

**45º Convención Notarial**  
**Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires**  
**Ciudad de Buenos Aires, 7, 8 y 9 de agosto de 2024**

**¿Realizando un análisis armónico del art 19 CN y arts. 2, 22, 1002 inc. d, 2403 CCCN y cctes., sería correcto sostener que la partición de herencia (de las denominadas “neutras”) y adjudicación entre cónyuges (bajo régimen de comunidad) es un supuesto de incapacidad de derecho del art. 1002 inc. d CCCN?**

**Autores:**

**Nora Mabel AREVALOS SERVIAN**  
**nmarevalos@gmail.com**

**Gastón Ariel MIRKIN**  
**gaston.mirkin@gmail.com**

**TEMA PARTICIÓN**

**Coordinadores:**

**Esc. Arnaldo A. Dárdano**  
**Esc. A. Verónica Castillo**

---

## **ÍNDICE**

I. Introducción. Visión de Goethe sobre la vertiginosidad de los cambios	4
II. Breve desarrollo sobre particiones hereditarias	6
III. El caso de la partición denominada “neutra”	8
IV. ¿La adjudicación en caso de partición denominada “neutra” sería jurídicamente un “contrato”?	10
V. Conclusión	14
VI. Bibliografía	15

---

## **PONENCIA**

**Realizando un análisis armónico del art 19 CN y arts. 2, 22, 1002 inc. d, 2403 CCCN y cctes., entendemos que, en caso de partición de herencia (de las denominadas “neutras”) y adjudicación entre cónyuges (bajo régimen de comunidad) no sería un supuesto de incapacidad de derecho en los términos del inciso d) del artículo 1002 del Código Civil y Comercial.**

## **I. Introducción. Visión de Goethe sobre la vertiginosidad de los cambios**

Entendemos que no se puede analizar el derecho en abstracto. En tal sentido, los cambios que introdujo la ley 26.994 en el ámbito del derecho privado nos llevan a considerar la vertiginosidad (o no) con que se están produciendo en la actualidad ciertos cambios en nuestro sistema normativo.

Quién mejor que Johann Wolfgang von Goethe –uno de los más grandes pensadores de todos los tiempos– para analizar la cuestión de la velocidad en que se producen los cambios y sus efectos. No es nueva la dicotomía entre las ventajas o riesgos de los cambios y el temor a lo nuevo y a lo desconocido; máxime ello cuando los cambios se producen con cierta vertiginosidad. Tampoco es nuevo que cada época tenga la creencia que los tiempos se aceleran rápidamente en su espacio de la historia y que esa aceleración produce necesariamente un empeoramiento en la sociedad.

Así lo ha expresado Miguel Vedda en su introducción al Fausto de Johann W. von Goethe al expresar:

“... en la convicción de que el apresuramiento constituye una asignatura específica de los nuevos tiempos ... el hombre moderno según Goethe una búsqueda de experiencias precipitadas y efímeras y una creciente incapacidad para reconocer la invaluable importancia de la serenidad y el reposo ... Los jóvenes son excitados temprano y luego arrastrados por el torbellino del tiempo; riqueza y velocidad es lo que el mundo admira, y a lo que todos aspiran: trenes, correos expresos, barcos a vapor y todas las facilidades posibles ... La gran desgracia de nuestro tiempo es que no deja madurar nada, que el instante siguiente se traga el anterior, que el día queda malgastado en el día y de esa manera se va de las manos y lo devoramos sin que haya dado nada de sí ... Todo es velociférico ... Goethe, que sabía que el avance lento, pausado era algo perteneciente al pasado, a lo sumo, desde la Revolución Francesa, y que el ritmo de vida se había

acelerado dramáticamente desde entonces, tenía la convicción de que era preciso, para la humanidad, caminar más lentamente".<sup>1</sup>

Nótese que Goethe escribió el Fausto durante un extenso período de tiempo entre los años 1772 y 1831. Llama la atención que hace más de 200 años las preocupaciones sobre la velocidad de las cosas no han mutado mucho. En esa época la preocupación de Goethe giraba en torno a los "trenes, correos expresos, barcos a vapor" y en la actualidad a la tecnología, la inteligencia artificial y la manipulación genética.

Si bien cada época ha de tener sus "cambios" y a cada uno le habrá parecido que éstos fueron demasiado "rápidos", nos toca hoy vivir en toda la sociedad en su conjunto una gran modificación de principios que hace pocos años parecía inmodificables e incuestionables. Uno de ellos es lo referente a la contratación entre cónyuges. Aquí en el presente trabajo más específicamente en la contratación entre ellos cuando son herederos en una comunidad de indivisión hereditaria o condóminos en un condominio.

Este "dinamismo" si bien entusiasma a algunos, también preocupa a otros, como preocupó en su época la cuestión al mismísimo Goethe. Nosotros entendemos que permitir la contratación entre cónyuges ya no debería "preocupar" a nadie dado que no se comprende en la actualidad la razón jurídica que justifique la prohibición del inciso d) del artículo 1002 del Código Civil y Comercial, el cual establece: "*Inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio: d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí*".

Eso es tan así que el proyecto de "ley de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos" en su artículo 360 establece "*Derógase el inciso d) del artículo 1002 del Código Civil y Comercial aprobado por la Ley N° 26.994*".<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Goethe, Johann W. von, "Fausto", editorial Colihue Clásica, 2015, páginas CVI y CVII de la introducción por Miguel VEDDA.

<sup>2</sup> Identificado como INLEG-2023-153324710-APN-PTE del 27 de diciembre de 2023 (Referencia: Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos). Ver texto de dicho proyecto aquí:

Lamentablemente para los que suscriben la presente ponencia, la “ley de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos” que finalmente fue sancionada el 27 de junio de 2024 (Ley 27742) no incluyó la derogación del inciso d) del artículo 1002 del Código Civil y Comercial.<sup>3</sup>

En el presente trabajo, lo que intentamos exemplificar es la problemática de bloqueo que se genera en caso que cónyuges bajo el régimen de comunidad son al mismo tiempo herederos en una comunidad de indivisión hereditaria y de esa forma dejar en evidencia otro de los supuestos en los cuales no tiene mayor razón de ser en la actualidad la vigencia del inciso d) del artículo 1002 del Código Civil y Comercial.

Veamos a continuación que nos referimos con esta temática.

## **II. Breve desarrollo sobre particiones hereditarias**

La partición es un acto jurídico que tiene virtualidad en caso de la existencia de dos o más comuneros que participen de la titularidad de la indivisión de bienes sin consideración de estos en particular, y requiere la necesaria determinación de los que integren la masa partible. Este acto jurídico plurilateral está destinado a regular relaciones jurídicas entre los

---

<https://www.infoleg.gob.ar/wp-content/uploads/2024/01/LEY-DE-BASES-Y-PUNTOS-DE-PARTIDA-PARA-LA-LIBERTAD-DE-LOS-ARGENTINOS.pdf>

<sup>3</sup> La “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos” fue sancionada por el Congreso de la Nación el 27 de junio de 2024 (Ley 27742) y publicada en el Boletín Oficial el 8 de julio de 2024. Ver texto de dicha ley 27742 aquí: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/310189/20240708>

comuneros. Afirma Néstor D. Lamber<sup>4</sup> que la partición es un contrato en los términos del artículo 957 del Código Civil y Comercial<sup>5</sup>.

En el mismo sentido se ha expresado Francisco Ferrer al afirmar que “*la partición es un acto de contenido patrimonial, por lo cual es correcta la calificación de contrato.*”<sup>6</sup>

El principio general de la libertad de formas para la celebración de actos jurídicos (artículos 284, 969 y 1015 del CCyCN) también se aplica a las particiones conforme artículo 2369 del Código Civil y Comercial de la Nación “*Partición privada. Si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes ...*”<sup>7</sup>

El artículo 2371 del CCyCN señala en qué supuestos la partición debe ser judicial, limitando el principio de libertad formal ya destacado.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Lamber, Néstor D., “El título de adjudicación de inmueble por partición privada de la indivisión hereditaria y poscomunitaria”, RDN 927 - ene a mar 2017. Disponibles aquí: <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRIBI/ARTICULOS/69644.pdf>

<sup>5</sup> El artículo 957 del Código Civil y Comercial establece: “*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.*”

<sup>6</sup> Ferrer, Francisco A. M., “La partición mixta de herencia”, en La Ley, Buenos Aires, Thomson Reuters, 23/11/2016 (t. 2016-F, p. 886, cita online AR/DOC/3623/2016).

<sup>7</sup> El ARTICULO 2369 CCCN dispone: “*Partición privada. Si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. La partición puede ser total o parcial.*”

<sup>8</sup> El ARTICULO 2371 CCCN dispone: .- Partición judicial. La partición debe ser judicial: a) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes; b) si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen

Partiendo del principio de libertad de formas, como desarrollaremos en el punto siguiente de la presente ponencia<sup>9</sup> no somos de la opinión que todos los casos de partición de herencia tengan necesariamente contenido patrimonial.

La consecuencia de quitarle el contenido patrimonial hace que tampoco compartamos que necesariamente una partición de herencia sea un “contrato” con el alcance que dicho término es determinado por el artículo 957 del Código Civil y Comercial de la Nación. En tal sentido, de compartirse nuestro criterio, los cónyuges podrían partir entre sí de forma privada en base al artículo 2369 del Código Civil y Comercial de la Nación; en caso que se trate de una partición de denominada “neutra” (como se verá más adelante).

### **III. El caso de la partición denominada “neutra”**

Julián González Mantelli ha expresado que “... aquellas particiones en que cada uno recibe ‘lo propio’ sin que haya diferencias ni compensaciones ni asimetrías, las llamamos ‘negocio neutro’ ya que no es más que el ‘reparto’ de lo que estaba indiviso respecto de los bienes conforme una proporcionalidad legal. Nadie ‘gana’ ni ‘ pierde’, cada uno recibe ‘lo suyo’ ...”<sup>10</sup>

---

a que la partición se haga privadamente; c) si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente”.

<sup>9</sup> III. El caso de la partición denominada “neutra”.

<sup>10</sup> González Mantelli, Pablo Julián, ponencia “La Partición como contrato: negocio subyacente y circulación de títulos” en 34 Jornada Notarial Argentina (JNA), Mar del Plata, 3 al 6 de mayo de 2023.

En ese sentido, el mismo Mantelli expresa que una de las consecuencias indirectas de calificar como contrato a la partición al fijar la postura en cuanto a que es un acto jurídico plurilateral entiende que aplica a la partición las prohibiciones e incapacidades del ordenamiento general de los contratos, entre las cuales se incluye el tema que nos ocupa que es la incapacidad de contratar de los cónyuges bajo régimen de ganancialidad del inciso d) del artículo 1002 del Código Civil y Comercial de la Nación.<sup>11</sup>

Allí dicho autor propone que en caso que los esposos resulten herederos de un causante, esta inhabilidad genérica solo ofrece a los cónyuges para solucionar la partición de la indivisión hereditaria, vender a un tercero o pactar el cambio de régimen para quedar habilitados a contratar. En dicha ponencia Mantelli expresa que no vería óbice en permitir la inscripción de la anotación directa conforme proporción del llamamiento, sin alterar ni variar la titularidad de los bienes involucrados en la indivisión. Esta situación Mantelli denomina como “neutra declarativa” y entiendo que nadie podría objetar. A lo cual estamos de acuerdo en dicha neutralidad y en la validez de dicha inscripción registral.

Allí da un ejemplo por el cual los cónyuges más un tercero son herederos y se inscribe el condominio en el registro de la propiedad inmueble recibiendo un tercio a cada uno en condominio del inmueble en cuestión, alegando que sin que esto implique que los cónyuges “hayan contratado entre sí”. Con buen tino se aclara en dicha ponencia que sería diferente, y vedado, el que uno de los cónyuges quiera recibir otro bien o que se anoten con fracciones negociadas alteradas en el condominio resultante.

Imaginemos que ese inmueble fuere un campo que está en indivisión hereditaria por tercios (1/3 un tercero y 1/3 cada uno de los cónyuges) y acuerdan dividir el campo catastralmente en tercios del mismo valor y partir la indivisión hereditaria en tercios.

---

<sup>11</sup> González Mantelli, Pablo Julián, ponencia “La Partición como contrato: negocio subyacente y circulación de títulos”, op. cit.

Ante este supuesto nos preguntamos: ¿éste sería un caso de partición donde cada uno recibe “lo propio” sin que haya diferencias ni compensaciones ni asimetrías (llamando al “negocio neutro”) ya que no es más que el “reparto” de lo que estaba indiviso respecto de los bienes conforme una proporcionalidad legal? Al decir de Mantelli, nadie “gana” ni “ pierde”, cada uno recibe “lo suyo”.

Nuestra respuesta dicho interrogante es por la afirmativa. Un claro ejemplo de un partición de indivisión hereditaria denominada “neutra”.

Somos de la opinión que sería un exceso de la norma exigir a los cónyuges que recurran a la partición judicial del artículo 2371 del Código Civil y Comercial de la Nación alegando que habría copartícipes incapaces (de derecho en base al art. 1002 inc. d CCCN).

La pregunta aquí es ¿qué bien jurídico se pretende tutelar en este caso? Dado que al fin del día las normas tienen su razón de ser para el supuesto en que protejan un bien jurídico y así la normativa opera en beneficio de la sociedad en su conjunto. No se vislubra aquí cual sería el beneficio social de no permitir a los cónyuges partir en caso de un partición de indivisión hereditaria denominada “neutra”

Caso contrario, la norma deviene incluso abstracta y eventualmente arbitraria. Además, produce a los cónyuges-comuneros una reducción en el valor de su patrimonio en razón de los costos y demoras en los tiempos de una partición judicial.

#### **IV. ¿La adjudicación en caso de partición denominada “neutra” sería jurídicamente un “contrato”?**

Según Carlos Arianna el título de adjudicación por partición de herencia se basta a sí mismo referenciando su causa y dado que la partición no crea un derecho distinto. Ello en razón de que el heredero tiene desde la muerte del causante a una cuota ideal sobre el patrimonio

adjudicado y que la adjudicación solamente transforma esa parte ideal en bienes singulares. En consecuencia, la partición privada no tiene por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos. Es la muerte la que causa la transmisión de los bienes.<sup>12</sup>

Si continuamos con la lógica de Arianna corresponde analizar en detalle cómo define nuestro ordenamiento jurídico el acto jurídico de “contratar” dado que el inciso d) del artículo 1002 del Código Civil y Comercial utiliza expresamente el término “contrato” al establecer “*No pueden contratar en interés propio: d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí*”.

El artículo 957 del Código Civil y Comercial de la Nación define al contrato como “*el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales*”.

Aquí es donde vemos la contradicción en el tema. Al haber contradicción es que creemos podría estarse ante una situación de “absurdo” jurídico. Veamos a qué nos referimos.

Adherimos a la opinión de Arianna en cuanto a que la adjudicación por partición de herencia no tiene por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos dado que la causa de la transmisión de los bienes se produce automática por la muerte (es un supuesto de transmisión de bienes de base legal, no consensual).

Por su parte, el artículo 2403 del Código Civil y Comercial<sup>13</sup> expresa, sin dudas ni excepciones, que la partición es declarativa y no traslativa de derechos. Asu vez, aclara

---

<sup>12</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, cita online AR/ DOC/2928/2016].

<sup>13</sup> El artículo 2403 del Código Civil y Comercial establece: “*Efecto declarativo. La partición es declarativa y no traslativa de derechos. En razón de ella, se juzga 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*

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.

Marcelo Urbaneja no comparte esta opinión en cuanto al acto declarativo y no traslativo de la partición al expresar que los efectos de la mutación causada en una partición implica que se produce una transmisión. El argumento es que antes del acto había una pluralidad de titulares, y, luego del mismo, habrá uno solo (o, si hubiera sido parcial, más de uno, pero menos que antes de la partición). Agregando el autor que la partición es título suficiente de la transmisión<sup>14</sup> y que su carácter declarativo y traslativo no hace más que reafirmarlo, pues precisamente significa que ese adquirente es titular desde el origen de la indivisión (y no lo fueron los otros comuneros).<sup>15</sup>

El referido artículo 2403 del Código Civil y Comercial despeja toda duda en cuanto a que es declarativa y no traslativa. La contrapartida de dicha afirmación es que, al ser declarativa, la partición hereditaria no es un acto jurídico tendiente a “*crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales*”. Sí serían, en cambio, “contratos” (en los términos del art. 957 CCCN) los actos jurídicos que realicen con posterioridad los herederos

---

*derecho alguno en los que corresponden a sus coherederos. Igual solución se entiende respecto de los bienes atribuidos por cualquier otro acto que ha tenido por efecto hacer cesar la indivisión totalmente, o de manera parcial sólo respecto a ciertos bienes o ciertos herederos. Los actos válidamente otorgados respecto de algún bien de la masa hereditaria conservan sus efectos a consecuencia de la partición, sea quien sea el adjudicatario de los bienes que fueron objeto de esos actos”.*

<sup>14</sup> Urbaneja, Marcelo E., “Tradición, traditio brevi manu, constituto posesorio, casos atípicos y venta de inmueble con un contradictor”, en El Derecho, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 14498, 26/9/2018 (t. 279).

<sup>15</sup> Urbaneja, Marcelo Eduardo, “Formas de la partición de las comunidades”, Revista del notariado 934 (oct - dic 2018) - publicado julio 2019.

luego de la partición con los bienes que han recibido en propiedad en la adjudicación, pero ello no es tema sobre el cual nos adentramos en el presente trabajo.

Si ello es así, la partición del tipo denominada “neutra” no sería “jurídicamente” un “contrato” (según definición del art. 957 CCCN). La consecuencia de ello es que el acto jurídico de “partir” no le sería aplicable la prohibición del inciso d) del artículo 1002 del Código Civil y Comercial dado que dicho artículo (que vaya sea de paso mencionamos que es por demás breve y conciso) solo prohíbe “contratar” en interés propio entre sí.

El artículo 2 Código Civil y Comercial de la Nación establece que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

El artículo 22 Código Civil y Comercial de la Nación regula lo referente a la capacidad de derecho y fija el principio por el cual toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados. Entendemos relevante aquí la utilización del término “determinados”.

Dicho art. 22 expresa sin lugar a dudas el principio de la capacidad y que la privación o limitación debe ser para actos jurídicos determinados. A su vez, aplica en este caso más que nunca el principio rector constitucional de nuestro artículo 19 “*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

Habiendo expresado ello, creemos que un análisis armónico de nuestro sistema jurídico (art 19 CN y arts. 2, 22, 1002 inc. d, 2403 CCCN y cctes.), entendemos que, en caso de partición de herencia (de las denominadas “neutras”) y adjudicación entre cónyuges (bajo régimen de comunidad) no sería un supuesto de incapacidad de derecho en los términos del inciso d) del artículo 1002 del Código Civil y Comercial.

## **V. Conclusión**

Festejamos que nuestro sistema jurídico ofrezca alternativas a los actores del derecho para instrumentar negocios o vinculaciones entre más de una persona permitiendo a las personas elegir libremente la vía jurídica instrumental que mejor entiendan para ejercer sus derechos.

Un ejemplo de ello, es permitir a los cónyuges (bajo régimen de comunidad) poder acordar partir entre sí cuando son comuneros en una indivisión hereditaria y dicha partición es de las denominadas “neutra”, sin limitación alguna por la incapacidad derecho que prevé el inciso d) del artículo 1002 del Código Civil y Comercial.

Como hemos dicho, prohibir dicho acto alegando que los cónyuges serían incapaces de derecho para otorgar dicho acto jurídico y de esta forma obligarlos a realizar una partición judicial (con el costo y tiempo que ello implica) parecería ser un “absurdo” jurídico, máxime cuando no hay transmisión de patrimonio dado que los cónyuges-comuneros son titulares de los derechos desde el momento en que se produce la muerte del causante.

## **VI. Bibliografía**

Abella, Adriana – Mariani de Vidal, Marina, “Derechos Reales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Zavalía, 2016.

Arianna, Carlos A., “Las reformas en materia de partición de herencia”, Buenos Aires, La Ley, Thomson Reuters, 9/11/2016 [t. 2016-F, p. 709, cita online AR/ DOC/2928/2016])

Casabé, Eleonora, Bueres, Alberto, Dir. Derecho notarial, registral e inmobiliario. Incidencias del Código Civil y Comercial. Buenos Aires, Hammurabi, 2015.

Ferrer, Francisco A.M., comentario al art. 2411 en Código Civil y Comercial Comentado. Dir. Jorge H. Alterini 2<sup>a</sup>. ed. La Ley, Buenos Aires, Tomo XI.

Ferrer, Francisco A. M., “La partición mixta de herencia”, Buenos Aires, La Ley Thomson Reuters, 23/11/2016 (t. 2016-F, p. 886, cita online AR/DOC/3623/2016).

Goethe, Johann W. von, “Fausto”, editorial Colihue Clásica, 2015, páginas CVI y CVII de la introducción por Miguel VEDDA.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa, Lloveras, Nora (Directoras) Tratado de Derecho de Familia Según el código civil y comercial de 2014, Rubinzel Culzoni, Santa Fe, 2014, Tomo I.

Lamber, Néstor D., “El título de adjudicación de inmueble por partición privada de la indivisión hereditaria y poscomunitaria”, RDN 927 - ene a mar 2017.

Llambías Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones., t. II-A, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1975.

Rivera, Julio César, “El concepto de contrato”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario (nro 2016-3), Santa Fe, Rubinzel-Culzoni, 2017.

Urbaneja, Marcelo E., “Tradición, traditio brevi manu, constituto posesorio, casos atípicos y venta de inmueble con un contradictor”, en El Derecho, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, Nº 14498, 26/9/2018 (t. 279).

Zannoni, Eduardo Antonio, “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos”, Buenos Aires Editorial Depalma, 1996.