido en su parte ideal anterior a la partición...*”<sup>17</sup>.

Esta característica distributiva de la partición que menciono, esta analizada por Francisco Ferrer, en uno de sus trabajos sobre la partición, quien formula una explicación muy clara sobre la naturaleza jurídica de la partición, y el proceso que genera, lo cual me permito transcribir textualmente a continuación: “...*la naturaleza declarativa atribuida por la ley, importa a la vez su carácter distributivo, que consiste en liquidar y distribuir los bienes que componen la masa hereditaria indivisa entre los coherederos, con lo cual se determina materialmente la parte concreta de bienes que corresponde a cada uno de ellos en función de su cuota ideal sobre la herencia. El derecho que el coheredero adquiere por transmisión hereditaria del difunto y que consiste en una cuota flotante e indeterminada sobre la masa hereditaria indivisa, por medio de la partición se fija y determina en bienes singulares que se le asignan hasta cubrir el valor de su cuota. La división vale para materializar el objeto del*

---

<sup>15</sup> DTR 3/19 Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Neuquen

<sup>16</sup> PLANIOL — RIPERT — MAURY — VIALLETON, Tratado práctico de derecho civil francés, t. IV, trad. de M. Díaz Cruz, La Habana, 1933, nros. 637 y 638, En Ferrer, Francisco A. M., Partición hereditaria: noción y alcances de su efecto declarativo, RCCyC 2017 (febrero), 181

<sup>17</sup> FORNIELES, Salvador. Tratado de las Sucesiones, 4ta edición, Tipográfica Editora Argentina S.A. Bs.As. 1958, p. 366

*derecho de cada copartícipe: la cuota abstracta en la comunidad hereditaria se transforma en derecho concreto y exclusivo sobre bienes determinados, aboliendo retroactivamente el originario estado de comunidad. La división no hace otra cosa que traducir la abstracción en realidad: ella concierne al objeto del derecho, no al derecho hereditario mismo, que no es ni cambiado, ni alterado, sino sólo determinado y materializado en bienes concretos...*<sup>18</sup>.

Pothier explicaba que la partición no es un acto mediante el cual los coparticipes adquieren entre sí bienes por venta o cambio, sino que es un acto que determina el derecho del coheredero sobre los bienes singulares que se le adjudican. Los herederos adquieren directamente del causante y nada de sus coherederos<sup>19</sup>. Es así que, antes de la partición, cada comunero tiene una porción ideal sobre la masa la cual no es cierta ni determinada y, en virtud de la partición, se determina esa parte alícuota sobre las cosas que estuvieron desde el principio.

La esencia misma de la partición es declarativa y no atribuye derechos, sino que la cuota hereditaria se concreta en bienes determinados<sup>20</sup>.

En este mismo sentido, y en concordancia con la noción de “transformación”, se expresaron en una de las conclusiones sobre el tema, en la Convención Notarial 2017: *“La partición es el acto jurídico por el cual los coparticipes materializan la porción ideal que les corresponde en el todo –universalidad- transformándola en bienes concretos sobre los que se tendrá un derecho exclusivo. Su efecto es declarativo. Cada comunero recibe el o los bienes del causahabiente. Su objeto es declarar lo que ya tenía cada uno desde el inicio de la indivisión y con efecto retroactivo...”*<sup>21</sup>.

Sera necesario aclarar por otro lado que, el estado de indivisión tanto hereditaria como postcomunitaria, debe ser un estado transitorio en el cual se arbitran todas las herramientas necesarias para partir la herencia o comunidad.

---

<sup>18</sup> Ferrer, Francisco A. M., Partición hereditaria: noción y alcances de su efecto declarativo, RCCyC 2017 (febrero), 181

<sup>19</sup> POTHIER, R., Oeuvres complètes, Editeurs Thomine et Fortic Libraires, Paris, 1821, "Traité de la vente", nro. 631. En Ferrer, Francisco A. M., Partición hereditaria: noción y alcances de su efecto declarativo, RCCyC 2017 (febrero), 181

<sup>20</sup> FORNIELES, S., Tratado de las sucesiones, t. I, 4ª ed., TEA, Buenos Aires, 1958, t. I, nro. 296.

<sup>21</sup> 42 Convención Notarial septiembre 2017, conclusiones tema III Partición

Así es que Fornieles en su Tratado<sup>22</sup>, critica la imposición de indivisión por 10 años que puede efectuar el testador, en su momento regulado por la ley 14394 que se mantiene vigente en el art. 2330 del Código Civil actual. Y en este sentido considera que imponerles a los herederos la inmovilización del patrimonio relicto en un país en el cual la inestabilidad económica está a la orden del día; que además podría superar ese plazo en caso que existan menores de edad, y agravarse si alguno/s de los heredero/s fallece/n durante dicho plazo sumándose otra sucesión o sucesiones, ocasiona tiempo y gastos innecesarios.

De acuerdo al “modo de efectuar la partición”, ha sido elaborada en la doctrina siguiente clasificación:

-En función del ámbito donde pueda o deba ser efectuada: partición privada (artículo 2369 C.C. y C) o judicial (artículo 2371 C.C. y C). –En función de extensión: total o parcial (artículos 2367 y 2369 C.C y C). –En función del modo de efectuar las adjudicaciones: en especie, en dinero o mixta (artículos 2374 y 2375 C. C. y C.). –En función de la extensión del derecho que se divide: provisional o definitiva (artículo 2370 C.C. y C)<sup>23</sup>.

### Partición privada y autonomía de la voluntad

Habiendo considerado la naturaleza de la partición; es dable analizar a continuación la partición privada como fiel expresión de la autonomía de la voluntad.

El Código Civil y Comercial se orienta hacia la libertad individual y propone avanzar hacia la recepción de la autonomía de la voluntad como pilar fundamental en los derechos de las personas.

Ello se ve reflejado en varias normas como es el caso del artículo 2369 en el que se dispone como posibilidad que la partición pueda realizarse por la forma y los actos que los herederos crean conveniente, estableciendo como condiciones la presencia unánime de los coparticipes y su plena capacidad. Y en concordancia con el artículo 2371, cumpliéndose las condiciones que exige la ley, es decir, si todos los herederos están presentes y de acuerdo, tienen plena capacidad, y no existe oposición de terceros; ellos podrían distribuirse los bienes como mejor convenga a sus intereses,

---

<sup>22</sup> FORNIELES, S., "Tratado de las Sucesiones", Ediar, Buenos Aires, 1950, t. I, p. 302.

<sup>23</sup> Clusellas, Código Comentado, ibídem, p. 70

independientemente de la cuota de legítima que les corresponda. Vale decir que, podrían mantener la igualdad en las adjudicaciones o bien, adjudicarse los bienes en forma desigual e incluso incorporando compensaciones; sin que ello implique interpretar que existe transmisión de derechos entre los coparticipes. Son actos permitidos por la ley con naturaleza partitiva, cuya intención es extinguir la comunidad hereditaria.

A través de la partición puede desarrollarse un “negocio mixto”, mediante el cual se distribuyan entre los coparticipes bienes que exceden estrictamente el acto de asignación que comprende la partición<sup>24</sup>. Sería el caso por ejemplo que un heredero se adjudique el único bien de la comunidad y quede un crédito en favor del otro heredero, o bien se compense al heredero con un valor en dinero. Se trata de un negocio unificado, que involucra dos o más causas negociales que provienen de la preexistencia de la comunidad hereditaria y por ello, tanto el negocio atributivo (compensación o crédito) como el negocio distributivo de los bienes, se combinan y forman una unidad negocial<sup>25</sup>. Siendo que este negocio mixto tiene como finalidad inmediata la extinción de la indivisión comunitaria y por ello no pierde la naturaleza misma de la partición. Este negocio “mixto”, como más adelante veremos, también puede darse cuando se parten bienes correspondientes a la masa de gananciales y propios coexistentes en la sucesión del cónyuge<sup>26</sup>.

En una causa judicial que si bien llegó a la Corte por una cuestión quizás ajena al tema que nos ocupa -planteando la inaplicabilidad de una norma impositiva al acto particionario-; resulta conveniente observar que la Corte revoca el fallo y resuelve la inaplicabilidad de dicha norma considerando en una de sus argumentaciones que la partición no pierde su carácter de tal por la circunstancia de que todos los bienes hereditarios se adjudiquen a los hijos del causante y se atribuya a la cónyuge supérstite un crédito contra ellos por el monto total de su porción.<sup>27</sup>

Así se expresó Arianna en su trabajo sobre el objeto de la partición: “...*La partición no crea un derecho distinto, pues el heredero tiene desde la muerte del causante una cuota ideal sobre el patrimonio adjudicado, la adjudicación transforma esa parte ideal en bienes singulares...En consecuencia la partición privada no tiene por objeto*

---

<sup>24</sup> Zannoni, Eduardo A. , Derecho Civil, Derecho de las Sucesiones, I, 5ta edición, Astrea, 2008, p.713

<sup>25</sup> Idem Zannoni, Eduardo A.

<sup>26</sup> CAP.Civil y Comercial de San Isidro, Sala III, “Claramonte, Ricardo Armando s/ sucesión ab intestato”, del 12/5/2021, publicado en: DFyP 2021 (agosto) , 155, TR LALEY AR/JUR/63619/2021.

<sup>27</sup> SCBA, 9/10/1962, JA 1963-I- Nro. 6445, p. 550 y 551;

*la adquisición, modificación o extinción de derechos sobre inmuebles. Es la muerte la que causo la transmisión de los bienes...*"<sup>28</sup>

Tanto en la redacción actual del artículo 2369 como en la anterior norma del Código Civil de Velez (art. 3462), uno de los requisitos necesarios para proceder a realizar la partición privada es la "unanimidad". Y esta es requerida no solo para resolver que la partición se haga privadamente sino para resolver en cuanto a la forma y el acto. Es decir, que la unanimidad interesa tanto a la forma como al contenido.<sup>29</sup>

Así lo tiene dicho la Suprema Corte: "... el requisito de la unanimidad de herederos establecido por el art. 3462 del Código Civil para la realización de la partición privada de bienes interesa tanto al contenido como a la forma del acto..."<sup>30</sup>; "...para determinar la forma o modo de efectuar la partición y el acto que lo materializara se exige que todos los herederos estén presentes, que sean capaces, y que los mismos obren por unanimidad..."<sup>31</sup>

Si bien el art. 2369 establece solo tres condiciones para que puedan tener libertad total para elegir la forma de partir (unanimidad, presencia y capacidad plena); el mismo deberá ser interpretado en concordancia con el art. 2371 que establece la obligatoriedad de la partición judicial en caso de oposición de terceros y de desacuerdo entre coparticipes. En consecuencia, para que la partición privada pueda tener cabida será menester que haya acuerdo de los coparticipes en efectuarla, todos ellos estén presentes y sean plenamente capaces y no exista oposición de terceros legítimamente interesados.

Y como tiene dicho Lafaille, el legislador fiel a los principios que gobiernan la libertad contractual no ha puesto trabas a la actividad de los coherederos cuando todos ellos son capaces y se encuentran presentes, pero es menester la unanimidad de pareceres si desean sustraer la partición del control judicial<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Arianna Carlos A, "Las reformas en materia de partición de herencia" en La Ley, Buenos Aires, Thomson Reuters, 9/11/2016; t.2016-F, p. 709.

<sup>29</sup> Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil, Sucesiones" Tomo I, 1998. LL, p. 462

<sup>30</sup> SCBA, 22/4/03, "Caprari, Hector H. s/Sucesión ab-Intestato", JUBA, B9991039

<sup>31</sup> SCBA, 9/12/03, "Urrutipi, Angela s/Sucesión", JUBA, B 255070

<sup>32</sup> Lafaille, Hector "Curso de Der. Civil, Sucesiones. T. 1, Ediar Bs.As., 1947 p. 307.

Existiendo unanimidad entre los coparticipes la partición puede efectuarse en especie, vendiendo los bienes, formando lotes con compensaciones en efectivo o créditos<sup>33</sup>.

En la partición privada a diferencia de la partición judicial, no rigen los principios de igualdad de las hijuelas y de distribución en especie. El principio que rige la partición privada es la autonomía de la voluntad, la libertad de los propios coherederos de poder decidir sobre la distribución que mejor convenga a sus intereses. ¿Quiénes mejor que ellos para conocer lo más beneficioso y conveniente a los intereses familiares? Y la desigualdad o partición que no se efectúa en especie no podrán ser invocados como causales de nulidad, con motivo de la libertad que tienen los coherederos de elegir la forma y el acto que dispone el art. 2369.

En las Jornadas Bonaerenses, en concordancia con el criterio que se ha desarrollado acerca del principio de autonomía de la voluntad en la partición privada, se llegó a la siguiente conclusión: *“En la partición privada los coparticipes pueden optar por formar los lotes de la manera que ellos consideren más conveniente, rige plenamente el principio de la autonomía de la voluntad. Estando todos presentes, siendo capaces y por unanimidad, pueden adjudicarse bienes que no respeten la proporcionalidad que tenían en la herencia, sin que ello implique una donación...”*<sup>34</sup>.

En cambio, la partición judicial se rige por otras normas y no hay margen para la autonomía de la voluntad. En la partición judicial se delega en el partidor quien deberá efectuar el reparto rigiéndose por la igualdad entre coherederos y principio de división en especie. A diferencia de la partición privada, la partición judicial podrá ser sometida a la anulabilidad si se vulneran estos principios esenciales que la rigen y como contrapartida será muy poco probable que se planteen vicios de la voluntad, simulación o lesión dada la intervención del perito partidor, el control de los herederos y la aprobación judicial.<sup>35</sup>

Hay doctrina que considera que los casos en los cuales mediante una partición desigual de las hijuelas y uno o varios de los coparticipes no recibe nada o recibe una porción muy inferior a su porción legítima, *“indudablemente”* son considerados

---

<sup>33</sup> Borda, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, T. I, 8va edición actualizada, p.423

<sup>34</sup> 41 Jornada Notarial Bonaerense Tandil octubre 2019 Tema II Partición

<sup>35</sup> Alterini, Jorge H, “Código Civil y Comercial, Tratado Exegético, 3era edic. T. XI LL Bs.As., 2019, p.472

como una liberalidad y en el supuesto que exceda la porción disponible los herederos del copartícipe tienen acción para reclamar su porción legítima<sup>36</sup>. Me permito disentir con la tajante expresión “*indudablemente*” expresada; en razón que no puede presumirse sin lugar a dudas la liberalidad; cuando en rigor de verdad, podrán ser infinidad de razones por las cuales los coparticipes resolvieron esa distribución desigual y no necesariamente configuran una liberalidad. Eventualmente resultara conveniente dejar constancia en el acto partitivo de las razones que motivaron a los partícipes a llevar adelante esa “supuesta desigualdad”.

Así como lo dispone el art. 2408 del C.C. y C, la partición puede ser atacada por las mismas causas que cualquier otro acto jurídico, es decir, por vicios de la voluntad (error, dolo, violencia) o por los restantes vicios propios de los actos jurídicos (lesión, simulación, fraude). Por supuesto que para que procedan estas acciones deberán cumplirse los requisitos necesarios para su viabilidad, y la sola inequidad entre las hijuelas no hará objetable la partición.

Es cierto que quienes podrían oponerse a la partición privada son acreedores de los herederos, del causante, o acreedores por cargas de la masa, y legatarios si no se previeron bienes suficientes para su pago<sup>37</sup>.

El Código Civil francés (art. 887), establece la posibilidad de evitar la nulidad cuando las consecuencias del error, dolo o violencia puedan repararse por otras vías, y establece que en ese caso el juez podrá ordenar la partición rectificatoria o complementaria. En cuanto a la normativa nacional, el Código Civil derogado, no regulaba sobre la acción de nulidad de la partición, solo lo mencionaba de manera incidental (art. 3284 inc. 2), pero no indicaba ni su contenido, ni a que particiones le cabía la acción, ni las causales que posibilitaban la procedencia de la acción.

Esto ha sido modificado en el Código Civil y Comercial vigente. Fue receptada esta postura del Código Francés, y se incorporó la regulación de la nulidad y reforma de la partición en los art. 2408 a 2410. Se trata de una posibilidad más que tienen las partes para salvar de la invalidez a la partición y como señala el artículo 2408, poder rectificarla y/o complementarla, o bien solo solicitar que se atribuya un complemento

---

<sup>36</sup> CNCiv Sala M 9/10/2007. La Ley 2008 – D, 117, con nota de Ferrer Francisco M “La Colación y la partición hereditaria”; Azpiri, Jorge O. Incidencias del Cód. Civ. Y Com. Der. Sucesorio, Hamurabi Bs.As. 2015, pag. 166, además Alterini, Jorge H, “Código Civil y Comercial, Tratado Exegético, 3era edic. T. XI, LL Bs.As., 2019, p.426

<sup>37</sup> Cabrera de Garibaldi, Cecilia, Ortelli Ana “Der. Sucesorio”, El Derecho, Bs.As, 2016 p. 156

de la porción del perjudicado. Si bien esta acción rectificatoria o de complemento procede a solicitud del perjudicado y no es posible en todos los casos (artículos 2409 última parte y. 2410 del Código Civil y Comercial), es dable destacar como la ley se inclina a favor de la validez de los negocios que formalizan las partes, en este caso la partición, otorgando alternativas para la subsanación.

En la partición privada, además de las causas de nulidad de los actos jurídicos, puede también plantearse la nulidad en los siguientes supuestos: Por defecto de forma: cuando se efectuó con oposición de terceros; habiéndose efectuado en escritura pública no se cumplió con la condición de unanimidad, o si alguno de los partícipes no contaba con la plena capacidad. Es decir, que por alguna razón no se cumplieron las premisas necesarias establecidas para que se pueda optar por efectuar la partición de forma privada. Cuestiones que en sede notarial son cuidadosamente verificadas y evaluadas.

Considero muy conveniente que la partición privada se efectue en sede notarial, ya que la intervención del escribano otorgará la certeza necesaria al acto mediante la instrumentación de la escritura pública y como consecuencia de su intervención se asegurará el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para la viabilidad de la partición privada. Asimismo, cuando la partición es realizada en sede notarial, en caso que el profesional tenga algún tipo de sospecha sobre la vulneración de derechos de terceros, podrá efectuar las diligencias que crea convenientes a fin de indagar sobre el perfil financiero de los copartícipes. Será también el escribano quien evalúe la plena capacidad de las partes; efectúe el estudio de los antecedentes entre los cuales compulsará el expediente judicial de la sucesión y/o del divorcio a fin de legitimar a los herederos y/o partícipes, corroborar sus derechos y verificar la inexistencia de medidas cautelares y de acreedores o terceros interesados que se opongan a la partición privada, dejando constancia de ello en la escritura; en el entendimiento que es el expediente judicial el lugar donde los terceros interesados podrán hacer valer sus derechos; sin perjuicio que, en caso de bienes registrables, se deberán solicitar los certificados registrales pertinentes.

Podemos preguntarnos también si la partición privada puede ser impugnada más tarde por uno de los partícipes que acordó un valor inferior al valor que le correspondía por ley; considero que no debería ser viable dicho reclamo. La razón de ello es que la partición privada se efectuó en las condiciones establecidas por la ley (plena capacidad, presencia y acuerdo unánime) y que la conformidad de los

partícipes con el acto implica que han tomado las precauciones necesarias para asegurar sus intereses. En estos supuestos, será conveniente que los coparticipes manifiesten en la escritura pública de partición el debido asesoramiento que han recibido de sus respectivos letrados, lo cual ha sido visto con buenos ojos en la jurisprudencia y se ha tenido en cuenta en posibles planteos de nulidad.

Y al respecto, como tenía señalado Borda, los tribunales deberían desconfiar de esta actitud de quienes por desavenencias familiares quieran borrar con el codo lo que escribieron con la mano<sup>38</sup>; sin perjuicio que pueda plantear la nulidad por vicio de la voluntad.

No podrá presumirse el fraude o la simulación por el solo hecho que de la partición resulta una aparente y eventual desigualdad entre los coparticipes. Aparente y eventual porque son muchos los casos en los cuales los coparticipes se reconocen mutuamente otros valores, hechos o necesidades para tomar la decisión de adjudicar los bienes de manera desigual.

Considero necesario pensar que, en la partición privada, la patología es la excepción y el principio es la libertad para acordar.

### Indivisión postcomunitaria y libertad negocial

En cuanto al estado de indivisión postcomunitaria generado por la disolución de la comunidad (artículos 498 y 500 Código Civil y Comercial), frente a la plena capacidad de los partícipes rige también el principio de libertad de los acuerdos. El artículo 498 tiene su fuente argentina en el artículo 1315 del Código Civil derogado y el artículo 490 del Proyecto de 1998 y el artículo 549 del Proyecto de 1993. Y en cuanto al derecho comparado tiene sus fuentes en el artículo 1475 1er párrafo del Código Civil francés y el artículo 481 del Código Civil de Quebec.

El Código Civil y Comercial se orienta y pone el acento en la libertad y su avance por sobre el orden público. Principio de libertad y autonomía que refleja su concordancia con el principio consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. El artículo 498<sup>39</sup> es otra demostración más e indiscutible ejemplo de autonomía personal. Si

---

<sup>38</sup> Borda, Guillermo A, ídem 15, p.424

<sup>39</sup> "Artículo 498. La masa común se divide por partes iguales entre los cónyuges, sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales. Si se produce por muerte de uno de los cónyuges, los herederos reciben su parte sobre la mitad de gananciales que hubiese

bien establece como principio la división en mitades, en su última frase dispone que frente a la capacidad de los interesados rige el convenio libremente convenido. Todo lo cual implica que dividirse por mitades los bienes gananciales es una de las posibilidades entre muchas otras que tienen los ex cónyuges, pero no es obligatoria. Pudiéndose dar el supuesto de un bien que es la vivienda de uno de los cónyuges con sus hijos, o que es la sede del ejercicio profesional o comercial de uno de los ex cónyuges<sup>40</sup>.

Por otro lado, producida la disolución del matrimonio, los ex cónyuges ya no tienen las limitaciones que establece la ley en cuanto a las normas de orden público que rigen el régimen de comunidad, es decir, que la prohibición de contratar entre sí dispuesta en el artículo 1001 inc. d) del Código Civil y Comercial ya no rige luego de la disolución. Una vez producida la misma, los ex cónyuges recuperan su posibilidad de negociar entre sí sobre los bienes que conforman la masa de gananciales y acordar el convenio que libremente consideren conveniente a sus intereses, sin que ello haga presumir un vicio en el consentimiento o lesión; cuestión que en caso de ser planteada deberá probarse como en el supuesto de vicio o lesión de cualquier otro acto jurídico.

Frente al pedido de homologación de un convenio de partición en el juicio de divorcio que solicita la ex esposa, el esposo si bien no plantea la nulidad, lo impugna por considerarlo inequitativo. En primera instancia el juez lo homologa y desestima el planteo del cónyuge en base al siguiente fundamento, según así resulta del comentario<sup>41</sup> al fallo<sup>42</sup>: *"... la homologación del convenio de liquidación de la sociedad conyugal tiene por finalidad verificar la verdad y corrección del acto, poniendo en manos de los jueces la atribución de negarse a sus efectos propios cuando lo hallen insostenible, porque importa una abdicación de derechos que la ley considera irrenunciables o porque se lo ha concluido sin capacidad, con vicios del consentimiento o contraviniendo normas de orden público. Pero no puede admitirse que sin hacer mérito de ninguna de estas circunstancias o careciendo la pretensión*

---

*correspondido al causante. Si todos los interesados son plenamente capaces, se aplica el convenio libremente acordado."*

<sup>40</sup> Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastian; "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II, Libro Segundo, 1era ed., Bs.As., Infojus 2015, p. 173, 174

<sup>41</sup> Gowland, Alberto J. "La pretendida invalidez de un convenio de liquidación de sociedad conyugal por causa de inequidad" en L.L. 1989-B-61. TR LL AR/DOC/6419/2001

<sup>42</sup> CNac.Civ. Sala F, "Z c. K", 14/09/1987, LL T.1989-B, 61

*de un serio fundamento se otorgue a cualquiera de las partes la oportunidad y la facultad de arrepentirse de lo convenido, privando al acuerdo de efecto, y aún más, declarando inexistente o nulo un acto ajustado con libre y sana voluntad".*

El juez aquí señala lo que venimos analizando sobre la improcedencia de la nulidad de un convenio de partición basado en la equidad o inequidad. El convenio suscripto por las partes en plena autonomía de la voluntad no puede ser tachado de ineficaz o invalido sin plantear y probar que está afectado por alguno de los vicios de los actos jurídicos, lo cual no fue invocado en la causa.

En segunda instancia, la Cámara (cuyo fallo se dictó con anterioridad al Código Civil y Comercial) confirma el fallo y caracteriza el acto mismo de la homologación como un mero acto de "*autenticación o legalización*", y por consiguiente, entiende que el convenio por sí mismo obliga a las partes a su cumplimiento desde que es suscripto por ellas, independientemente de su homologación.

Siguiendo con la cuestión de la homologación del convenio, Gowland hace una diferenciación en su análisis al fallo y se pregunta, *¿si las partes son capaces y celebran el convenio de común acuerdo, por qué el juez debe intervenir con el acto de homologar?* Considera que, si el convenio es presentado para su homologación antes de la sentencia de divorcio, en realidad se "*está sólo frente a un proyecto*" considerando que los cónyuges en ese momento aún no están legitimados legalmente para partir la sociedad y en este caso el juez tiene un rol activo en dicha homologación y puede intervenir en el contenido del mismo. Por el contrario, si el convenio se presenta para su homologación luego de la sentencia de divorcio, el juez tiene un rol pasivo y no tiene injerencia sobre su contenido porque reconoce la plena autonomía de la voluntad de las partes.<sup>43</sup>

La homologación del convenio de partición privada tiene como finalidad verificar el cumplimiento de las condiciones establecidas por la ley para que proceda la forma privada, y en concordancia con lo mencionado por Gowland, en cuanto al contenido no tiene injerencia alguna.

---

<sup>43</sup> Gowland, Alberto J. ídem "La pretendida invalidez de un convenio de liquidación de sociedad conyugal por causa de inequidad" en L.L. 1989-B-61. TR LL AR/DOC/6419/2001.

Aquí se visualiza también como la jurisprudencia reconoce el principio rector de la autonomía de la voluntad de las partes en la partición privada, en este caso por liquidación de la comunidad de gananciales.

En cuanto a la disolución de la comunidad por fallecimiento del cónyuge, también la justicia tiene por reconocida la autonomía de la voluntad de los herederos para distribuirse los bienes que forman parte de la masa hereditaria incluidos los de carácter ganancial de ambos cónyuges.

Resulta recurrentes en la justicia los casos en los cuales en primera instancia se deniega la homologación de convenios de partición privados por considerarlo improcedente, o por no reconocer la naturaleza de la partición o por confundirlos con otros actos jurídicos de naturaleza distinta.

Algunos ejemplos de ello son:

-La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Córdoba<sup>44</sup>, revoca el fallo de Primera Instancia y ordena aprobar la adjudicación efectuada por los herederos, en la cual se adjudica el único bien de carácter ganancial en su totalidad a uno de los herederos entendiéndose que es viable que los estos integren en la partición tanto la masa de bienes hereditarios como los adquiridos por liquidación de la comunidad de gananciales que se produce por el fallecimiento del cónyuge, caracterizando este acto como un “*negocio mixto*”, mediante el cual la cónyuge supérstite presta su conformidad para la adjudicación total del bien ganancial. Cita los art. 3462 del C.C y 498 y 2369 del C.C. y C, argumentando que la viuda e hijos pueden realizar la partición en la forma y por el acto que crean conveniente. Considera que el hecho que existan bienes gananciales en la partición no la desnaturaliza.

Por otro lado, es notorio destacar que, si bien reconoce la libertad de los herederos mayores y capaces para partir, amplía el concepto y considera que no solo se trata de respetar la autonomía de la libertad individual de las personas, sino que también se trata de respetar “*la autonomía familiar*”. Que interesante y atinado resulta el análisis de la Cámara, humanizando la sentencia y señalando la situación en la cual en general se encuentran los herederos. Quienes mejores que los propios herederos para decidir que distribución de los bienes conviene mejor a sus intereses;

---

<sup>44</sup> Cámara Ap.Civil y Com. De Córdoba, 28/9/2021, “O. E. D. L. C. s/ declaratoria de herederos”, MJ-JU-M-135297-AR | MJJ135297

considerando las circunstancias y motivos familiares que dan causa a lo allí acordado, reconociendo que dichos motivos pueden deberse a “razones solidarias o afectivas” y/o de índole económica.

Habrà también que destacar, que si bien resuelve la aprobación del convenio particionario en los términos acordados por unanimidad por los herederos capaces, no deja de lado la posible existencia de terceros interesados y por ello ordena se soliciten los certificados registrales pertinentes.

-En el mismo sentido resolvió la Sala E de la Cámara de Apelaciones en lo Civil<sup>45</sup>, cuando ordena la inscripción del convenio de partición y revoca el fallo de primera instancia que denegó la aprobación del convenio basándose en que parte del bien adjudicado en la partición era de carácter ganancial. Los herederos habían presentado un convenio partitivo en el expediente sucesorio para su homologación, mediante el cual se adjudicaba a los herederos la nuda propiedad de un bien (parte propio y parte ganancial) y el usufructo a la cónyuge supérstite. La Cámara considera que con el acto partitivo se puede configurar un negocio “mixto” mediante el cual los herederos se atribuyen derechos o bienes que pueden exceder lo que estrictamente importa la partición, combinando dos o más causas negociales típicas: “la adjudicación declarativa y la traslación patrimonial atributiva”. Y una vez más, reconoce la autonomía de la voluntad de los coparticipes para partir por el acto que unánimemente crean conveniente. Destaca también que no se trata de una cesión de derechos, ya que en esta última se transmiten todos los derechos y obligaciones patrimoniales y en el caso, se trata de la adjudicación de un bien singular y determinado.

-La Sala III de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro<sup>46</sup>, homologa el convenio y revoca el fallo de primera instancia que denegó la homologación por considerar que el convenio partitivo presentado no era una partición sino la constitución de usufructo en cabeza del cónyuge supérstite y la cesión de derechos hereditarios a favor de los hijos. Siendo que los argumentos se repiten y sin ánimo de ser reiterativa -o por lo menos menos reiterativa-, los mismos se resumen en: reconocer la autonomía de la voluntad de los herederos, determinar que en estos casos se trata de un negocio

---

<sup>45</sup> CNac. Apelaciones en lo Civil, sala E, 04/02/2022: “B. M. s/ sucesión ab intestato”, TR LALEY AR/JUR/2406/2022

<sup>46</sup> C.Ap. Civil y Com. de San Isidro, sala III, “: Claramonte, Ricardo Armando s/ sucesión ab intestato”, 12/05/2021 en: DFyP 2021 (agosto), 155, TR LALEY AR/JUR/63619/2021

mixto, que mantiene la naturaleza misma de la partición, que tampoco pierde su naturaleza por la existencia de bienes gananciales que integran la partición presentada en la sucesión.

### Es una Partición, no una cesión de derechos hereditarios

#### ¿Qué sucede con esto en los tribunales?

-Los herederos celebraron un convenio de partición formalizado por instrumento privado,<sup>47</sup> mediante el cual se adjudicó a uno solo de los tres herederos el único bien inmueble existente en el acervo sucesorio y lo presentaron para su homologación en el expediente. El juez de primera instancia resuelve denegar la aprobación del convenio y ordenar que se efectúe la cesión de derechos hereditarios. El fallo es recurrido y la Cámara de Apelaciones revoca el decisorio y resuelve aprobar el convenio disponiendo que los herederos informen como quedaron conformadas las hijuelas.

Si bien por un lado la Cámara reconoce la naturaleza declarativa de la partición y la consecuente libertad de los herederos para distribuir los bienes, por otro lado, les exige que informen la composición de las hijuelas para evitar un posible supuesto de encubrimiento de cesión de derechos.

La Cámara, en mi opinión, acertadamente ha reconocido la naturaleza declarativa de la partición y que el acto no es una cesión de derechos en contra del resolutorio del a quo, pero resulta contradictorio con esta posición que solicite la composición de las hijuelas. En primer lugar, parecería que la Cámara no tiene una postura determinada y consistente en su totalidad. En segundo lugar, cuando se cumplen las condiciones previstas por la ley para que los partícipes efectúen una partición privada, la justicia no tiene injerencia alguna en el contenido de la partición. Y, por último, está claro que cuando las partes otorgaron y suscribieron el acto partitivo, su intención y voluntad era extinguir la indivisión y partir la herencia, y no, ceder derechos hereditarios, con características y efectos distintos a la partición.

Los motivos por los cuales los coherederos decidieron partir de esa forma no es algo que le incumba a la justicia. Más aún, entre los argumentos del recurso el letrado

---

<sup>47</sup> Cámara Civil, Sala H en autos "Kwacz Kohn, Salomón y Hara, Adela Noemí s/sucesión ab intestato

explica que han tomado esa decisión dado que el adjudicatario se hizo cargo de algunos pasivos del causante.

-En otra causa judicial, en la cual mediante un convenio de partición los coparticipes deciden que uno solo de ellos se adjudica el bien y nada a los restantes; la Cámara, adopta el criterio que ya he señalado con anterioridad en este trabajo relativo que en la partición no hay contrato transmisivo y agrega que no hay cesión: *“cualquiera sea la compensación que se haya convenido en favor de los herederos no adjudicatarios del único inmueble de la herencia siempre habrá partición, porque estando presentes los herederos, siendo mayores y capaces y actuando por unanimidad, pueden hacer la partición del modo que les plazca. Tienen amplia libertad, rige el principio de la autonomía negocial, y es una cuestión ajena al orden público sucesorio. De ninguna manera se justifica exigirles que informen sobre la conformación de las hijuelas por la sospecha de que podría haber una cesión encubierta, pues en el acto particionario no hay contrato transmisivo, no hay cesión...”*<sup>48</sup>.

-En similar sentido, en el cual la Sala D de la Cámara resuelve haciendo lugar a la aprobación del convenio partitivo y negando el carácter de cesión, con acierto en mi opinión, señala *“...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 de lotes desiguales sin compensación, porque el fin del acto es hacer a cada uno dueño exclusivo de lo que se le adjudica...”*<sup>49</sup>

En cuanto a los decisorios mencionados precedentemente, es dable recordar aquí que las características y efectos de ambos institutos (cesión de herencia y partición) son distintas.

### Cesión versus Partición:

Es conveniente recordar que cuando hablamos del instituto de la cesión de derechos hereditarios, nos referimos a un contrato que tiene como característica principal su aleatoriedad. En la cesión de derechos hereditarios se ceden derechos personales

---

<sup>48</sup> CNac.Ap. Civ. Sala H, 25/9/2013 K.K., S y H. A.N. s/Suc Ab-Int, con nota Caparelli “Cesión de der. Hereditarios o partición?” en RDF y P abril 2014 , 18

<sup>49</sup> CNac.Ap.Civ, sala D, “Córdoba, Segundo Pantaleón c. Castellón, Azucena del Carmen”, 15/09/2015 en: RCCyC 2015 (diciembre), 135 - DJ02/03/2016, 80

sobre una universalidad jurídica conformada por el patrimonio relicto “herencia”, integrada por activo y pasivo, por bienes conocidos o desconocidos, denunciados o no denunciados en el proceso sucesorio. Es decir que, al ceder los derechos hereditarios estamos cediendo todo o una parte alícuota de un todo, no bienes individualizados. Y ya nos aclara el Código (art. 2309) que, con relación a la cesión sobre bien determinado, ésta quedará sujeta o condicionada a lo que toque al cedente en la partición y que no se rige por las normas de “Cesión de Herencia”. Por otro lado, el cedente responde por su calidad de heredero y la parte que le corresponde en la herencia, pero no responde por evicción y vicios de los bienes que integran la herencia. Asimismo, conforme resulta del art. 2302, la cesión de herencia surte sus efectos, respecto de los contratantes desde su celebración; respecto de otros herederos, legatarios y acreedores del cedente desde que la escritura pública se agrega al expediente sucesorio y; respecto de un deudor de la herencia, desde que se le notifica la cesión.

En la partición, por el contrario, se distribuye entre los coparticipes los bienes determinados e individualizados, garantizando la existencia de los bienes adjudicados, y los adjudicantes responden frente a los adjudicatarios por la evicción y vicios de los bienes adjudicados, salvo pacto en contrario. Cada adjudicatario concretará su derecho en el bien o bienes adjudicados. Asimismo, el efecto declarativo de la partición, permite que el adjudicatario sea el propietario del o de los bienes adjudicados en forma retroactiva al momento de la apertura de la sucesión, considerándose que los demás herederos nunca tuvieron derecho alguno sobre el bien que no les fue adjudicado, protegiendo de esa manera al adjudicatario respecto al periodo en el cual los bienes se mantenían en estado de indivisión. Y además la partición es oponible a los terceros desde la inscripción de los bienes en los registros respectivos, cuando involucra bienes registrables.

Dadas las distintas características y consecuencias que presenta cada uno de estos institutos; si la voluntad de los herederos es partir la herencia, y como resultado efectuaron una partición desigual entre ellos, no puede presumirse que la intención de ellos fue celebrar una cesión de derechos hereditarios o que la partición encubre otro contrato.

Es que, en la realidad de los casos, como bien señala el escribano Capparelli en su análisis al fallo<sup>50</sup> “...si los herederos no tienen conflictos entre ellos suele ocurrir que reparten bienes, en especial dinero, que por no ser bienes registrables no deben ser necesariamente incorporados al expediente sucesorio. ... Estas circunstancias particulares dan pie a acuerdos que pueden formar parte del expediente sucesorio o no. Así se explica que no sea voluntad de las partes la celebración de una cesión de derechos hereditarios por cuanto quieren conservar los derechos patrimoniales que se derivan de su condición de herederos, sin perjuicio de atribuir algún bien en especial a uno de los herederos. ...”

Por otro lado, hay posturas como la del Dr. Azpiri que consideran que los convenios en los cuales, uno de los ex cónyuges se adjudica todos los bienes sin que se expliciten en el convenio las causales que lo justifican, o existencia de contraprestaciones o que se trata de cuestiones litigiosas, entonces, este tipo de convenios frente a legitimarios del adjudicante podrían encubrir donación a un tercero y podría afectar su legítima.<sup>51</sup>

Como señalara mas arriba, sera conveniente dejar constancia en la partición de las circunstancias que motivaron la distribución desigual entre los coparticipes, a fin que frente a los terceros quede claro que no se trató de una liberalidad.

### Partición. Acto oneroso, gratuito, o neutro

Un caso interesante se planteó en la causa “Santillan, Rosa C c/Santillan Estrugamou Fernando<sup>52</sup>. En este caso, bastante particular por cierto, el padre, Fernando Santillan, había efectuado con su hijo, Fernando Santillan Estrugamou, una partición hereditaria con relación al patrimonio relicto en la sucesión de su segunda esposa y madre adoptiva de este último. Mediante dicha partición el padre se adjudicó el usufructo y el hijo se adjudicó la nuda propiedad de un campo, mencionando el hijo que la diferencia de valores se había cubierto por dinero entregado al padre con anterioridad. Y aquí lo que interesa destacar, es que la Cámara considera que la partición efectuada se trataba de un “acto oneroso” que

---

<sup>50</sup> Capparelli, Julio César, “¿Cesión de derechos hereditarios o partición?”, LL 20/02/2014, 4 - LL2014-A, 374 - DFyP 2014 (abril), 125

<sup>51</sup> Azpiri, Jorge O., “Régimen de bienes en el matrimonio 5ta. Edición, Hammurabi, José L. Depalma Editor

<sup>52</sup> CNCiv Sala M, “Santillán, Rosa c. Santillán, Estrugamou Fernando”, 09/10/2007, Publicado en: LA LEY 25/06/2008, 7, con nota de Francisco Ferrer; LA LEY 2008-D, 118, con nota de Francisco Ferrer; DJ 15/10/2008, 1672, con nota de Francisco Ferrer; DJ 2008-II, 1672, con nota de Francisco Ferrer.

encubría un acto gratuito y lo encuadra en el marco del art. 3604 del C. C. (receptado hoy en el art. 2461 del C.C. y C. con ciertas modificaciones), ordenando se colacione el valor del mismo.

¿Cómo podríamos identificar a la partición como un acto oneroso? Cuando la naturaleza declarativa de la partición que surge de la actual y anterior normativa implica que entre los coparticipes no hay transmisión de derechos, no se transmiten ni atribuyen el derecho de propiedad, sino que sus derechos ya los recibieron directamente del causante poniendo fin a la indivisión en forma retroactiva a la apertura de la sucesión. No hay onerosidad, dado que la división de los bienes no se efectúa en relación a las ventajas o sacrificios de cada coparticipe, ni tampoco es gratuito, dado que se reciben bienes sin sacrificio de alguno.<sup>53</sup> Como señala Ferrer en su análisis al fallo y citando a Cicu, en la partición lo que ocurre “es *la transformación del objeto del derecho del coparticipe, que de una cuota ideal se transforma en bienes determinados; o sea, el derecho de copropiedad, la propiedad de la cuota, se transforma en propiedad exclusiva de ciertos bienes*”<sup>54</sup>

La partición no es un acto oneroso, no hay precio como en una compraventa, ni hay intercambio de bienes como en una permuta; y, por otro lado, tampoco podemos decir que es gratuito, sino que como señala Ferrer en su trabajo citando a Messineo, “...*cabría conceptualizarla en la categoría de los actos neutros, porque en ellos la presencia o ausencia de una compensación es una cuestión extraña a los mismos...*” La existencia de compensaciones en la partición, no cambia ni modifica en forma alguna su naturaleza y su principal finalidad que es la extinción de la indivisión con efecto retroactivo.<sup>55</sup>

Hay quienes podrían decir que, dado que los coparticipes responden por evicción, entonces la partición es un acto oneroso. De la lectura del artículo 1033 del Código Civil y Comercial que legisla sobre la obligación de saneamiento puede inferirse que no es así. El artículo hace una distinción y dispone que están obligados al saneamiento en su inciso a) el transmitente de bienes a título oneroso y en el inciso

---

<sup>53</sup> Lamber, Nestor D.” El título de adjudicación de inmueble por partición privada de la indivisión hereditaria y pos comunitaria en [revista-notariado.org.ar/index.php/2017/06/el-titulo-de-adjudicacion-de-inmueble-por-particion-privada-de-la-indivision-hereditaria-y-poscomunitaria/](http://revista-notariado.org.ar/index.php/2017/06/el-titulo-de-adjudicacion-de-inmueble-por-particion-privada-de-la-indivision-hereditaria-y-poscomunitaria/)

<sup>54</sup> CICU, Antonio: Derecho de sucesiones, trad. de J. M. González Porras, Bosch, Barcelona, 1964, N° 149 en Ferrer, Francisco. “La colación y la partición hereditaria” en: LA LEY 25/06/2008, 6 - LA LEY2008-D, 117 Cita: TR LALEY AR/DOC/1569/2008.

<sup>55</sup> MESSINEO, Francisco: Manual de derecho civil y comercial, trad. de S. Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires, 1971, T. VII, parág. 204, N° 1 bis-e); MAFFIA, Jorge O.: Tratado de las sucesiones, cit., T. II, N° 571.; en Ferrer Francisco ídem

b) quien ha dividido bienes con otros. ¿Porque el legislador haría esta distinción si considerara que la división de bienes es un acto a título oneroso?

No hay enajenaciones entre los coherederos, como parece entender la Cámara en su fallo. Considero, en concordancia con la postura que sostiene Ferrer, que en la causa judicial mencionada no cabe la aplicación del art. 3604, por la naturaleza declarativa de la partición. Y que, si se prueba que la partición encubre otro acto mediante el cual un legitimario ve frustrado su derecho hereditario, el legitimario y/o el acreedor perjudicado con la partición podrían demandar alguno de los vicios que afectan los actos jurídicos, como lo es la simulación. Dado que como dispone el artículo 2408, la partición puede ser invalidada por las mismas causas que pueden serlo los actos jurídicos.

Ahora, sin profundizar en el tema que no nos ocupa aquí, ante una supuesta simulación, que puede tener distintas finalidades, los acreedores perjudicados con la partición se encuentran protegidos por la ley pudiendo oponerse a ella o bien plantear una acción de fraude <sup>56</sup>

## CONCLUSIONES

La naturaleza declarativa y retroactiva de la partición forma parte de nuestra realidad jurídica y por tal motivo no puede ser desconocida por los jueces en sus fallos.

Dado que la esencia del acto partitivo es declarar derechos que los coparticipes ya poseían desde la apertura de la sucesión, no debe considerarse que haya transmisión de derechos entre los coherederos.

Si bien la naturaleza misma de la partición se encuentra instalada hace ya mucho tiempo en nuestra doctrina y jurisprudencia, así como en nuestra ley; en los tribunales se sigue desconociendo

La manera de distribirse los bienes que efectúen los coparticipes en la partición privada cumpliéndose las condiciones legales para su procedencia incumbe solo a aquellos y la justicia no tiene injerencia en su contenido.

---

<sup>56</sup> Ferrara, Francisco. "La Simulación de los negocios jurídicos (actos y contratos)" trad. De la 5ta. Ed. Por Rafael Atard y Juan E. de la Puente, Madrid, 1926, Librería Gral. De Victoriano Suarez

El acto partitivo con características, efectos y finalidad propia, no permite que sea confundido con otros actos jurídicos o los encubra.

En la partición privada prima el principio de autonomía de la voluntad de los partícipes y este principio debe ser respetado por la jurisprudencia. Son reiterados los casos en los cuales en primera instancia se deniega la homologación de los convenios partitivos considerando que se trata de otros actos (cesión de derechos, constitución de usufructo, etc.) por ejemplo, cuando en los mismos se involucran bienes gananciales indivisos o bien dando procedencia a la invalidez de los mismos cuando resulta de ellos una distribución desigual de los bienes, sin que existan vicios de la voluntad o del acto jurídico. Y luego en la instancia superior se revocan esos fallos reiterando la naturaleza de la partición y la autonomía de la voluntad de los coparticipes, todo lo cual ocasiona dilaciones y gastos innecesarios en la justicia.

Los coparticipes tienen plena libertad para acordar privadamente mediante diferentes actos la partición. Podrán acordar una distribución igualitaria o desigual de los bienes, su venta, u otorgarse o no compensaciones o créditos, etc.; sin que ello implique la transmisión de derechos entre los coparticipes, manteniendo siempre su naturaleza partitiva.

Los terceros interesados que consideren afectados sus derechos por la partición privada que eventualmente resuelvan los coparticipes, pueden protegerlos mediante su oposición en el expediente sucesorio o de divorcio y/o trabando las medidas cautelares a las personas o los bienes o a sus derechos sucesorios.

Existen variados motivos en el seno familiar, que se vinculan a lo afectivo, a la necesidad, o a la economía, en virtud de los cuales los coparticipes resuelvan distribuir los bienes de manera desigual, y ello debe ser respetado por nuestra justicia, ya que son ellos los que mejor conocen las necesidades e intereses familiares, y por ello la ley reconoce la potestad de formalizar la partición en la forma y por los actos que los interesados crean conveniente. Y por supuesto, para proteger derechos de terceros, incapaces o con capacidad restringida, ausentes o coparticipes en desacuerdo, limita la procedencia de dicha potestad solo a los casos en los cuales se den las condiciones exigidas por la ley.

Sera conveniente que los operadores del derecho comprendamos que el espíritu de la norma es propender a la libertad personal y familiar de las personas para disponer de su patrimonio. Y que si bien, terceros legítimamente interesados podrían ver

perjudicados sus intereses con una partición privada desigual, la ley les provee de herramientas legales para oponerse a la misma, demandar por vicios en la misma o bien hoy se suma la posibilidad de complementar o rectificar.

Y, por otro lado, teniendo en cuenta todo el análisis efectuado sobre la autonomía de la voluntad en la partición privada, y que dadas las condiciones necesarias rige el principio de libertad personal y familiar para acordar las formas y los actos que extinguirán la indivisión; entiendo que dicha partición privada debería ser una incumbencia exclusiva del ámbito notarial.

Si por una parte, la partición privada consiste en un acto meramente voluntario de los partícipes y rige como principio la plena libertad, sin ningún tipo de conflicto, siendo la patología (vicio del acto) la excepción; y por otro lado, el proceso de homologación del convenio en estos casos solo comprende la verificación de las condiciones legales necesarias para que sea viable la forma privada ¿por qué continúa siendo una opción la presentación del convenio de partición a la justicia para ser homologado? Advirtiéndole que esta incumbencia judicial implica la dedicación de un preciado tiempo de los juzgados que debería afectarse a la resolución de verdaderos conflictos. Entonces, la ausencia de conflicto, la presencia del principio de libertad y la verificación de las condiciones legales parecen ser cuestiones que se vinculan más a una incumbencia notarial; sin tener que recurrir a una instancia judicial de homologación.

Somos los notarios quienes, al intervenir en la instrumentación de la escritura de partición, efectuamos todos los estudios y diligencias previas necesarias, dotando de autenticidad al acto, y brindando seguridad jurídica al negocio. Por el principio de inmediación que rige la profesión, recibimos en forma directa la expresión de voluntad de los requirentes (en este caso los copartícipes de la partición), indagamos sobre las causas y motivos que tienen los copartícipes para resolver de tal o cual forma como han de distribuirse los bienes, y proporcionamos el asesoramiento serio e indispensable para que instrumenten el negocio partitivo de la forma y por el acto que mejor convenga a sus intereses. Los deberes, diligencias previas y asesoramiento que brinda el escribano a los copartícipes y todas las operaciones notariales que debemos efectuar los escribanos antes de la instrumentación y que luego serán volcados en la redacción del documento; colabora a reducir los planteos de invalidez de la partición privada. A todo lo cual, se suma el valor que le confiere la matricidad del instrumento público y su permanente conservación.

Por lo anteriormente expuesto, considero de suma importancia evaluar la posibilidad de proponer erradicar como forma la presentación del instrumento privado de partición para su posterior homologación en el expediente judicial persiguiendo por un lado, evitar colaborar con el abarrotamiento de causas judiciales en nuestros atiborrados tribunales, lo cual implica dilaciones innecesarias, y por otro lado, propender a otorgar a las particiones privadas mayor seguridad jurídica brindada por los beneficios de la intervención del escribano mediante la instrumentación de la escritura pública.

## BIBLIOGRAFIA y JURISPRUDENCIA

- Clusellas, Eduardo G., “Código Civil y Comercial Comentado” Tomo 8 BsAs-Bogota, 2015 Astrea-Fen Ed.Not
- Spota, Alberto G., Leiva Fernandez, Luis F. P., “Contratos. Instituciones de Derecho Civil” 2da. Edición, T. I, Pte. Gral.
- Ferrer, Francisco A. M., “Partición hereditaria: noción y alcances de su efecto declarativo”, RCCyC 2017 (febrero).
- Fornieles, Salvador. Tratado de las Sucesiones, 4ta edición, Tipográfica Editora Argentina S.A. Bs.As. 1958.
- 42 Convención Notarial septiembre 2017, conclusiones
- Fornieles, S., "Tratado de las Sucesiones", Ediar, Buenos Aires, 1950, t. I
- Zannoni, Eduardo A. , Derecho Civil, Derecho de las Sucesiones, I, 5ta edición, Astrea, 2008.
- SCBA, 9/10/1962, JA 1963-I- Nro. 6445,
- Arianna Carlos A, “Las reformas en materia de partición de herencia” en La Ley, Buenos Aires, Thomson Reuters, 9/11/2016; t.2016-F.
- Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil, Sucesiones” Tomo I, 1998. LL.
- SCBA, 22/4/03, “Caprari, Hector H. s/Sucesión ab-Intestato”, JUBA, B9991039
- SCBA, 9/12/03, “Urrutipi, Angela s/Sucesión”, JUBA, B 255070
- Lafaille, Hector “Curso de Der. Civil, Sucesiones . T. 1, Ediar Bs.As., 1947
- 41 Jornada Notarial Bonaerense Tandil octubre 2019 Tema II
- CNCiv Sala M 9/10/2007. La Ley 2008 – D, 117, con nota de Ferrer Francisco M “La Colación y la partición hereditaria”;
- Azpiri, Jorge O. Incidencias del Cod. Civ. Y Com. Der. Sucesorio, Hamurabi Bs.As. 2015
- Alterini, Jorge H, “Codigo Civil y Comercial, Tratado Exegetico, 3era edic. LL Bs.As., 2019
- Cabrera de Garibaldi, Cecilia, Ortelli Ana “Der. Sucesorio”, El Derecho, Bs.As, 2016

- Perrino, Jorge O, “Derecho de las Sucesiones” , T. II, 1era. Edición Bs.As. Abeledo 2011
- Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastian; “Codigo Civil y Comercial de la Nacion Comentado, Tomo II, Libro Segundo, 1era ed., Bs.As., Infojus 2015
- Gowland, Alberto J. “La pretendida invalidez de un convenio de liquidación de sociedad conyugal por causa de inequidad” en L.L. 1989-B-61.
- Cámara Ap.Civil y Com. De Córdoba, 28/9/2021, “O. E. D. L. C. s/ declaratoria de herederos”, MJ-JU-M-135297-AR | MJJ135297
- CNCiv., sala E, 04/02/2022: “B. M. s/ sucesión ab intestato”, TR LALEY AR/JUR/2406/2022
- CNCiv., Sala H en autos "Kwacz Kohn, Salomón y Hara, Adela Noemí s/sucesión ab intestato
- CNCiv. Sala H, 25/9/2013 K.K., S y H. A.N. s/Suc Ab-Int, con nota Caparelli “Cesión de der. Hereditarios o partición?” en RDF y P abril 2014.
- CNCiv, sala D,”Córdoba, Segundo Pantaleón c. Castellón, Azucena del Carmen”, 15/09/2015 en: RCCyC 2015 (diciembre). DJ02/03/2016.
- Capparelli, Julio César, “¿Cesión de derechos hereditarios o partición?”, LL 20/02/2014, 4 - LL2014-A, 374 - DFyP 2014 (abril).
- CNCiv Sala M, “Santillán, Rosa c. Santillán, Estrugamou Fernando”, 09/10/2007, Publicado en: LA LEY 25/06/2008, 7, con nota de Francisco Ferrer; LA LEY 2008-D, 118, con nota de Francisco Ferrer; DJ 15/10/2008, 1672, con nota de Francisco Ferrer; DJ 2008-II, 1672, con nota de Francisco Ferrer.
- Ferrer, Francisco. “La colación y la partición hereditaria” en: LA LEY 25/06/2008, 6 - LA LEY2008-D.
- Ferrara, Francisco. “La Simulación de los negocios jurídicos (actos y contratos)” trad. De la 5ta. Ed. Por Rafael Atard y Juan E. de la Puente, Madrid, 1926, Librería Gral. De Victoriano Suarez.
- Fassi, Santiago y Bosert, Gustavo A., “Sociedad Conyugal, Tomo II, Ed Astrea, Bs.As. 1978
- Ferrer, Francisco A. M., “La partición mixta de la herencia” en: LA LEY 23/11/2016, 1 - LA LEY2016-F, 886

- Fontanarrosa, Rodolfo O, "Derecho Comercial Argentino, T. II, 2da Ed. Bs.As., Zavalia 1971
- Santiso, Javier, "Partición de bienes gananciales en estado de indivisión postcomunitaria y hereditaria", en DFyP 2015 (octubre)
- Capparelli, Julio C. , "Partición privada de herencia", en: DFyP 2017 (julio).
- Comisión Sucesiones, Autor sin especificar, en: DFyP 2017 (noviembre), 133
- Kielmanovich, Jorge L. "Los convenios de partición o liquidación de la indivisión postcomunitaria del matrimonio y la partición judicial, en: LA LEY 13/11/2018, 1 - LA LEY2018-F, 596
- Sabene, Sebastian E., "Abordaje comparativo del condominio, la comunidad hereditaria y la indivisión postcomunitaria" en: LA LEY 27/05/2019, 1 - LA LEY2019-C, 781
- Iglesias, Mariana B. - Surraco, María Mercedes - Carbonari, Aldana V., "Aspectos relativos a los bienes gananciales en el proceso sucesorio y su íntima relación con la partición: transversalidad de las figuras", en: RDF 2022-III, 130
- Prat, Hernán V. - Dell' Orefice, Carolina, "La partición privada en la sucesión según el Código Civil y Comercial de la Nación (instrumento público o privado)" en: RCCyC 2020 (febrero), 93
- Pérez Lasala, Fernando - Lizárdez, María Valeria, "Planificación sucesoria" en: RCCyC 2022 (agosto), 42
- Mourelle de Tamborenea, María Cristina, "Partición por los ascendientes. Partición por donación y partición por testamento: dos institutos de poco Uso" en: DFyP 2016 (abril), 122
- Ugarte, Luis A. "Los pactos autorizados sobre la herencia futura y la colación" en: RCCyC 2022 (septiembre-octubre), 194
- Lamber, Nestor D. "El título de adjudicación de inmueble por partición privada de la indivisión hereditaria y poscomunitaria" en: revista-notariado.org.ar/index.php/2017/06/el-titulo-de-adjudicacion-de-inmueble-por-particion-privada-de-la-indivision-hereditaria-y-poscomunitaria.
- Perez Lasala, Jose L, Medina Graciela, "Acciones judiciales en el derecho sucesorio", 2da ed. Rubinzal Culzoni Bs. As. 2011.
- CNCiv., Sala I, " G. K., R. E. s/ sucesión ab-intestato", 14/05/2015, en: DFyP 2015 (octubre) , 139

- C..Civil y Com. de San Isidro, Sala III, "Claramonte, Ricardo Armando s/ sucesión ab intestato", del 12/5/2021, publicado en: DFyP 2021 (agosto) , 155, TR LALEY AR/JUR/63619/2021.
- CNac.Civ. Sala F, "Z c. K", 14/09/1987, LL T.1989-B, 61