

CAPÍTULO III

ACCIONES DE NULIDAD DE LA PARTICIÓN

I. *Introducción*

158. La partición: concepto	187
159. Clases de partición: enunciación	187
160. La partición efectuada por los herederos	188
161. La partición efectuada por el partidor	190

II. *Acciones de nulidad*

162. Aspecto civil y procesal	190
163. La cosa juzgada en la partición	191
164. Jurisprudencia	194
165. Medios procesales para hacer valer la nulidad	194
166. Sujetos activo y pasivo	195
167. Carga de la prueba	196
168. Causas de nulidad: distinción	196

III. *Causas de derecho común*

169. Enumeración	197
170. Vicios del consentimiento: supuestos	197
171. Prescripción	198
172. Error: su aplicabilidad a la partición	198
173. Clases de error	199
174. Casos de error esencial: enunciación	199
175. Error sobre la naturaleza del acto	199
176. Error sobre la persona	200
177. Error sobre el objeto	202
178. Error sobre la calidad de la cosa	205
179. Dolo: concepto y requisitos	207
180. Su aplicación a la partición	207
181. Efectos de la nulidad: extensión	209
182. Violencia: concepto y clases	209
183. Simulación: concepto y clases	210
184. Su aplicación a la partición	211
185. Prescripción	212
186. Fraude en perjuicio de terceros	212
187. Efectos de la acción pauliana	214
188. Prescripción	214

IV. *Causas específicas de la partición*

189. Enumeración	214
190. Principio de igualdad	215
191. Violación del principio de igualdad	215
192. Prescripción	216
193. Lesión subjetiva: su aplicabilidad a la partición, análisis	216
194. La opción del afectado	219
195. Prescripción	219
196. La partición extrajudicial y el principio de igualdad	219
197. El principio de adjudicación en especie	220
198. Violación del principio de división en especie	221
199. Prescripción	222
200. Vicios de procedimiento	222
201. Caso especial de la partición hecha por ascendiente	223

CAPÍTULO III

ACCIONES DE NULIDAD DE LA PARTICIÓN *

I. INTRODUCCIÓN

158. La partición: concepto.

La partición es el negocio jurídico unilateral o plurilateral que pone fin a la comunidad hereditaria, mediante la distribución del activo neto hereditario entre los coherederos, determinando el haber concreto de cada uno ¹.

La partición es un negocio jurídico porque constituye un acto de manifestación de voluntad que tiene por fin inmediato hacer cesar la comunidad hereditaria. Es, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, un acto de los previstos en el art. 944 del Código Civil.

159. Clases de partición: enunciación.

El negocio jurídico particional puede adoptar, principalmente, dos formas:

a) la partición efectuada por los herederos, que es un verdadero contrato plurilateral, en el cual el interés de cada uno de los concurrentes se contrapone al de los otros, pues —como dicen Lacruz y Sancho Rebullida ²— si todos ellos desean disolver la comunidad, lo hacen percibiendo cada uno el beneficio propio de recibir bienes suficientes para llenar satisfactoriamente su cuota. El hecho de que en determinados casos deba sometérsela a la aprobación judicial no la priva de su carácter contractual.

* Ver modelos de escritos en el Apéndice, ps. 457 a 461.

¹ José L. Pérez Lasala, *Derecho de sucesiones*, vol. I, p. 646.

² *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1976, t. I, p. 162.

b) la partición efectuada por el perito partididor cumpliendo las exigencias que determina el proceso sucesorio, que es un negocio jurídico unilateral. En este caso, siempre se requiere la aprobación judicial. (A este grupo pertenecen los dos casos especiales de partición que prevén los arts. 3515 y 3514, *in fine*, Cód. Civil.)

160. La partición efectuada por los herederos.

La partición efectuada por los herederos presenta dos modalidades: 1) la partición extrajudicial que prevé el art. 3462 y, en concordancia, el art. 698 del Código Procesal; 2) la partición mixta que requiere la presentación al juez del sucesorio, según lo estatuye el art. 1184, inc. 2, *in fine*, y, en concordancia, el art. 726, párr. 1º, del Código Procesal.

1. *Partición extrajudicial.* El art. 3462, reformado por la ley 17.711, dice: "Si todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes". La norma contempla dos aspectos: uno referente a la presencia y capacidad de los herederos, y otro, al acuerdo unánime de ellos. Veámoslos:

a) En primer lugar, se requiere que los herederos estén presentes, con lo cual se quiere excluir a los simples ausentes; pero entendemos que la exclusión no comprende a los ausentes con presunción de fallecimiento, pues en ese caso sus herederos, actuando bajo una sola representación, serán herederos presentes de un heredero (art. 28, ley 14.394, y arg. art. 3459). No teniendo el término "presente" el carácter de personalísimo, la partición puede ser efectuada sirviéndose de mandatario, si bien el poder debe ser especial cuando la partición implica celebrar cualquiera de los actos previstos en el art. 1881³.

Además, los herederos deben ser capaces. El artículo, en su redacción anterior, hablaba de "mayores de edad", y esa expresión fue sustituida por la de "capaces", refiriéndose indudablemente a la capacidad de obrar; por eso, los incapaces de hecho no pueden recurrir a esta forma de partición.

b) En segundo lugar, se requiere la unanimidad, tanto para la forma de hacer la partición como para el contenido del acto.

En cuanto a la forma, los interesados, de común acuerdo, pueden servirse de la escritura pública. El art. 1184, inc. 2, re-

³ Fornieles, t. I, n° 259; C.Civ. 1º Cap., 18/5/18, "J.A.", II-41.

formado por la ley 17.711, dice, con toda claridad, que deben ser hechas en escritura pública "las particiones extrajudiciales de herencia...".

En cuanto al fondo, al contenido del acto, los interesados, por acuerdo unánime, tienen la más absoluta libertad, incluso para adjudicar lotes desiguales.

El art. 698, párr. 1º, del Código Procesal expresa que "aprobado el testamento o dictada la declaratoria de herederos, en su caso, si todos los herederos fueren capaces y, a juicio del juez, no mediare disconformidad fundada en razones atendibles, los ulteriores trámites del procedimiento sucesorio continuarán extrajudicialmente a cargo del o de los profesionales intervinientes". El art. 698 responde a las exigencias del art. 3462 del Código Civil, al referirse a todos los herederos capaces y al criterio unánime de ellos, pues esto último significa que no media disconformidad.

En la partición extrajudicial, el inventario y el avalúo pueden estar explícitos o implícitos en la propia partición. El art. 698, párr. 2º, del Código Procesal expresa que "en este supuesto, las operaciones de inventario, avalúo, partición y adjudicación deberán efectuarse con la intervención y conformidad de los organismos administrativos que correspondan".

Quiere decir, pues, que esta partición no requiere presentación al juez del sucesorio; por eso se la llama *extrajudicial*. Esto no significa que no sea necesario el proceso sucesorio, pues éste debe contener el auto de declaratoria de herederos o de aprobación de testamento (art. 698, párr. 1º, Cód. Proc. Nac.). Pero, insistimos, esta partición sólo puede ser viable si todos los herederos están presentes, son capaces y media acuerdo unánime.

2. *Partición mixta*. Los interesados, por acuerdo unánime, pueden hacer la partición en documento privado presentándolo al juez del sucesorio. El art. 1184, inc. 2, después de exigir escritura pública para las particiones extrajudiciales, agrega: "salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión". No basta la presentación al juez de la sucesión, como parece surgir del art. 1184, sino que se necesita la aprobación judicial. Dicha aprobación es imprescindible, pues el auto que la contiene constituirá el título de propiedad del adjudicatario.

El art. 726, párr. 1º, del Código Procesal prevé esta partición, denominándola "partición privada". Dice así: "Una vez aprobadas las operaciones de inventario y avalúo, si todos los herederos capaces estuviesen de acuerdo, podrán formular la partición y presentarla al juez para su aprobación". Los herederos deben estar

presentes y ser capaces, y tiene que haber acuerdo unánime, conforme al art. 3462.

En este caso, el proceso sucesorio no sólo debe contener la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento, sino que las operaciones de inventario y de avalúo deben ser aprobadas.

161. La partición efectuada por el partidor.

La partición hecha por el perito partidor es llamada también "partición judicial" y procede en los supuestos previstos en el art. 3465 del Código Civil. Dicha norma expresa: "Las particiones deben ser judiciales: 1) cuando haya menores, aunque estén emancipados, o incapaces, interesados o ausentes cuya existencia sea incierta; 2) cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se opongan a que se haga la partición privada; 3) cuando los herederos mayores y presentes no se acuerden en hacer la división privadamente".

La partición judicial entra de lleno en las exigencias del proceso sucesorio, el cual debe contener, como etapas previas a la partición, la declaratoria de herederos o de aprobación de testamento y la aprobación de las operaciones de inventario y avalúo.

El Código Procesal de la Nación (al igual que los de las provincias) prevé el nombramiento del partidor (art. 727); el plazo para presentar la partición (art. 728); la obligación del partidor de oír a los interesados para conciliar, en lo posible, sus pretensiones (art. 729); la presentación de la cuenta particionaria y su puesta de manifiesto en secretaría para que los interesados puedan formular observaciones, y, por fin, su aprobación (arts. 731 y 732).

II. ACCIONES DE NULIDAD

162. Aspectos civil y procesal.

El Código Civil no regula la nulidad de la partición. Sólo se refiere a ella en forma incidental en el art. 3284, inc. 2, al disponer que ante el juez del último domicilio del causante deben ser entabladas "las demandas (...) que tiendan a la reforma o nulidad de la partición". También la nota al art. 3514 menciona "las causas especiales de nulidad o de rescisión fundadas, ya

en la omisión de alguno de los herederos, ya en la desigualdad de las partes atribuidas a cada heredero”.

La doctrina considera que la partición participa de los elementos comunes a todo acto o negocio jurídico. En consecuencia, serán aplicables las normas y principios relativos a la invalidez o ineficacia del negocio ⁴.

La nulidad de la partición extrajudicial, en la cual no interviene el juez, está regida exclusivamente por esos principios de derecho civil.

En cambio, la partición mixta y, sobre todo, la judicial, que se insertan en el proceso sucesorio, tienen un doble aspecto: el de acto jurídico civil y el de acto procesal. Por eso les será aplicable, a la vez, el régimen de la nulidad de los actos jurídicos civiles y el de la nulidad de los actos procesales. En estos casos, la sola aplicación de las normas del Código Civil resulta insuficiente, pues entran en juego normas procesales que tienen un régimen normativo propio, régimen que es —como dice Wagner ⁵— diferente, en ciertos casos, del régimen del acto jurídico civil. Pensemos, por ejemplo, en los casos en que el juez aprueba la partición con la disconformidad de algunos herederos.

163. La cosa juzgada en la partición.

El problema, tratándose de las particiones mixtas y de las judiciales, se centra en dilucidar si la preclusión procesal impedirá invocar ulteriormente la nulidad del acto particionario, o si dicha preclusión no será obstáculo para invocar la nulidad de la partición con posterioridad. Dicho en otras palabras: si la aprobación judicial de la partición hace cosa juzgada o no.

Zannoni ⁶ distingue el “proceso partitivo” en sus distintas etapas, el cual puede ser atacado de nulidad en relación con el acto procesal viciado; si no se deduce la nulidad del acto procesal, éste queda consentido, y la preclusión impedirá su ulterior impugnación. Hay cosa juzgada material. Ahora bien: la partición como “acto jurídico civil” trasciende de la cosa juzgada material.

Hay que separar, según el citado autor, la eficacia interna de la sentencia (homologatoria) y su eficacia externa. “La cosa juzgada —según él— atañe a la eficacia interna de la sentencia, pero no a su eficacia externa, pues el planteo de nulidad sustan-

⁴ Eduardo Zannoni, *Derecho de las sucesiones*, t. I, p. 694.

⁵ Manuel A. Wagner, *La partición hereditaria*, p. 23.

⁶ Ob. cit., p. 694.

cial de la partición atacaría a una condición de eficacia presupuesta en el pronunciamiento homologatorio, que atañe a las condiciones de validez del acto partitivo, y no a la preclusión procesal operada en virtud de la cosa juzgada”.

La tesis de Zannoni parte de una escisión total del acto particionario como acto civil y como acto procesal. La partición como acto jurídico civil trasciende —según él— de la cosa juzgada, propia de la sentencia que aprueba la partición. Ello implica que las posibles nulidades del acto particionario nunca quedarían consentidas en el proceso sucesorio. Dicho en otras palabras: la aprobación judicial de la partición jamás quedaría firme, pues siempre cabría la posibilidad de declarar su ineficacia por causas de nulidad civil, aunque éstas se manifestaran en el proceso y no hubieran sido invocadas en el término para efectuar la pertinente impugnación.

Nos parece que tal postura minimiza, sin apoyo legal, la trascendencia que implica la intervención del órgano jurisdiccional, y anula las preclusiones procesales en esta etapa controvertida del proceso sucesorio, al dejar abierta la posibilidad de impugnaciones a la homologación judicial de la partición, como si dicha homologación no hubiera tenido lugar o sólo sirviera para formar hijuelas carentes de estabilidad.

Wagner⁷, por su parte, sostiene que la aprobación de la cuenta particionaria, si bien produce la pérdida del derecho de impugnarla dentro del juicio sucesorio por razones de preclusión, no priva, en cambio, del derecho de alegar su nulidad ejerciendo la acción pertinente que legisla la ley civil, invocando: *a*) vicios o irregularidades en la forma, incluyendo las contenidas en los códigos procesales; *b*) todos los vicios que afectan al consentimiento. Veamos:

a) La posibilidad de alegar la nulidad ulterior de la partición cuando han mediado irregularidades en las formas, incluyendo las procesales, no nos parece convincente. Evidentemente, una partición extrajudicial no realizada en escritura pública no puede cumplir con su fin de concretar la propiedad exclusiva de los herederos si hay bienes inmuebles; pero no podría atacársela de nula si se la realizó en documento privado, ya que basta su presentación al juez del sucesorio para poder obtener la homologación, con lo cual cumplirá con su fin propio (art. 1184, inc. 2).

La violación de las formas procesales podrá ser subsanada con el correspondiente incidente de nulidad. La no interposición

⁷ Ob. cit., p. 39.

de éste llevará consigo la preclusión procesal y la consiguiente cosa juzgada de la homologación judicial, la cual impedirá ventilar la nulidad en juicio ulterior.

b) La posibilidad de alegar la nulidad ulterior de la partición cuando median vicios del consentimiento no tiene carácter absoluto. A nuestro juicio, como luego veremos, hay casos en que el vicio no alegado en la etapa procesal oportuna del juicio sucesorio quedará consentido, y sobre él no cabrá invocación ulterior de nulidad.

Los procesalistas —hasta donde hemos sabido investigar— no se ocupan del problema de la eficacia de la homologación judicial en el proceso sucesorio. Hay que partir, en nuestra opinión, de las ideas básicas sobre la cosa juzgada, en la medida en que sean aplicables a este proceso, para llegar a conclusiones precisas.

En primer lugar, constituye requisito de la cosa juzgada el hecho de que la sentencia haya recaído en un proceso contencioso, quedando excluidos los denominados “procesos voluntarios”⁸. Se dice que el proceso sucesorio es de carácter voluntario. Esto es cierto hasta la declaratoria de herederos o de aprobación de testamento, pero las etapas correspondientes al inventario, avalúo y partición permiten las observaciones o impugnaciones de los herederos (arts. 724 y 731, Cód. Proc. Nac.), la posibilidad de probarlas por una audiencia fijada al efecto o por la vía del incidente o del juicio sumario (arts. 725 y 732), la factibilidad de apelar la resolución judicial que rechace la cuenta (art. 731). Se dan, pues, las circunstancias procesales para que se entable la contienda. Ello nos permite afirmar que en esta etapa del proceso éste no es voluntario, sino contradictorio, quedando protegida la garantía constitucional de la defensa en juicio.

En segundo lugar, la distinción entre cosa juzgada formal y material puede esclarecer el problema. La cosa juzgada en sentido formal impide el ataque directo de la sentencia; cuando esta última, además de impedir el ataque directo, también imposibilita el ataque indirecto por medio de la apertura de otro proceso, se dice que la sentencia goza de cosa juzgada en sentido material⁹.

A nuestro juicio, el auto homologatorio de la partición goza de cosa juzgada, en principio, en sentido formal, pero a veces también alcanza el sentido material. En este último caso no cabría invocar la nulidad con posterioridad.

⁸ Lino Enrique Palacio, *Derecho procesal civil*, t. V, p. 506.

⁹ Palacio, *ob. cit.*, p. 502.

La solución del problema no admite, en nuestra opinión, soluciones simplistas, sino que éstas deben surgir del análisis particularizado de los distintos casos de nulidad. En aquellos en que la causa de nulidad civil de la partición aparezca consentida por el heredero, por haber tenido conocimiento de ella y haber omitido la defensa de su derecho en el término que establece la ley procesal, impedirá su ulterior invocación. Al contrario, si de las operaciones no surge la causa de nulidad, no cabrá hablar de su consentimiento y, por eso, se podrá atacar de nulidad la partición ya homologada.

Muchas veces, la posibilidad de impugnar la partición homologada surgirá de la falta en ella de "presupuestos" para una partición válida, que no se hacen patentes en el acto particionario.

164. Jurisprudencia.

La jurisprudencia no es unánime a este respecto. En una oportunidad declaró que "resulta extemporáneo el planteamiento de la nulidad de la partición si, puesta la misma a la oficina por el término de ley para que se formule observaciones al respecto, los interesados no lo hacen y plantean su nulidad después de vencido dicho término, máxime si la partición fue aprobada judicialmente y dicha resolución se notificó por cédula a los herederos" ¹⁰.

En sentido contrario, ha declarado que "la falta de impugnación al acto de mero trámite que homologa la cuenta particionaria no impide ser atacada de nulidad, siempre que lo sea mediante acción ordinaria" ¹¹.

Se ha resuelto también que "la aprobación de la cuenta particionaria origina la caducidad del derecho a impugnarla, quedando únicamente a salvo a los interesados el derecho de alegar su nulidad por vicios del consentimiento" ¹².

165. Medios procesales para hacer valer la nulidad.

Se puede hacer valer la nulidad por medio de la acción de nulidad en el pertinente juicio ordinario. Cabe plantear la nulidad por vía de excepción.

¹⁰ C. 1ª Civ. Com. San Luis, 28/2/68, "G.S.L.", 968-1-67.

¹¹ C. 1ª Civ. Com. La Plata, 4/3/49, "J.A.", 1949-I-669.

¹² C.C. 2ª Cap., 22/12/42, "J.A.", 1943-I-56; conf.: C.C. 1ª Cap., 18/2/36, "J.A.", 56-778.

En la partición extrajudicial, el juicio ordinario será la única vía posible para anular la partición.

En la partición judicial, la nulidad puede ser invocada por medio de la interposición de observaciones u oposiciones en el proceso sucesorio. Si las observaciones requieren sustanciación más amplia, cabe recurrir al incidente o al juicio sumario (arts. 725 y 732, Cód. Proc. Nac.).

Por último, se puede hacer valer la nulidad por vía del incidente de nulidad cuando han sido violadas las formas sustanciales del procedimiento sucesorio (arts. 169 y ss.).

En todo caso, la partición es anulada no sólo respecto del causante de la nulidad o de quien es víctima de ella, sino respecto de todos los herederos.

166. Sujetos activo y pasivo.

Pueden ejercer la acción de nulidad de la partición los siguientes sujetos:

1) *Herederos*: Los primeros a quienes se les otorga la acción de nulidad son los herederos, que indudablemente son los principales interesados. Si se tratara de incapaces, el ejercicio de la acción les corresponderá a sus representantes.

2) *Herederos de los herederos*: La acción de nulidad se les concede a los herederos de herederos fallecidos.

3) *Legatarios de cuota*: Los legatarios de cuota forman parte de la comunidad hereditaria al igual que los herederos. Les cabe, pues, la acción de nulidad de la partición.

4) *Cesionarios de los herederos o legatarios de cuota*: Pueden ejercer la acción de nulidad por la misma razón indicada precedentemente.

5) *Acreedores de los herederos*: Esta acción no se les otorga a los acreedores del causante, dado que éstos pueden cobrar sus créditos antes de la partición, y pueden incluso impedirla hasta que sean satisfechas sus acreencias (art. 3475).

Los acreedores de los herederos, en determinadas circunstancias (que analizaremos más adelante), pueden ejercer especialmente la acción subrogatoria, la de simulación y la acción pauliana.

La acción de nulidad puede ser ejercida contra los coherederos (y herederos de los herederos), legatarios de cuota y cesionarios.

167. Carga de la prueba.

La carga de probar la causal de nulidad corresponde a quien entabla la acción. Será el actor, por eso, quien deberá probar el error, el dolo, la violencia, la violación del principio de igualdad o del principio de partición en especie.

Al demandado le corresponderá probar la prescripción o la preclusión de las etapas procesales, cuando éstas tuvieran lugar.

168. Causas de nulidad: distinción.

Las causas de nulidad de la partición pueden ser divididas en dos grandes grupos: causas de derecho común y causas específicas de la partición.

1) Las *causas de derecho común* son las reguladas en el Código Civil (arts. 1041 a 1045), que serán aplicables en forma pura cuando se trate de la partición extrajudicial. Mediando partición mixta o partición judicial, ellas se verán restringidas en su aplicación por el matiz propio que impone el procedimiento sucesorio, donde los interesados actúan ante el juez, rodeados de las garantías que otorgan las leyes procesales. Sólo merecen consideración, dentro de la gama de las causas civiles, las que resultan aplicables al acto particionario, pues no todas lo son (p. ej., la nulidad contemplada en el art. 1044, 1ª parte).

A título enunciativo, sin pretender ser exhaustivos, podemos citar las siguientes:

1. *Partición nula por defecto de forma.* Por ejemplo: si los herederos realizan la partición por escritura pública, no obstante haber mediado oposición de terceros interesados. El defecto de forma radica, aquí, en que la partición debió ser judicial, conforme al art. 3465, inc. 2, y no extrajudicial. Sería un supuesto de nulidad relativa (art. 1045, *in fine*).

2. *Partición nula por razón de incapacidad.* Por ejemplo: si un incapaz, aun con la intervención de un representante legal, realiza la partición extrajudicial, en la cual no pueden actuar incapaces (art. 3462), o si interviene por sí en el proceso sucesorio sin su representante, llevándose a cabo la partición judicial (arts. 1041, 1045, 2ª parte). En ambos supuestos la partición es nula. Pensamos que la nulidad es relativa, aun cuando medie una incapacidad de derecho¹³.

¹³ Borda, *Parte general*, t. II, n° 1254.

3. *Partición nula por defectos del consentimiento.* Cuando la partición contiene los vicios de error, dolo, violencia, simulación o fraude puede ser anulada. La trascendencia del tema y su implicancia en las distintas clases de partición lo hacen merecedor de un estudio detallado, que habremos de desarrollar en los párrafos siguientes.

II) Las *causas específicas* de la partición surgen de la ley civil, y cuando la partición es mixta o judicial, también de la ley procesal. Son ellas:

- 1) violación del principio de igualdad;
- 2) violación del principio de adjudicación en especie;
- 3) vicios de procedimiento.

Los supuestos de este grupo, por su importancia, serán analizados también en párrafos independientes.

III. CAUSAS DE DERECHO COMÚN

169. Enumeración.

Las causas de nulidad de derecho común corresponden a figuras propias del derecho civil. Serán objeto de estudio los vicios del consentimiento, a saber: el error, el dolo y la violencia. Y como causas también de derecho común, aunque no constituyen propiamente vicios del consentimiento, la simulación y el fraude en perjuicio de acreedores.

170. Vicios del consentimiento: supuestos.

Siendo la partición un acto jurídico, le es aplicable la teoría de los vicios del consentimiento, que deriva en la nulidad de la partición cuando la voluntad de alguno de los partícipes se ha formado mediando error, dolo o violencia.

Estos vicios del consentimiento son aplicables en toda su pureza en la partición extrajudicial (y mixta), ya que ella encierra un acto plurilateral en el cual las partes que induzcan el vicio siempre serán los herederos. En cambio, en la partición judicial interviene un representante del juez, el partidor, que es quien efectúa la partición. Los herederos deben ser oídos por el partidor, pero no son ellos los que realizan la partición. Por eso, será el partidor quien incurra en el error, inducido o no por los here-

deros; quien actúe con dolo, en connivencia o no con los herederos; quien sufra la violencia, sólo o junto con alguno o algunos herederos; quien permita la simulación o el fraude a los acreedores de los herederos. Esto evidencia el protagonismo del partidor en este tipo de vicios del consentimiento.

La nulidad que provocan los vicios del consentimiento siempre es relativa, conforme al art. 1045 del Código Civil.

En todo caso, hay que tener presente que cualquier acto de disposición que un heredero hiciese de los bienes contenidos en su hijuela equivaldría —como dice Fornieles¹⁴— a la ratificación de la cuenta, privándolo de la acción de nulidad¹⁵.

171. Prescripción.

Los vicios del consentimiento —es decir, el error, el dolo y la violencia— tienen como término de prescripción el de dos años (art. 4030, párr. 1º, Cód. Civil).

El término comienza a correr desde el momento en que se conoce el error o el dolo, o desde que la violencia ha cesado.

Ya veremos que estos términos de prescripción no son aplicables en los casos en que los vicios del consentimiento pueden ser conocidos por medio de las operaciones particionales, en la partición judicial. En esos casos, la no invocación del vicio lleva consigo su consentimiento procesal y la consiguiente imposibilidad de invocar la nulidad en un juicio ulterior.

172. Error: su aplicabilidad a la partición.

El error es aplicable a la partición, pues en nuestro derecho no hay norma alguna que lo impida. Aparte de algunos autores, como Segovia¹⁶, quien sostiene que el error no puede dar lugar a la nulidad de toda la partición (sí a una reforma de ella o a una división complementaria), la mayoría acepta el error como causa de nulidad de la partición, cuando éste es esencial.

Destacamos que en la legislación francesa y en la italiana no se prevé el error como causa de nulidad de la partición. El art. 877 del Código francés dice que las particiones pueden ser rescindidas por causa de violencia o de dolo, y agrega que también puede

¹⁴ *Sucesiones*, t. I, nº 289.

¹⁵ C.Civ. 2º Cap., 22/12/42, "J.A.", 1943-I-556.

¹⁶ Lisandro Segovia, *El Código Civil de la República Argentina*, t. II, p. 520.

haber lugar a la rescisión cuando hay una lesión en más de un cuarto en perjuicio de alguno de los herederos. A su vez, el Código italiano, en el art. 761, sólo prevé la anulación por violencia y dolo, y en el art. 763 se contempla la rescisión por lesión en más de un cuarto. No se admite la anulabilidad por error porque ese remedio, en sustancia, queda absorbido por el suplemento de la división o de la rescisión por lesión.

No obstante, muchos comentaristas, apartándose de estas reglas, consideran aplicable el error a la partición. En Italia podemos citar a Cicu¹⁷, quien opina que no hay que excluir la anulación por error, al menos en los casos en que el error es esencial hasta el punto de recaer en la misma causa del negocio divisorio (del mismo modo se manifiestan Civiello, Redenti, etc.).

173. Clases de error.

El error puede ser de hecho y de derecho. El error de hecho —que es el único que aquí interesa— puede ser, en atención a su gravedad, error esencial, que versa sobre aspectos esenciales y da lugar a la sanción de nulidad, y error accidental, que versa sobre cualidades accidentales y no invalida el acto.

174. Casos de error esencial: enunciación.

Los errores esenciales legislados en el Código Civil versan sobre los siguientes aspectos: error sobre la naturaleza del acto, error sobre la persona, error sobre el objeto y error sobre la calidad de la cosa.

175. Error sobre la naturaleza del acto.

El error sobre la naturaleza del acto, previsto en el art. 924 del Código Civil, es el error *in negotio*; por ejemplo, si un contratante entiende vender una cosa y el otro entiende recibirla en donación. En materia de partición, habría error *in negotio* si un heredero entiende que hay partición en el uso de los bienes, cuando en realidad versa sobre la propiedad definitiva de ellos.

Este error esencial lleva consigo, irremediablemente, la nulidad del acto. Algunos autores lo denominan también "obstativo" (Giorgi) o "impropio" (Savigny), porque impide la formación del

¹⁷ Antonio Cicu, *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1974.

acto, que se torna inexistente por el desencuentro entre las voluntades intervinientes.

En la práctica, es difícil hallar en la partición este tipo de error, máxime si ésta es judicial.

Tratándose de una partición extrajudicial (y mixta), Guaglianone¹⁸ pone como ejemplo el supuesto en que alguno de los herederos cree que la partición es una simple distribución en el uso de los bienes, cuando en realidad es una partición definitiva de dominio; y Wagner¹⁹ trae a colación la creencia en una partición provisional por mediar una condición suspensiva (art. 3458, Cód. Civil), cuando en verdad ha sido una partición definitiva.

Son supuestos académicos pero posibles jurídicamente, pues la partición extrajudicial es una convención que, como tal, puede verse afectada por el error.

Tratándose de una partición judicial, sujeta a las normas establecidas en el Código Procesal que culminan con la homologación, parece prácticamente imposible que se pueda producir este error. Aun produciéndose, su conocimiento surgiría en las etapas del proceso sucesorio, dando posibilidad a las partes para impugnar la partición. El inventario y el avalúo son notificados por cédula a los herederos (art. 724, Cód. Proc. Nac.), quienes pueden formular las observaciones que estimen oportunas. Lo mismo sucede con las operaciones particionales (art. 731). El cumplimiento de estas etapas y la consiguiente homologación de la partición sin haber formulado impugnaciones, o habiendo sido rechazadas si se las ha formulado, impiden la ulterior acción de nulidad por ese error. La homologación habría producido al respecto cosa juzgada.

176. Error sobre la persona.

El art. 925 del Código Civil establece que "es también error esencial y anula el acto jurídico, el relativo a la persona con la cual se forma la relación jurídica". La nulidad en materia contractual es aplicada en todos los casos en que la consideración de la persona ha podido influir en la realización del acto; pero no se aplica en los casos en que la consideración de la persona ha sido indiferente.

En materia de partición, la persona del copartícipe tiene importancia suficiente como para producir la nulidad de la partición

¹⁸ Aquiles H. Guaglianone, *Nulidad de la partición hereditaria*, "J.A.", 1956-III-129.

¹⁹ Ob. cit., p. 68.

por error. Este error comprende no sólo la identidad física de la persona del heredero, sino también su calidad parenteral; en otras palabras, el error en la persona abarca la persona física del copartícipe y también la persona civil.

a) El error en la persona física puede tener lugar cuando un extraño se introduce como heredero en la partición o cuando un heredero es excluido de ella:

1) En el primer caso —introducción de un extraño—, aparece como copartícipe una persona ajena a la partición. Este supuesto es difícil que se produzca, porque comúnmente los herederos se conocen entre sí.

En todo caso, la injerencia de un extraño en la partición producirá la nulidad de ésta; así se manifiestan Guaglianone²⁰ y Wagner²¹, cuyos criterios compartimos. En cambio, Lafaille²² sostiene que tal injerencia produciría como efecto que su lote fuera distribuido entre los verdaderos interesados sin necesidad de anular la partición; e invoca en apoyo de su tesis el art. 3528 del Código Civil. La aplicación del art. 3528 la consideramos inapropiada, pues —como dice Guaglianone— contempla el caso contrario, “el de la no inclusión de todos los herederos en la partición del ascendiente por testamento para sancionarla con la nulidad; o sea, que el art. 3528 más bien serviría para aplicar esa sanción por analogía, cuando un heredero resulta excluido de la partición. Por otra parte, la división complementaria del lote del falso copartícipe es remedio poco convincente para solucionar la dificultad, puesto que todo el acto ha sido condicionado por su presencia (...) o sea que sin la intervención de esta persona, la mayoría de las probabilidades habría sido a favor de una distribución distinta de la realizada”.

La solución propugnada por Lafaille sólo sería posible si todos los copartícipes aceptaran la partición complementaria. Bastaría la oposición de alguno de ellos para que la nulidad prosperara.

Si el falso heredero hubiera realizado actos de disposición de bienes inmuebles a título oneroso, el adquirente de buena fe será mantenido en su adquisición si median las circunstancias que prevé el art. 3430.

2) En el segundo caso —exclusión de la partición—, aparece excluida por error una persona que es heredero. La nota al art. 3514 del Código Civil menciona especialmente esta causal de nulidad de la partición. La jurisprudencia es unánime en este sentido.

²⁰ Ob. cit., p. 130.

²¹ Ob. cit., p. 73.

²² Héctor Lafaille, *Sucesiones*, t. I, n° 472.

La exclusión mediando partición judicial se traduce, en principio, en la no intervención del heredero excluido en el proceso sucesorio, lo cual provoca la nulidad de la partición²³.

b) El error en la persona civil se manifiesta como error en el parentesco. El parentesco viene a ser una cualidad sustancial del copartícipe, que puede gravitar decisivamente en la partición, tornándola nula. Supongamos, por ejemplo, la sucesión de un hermano que deja como herederos a hermanos de vínculo simple y de doble vínculo (art. 3586, Cód. Civil). Si por cualquier circunstancia se produjera un error que considerase hermano de doble vínculo a quien lo es de vínculo simple, la partición sería nula, porque aquél recibiría doble porción de la que le corresponde. Si los otros herederos hubieran conocido la realidad del parentesco, no hubiesen conformado la partición.

Estos dos supuestos de nulidad (a y b) se pueden dar tanto en la partición extrajudicial (y mixta) como en la judicial. Si en esta última hubieran sido cumplidas las etapas procesales (aprobación del inventario y avalúo y de la partición, e incluso la homologación judicial), el ejercicio ulterior de la acción de nulidad sería totalmente viable y la nulidad prosperaría.

Se trata de circunstancias referentes a los "presupuestos" de una partición válida que, al no darse, acarrearían su nulidad. Pensemos en que la partición no es un medio, en estos casos, para el conocimiento del error, por lo cual éste puede ser invocado ulteriormente.

177. Error sobre el objeto.

Este error es contemplado por el art. 927 del Código Civil, y versa no sólo sobre la identificación del objeto considerado en su individualidad o en su especie, sino sobre su cantidad o extensión, o sumas. En el primer supuesto se habla de "error *in corpore*", llamado también "error obstativo o impropio", porque impide la formación del acto, que se torna inexistente.

a) Cuando el error versa sobre la identificación del objeto o de su especie, cabe distinguir, a estos efectos, la partición extrajudicial y la partición judicial:

En el ámbito de la partición extrajudicial, el error que versa sobre la identidad del objeto se puede presentar cuando el heredero cree que se le adjudica un inmueble determinado y, en verdad, se le adjudica otro. El art. 3550, inc. 3, prevé un caso de nulidad de la renuncia a una herencia cuando, por error, la

²³ C.Civ. 2º Cap., 27/4/38, "J.A.", 62-143; "L.L.", 21-1207, nº 86.

renuncia ha sido hecha sobre una herencia distinta de la que el heredero entendía renunciar. Lo mismo cabría decir, si el error versara sobre determinada especie de bienes, cuando en el caudal hereditario hubiera, p. ej., mercaderías o líquidos de especies diferentes. En la práctica, esta hipótesis será de escasa o nula aplicación.

El error *in corpore* no debe ser confundido con el simple error de designación; p. ej., nombre mal escrito, deficiente descripción de linderos o de ubicación, falla en la exposición de los antecedentes del título, etc. Esto resulta indiferente si se puede obtener la determinación del bien. El art. 3764 sigue esta pauta orientadora.

En el ámbito de la partición judicial, al error del heredero respecto de la cosa o de su especie se lo conocería por medio de las operaciones particionales, que el heredero podría impugnar. Si no impugnara las operaciones probando el error, el heredero aparecería consintiéndolas.

Empero, si el error lleva consigo una violación del principio de igualdad, la partición podrá ser anulada por violación del citado principio, no por el error en sí. En sentido similar se manifiesta Guaglianone²⁴.

b) Mayor interés despierta el error sobre la cantidad o extensión. Veamos:

En la partición extrajudicial puede suceder que a un coheredero se le adjudique un bien con determinada extensión creyéndolo mayor; p. ej., se adjudica un campo de 1.000 hectáreas, creyéndolo de 10.000; este error, una vez probado, lleva consigo la nulidad de la partición.

En cambio, en la partición judicial el error en la extensión o cantidad, si se lo puede conocer por medio de la propia partición o de las operaciones de inventario o avalúo, hay que invocarlo en la pertinente etapa procesal del juicio sucesorio; la no invocación impide anular en juicio ulterior el acto particionario. Si no se puede conocer el error por la partición, cabe su invocación ulterior.

La partición podrá ser anulada si, con error o sin él, se ha violado el principio de igualdad. Pero entonces la causa justificativa de la anulación no será propiamente el error, sino la desigualdad de las porciones de los herederos.

Corresponde aclarar que los simples errores de cálculo o matemáticos no producen efectos anulatorios si no influyen en la atribución de los bienes de la herencia. Sólo pueden llevar a la rectificación de la partición.

²⁴ Ob. cit., p. 131.

c) El error en los valores ("sumas", según el art. 927 del Código Civil) proviene, muchas veces, del error en las cantidades, extensión, medidas, etc.; pero puede no ser así cuando aparece, autónomamente, como error en los valores asignados a la partición.

En la partición extrajudicial (y mixta), siempre que el valor erróneo influya creando una evidente desigualdad, una vez probado el error, se produce la nulidad de la partición, conforme al art. 927 del Código Civil.

Pero tengamos presente que la partición extrajudicial puede encerrar lotes de diferente valor, dada la libertad absoluta que el art. 3462 da a los partícipes. Se podrá discutir si una partición así constituye una verdadera partición o es un acto de mutuas cesiones, pero lo cierto es que ese acto es válido. No cabe, pues, tachar de nula esa partición por encerrar valores diferentes para los adjudicatarios. Ahora bien: si esos valores diferentes se deben a un defecto del consentimiento, como es el error, entonces cabrá la anulación por error, por aplicación del citado art. 927.

En la partición judicial, el problema no es tan simple. Si el coheredero afectado ha conocido por la partición el valor erróneo asignado a determinados bienes, y no la impugna en la etapa pertinente del juicio sucesorio, aquélla queda consentida. Su aprobación produce cosa juzgada, y no cabe invocar el error en juicio ulterior de nulidad. Esto no ocurrirá si el error no puede ser conocido por la partición misma.

La partición judicial, además, puede ser anulada por diferencia considerable de los valores adjudicados a los coherederos, haya o no error; pero la causa anulatoria no radicará en el error, sino en la violación del principio de igualdad de lotes.

d) Cabe ampliar este error a supuestos análogos, como el caso en que aquél consistiese en haber incluido bienes que no pertenecían a la masa hereditaria, o no haber incluido bienes o valores que pertenecían a ella.

La inclusión errónea de bienes puede afectar la validez de la partición tanto extrajudicial como judicial. El medio para hacer valer la exclusión es, comúnmente, la evicción, supuesto contemplado en el art. 3506 del Código Civil. Si a los coherederos no les conviniese satisfacer el valor que el coheredero ha perdido como consecuencia de la evicción, podrán exigir que se haga de nuevo la partición, lo cual implica, evidentemente, su nulidad. El artículo da la posibilidad de que los coherederos respondan por la evicción al afectado, en cuyo caso la partición quedaría válida.

La exclusión por error de bienes que pertenecían al sucesorio, tanto en la partición extrajudicial como en la judicial, no ocasiona la nulidad de la partición, sino una simple partición complementaria (en el mismo sentido se manifiesta la doctrina francesa: Chabot, Colin y Capitant, etc.).

Se trata, en ambos supuestos, de situaciones "preexistentes" a la partición que no pueden ser conocidas por ella. Esto impide que la partición judicial y la consiguiente homologación haga cosa juzgada.

La vía procesal de los herederos o de los terceros sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario, si no media acción de evicción, es la del incidente (art. 725, párr. 1º, Cód. Proc. Nac.).

178. Error sobre la calidad de la cosa.

El art. 926 del Código Civil expresa que "el error sobre la causa principal del acto o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, vicia la manifestación de la voluntad".

Sobre la interpretación de este precepto hay dos criterios²⁵: el primero distingue como dos supuestos diversos el referente a la causa principal y el referente a la cualidad de la cosa; el segundo identifica ambas situaciones, reputando como cualidad sustancial la que ha sido causa principal del acto.

En nuestra opinión, la primera tesis es inaceptable, porque "causa principal" significa el motivo inmediato y objetivo (el fin) que nos propusimos con el acto. El fin de la partición es determinar el haber concreto de cada uno de los herederos; ese fin sería la causa. El error en la causa principal del acto se confunde, así, con el error *in negotio*. Lo mismo sucede en los testamentos²⁶. No sería lógico que el art. 926 se refiriera al supuesto ya legislado en el art. 924.

La segunda tesis, que compartimos, es aceptada por Segovia²⁷, Llambías²⁸, siguiendo el criterio de Pothier y Freitas. La causa principal del acto se identifica con la cualidad que se ha tenido en mira, reputando como cualidad sustancial la que ha sido causa principal o móvil determinante del acto. Para la ley, no hay cualidad sustancial si al propio tiempo no es causa principal del acto.

²⁵ Luis De Gásperi, *Obligaciones*, t. I, p. 533.

²⁶ Pérez Lasala, ob. cit., vol. II, p. 26.

²⁷ Ob. cit., t. I, p. 243.

²⁸ *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, p. 482.

La cualidad puede referirse —como dice Wagner— no sólo a la composición material del objeto, que hace que pertenezca a una categoría más bien que a otra, sino también a atributos físicos o económicos, o de otra índole, que hacen al objeto intrínsecamente idóneo para el uso o destino particular que las partes le den. El error en esa cualidad vicia la manifestación de la voluntad y deja sin efecto el acto.

En nuestra opinión, en materia de partición cabe ampliar la idea de calidad esencial a las calidades jurídicas de la cosa, como sería el caso de la calidad ganancial o propia de un bien. Si erróneamente se incluye en la partición bienes propios, cuando son realmente gananciales, la nulidad de la partición resultará evidente. No estamos aquí ante un error de derecho que permita la excusabilidad en la aplicación de la norma —como piensa Zannoni²⁹—, sino ante un error de hecho en la calificación jurídica del bien, que naturalmente afirma la aplicación de la norma y acarrea la nulidad de la partición.

En el ámbito de la partición extrajudicial, este error sobre las cualidades sustanciales de las cosas partibles puede tener lugar bajo las formas más variadas. Pensemos en el error sobre determinadas características de los inmuebles; p. ej., la adjudicación de un campo del cual se dice que es apto para la agricultura cuando en realidad es montañoso y pedregoso, o que es apto para el pastoreo cuando en realidad es árido, o se declara la existencia de canteras cuando en realidad éstas no existen. Este error conduce a la nulidad de la partición si las partes, de común acuerdo, no optan por una solución menos radical.

En el ámbito de la partición judicial también puede darse este error. Si las operaciones de inventario y luego de adjudicación otorgan a las cosas cualidades esenciales que no tienen, sirviendo como ejemplos los dados precedentemente, cabe anular la partición aun cuando haya habido homologación judicial. En estos casos no cabe hablar del consentimiento de las partes a las etapas procesales. Se trata de situaciones “preexistentes” en las cuales, en principio, la propia partición induce al error.

La jurisprudencia es abundante en este tipo de error³⁰.

Los tribunales invocan, a veces, el error en la causa, no sólo refiriéndose a las cualidades esenciales, sino a supuestos diferentes, dándole al término “causa” una amplitud inadecuada.

Se ha declarado, así, que hay error en la causa cuando son incluidos bienes propios del causante como si fueran ganancia-

²⁹ Ob. cit., p. 698.

³⁰ “Digesto L.L.”, t. I, p. 1245, n° 1461; p. 1258, n° 1637; p. 1259, n° 1652; “L.L.”, 24-63; etc.

les³¹. En realidad, hay aquí un error de hecho en la calidad jurídica del bien, que anula la partición, si los coherederos no aceptan otra solución subsidiaria.

Se ha dicho también que hay error en la causa cuando un coheredero ha prestado su consentimiento a la partición ignorando la existencia de un testamento que le otorga mayores derechos³². En nuestra opinión, la partición es nula no por el error en la causa, sino, simplemente, porque la existencia del testamento deja sin efecto las porciones intestadas si éste modifica esas porciones. Han faltado, en verdad, los presupuestos para una partición válida.

La jurisprudencia francesa, asimismo, ha considerado como error en la causa la inclusión de un bien extraño a la partición³³. Pensamos que en ese caso el error versa sobre el objeto de la partición.

179. Dolo: concepto y requisitos.

El dolo es cualquier clase de engaño que se utiliza para inducir a una persona a celebrar un acto jurídico (art. 931, Cód. Civil). El dolo puede versar sobre acciones positivas del autor del engaño —dolo positivo— o sobre omisiones voluntarias —dolo negativo— (art. 933).

La clasificación de mayor trascendencia es la que distingue entre el dolo principal y el incidental (arts. 932 y 934), pues sólo el primero produce la nulidad del acto.

El art. 932 contiene los requisitos necesarios para que el dolo pueda provocar la nulidad del acto: 1) que haya sido grave; 2) que haya sido causa determinante de la acción; 3) que haya ocasionado un daño importante; y 4) que no haya habido dolo por ambas partes.

180. Su aplicación a la partición.

Estas normas resultan de aplicación adaptándolas al contenido especial del acto particionario.

Por lo pronto, el dolo negativo, traducido en reticencia, de escasa aplicación en los actos jurídicos, puede tener mayor trascendencia en la partición. Esta última, al tener lugar, común-

³¹ "L.L.", 57-108/109.

³² Cicu, ob. cit., p. 895.

³³ Mazeaud, *Derecho civil*, t. IV, ps. 231/33; Ripert y Boulanger, t. X, vol. II, *Sucesiones*, p. 536.

mente, entre parientes, presupone la buena fe. Entonces —como dice Wagner³⁴—, el deber de informar se acentúa; el deber de no guardar silencio es un imperativo, puesto que la partición implica un presupuesto de confianza que exige actuar con mayor sinceridad.

Por otra parte, para que el dolo provoque la nulidad de la partición es necesario:

1) que haya sido grave. El dolo es grave cuando resulta apto para engañar a un coheredero que obra con cuidado y previsión; por eso, cuando la maniobra engañosa es tan grosera que una mínima precaución la hubiese desbaratado, el dolo no es grave. La determinación de la gravedad es una cuestión que queda librada al criterio del juez.

2) que sea determinante del acto particionario; es decir, que la partición no hubiera sido hecha en la forma en que se la hizo si se hubiera conocido el dolo;

3) que haya ocasionado un daño importante a uno o más coherederos; esto es, que encierre importante significación económica. Si el dolo no provoca daño alguno o éste es insignificante, no cabe la nulidad de la partición.

4) que no haya sido recíproco. Este requisito es imaginable, especialmente, en una partición entre dos coherederos que mutuamente han actuado con dolo. Si esos coherederos se han engañado entre sí, es lógico que sufran el perjuicio de su propia conducta.

Los supuestos de dolo podrán ser muy variados: podrán versar sobre materias contempladas en el error (como sería el engaño en la identidad del objeto, su extensión o valores; en la inclusión o exclusión de bienes; en la inclusión de extraños o exclusión de herederos; o en las cualidades esenciales de los bienes), o sobre materias de nulidad específicas de la partición, en el caso de que el engaño versara sobre la violación del principio de igualdad de lotes o del principio de división en especie (estos dos últimos los analizaremos después).

En materia de partición extrajudicial serán de aplicación estas causas, por tratarse de un negocio jurídico puro.

En materia de partición judicial es más difícil que se pueda dar el dolo, por la garantía que implica el proceso sucesorio y la intervención del juez. Pero el dolo es posible, y para saber cuál es su tratamiento jurídico, en principio, habrá que remitirse, en nuestra opinión, a lo dicho en los distintos supuestos de error, o lo que diremos sobre nulidad por causas propias de la partición.

³⁴ Ob. cit., p. 93.

Según lo explicado para estos supuestos, la aprobación judicial unas veces producirá cosa juzgada y otras no.

El principio rector es el siguiente: cuando el dolo no puede ser conocido mediante el proceso sucesorio porque ese vicio del consentimiento no se ha exteriorizado en las operaciones particionales, cabe invocar ulteriormente el dolo. Pero si de estas operaciones surgiera el dolo y no se invocara la nulidad, el cumplimiento de las etapas procesales y la ulterior homologación aparecerían consentidas e impedirían la invocación ulterior de ese vicio del consentimiento.

181. Efectos de la nulidad: extensión.

Tanto en la partición extrajudicial como en la judicial, cabe plantear el problema de la intensidad de la influencia de la nulidad, es decir, si la partición debe ser anulada sólo respecto del heredero que comete el dolo o que es víctima de él, manteniendo la validez respecto de los otros, o si debe anularse totalmente, afectando a todos los partícipes.

Guaglianone³⁵, siguiendo a Baudry-Lacantinerie y Wahl, considera que si el dolo ha sido ejercido por un solo comunero contra otro, la partición no debe ser anulada. Para anularla sería necesario que todos los partícipes hubieran cometido dolo contra uno, o que uno lo hubiese cometido contra todos los demás. Wagner³⁶ —cuya opinión compartimos en este sentido— considera, en cambio, que mediando dolo de alguno o contra alguno se debe anular la partición, incluso respecto de quienes no hubiesen obrado con dolo, basándose en la indivisibilidad de la partición. Si el dolo produce la nulidad del acto en relación con la víctima inocente —dice Wagner—, no hay razón para excluir de igual consecuencia a todos los coherederos, aunque sean extraños o ajenos al acto doloso. Resultaría que un consentimiento nulo en sí podría ser válido respecto de un copartícipe y nulo respecto de otro. Por esta última tesis parece inclinarse Fornieles³⁷.

182. Violencia: concepto y clases.

La violencia tiene dos formas: la violencia física, que tiene lugar cuando la voluntad se manifiesta bajo el imperio de una

³⁵ Ob. cit., p. 132.

³⁶ Ob. cit., p. 90.

³⁷ Ob. cit., nº 289.

presión irresistible (art. 936), y la intimidación, que consiste en la amenaza de sufrir un mal inminente y grave (art. 937).

a) La primera, que implica un factor excluyente de la voluntad, torna inexistente el acto. En la partición extrajudicial, esta hipótesis difícilmente se pueda presentar. Es inimaginable, en la práctica, que alguien lleve la mano de un coheredero, por la violencia, para que estampe su firma en la partición. En la partición judicial, la presencia de las formalidades procesales, del juez y de sus auxiliares, como la de los letrados, descarta la posibilidad de toda fuerza irresistible.

b) La segunda representa el temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, en su libertad, en su honra o en sus bienes, como en la de su cónyuge o descendientes o ascendientes (art. 937).

En el caso de que la voluntad del partidor o de los coherederos se vea afectada por intimidación, para que ésta provoque la nulidad de la partición debe cumplir los requisitos del art. 937:

1) La amenaza debe referirse a un mal inminente. No es necesario que se trate de un peligro presente, sino que sea más o menos próximo; por eso se excluye el peligro lejano o remoto.

2) Debe ser grave. La gravedad del mal se refiere a su magnitud con relación al sujeto amenazado, para lo cual se debe tener presente la condición de la persona, su carácter, hábitos, sexo, etc. (art. 938).

3) Las amenazas deben recaer sobre alguno o algunos de los coherederos, sobre sus cónyuges, ascendientes o descendientes. La doctrina discute si cabe comprender entre los sujetos afectados por las amenazas a los hermanos o a extraños, inclinándose algunos autores, como Borda³⁸, por su inclusión.

Es sabido que el simple temor reverencial no anula el acto (art. 940).

La violencia moral puede tener lugar en la partición extrajudicial, que es un acto jurídico puro. En cambio, es de más difícil aplicación en la partición judicial, porque las formalidades del proceso sucesorio están destinadas, precisamente, a salvaguardar la sinceridad del acto.

183. Simulación: concepto y clases.

El acto simulado es aquel que tiene una apariencia distinta de la realidad. El negocio aparente, que es ficticio, no esconde

³⁸ *Parte general*, t. II, n° 1165.

negocio alguno (simulación absoluta) o esconde uno diferente (simulación relativa).

La simulación relativa puede recaer sobre la naturaleza del contrato, sobre su contenido o sobre la persona de los contratantes.

Su regulación legislativa está contenida en los arts. 955 a 960 del Código Civil.

184. Su aplicación a la partición.

El instituto de la simulación, teóricamente, es aplicable a la partición, en especial cuando ella recae sobre el contenido del acto particionario; pero en la práctica es muy difícil su invocación.

En efecto: cabe hablar de la simulación entre coherederos, la cual, cuando es lícita, otorga acción a los coherederos para denunciarla (art. 957). Pensemos, por ejemplo, en una partición de dos herederos, quienes, por razones de discreción o de modestia de uno de ellos, convienen ambos en simular lotes que en realidad no son los verdaderos, firmando el correspondiente contradocumento: es difícilmente imaginable una hipótesis así. Si la simulación es ilícita, los coherederos carecerían de acción para hacer valer la partición real (art. 959). A estos supuestos anómalos, incluso, sólo cabe pensarlos en la partición extrajudicial o mixta.

Mayor interés despierta el supuesto de la existencia de acreedores frente al acto particionario. Ante todo, hay que aclarar que los acreedores que pueden invocar la simulación son los acreedores de los herederos, pues a los acreedores del causante les resultaría más fácil impedir la partición o su aprobación hasta que les fueran satisfechos sus créditos (art. 3475), que recurrir a la simulación.

Como el interés es la medida de las acciones, los acreedores de los herederos sólo podrían invocar la simulación cuando ésta les provocase un daño patrimonial. Ese daño vendría dado por la insolvencia (parcial) del heredero deudor, consecuencia de la hijuela que simuladamente se le adjudicó. En ese caso, al tercero acreedor le resultaría más fácil ejercer la acción pauliana (el acto, aunque simulado, en su apariencia externa, tendría a la vez una finalidad fraudulenta), por la enorme dificultad de probar la simulación en este tipo de actos, en que no hay prestación y contraprestación, pues los bienes son recibidos por herencia³⁹.

³⁹ Quizá sea ésta la razón por la cual Guaglianone, único autor que se refiere al tema, sólo incidentalmente hable de ella, sin exponer su contenido.

185. Prescripción.

El término de la prescripción es de dos años (art. 4030). Para las partes, se lo cuenta desde que una de ellas exterioriza su propósito de desconocer la convención; para los terceros, desde que han tenido conocimiento de la simulación.

186. Fraude en perjuicio de terceros.

Su campo propio de acción se da entre los acreedores de los herederos, pues —como ya hemos dicho— los acreedores del causante cuentan con medios legales específicos para impedir la adjudicación (art. 3475).

Las condiciones generales para la procedencia de la acción revocatoria o pauliana, posibilitando a los acreedores la revocación de la partición fraudulenta, son las siguientes:

a) En primer lugar, es necesario que el deudor se halle en estado de insolvencia (art. 962, inc. 1); de lo contrario, el acreedor no podría alegar perjuicio, pues los bienes del heredero deudor le alcanzarían para satisfacer su crédito. La insolvencia, en materia de partición, implica que los bienes de la hijuela del heredero deudor —realizada de acuerdo con los herederos para defraudar al acreedor— no alcanzan a cubrir el crédito.

Los coherederos, para provocar este estado, deben acordar la partición violando el principio de igualdad o el principio de división en especie:

1. *Violación del principio de igualdad.* En la partición extrajudicial (y mixta), los herederos, de común acuerdo, pueden establecer válidamente lotes desiguales, o, más precisamente, pueden acordar un lote menor para el heredero deudor; de esta manera se verían beneficiados los demás coherederos, en perjuicio de los acreedores de quien recibió la hijuela menor.

En la partición judicial, esta situación de desigualdad se puede producir por diversos medios: tasaciones que alteren el valor real de los bienes, aunque aparentemente las hijuelas arrojen valores iguales (p. ej., tasando unos bienes inmuebles por valores fiscales y otros por valores reales); declarando que son bienes gananciales los que son propios, o a la inversa, siempre que estas calificaciones erróneas provoquen la violación del principio de igualdad (p. ej., si en una sucesión en favor de un cónyuge y cinco hijos, el único inmueble ganancial es declarado en la par-

tición como propio, con lo cual al cónyuge le corresponde sólo un sexto, en vez de un medio: los acreedores del cónyuge perjudicados podrán ejercer la acción pauliana).

2. *Violación del principio de división en especie.* Esto ocurre cuando al heredero deudor se le adjudica un crédito contra los demás herederos que reciben bienes hereditarios, para igualar matemáticamente las hijuelas. La dificultad para ejecutar un crédito dinerario —máxime si éste ha sido cobrado— provoca un daño a su acreedor, que podría ejercer la acción revocatoria contra una partición así.

b) Es necesario, en segundo lugar, que el perjuicio del acreedor resulte del acto mismo de la partición (art. 962, inc. 2). Es esta partición fraudulenta la que debe provocar el perjuicio al acreedor.

c) En tercer lugar, es necesario que el crédito en virtud del cual se intenta la acción sea de fecha anterior al acto del deudor (art. 962, inc. 3). Los acreedores cuyo crédito se ha originado con posterioridad a la partición no podrán invocar fraude alguno en su perjuicio.

d) Para que prospere la acción en el caso de que el acto sea oneroso, el art. 968 exige que el tercero (aquí, coheredero) sea cómplice en el fraude. Este requisito no es exigido cuando se trata de un acto a título gratuito.

El problema, a nuestro juicio, no reside en determinar si la partición implica un acto a título oneroso o a título gratuito. Lo que interesa, a los efectos de la aplicabilidad de esta acción, es si una partición en la cual se ha violado el principio de igualdad o el de división en especie constituye un acto a título oneroso o gratuito desde la perspectiva del heredero deudor. Si se viola el principio de igualdad, el heredero deudor que recibe menor monto, sea cual fuere la clase de partición, está cediendo gratuitamente valores en favor de los otros coherederos, sin compensación alguna. Precisamente esa cesión es lo que hace caer en insolvencia al heredero, pues si no se hubiera producido no se habría violado el principio de igualdad y no cabría la acción revocatoria. Se trata, pues, de un acto gratuito al cual no le es aplicable el art. 968 del Código Civil.

Si se viola el principio de división en especie, sea cual fuere la partición, como sucede en el caso típico de adjudicación de créditos a un heredero contra los demás herederos, no se puede negar el carácter oneroso. Se necesita el *consilium fraudis* entre los coherederos, pero en ese caso los acreedores no necesitarán

probarlo, porque a éste se lo presume por el estado de insolvencia del heredero deudor (art. 969).

En nuestra opinión, los acreedores del heredero deudor, aparte de la acción revocatoria, pueden ejercer la acción subrogatoria, ante la pasividad del heredero para anular la partición. Pero esta última acción sólo podrá ser ejercida en la partición judicial, y no en la extrajudicial, que presupone el pleno consentimiento del heredero y la consecuente imposibilidad de ejercer la acción invocando su propia torpeza.

187. Efectos de la acción pauliana.

El efecto típico de la acción pauliana es la inoponibilidad del acto. En otras palabras, el acto impugnado es inoponible a los acreedores, y no implica, en rigor, una nulidad (art. 965).

A nuestro juicio, este efecto limitado de inoponibilidad no es aplicable a la partición, pues ésta es un acto complejo formado por hijuelas, y la nulidad del contenido de una de ellas repercute en las demás. La acción revocatoria ejercida por un acreedor de un coheredero insolvente llevaría, necesariamente, a la nulidad de la partición, pues esta acción, para cumplir su fin, tendría que dejar sin efecto la partición en la cual se hubiera violado el principio de igualdad o el de división en especie.

188. Prescripción.

El término de la prescripción de la acción pauliana es de un año, que se cuenta desde que los acreedores tuvieron noticia del hecho (art. 4033).

IV. CAUSAS ESPECÍFICAS DE LA PARTICIÓN

189. Enumeración.

Hay causas de nulidad específicas de la partición, como consecuencia de la violación de los principios en que se sustenta. En tal sentido, podemos citar: la violación del principio de igualdad, con los alcances que seguidamente analizaremos; la violación del principio de división en especie, y la violación de las formas sustanciales del proceso sucesorio.

190. Principio de igualdad.

La igualdad de los copartícipes es uno de los principios que rigen las particiones. Esta igualdad no es una igualdad matemática, sino proporcional a las cuotas hereditarias. La partición —como dijimos en nuestro *Derecho de sucesiones* ⁴⁰— debe guardar la igualdad proporcional con las cuotas. En otras palabras: el importe de cada hijuela debe ser igual al de la cuota que el respectivo adjudicatario tiene en el acervo hereditario. Por ejemplo, en una sucesión intestada con hijos, las hijuelas deben ser iguales, por ser iguales las cuotas hereditarias. En cambio, en una sucesión cuyos herederos son hermanos de doble vínculo y de vínculo simple, las hijuelas de los primeros deben duplicar el valor respecto de las de los segundos, conforme al art. 3586.

El codificador no plasmó este principio en ningún artículo, pero surge del propio concepto de partición, cuyo fin es determinar los bienes concretos que corresponden al heredero según la alícuota del patrimonio hereditario en estado de indivisión.

191. Violación del principio de igualdad.

La nota al art. 3514 se refiere a esta nulidad, al hablar de “las causas especiales de nulidad o de rescisión, fundadas (...) en la desigualdad de las partes atribuidas a cada heredero”.

El problema principal consiste en determinar qué grado de intensidad en la desigualdad es necesario para que se pueda anular la partición. Evidentemente, el principio de igualdad no puede ser interpretado en sentido literal, considerándolo violado ante una desigualdad no significativa, porque lo común es que las tasaciones no sean matemáticas, sino que lleven consigo inexactitudes propias de las variables en los criterios de valuación. Por eso, no podríamos impugnar de nula una partición por diferencias de valores en los lotes de pequeña cuantía. Cuando la diferencia de valores entre los coherederos es considerable, la partición puede ser anulada por violación del principio de igualdad. Hay, en estos casos, una lesión objetiva que justifica la nulidad.

Nuestro Código no contiene una norma genérica objetiva que determine cuándo la lesión del principio de igualdad justifica la nulidad. La mayoría de los códigos, al contrario, contienen

⁴⁰ Ob. cit., vol. I, n° 581.

preceptos precisos al respecto. Así, el art. 887, párr. 2º, del Código francés dice que "puede haber también lugar a rescisión cuando uno de los coherederos pruebe en perjuicio suyo una lesión de más de un cuarto". El art. 762 del Código Civil italiano expresa que "la división puede rescindirse cuando alguno de los coherederos pueda haber sido lesionado en más de la cuarta parte". El art. 1074 del Código español también prevé la rescisión de la partición por causa de lesión en más de la cuarta parte.

La determinación del cuántum, en nuestro derecho, queda librada al prudente arbitrio judicial, para lo cual puede servir de guía analógica la lesión en un cuarto de los bienes que determina el art. 3510 para el supuesto de defectos ocultos. "Los herederos se deben garantía de los defectos ocultos de los objetos que les han correspondido, siempre que por ellos disminuyan éstos una cuarta parte del precio de la tasación".

192. Prescripción.

La prescripción es de diez años (art. 4023, párr. 2º), contados desde el acto particionario.

193. Lesión subjetiva: su aplicabilidad a la partición, análisis.

La ley 17.711 introdujo, mediante el art. 954, la lesión subjetiva en materia contractual. Esta lesión es de indudable aplicación a la partición, pues aunque ésta es declarativa, determina los bienes concretos de los herederos.

El art. 954, párr. 2º, dice: "También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación". Refiriendo el artículo a la partición, se produciría la lesión si alguno o algunos de los copartícipes hubieran obtenido una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada. Esta desproporción se traduciría en una desigualdad considerable en el valor de las hijuelas.

La idea de explotación del estado de necesidad, de ligereza o de inexperiencia enmarca al precepto en la tesis subjetiva de la lesión. Uno o varios herederos, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de otro u otros, obtendrían una partición con ventajas patrimoniales evidentemente desproporcionadas, y esa circunstancia haría pasible a la partición de su nulidad o rectificación, con los alcances que luego veremos.

El art. 954, párr. 3º, presume, *iuris tantum*, que hay explotación en el caso de notable desproporción de las prestaciones. A su vez, la explotación debe basarse en la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra parte.

Difícilmente se pueda concebir el aprovechamiento del “estado de necesidad” de un coheredero. No se trata de un contrato bilateral en el cual uno, aprovechándose de la necesidad del otro, lo induce a contratar, obteniendo una ventaja desproporcionada, sino de una partición en la cual todas las partes —coherederos— se van a ver beneficiados. Aquí no hay necesidad de desprenderse de bienes a cambio de una contraprestación vil, sino realización de un acto particionario en el cual lo recibido no lo es a cambio de contraprestación alguna.

Más fácil resulta admitir la explotación de un coheredero aprovechándose de su “ligereza”. Actuar con ligereza implica, en castellano, hacer algo de cierta importancia pero irreflexivamente. La falta de reflexión, de suficiente meditación, es lo que caracteriza la ligereza. No es necesario que medie un estado patológico especial —transitorio o permanente— para invocar la ligereza, y mucho menos referir el término “ligereza”, en forma genérica, a los actos de los inhabilitados del art. 152 bis del Código Civil antes de ser declarados tales, como pretende Astuena⁴¹. La actuación de los disminuídos mentales puede ser incluida en los actos de ligereza, pero eso no significa que se circunscriba a ellos el concepto, que es mucho más amplio. Así lo consideran los comentaristas del Código Civil alemán, cuyo art. 138 sirvió de base a nuestro art. 954⁴².

La ligereza, en materia de partición, puede darse con facilidad. Muchas veces, unos herederos imponen su voluntad, en el reparto hereditario, a otros herederos que no han hecho adecuadamente los cálculos de valores, o que han sido menos reflexivos en el análisis de los bienes repartidos, o a quienes, por distintas circunstancias, les ha faltado la reflexión necesaria en el acto particionario.

La “inexperiencia” puede ser también frecuente en la partición. No se trata, necesariamente, de la inexperiencia en el propio acto particionario, sino de la inexperiencia que lleva al desconocimiento del verdadero valor de los bienes sucesorios. Pensemos, por ejemplo, en el coheredero que sin conocer el alto valor llave de un negocio, sobre el cual carece de experiencia, acepta una partición que resulta inicua. Pensemos también en el caso de un

⁴¹ Norman J. Astuena, *La lesión como causa de nulidad o reajuste de los actos jurídicos bilaterales*, “E.D.”, 45-962.

⁴² Enneccerus, Kipp y Wolff, *Parte general*, t. I, p. 2, nº 179 y nota.

coheredero —el hermano menor—, carente de experiencia en la explotación de los bienes hereditarios, que acepta la partición que le imponen los demás hermanos aprovechándose de su estado de inferioridad.

Creemos, al igual que Astuena, que la ley, al referirse a la necesidad, ligereza o inexperiencia, no ha pretendido limitar la protección únicamente a esos casos, sino que se debe entender que toda situación de inferioridad halla cabida en tanto sea explotada por el otro contratante.

Por otra parte, en la partición —presidida, comúnmente, por la buena fe que surge de las relaciones de familia—, los jueces deben ser muy amplios para aceptar estos estados de ligereza o inexperiencia cuando media desproporción evidente entre los copartícipes. Haciéndolo así, aplicarán, en todo caso, el principio de buena fe que debe presidir la contratación (art. 1198). “Nada se opone —dice Enneccerus, refiriéndose al derecho alemán— a que un contrato en que la prestación sea extraordinariamente desproporcionada, según la opinión general de los hombres que piensan con espíritu de equidad y justicia, se tenga por contrario a la moral y, en consecuencia, nulo a tenor del art. 138, párr. 1º, aunque no medie explotación de la situación de necesidad, de ligereza o de inexperiencia”. Los razonamientos del jurista alemán pueden ser válidos para nuestro derecho y, consecuentemente, para el acto particionario.

En todo caso, quedará al prudente arbitrio judicial la cuantificación de la “evidente desproporción”. A pesar de que la ley no determina el monto, pensamos que a los jueces puede servirles de pauta orientadora el cuarto que prevé el art. 3510 del Código Civil.

Los cálculos para determinar la evidente desproporción deberán tener en cuenta los valores al tiempo de la partición, y la desproporción deberá subsistir al tiempo de la demanda (art. 954, inc. 4).

Muchas veces, estos desequilibrios particionales se originan en vicios del consentimiento, como el error, el dolo, la violencia. Si tales desequilibrios implican una ventaja evidentemente desproporcionada, se podrá invocar simultáneamente esos vicios, con las limitaciones que hemos analizado. Pero si no median tales vicios del consentimiento, corresponde anular la partición exclusivamente por violación del principio de igualdad.

194. La opción del afectado.

El afectado en su porción hereditaria podrá ejercer la opción que le otorga el art. 954, párr. 5º: demandar la nulidad o pedir un reajuste equitativo del convenio.

En el primer supuesto, es decir, si sólo se demanda la nulidad, los demandados podrán ofrecer el reajuste de la partición, salvando en ese caso el interés del accionante.

195. Prescripción.

La prescripción opera a los cinco años del acto, o, si se quiere, de la partición (art. 954, párr. 4º, *in fine*).

196. La partición extrajudicial y el principio de igualdad.

El principio de igualdad en la partición merece consideración especial cuando se trata de la partición extrajudicial (y mixta). El art. 3462 dice que "si todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes".

En cuanto al contenido del acto, los interesados, por acuerdo unánime, tienen la más absoluta libertad: pueden dividir en especie, hacer lotes con bienes y con créditos. Habiendo conformidad, todo es admitido, incluso —como expresa Fornieles⁴³— la adjudicación de lotes desiguales sin compensación, aunque no se haya dicho expresamente que se la hacía con conocimiento de la desigualdad de valores. Si esas hijuelas desiguales han sido confeccionadas con pleno consentimiento de los coherederos, sin vicios de la voluntad, no cabrá atacar de nula la partición.

En este sentido, ha dicho la jurisprudencia que si la forma de la partición ha sido convenida por todos los herederos, su esencia no se halla vulnerada por la desigualdad que pueda haber entre los lotes, aun cuando el que corresponda a uno de ellos no cubra su legítima⁴⁴, ni porque en la partición se asigne a los bienes valores distintos de los de la tasación⁴⁵.

Estos supuestos de desigualdad suponen un negocio mixto bajo la forma de partición. Es mixto si en ella se atribuye bienes

⁴³ Ob. cit., nº 261.

⁴⁴ S.C.B.A., 1/6/43, "J.A.", 1943-II-945.

⁴⁵ C.C. 1º, 1/3/44, "J.A.", 1944-I-545.

o derechos a coherederos a los cuales no les corresponderían en una estricta partición. El derecho de esos coherederos surgiría de la convención o acuerdo con los demás, y no de la trasmisión hereditaria. Bajo la forma de partición, se combinarían la adjudicación declarativa y una trasmisión patrimonial atributiva⁴⁶. Sin embargo —como dice Zannoni—, el negocio mixto constituye, como tal, una unidad negocial, que es la síntesis de la combinación de esas causas negociales, separables en abstracto. De esa unidad negocial surge la garantía entre los coherederos en toda su extensión.

En cambio, en la partición judicial efectuada por perito no cabe la validez de esa desigualdad. Es deber del perito conseguir la igualdad de los lotes, y la falta de ésta es causa de impugnación, aun mediando homologación judicial.

197. El principio de adjudicación en especie.

La partición hereditaria implica hacer partes de los bienes que hay en la herencia para adjudicarlos a los herederos. Los lotes de los herederos deben ser formados, en principio, con las cosas existentes en la herencia. Esto es lo que constituye el principio de partición en especie.

Este principio fue admitido inveteradamente por la jurisprudencia, y la ley 17.711 lo llevó al art. 3475 bis, que dice: "Existiendo posibilidad de dividir y adjudicar los bienes en especie, no se podrá exigir por los coherederos la venta de ellos. La división de bienes no podrá hacerse cuando convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes, según lo dispuesto en el art. 2326". El párr. 2º del artículo habría quedado más claro si hubiera expresado que la división de los bienes no puede ser hecha "en especie" cuando convierte en antieconómico el aprovechamiento.

La división en especie es aplicable aun en el caso de que la mayoría de los herederos solicite la venta: basta que uno de ellos quiera la partición en especie para que así se haga⁴⁷.

Excepcionalmente, la venta procede: a) cuando la división en especie resulta material o jurídicamente imposible y no es factible adjudicar el bien a uno de los herederos, por no poder compensar los lotes de los demás (p. ej., cuando hay como único bien un automotor); b) cuando la división de los bienes convierte en

⁴⁶ De Simone, *Los negocios irregulares*, Madrid, 1956, p. 96; Zannoni, ob. cit., p. 671.

⁴⁷ Borda, nº 578; C.Civ. 2º Cap., 22/8/40, "J.A.", 71-621.

antieconómico el aprovechamiento de las partes (art. 2326) y no es factible adjudicarlos a uno de los herederos, por no poder compensar los lotes de los demás (p. ej., cuando el único bien es un establecimiento industrial, agrícola o comercial); c) cuando es necesaria para pagar las deudas y cargas sucesorias, aunque en este caso debe limitarse a lo necesario para cubrir el pasivo⁴⁸; d) habiendo unanimidad, los herederos pueden vender, enervando el principio de la partición en especie.

En caso de proceder la venta, dentro de los supuestos enunciados, los herederos pueden resolver que se la realice privadamente; pero si no se ponen de acuerdo en la forma de realizarla, cualquiera de ellos podrá exigir la subasta pública.

198. Violación del principio de división en especie.

El principio de división en especie no es absoluto, pues, como acabamos de ver, admite importantes excepciones, que permiten la venta de los bienes hereditarios.

La violación del principio puede derivar de distintas causas. Por ejemplo, cuando se procede a la venta de bienes fuera de los casos de excepción admitidos. También se verá violado si unos herederos reciben bienes sucesorios y a otros se les asigna créditos (inexistentes en el caudal hereditario), para igualar las hijuelas (p. ej., si en una herencia con tres herederos y con dos inmuebles se adjudica estos últimos a dos de los herederos y se crea un crédito en favor del tercero contra los dos primeros). Pero puede suceder que todos los herederos se pongan de acuerdo (en la partición extrajudicial y mixta), o acepten la propuesta en este sentido del partidario (en la partición judicial): en tal caso, la partición es válida. Igualmente se viola el principio de división en especie si los bienes son adjudicados en condominio; cualquiera de los herederos podría oponerse por aplicación de las normas del condominio, según las cuales ninguno de los condóminos está obligado a permanecer en la indivisión (art. 2692). Pero las partes, unánimemente, podrían aceptar la adjudicación en condominio, en cuyo caso será válida la partición.

En la partición extrajudicial no cabe el planteo de nulidad, por la absoluta libertad que tienen las partes para formar los lotes. Lo mismo sucede en la partición mixta, efectuada de común acuerdo por todos los herederos y presentada al juez para su homologación. Cuando no se cumple en estas particiones el prin-

⁴⁸ Fornieles, n^o 259; "J.A.", II-41.

cipio de división en especie se producen negocios mixtos, a los cuales ya nos hemos referido ⁴⁹.

En la partición judicial, en cambio, el planteo de nulidad de un heredero es posible.

Pensamos, al igual que Guaglianone ⁵⁰, que esta nulidad, en la partición judicial, sólo puede ser invocada si no media preclusión procesal dentro del procedimiento sucesorio.

199. Prescripción.

El término de prescripción es de diez años, y se lo cuenta desde el momento de la partición (art. 4023, párr. 2º).

200. Vicios de procedimiento.

Los vicios de índole procesal se vinculan con el trámite impuesto por las leyes de procedimiento a la partición y a las operaciones preliminares, en la partición judicial (y en menor medida en la mixta).

Cuando son violadas las formas sustanciales del procedimiento sucesorio, cabe el incidente de nulidad. "En los casos de haberse violado las formas sustanciales del juicio —expresaba el art. 49 de la ley 14.237—, la parte afectada podrá promover el incidente de nulidad". La nulidad no podrá ser declarada cuando el acto haya sido consentido, aunque fuere tácitamente, por la parte interesada en la declaración (art. 170, párr. 1º, Cód. Proc. Nac.).

Las formas sustanciales del procedimiento, hasta llegar a la etapa final de la aprobación de la partición, abarcan las diligencias previas a la partición y las propias operaciones particionales.

En cuanto a las diligencias previas, aparece, en primer lugar, el inventario. El art. 716 del Código Procesal determina cuándo debe hacérselo judicialmente. El art. 719 legisla sobre el nombramiento del inventariador respetando las pautas del art. 3370 del Código Civil. El art. 721 ha previsto qué partes deben intervenir en la realización del inventario, a las cuales hay que citarlas notificándolas por cédula.

La formalidad del inventario puede ser suplida por un detalle que suscriban todos los copartícipes, o por otro inventario inmediatamente anterior realizado por el propio causante. Fuera de

⁴⁹ *Supra*, n° 39.

⁵⁰ *Ob. cit.*, p. 137.

estos casos, la falta de inventario podría dar lugar a la acción de nulidad ⁵¹.

El avalúo es la diligencia previa, a la cual se refiere el art. 3466 del Código Civil. El art. 722 del Código Procesal trata sobre el nombramiento del tasador, los bienes que avalúa y la oportunidad para realizar la tasación.

El perito puede prescindir de avalúo cuando, tratándose de inmuebles, hay valuaciones fiscales inmediatamente anteriores al acto de la partición, o cuando los bienes van a ser vendidos en pública subasta. Fuera de estos supuestos, la falta de tasación puede ocasionar la nulidad de la partición.

El inventario y el avalúo son puestos de manifiesto en secretaría por cinco días, notificándose a las partes por cédula (art. 724). Si no hay observaciones, se los aprueba; si las hay, se sigue el trámite previsto en el art. 725.

En cuanto a las operaciones particionales propiamente dichas, el art. 727 del Código Procesal se refiere al nombramiento del partidor, en concordancia con el art. 3468 del Código Civil. Si este nombramiento no es efectuado cumpliendo las exigencias del art. 719, se puede anular el nombramiento o, en su caso, la partición.

Para hacer las adjudicaciones, el perito oír a los interesados a fin de obrar de conformidad con ellos o de conciliar, en lo posible, sus posiciones (art. 729). La omisión de esta diligencia puede llevar a la nulidad de la partición.

Una vez realizada la cuenta particionaria, el partidor deberá presentarla al expediente sucesorio. El juez, según el art. 731, la pondrá de manifiesto en la oficina por diez días; los interesados serán notificados por cédula. Si no hay observaciones, se la aprobará; si las hay, seguirá el trámite que prevé el art. 732. La falta de notificación, no seguida de ratificación expresa o tácita, anula la aprobación de la partición.

201. Caso especial de la partición hecha por ascendiente.

Según el art. 3514 del Código Civil, el padre o la madre pueden hacer, por donación o por testamento, la partición anticipada de sus propios bienes entre sus hijos.

Si en la partición se viola la legítima, cabe pedir su rescisión o nulidad. El art. 3536 dice al respecto: "La partición por donación o por testamento puede ser rescindida cuando no salva la

⁵¹ Conf.: Guaglianone, p. 137.

legítima de alguno de los herederos. La acción de rescisión sólo puede intentarse después de la muerte del ascendiente". Quiere decir, pues, que la rescisión se produce cuando se viola la legítima, aunque sea en pequeña medida. Esta acción es dirigida contra todos los herederos y obliga a realizar una nueva división de bienes.

El art. 3536 pretendió seguir el esquema del art. 1078, párr. 1º, del Código francés, que previó la rescisión para el caso en que uno de los herederos hubiera sufrido una lesión de su legítima superior a la cuarta parte. El Código argentino le quitó el tope de la cuarta parte, otorgando así a la acción de rescisión mayor amplitud que la del derecho francés.

Paralelamente, el art. 3537 concede la acción de reducción, de efectos más limitados, cuando un heredero recibe un excedente que afecta la legítima de los demás. Dice así: "Los herederos pueden pedir la reducción de la porción asignada a uno de los partícipes, cuando resulte que éste hubiese recibido un excedente de la cantidad de que la ley permite disponer al testador. Esta acción sólo debe dirigirse contra el descendiente favorecido". La presente acción es dirigida contra el heredero favorecido, y tiene por fin reducir la parte que ha recibido de más. El artículo estuvo inspirado en el art. 1079, párr. 1º, del Código francés, que otorgó la acción de reducción para el caso en que la lesión no hubiera alcanzado la cuarta parte.

La falta, en nuestro Código, del tope del cuarto que establece el Código francés ha originado dos acciones, que el heredero podrá ejercer a su elección.

Con todo, pensamos que los tribunales podrían considerar como abuso del derecho peticionar la rescisión o nulidad de la partición si la violación de la legítima se ha producido en pequeña medida. En esta orientación, los tribunales podrían otorgar, simplemente, los efectos de la acción de reducción disminuyendo la parte que el heredero favorecido recibió de más, sin necesidad de anular la partición.