



**TEMA: LA ACCION DE PARTICION**

**ALUMNO: SABRINA VALERIA PIERRI**

**TITULO A OBTENER: ABOGADO**

**FACULTAD DE ABOGACIA**

**UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA**

**-MAYO DE 2005-**

Agradezco a Dios,  
a mis padres y hermanos,  
a mi novio y amigos.

## Resumen

En el trabajo que presento, abordando el tema: "*La acción de partición*", pretendo realizar una investigación bibliográfica, considerando la opinión de diversos autores y comentaristas a partir de la letra de la ley dado que la misma puede no arrojar una total claridad al respecto.

A través de éstas páginas el lector se encontrará con el personal y posible intento de configurar una descripción completa y detallada de la mencionada figura jurídica.

Así las cosas, comenzamos por definirla entendiéndola por partición al acto de *asignación* mediante el cual cada heredero adquiere una porción concreta de la herencia sobre la cual ejerce un derecho exclusivo y que tiende a impedir o poner fin a la comunidad hereditaria, mediante la distribución entre los coherederos de las titularidades activas"; nos referimos a sus *caracteres específicos*: encontrándose entre éstos la obligatoriedad, la imprescriptibilidad, la declaratividad de derechos.

Destacamos la importancia de los *principios que la rigen*: como el de igualdad, de la división forzosa y en especie.

Nos detenemos en las *formas de efectivizarla*: pudiendo hacerse en forma privada, judicial o mixta.

Estudiamos *sus efectos*: declarativos y retroactivos al momento de la muerte del causante, como también las *garantías* que se deben los coherederos tal el caso de la evicción y vicios redhibitorios.

Finalizando con nuestras conclusiones.

Es de destacar, que a lo largo de nuestro trabajo podrá captarse la posición adoptada por el Código Civil frente a la misma, como así también mi opinión al respecto, pues si bien considero que es de capital importancia la justa y positiva valoración de aquel, el paso de los años desde su dictado hace oportuno considerar que la realidad social avanza haciendo necesario volver sobre dichas normas en miras a la actualización de esta pieza jurídica.

## **Fundamento**

He elegido este tema, dentro del derecho sucesorio, porque lo considero de gran importancia y aplicación práctica en la realidad social.

Pues, los interesados que se hayan sometido a un estado de indivisión -como lo es la comunidad hereditaria-, si bien se convierten en propietarios desde la muerte misma del causante, lo son de una parte alícuota ideal, siendo por tanto menester ejercer la acción de partición con el objetivo de poner fin a dicha situación y a la incertidumbre que ella genera, materializando así sus derechos, convirtiéndose en propietarios exclusivos de bienes determinados.

Por otro lado, habida cuenta que el estado de indivisión no ha merecido la atención del codificador quedando por tanto escaso de reglamentación, presenta situaciones de conflicto, pues la realidad social ha demostrado que con frecuencia estos estados son prolongados, pudiendo así plantearse disputas entre los coherederos, por ejemplo en cuanto a la administración de la herencia, puesto que el art. 3451 exige la unanimidad de ellos, bastando que uno sólo se oponga, para obligar al juez que decida la cuestión, con lo que la consecuencia de lo relatado pone aún más de relieve la importancia del tema que planteamos.

Para concluir cabe decir que, entre otras funciones, el abogado es operador del derecho y asesor de la sociedad, por lo que es de suma importancia que profundice su conocimiento en este tema pues las reglas sobre la partición de la herencia no solo se aplican en el juicio sucesorio, sino también a la partición de la sociedad conyugal (art.

1313), del condominio (art. 2698) y de la sociedad civil (art. 1788), siendo por tanto útil su estudio para el Derecho Civil en general.

## **A) CAPITULO I: Partición - Principios generales**

### **1. Concepto**

Existiendo pluralidad de sucesores, el carácter indiviso de la masa hereditaria es, por su propia naturaleza, inestable, eminentemente transitorio, estableciéndolo así la nota al art. 3451 del Cód. Civil, al disponer que “*la comunión en las cosas es una situación accidental y pasajera*”, motivo por el cual debe resolverse en la división de la herencia, materializándose así la abstracción representada por los derechos de cuota en derechos exclusivos sobre objetos determinados que, así se incorporan al patrimonio del sucesor a título singular.

Constituye el medio principal de hacer cesar la comunidad hereditaria, en virtud del cual cada heredero recibe una parte de los bienes, pero no ya de una parte alícuota ideal –que la tienen desde el momento mismo de la muerte del causante- sino una porción concreta.

No obstante, aquélla puede cesar por otros medios diversos, como la renuncia que hagan todos los herederos, excepto uno, de sus respectivas cuotas hereditarias; la enajenación por parte de todos los herederos de sus cuotas a un tercero o a un coheredero (art. 2696), etc.

O puede suceder, inversamente que, pese a que habitualmente la partición esté precedida por una situación de herencia indivisa, ella no ocurra, como las situaciones especiales donde, *ab initio*, la división está operada con anterioridad, como en la partición realizada por testamento, por ejemplo a la muerte del causante una partición hecha por el ascendiente entre sus descendientes en su testamento puede impedir *ab*

*initio* la relación de comunidad o indivisión hereditaria, sin perjuicio de los trámites que se requieren para la aprobación judicial del testamento y la inscripción de los bienes así divididos (art. 3533).

Por eso Eduardo A. Zannoni ha definido la partición como “el negocio jurídico que impide o pone fin a la comunidad hereditaria mediante la distribución entre los coherederos de las titularidades activas contenidas en la herencia”<sup>1</sup>.

Guillermo A. Borda ha dicho que “la partición es, pues, el acto mediante el cual los herederos materializan la porción ideal que en la herencia les tocaba, transformándola en bienes concretos sobre los cuales tienen un derecho exclusivo”<sup>2</sup>.

Según Jorge O. Maffía “la partición es el acto mediante el cual, normalmente, ha de concluir la comunidad hereditaria. Por obra de ella, la cuota aritmética y abstracta que cada uno de los coherederos tiene sobre la comunidad ha de traducirse materialmente en bienes determinados, sobre los cuales adquirirá derechos exclusivos”<sup>3</sup>.

José Luis Pérez Lasala ha caracterizado la partición como “el negocio jurídico unilateral o plurilateral que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la distribución del activo neto hereditario entre los coherederos, determinando el haber concreto de cada heredero”<sup>4</sup>.

De esta forma, podemos definir a la partición como “el acto de *asignación* mediante el cual cada heredero adquiere una porción concreta de la herencia sobre la cual ejerce un derecho exclusivo y que tiende a impedir o poner fin a la comunidad hereditaria, mediante la distribución entre los coherederos de las titularidades activas”.

## **2. Terminología**

División y partición son términos sinónimos, pero dentro de nuestro derecho se aplica principalmente la palabra “división” con referencia a los estados de comunidad no hereditarios, por ejemplo, el condominio; y la palabra “partición” a la comunidad hereditaria<sup>5</sup>.

## **3. Precedentes**

En el derecho romano la partición era el acto que hacía cesar la comunidad hereditaria, atribuyendo a cada heredero la titularidad concreta sobre determinados bienes de la herencia, en lugar de la titularidad abstracta sobre la cuota.

La comunidad cesaba en cuanto así lo quería alguno de los herederos, y entonces se procedía a la partición.

Esta podía tener lugar por:

- mutuo acuerdo entre los coherederos (división voluntaria) o
- por vía judicial (división judicial).

La primera no constituía un contrato sino un simple pacto, el *pactum divisionis*. Si después el *pactum* era seguido de los pertinentes actos traslativos de la propiedad, la división tenía eficacia real.

La segunda se efectivizaba utilizando la *actio familiae erciscundae*, considerada por los romanos como una acción mixta y de buena fe. Confería al juez la facultad de hacer a cada heredero *dominus* de las cosas que se le atribuían –*adjudicatio*– e iba acompañada de recíprocas *stipulationes* por las cuales los demás coherederos respondían de la evicción de la cosa adjudicada a aquel a quien era atribuida<sup>6</sup>.

#### **4. Caracteres**

La partición tiene los siguientes caracteres:

- *Obligatoriedad*: Es obligatoria y desde la muerte del causante los interesados pueden pedirla en cualquier momento (art. 3452), salvo las hipótesis legales de indivisiones hereditarias forzosas.
- *Imprescriptibilidad*: Como principio general, el derecho a pedirla es imprescriptible mientras que de hecho continúe el estado de indivisión; pero es susceptible de prescripción cuando la indivisión ha cesado de hecho, porque alguno de los herederos, obrando como único dueño, ha comenzado a poseerla de una manera exclusiva (art. 3460).
- Es *declarativa* y no *atributiva* de derechos; la ley supone que los bienes asignados a cada heredero han sido de propiedad exclusiva de éste desde el momento mismo de la muerte del causante; que los ha recibido directamente de éste, y que los coherederos jamás han tenido derecho alguno sobre los bienes que han sido asignados a los demás (art. 3503).

#### **5. Oportunidad de solicitar la partición**

La acción puede ejercerse *en todo tiempo*, desde el momento mismo de la muerte del causante, tal como lo dispone el art. 3452, siempre que no haya una causa legal de prolongación temporaria de la comunidad.

Vélez Sarsfield, reacio a los estados de indivisión, adopta la postura opuesta, al extremar las facilidades para dividir las herencias, tal como se desprende de los términos absolutos en que está redactado el artículo.

El poder de pedir la partición constituye un *derecho potestativo*, entendiendo por éste, un poder jurídico otorgado a un sujeto, al cual corresponde en los otros sujetos no una obligación, sino una sumisión, en el sentido de que deben sufrir el efecto sin poderlo evitar.

La fuente del precepto fue el art. 815, párr. 1º, del código francés, que en forma similar estableció que “*nadie puede ser obligado a permanecer en la indivisión, y la partición puede ser provocada siempre, no obstante prohibiciones o convenciones en contrario*”.

Sin embargo se aparta de aquél, en dos supuestos:

- 1) Su art. 893, permite convenciones de indivisión que no excedan de cinco años, cuando nuestro código es al testador que lega un bien en condominio, a quién deja imponer la indivisión por cinco años (art. 2715) y a los condóminos les permite convenir en la suspensión de la división por el mismo tiempo (art. 2693).

Considero apropiado traer a colación la opinión de Salvador Fornieles, quién considera que esta diferencia de criterios originada por la diversidad de fuentes que han inspirado al legislador, se justificaría diciendo que la ley admite las convenciones de la indivisión para las cosas particulares y las rechaza para una herencia, por las mayores complicaciones que acarrea la indivisión de una masa de bienes<sup>7</sup>.

- 2) No contempla una solución expresa para la hipótesis de que haya algunos bienes que por el momento no puedan partirse, cuando, por el contrario, nuestro código establece expresamente en su art. 3453, que si bien algunos bienes no sean

susceptibles de división inmediata –por ej. los que se hallen en litigio-, ello no es óbice para que se solicite la partición de los restantes.

Demolombe, fuente confesada de aquél, sostenía que pese a la inexistencia de una norma en ese sentido y aunque de la economía general del Código de Napoleón resultaba que normalmente no se debía hacer sino una sola partición, nada se oponía a que en ciertos supuestos se dividiese algunos bienes, siempre que el resultado de las operaciones que faltaban no alterase el resultado de la que se realizaba<sup>8</sup>.

En realidad no tendría sentido prolongar la indivisión de éstos, cuando nada obsta a que se hagan particiones parciales, quedando sometida al arbitrio judicial la valoración de las causas que imposibiliten una división total de la herencia. Empero, coincido con la doctrina, la cual opina que muchas veces es una medida de prudencia esperar un tiempo razonable, evitando las particiones parciales y hacer una sola partición, lo que evita gastos a veces considerables.

El art. 3458 plantea la hipótesis de que existan sucesores condicionales, en cuyo caso, éstos no podrán solicitar la partición hasta que la condición se cumpla, pero podrán requerirla los otros coherederos, asegurando los derechos de aquéllos; y hasta saber si la condición ha operado o no, la partición se la entenderá provisional.

## **6. Prescripción de la acción de partición**

El principio de la imprescriptibilidad de la acción de partición esta expresamente consagrado en el art. 3460, primer apartado, el cual establece: “*La acción de partición de herencia es imprescriptible, mientras que de hecho continúe la indivisión...*”

Es natural que así sea, pues, el motivo para dividir renace en cada momento en que continúa la comunidad, ya que el goce de la misma por cada uno de los comuneros obra a modo de interrupción constante de la prescripción.

Esto consecuencia del principio de la indivisibilidad de la posesión (art. 3449) y la indivisibilidad de los derechos que competen a los herederos (art. 3416).

Pero, en su segundo apartado, el artículo agrega que, si de hecho ha cesado el estado de indivisión porque alguno de los herederos, obrando como propietario, ha comenzado a poseer la herencia de manera exclusiva, la acción prescribe a los veinte años de comenzada la posesión.

La interpretación de este precepto ha suscitado las mismas discrepancias que su similar, el art. 816 del Código francés, pues mientras algunos consideran que se trata de una prescripción extintiva, para otros, en cambio, sería adquisitiva.

Quienes le asignan carácter extintivo, se fundan en la naturaleza de la acción y en los términos de los arts. 3460 y 4020, citando, además, el pensamiento de Aubry y Rau: *“La herencia, encarada como universalidad jurídica, no siendo susceptible, ni de verdadera posesión, ni de usucapión, debe concluirse que no puede ser aquí sino de una cuestión de prescripción extintiva”*. Por lo tanto, afirman que lo que se extingue es la acción personal frente a una o más personas que actúan no sólo como dueños de los bienes particulares, sino como señores universales de la herencia, pues de lo contrario la prescripción sólo podría serlo de los bienes que pueden ser objetos de usucapión<sup>9</sup>.

Quienes le asignan carácter adquisitivo sostienen que se hallan ante un caso de usucapión, fundándose en el art. 3499, que al establecer que si la posesión de uno de los herederos aprovecha a los otros, no se advierte cómo se puede dar una posesión

exclusiva que permita la prescripción. Por ello y del juego de los arts. 3460 y 4020 se hace necesaria la intervención del título -pues no existe motivo alguno para apartarse de las reglas generales- y es como consecuencia de esto –y no como heredero- que el poseedor puede usucapir, en razón de que los otros ya no podrían pedir la partición porque habrían perdido su calidad de comuneros, debiendo éstos entablar en este caso la acción, no de partición, sino lisa y llanamente la de petición de herencia.

Pero si hubieran transcurrido más de veinte años desde que la comunidad cesó porque uno de los herederos intervirtió su título y comenzó a poseer exclusivamente y a nombre propio –no bastando la simple pasividad de los demás- éste podrá alegar la usucapión consagrada por el art. 4015.

Adhieren a esta postura Borda, Maffía, Zannoni, Fornieles y Lasala<sup>10</sup>.

Considero, al igual que aquéllos, que el párrafo segundo del art. 3460 no alude a la prescriptibilidad de la acción de partición, sino a la *prescripción adquisitiva* del heredero que *intervirtió* su título y poseyó el bien como propietario exclusivo, en los términos del art. 4015, puesto que habiendo pasado los bienes hereditarios al dominio particular de uno de los herederos, es lógico que ya no se pueda efectuar la partición, pero no porque la acción haya prescrito, sino porque los bienes se han sustraídos al haber hereditario. La acción de prescripción es siempre imprescriptible.

El art. 3461 plantea un supuesto particular corroborando el principio sentado en la norma precedente: *“Cuando la posesión de que habla el artículo anterior, ha sido sólo de una parte alicuota de la herencia, o de objetos individuales, la acción de partición se prescribe por veinte años respecto a esa parte o a esos objetos, y continúa existiendo respecto a las partes u objetos que no han sido así poseídos”*.

Este artículo también se refiere a la prescripción adquisitiva, que actúa parcialmente respecto de los objetos particulares poseídos. Es decir, si alguno de los coherederos hubiese usucapido *pro suo*, a título de propietario, por ej. un inmueble de la sucesión (art. 4015), la obligación de partir subsiste respecto de los demás bienes comprendidos en la indivisión. Y así el bien adquirido por prescripción adquisitiva deja de integrar la comunidad hereditaria por lo que no se le computará en la hijuela del adquirente.

La norma ha sido criticada, con acierto según mi criterio, dado que impropia mente refiere a una parte alícuota de la herencia, la cual, por carecer de materialidad, no puede ser objeto de posesión.

## **7. Legitimación activa para ejercer la acción de partición**

Principio general: Como principio general, el art. 3452 establece que, pueden pedir la partición *los herederos, sus acreedores y todos los que tengan en la sucesión algún derecho declarado por las leyes*; es decir, todos los que tengan algún interés legítimo en que ella se lleve a cabo.

Enumeración:

a) *Los herederos.* Son, indudablemente, los principales interesados, beneficiarios directos y continuadores de la persona y del patrimonio del causante, por ende son los primeros a quienes se concede la acción.

Así, la nota al art. 3451 establece que “*la comunidad hereditaria deja a cada uno con toda su independencia de acción, el derecho de no procurar sino sus intereses particulares*”.

Se trata de un estado puramente pasivo que debe resolverse en la materialización concreta que resulta de la adjudicación. La partición satisface esa expectativa individual y, por eso, el art. 3452 la prevé “*en cualquier tiempo*”.

Atendiendo a dos supuestos particulares, podemos subdividir a los herederos en:

- *Herederos condicionales*. Corresponde distinguir dos supuestos según el carácter de la condición a la cual se haya instituido al heredero:
  - Bajo condición *suspensiva*: no puede pedir la partición hasta que la condición se cumpla, pero los otros coherederos podrán pedirla, asegurando el derecho del heredero condicional y, hasta no saber si ha faltado o no la condición, la partición se entenderá provisional (art. 3458).
  - Bajo condición *resolutoria*: puede pedir la partición, la cual también será provisional hasta tanto se produzca la condición o se sepa que ya no va a ocurrir. Los coherederos podrán tomar las medidas precautorias oportunas, en resguardo de sus intereses, para el supuesto de que la condición se cumpla.
- *Herederos ausentes*. Corresponde distinguir dos supuestos según el carácter de la ausencia:
  - Ausencia con *presunción de fallecimiento*: El art. 3457 dispone que “*si hay coherederos ausentes con presunción de fallecimiento, la acción de partición corresponde a los parientes a quien se ha dado la posesión de los bienes del ausente*”.

Corresponde hacer dos aclaraciones con respecto al artículo:

- 1) El artículo al hablar de *posesión* se refiere a la posesión provisional, que regulaban los arts. 118 a 121 del Cód. Civil; éste último permitía a los herederos que se les había otorgado la posesión provisoria la facultad de hacer la división provisoria de los bienes. Después de cierto plazo el art. 122 otorgaba la posesión definitiva. Pero estas normas han sido derogadas por la ley 14.394, en la que los herederos del ausente reciben la propiedad de los bienes desde el día presuntivo del fallecimiento, con la sola limitación de la preanotación por cinco años (arts. 28 y 30, ley 14.394).
  - 2) En razón de lo expuesto, el término *pariente*, usado por el precepto, debe entenderse como *heredero*, ajustando la terminología a las disposiciones de la ley 14.394.
- *Simple ausencia*: Continúa el art. 3457 diciendo: “*Si la ausencia fuese sólo presunta, no habiendo el ausente constituido un representante, el juez nombrará la persona que debe representarlo, si no fuese posible citarlo*”.

El art. 20 de la ley 14.394 establece que en este caso la partición podrá llevarla a cabo el curador del ausente, y si éste no existiere lo nombrará el juez, pudiendo entonces pedir la partición, concordando con el art. 3457.

- b) *Los herederos de los herederos*. El art. 3459 establece que “*Si antes de hacer la partición muere uno de los coherederos, dejando varios herederos, cada uno de éstos puede pedir la partición; pero si todos o varios de ellos lo pidieren y quisieran intervenir en la división de la herencia, deberán obrar bajo una sola representación*”.

La limitación impuesta por el precepto es lógica y se funda en la necesidad de simplificar el proceso sucesorio.

c) *Los acreedores de los herederos.* El art. 3452 los coloca a continuación de los herederos, reconociéndoles, solo a ellos, el derecho de reclamar la partición, ya que para perseguir los bienes de su deudor, ejecutando la obligación, requieren de la previa partición, pues sólo así quedan individualizados los que, definitivamente, corresponden al obligado en pleno dominio.

Durante la indivisión no le es dado, como a los acreedores del causante, oponer su título a la comunidad exigiendo que se separen bienes suficientes para el pago de la deuda (art. 3474), ni tampoco oponerse a la entrega de los bienes hasta quedar satisfecho su crédito (art. 3475), mientras que éstos pueden hacer efectiva su preferencia sobre aquellos, para cobrar sobre tales bienes mediante la separación de patrimonios, y pueden cobrar sus créditos se haya o no practicado la partición, con más comodidad aún si no se ha llevado a cabo, ya que su interés reside precisamente en que los bienes no se dividan, asegurándose la percepción de sus créditos y les facilita el cobro. La indivisión, lejos de perjudicarlos, los beneficia, ya que es garantía de solvencia del crédito y les permite embargar y vender cualquiera de los bienes que integran la masa.

Es decir, éstos ejecutan su acreencia directamente sobre bienes de la comunidad, mientras que el acreedor del heredero necesita determinar qué bienes se adjudicarán a su deudor, y no le sería dado embargar parte del activo indiviso que pertenece en común a dos o más coherederos.

La acción de éstos acreedores, ha sido caracterizada como un típico caso de subrogación, en los términos del art. 1196, por cuanto ejercen un derecho de su deudor de contenido patrimonial. Para su procedencia, es menester que el acreedor actúe en

nombre de su deudor y no en el propio, que tenga interés en actuar, que el deudor sea negligente en el ejercicio de su derecho –las dilaciones excesivas no justificadas equivalen a negligencia- y que el crédito invocado sea cierto, exigible y líquido.

Se trata de un caso típico de sustitución procesal por la cual el acreedor comparece a juicio “en nombre propio por un derecho ajeno”, ante la negligencia del heredero en provocar la partición.

No es necesario un juicio especial para obtener la subrogación. En el mismo expediente sucesorio se resuelve sumariamente la pretensión, oyendo a las partes, sin abrir la incidencia a prueba, ya que la mayoría de los casos serán suficientes las constancias de autos para la decisión judicial.

Hay que evitar siempre el juicio ordinario, que por su pesadez desnaturaliza una acción que se propone corregir la inactividad del deudor.

d) *Los legatarios de parte alícuota.* Aunque el Código no los menciona es indudable su derecho a pedirla ya que, por la naturaleza de su adquisición, su expectativa depende de una alícuota del patrimonio de la herencia, y si no se le concediera este derecho, quedaría librado al criterio de los herederos la oportunidad de la entrega del importe que deben recibir.

En cambio, los legatarios particulares carecen de este derecho, ya que pueden exigir la entrega de la cosa legada a los herederos o al albacea sin necesidad de que se haga la partición; no tienen en ella interés alguno y deben limitarse a pedir la entrega del legado, ya que el objeto de la liberalidad les pertenece a título singular desde la apertura de la sucesión, agotándose su interés en la demanda por la entrega de la cosa legada (art. 3767), independientemente de la indivisión hereditaria.

No obstante, Fornieles, como excepción dentro de nuestra doctrina, niega este derecho a los legatarios de parte alícuota, basándose en el carácter que él asigna de simples herederos<sup>11</sup>.

e) *Los cesionarios*. Si el heredero cede la titularidad de sus derechos hereditarios o de una parte alícuota, es innegable el derecho del cesionario para pedir la partición.

No obstante, cabe distinguir dos supuestos:

- *Cesión total*: Esta hipótesis no plantea inconvenientes, porque el cesionario ocupa el lugar de aquél y puede reclamar, tanto la partición, como las demás medidas que hagan a la mejor defensa de su derecho, en la misma forma que lo hubiera hecho el cedente.
  
- *Cesión parcial*: Esta hipótesis plantea el inconveniente de que puede dar lugar a la intervención simultánea y quizás contradictoria del heredero y de sus cesionarios parciales; con lo cual el trámite del juicio se complicaría considerablemente; por ello, los jueces han declarado que los cesionarios parciales no son parte en el juicio sucesorio, y que sólo están facultados para vigilar su marcha. Empero, debe reconocérseles el derecho a pedir la partición, en virtud no sólo de su interés en la partición, sino también por su carácter de acreedores del heredero cedente que les permite ejercer la acción subrogatoria, toda vez que mediare inactividad de su parte.

Esta es la opinión predominante en nuestro derecho.

f) *Beneficiarios de cargos*. Tienen interés en demandar la partición, por lo que se hallan comprendidos en los términos del art. 3452; donde la obligación pesa sobre uno de los herederos y muchas veces éste no podrá cumplirla sin la previa división

de los bienes, por ejemplo, si el cargo consistiese en la entrega de una de las cosas que le tocare en su lote al heredero. En esos casos el beneficiario de los cargos es un acreedor del heredero.

Se diferencian de los legatarios de cosa determinada, cuya obligación de entregar la cosa pesa sobre toda la sucesión, de modo que no necesitan la partición para reclamarla.

g) *Incapaces*. Cuando existan menores o incapaces interesados en la partición, los representantes legales -padres, tutores, o curadores- deben promoverla a su nombre (art.3454); así en el caso de menores de edad o de personas declaradas incapaces (art. 141) o inhabilitadas (art. 152 bis), si bien en éste último caso, deben solicitarla ambos, el inhábil y el curador.

Entre las obligaciones del tutor se encuentra la de provocar la partición de la herencia en la cual el menor tuviese parte, aplicándose lo mismo sobre los curadores de los incapaces (art. 436); en tal caso, la partición será siempre judicial y con intervención del Ministerio de Menores (art. 3465, inc. 1º).

En la hipótesis de que el tutor o curador lo sea de varios incapaces que tienen intereses opuestos en la partición, se deberá dar a cada uno de ellos un tutor o curador que los represente en la partición (art.3455).

De igual forma si los tutores o curadores fueran herederos, se nombrará al incapaz un representante especial al solo efecto de la partición (art.61).

h) *Menores emancipados*. Según el art. 3456, los menores emancipados deben estar representados en la partición por un curador especial, sea para entablar la acción o para entender en los trámites de ella.

Sin embargo, el nuevo art. 135, ha modificado aquella disposición, disponiendo que los menores emancipados pueden disponer de los bienes recibidos a título gratuito con la

conformidad del cónyuge mayor de edad o con autorización judicial. Por lo tanto, no será necesaria la intervención del curador especial; pero la partición sólo tendrá validez respecto del emancipado si medió consentimiento del cónyuge mayor o autorización judicial, la que debe tramitar con intervención del Asesor de Menores.

- i) *Ministerio de Menores*. La doctrina entiende que éste, pese a ser parte en todo lo que concierne a incapaces, pudiendo deducir las acciones que correspondan a los tutores y curadores cuando éstos no lo hicieren (art. 493), no puede pedir la partición, debiendo limitarse su misión a requerir de los representantes legales la promoción de aquélla.

## **8. Bienes excluidos de la partición**

En principio todos los bienes que componen el caudal relicto y, que forman la comunidad hereditaria, son susceptibles de partición, inclusive los que por su naturaleza son indivisibles, pues ellos pueden adjudicarse en uno de los lotes y compensarse con otros bienes y, si ello no fuera posible, quedará siempre el remedio de la venta y consiguiente reparto del precio entre los herederos.

Sin embargo, de nuestro código se desprende que el principio de la división forzosa se halla limitado por la existencia de ciertos casos de indivisibilidad –además de los casos de indivisiones forzosas- por la naturaleza de la cosa o del derecho.

Así, la nota al art. 3452 dispone que el mismo no tiene aplicación respecto de las *cosas* indivisibles, como las servidumbres prediales; constituyendo un claro ejemplo de ello, el art. 3007, el cual establece que “*las servidumbres reales son indivisibles como cargas y como derechos, y no pueden adquirirse o perderse por partes alícuotas ideales, y los*

*propietarios de las diferentes partes pueden ejercerlas, pero sin agravar la condición de la heredad sirviente”.*

Zannoni sostiene que en realidad se trata de asignar a la servidumbre real “como carga y como derecho” el carácter impropio de la *cosa*, cuando lo correcto sería advertir que, en cuanto tal, es insusceptible de integrar la comunidad de bienes. “*No es condominio – dice el art. 2674- la comunión de bienes que no sean cosas”.*

Coincido con Zannoni de que no porque la *cosa sea indivisible* está excluida de la partición, como señala impropriamente el codificador. Las cosas indivisibles también son atribuibles porque por partición debe entenderse la cesación de la comunidad hereditaria, mediante la adjudicación a título singular de los bienes de los coherederos. Que no sean susceptibles de división material no empece a que puedan atribuirse en condominio singular, o que la adjudicación se resuelva en la venta del bien y la distribución proporcional de su producido entre los comuneros (art. 3475 bis). En el ejemplo de la indivisibilidad de las servidumbres reales, ésta se refiere al ejercicio del derecho, en la medida en que no son susceptibles de goce parcial, o por partes alícuotas. Es claro: se trata de una *relación*, no de un *bien*, que pesa o se disfruta en cabeza de todos los sujetos de *modo indivisible*; porque como sostiene Lafaille, la indivisibilidad, se basa en la naturaleza misma de la relación jurídica, inadecuada para ejecutarse por partes<sup>12</sup>.

No obstante, existen algunos bienes que, perteneciendo a la comunidad hereditaria, deben quedar indivisos por su especial naturaleza y consecuentemente quedan excluidos de la partición forzosa, es decir, que sólo se parten si hay acuerdo entre todos los herederos; pero basta la oposición de uno de ellos para mantener la indivisión con carácter permanente. Ellos son:

- *Las llamadas cosas comunes a la herencia.* El Código permite, en ciertos casos, la exclusión de algunos bienes de la partición forzosa, teniendo en cuenta, no tanto el valor económico –aun cuando objetivamente lo tuviesen- sino afectivo o espiritual que para los herederos pudieran asumir, marcando el art. 3473 la primera excepción al disponer que: “*Los títulos o cosas comunes a toda la herencia, deben quedar depositadas en poder del heredero o herederos que los interesados elijan*”.

El precepto reconoce como fuente al art. 842, párr. 3º, del Código francés. No obstante, al agregar en su redacción la palabra "o cosas", Vélez ha salvado las dificultades suscitadas por el modelo, donde sólo se alude a los títulos<sup>13</sup>.

Aclara la nota que se denominan *cosas comunes a toda la herencia*, los títulos honoríficos del difunto, su correspondencia, los manuscritos, los retratos de familia, etc. Por lo que la doctrina considera que dicha restricción abarcaría, además, todos aquellos objetos cuyo valor es esencialmente de afección, y no pecuniario, como los diplomas, premios o medallas, las condecoraciones militares, títulos académicos o diplomáticos, los originales de una obra científica o literaria de la cual fuera autor el causante, etc.

Representan, en efecto, una unidad basada en criterios que escapan, estrictamente, a lo patrimonial teniéndose en cuenta su valor afectivo. Por eso, tampoco se *adjudican*, sino que se *depositan* para su conservación, *en poder del heredero o herederos que los interesados elijan*.

En virtud de que nos hallamos ante bienes desprovistos de valor económico, será inusual que haya controversia en cuanto a ellos, por lo que será el procedimiento más comúnmente seguido.

En cuanto a la designación del depositario, el código francés, a diferencia del nuestro, da una solución explícita, aludiendo a la decisión de la totalidad de los herederos; por lo que podría discutirse si nuestro derecho se refiere a un acuerdo unánime, o bastará la mera decisión de la mayoría.

Coincido con la doctrina, la cual se inclina por la primer postura, la cual se compadece con otras previsiones contenidas por el Código en esta materia (art. 3462); y en caso, de no lograrse el acuerdo unánime, la decisión quedará reservada al juez, quién no podrá apartarse arbitrariamente de la propuesta por la mayoría.

Así, si los herederos no conviniesen entre ellos quién o quiénes conservarán en su poder tales objetos “*el juez designará al heredero o herederos que deban guardarlos*” (art. 3474 *in fine*). Este deberá tener muy en cuenta las circunstancias del caso. Por lo común se preferirá al cónyuge supérstite. Si se tratara de una carta confidencial y el autor de ella fuera a la vez heredero, el juez debe adjudicársela a él. Si se tratara de un diploma profesional y uno de los herederos tuviere la misma profesión, a él debe entregarlo. Si fueran escrituras de dominio de un inmueble distribuído en lotes, los antecedentes se entregarán, según la costumbre, a quién recibe la mayor porción o al que el juez designe si todas ellas fueren iguales<sup>14</sup>.

La limitación funcionará cuando algún heredero la haga valer, ya que nada obsta a que si todos están de acuerdo se realice la distribución de las cosas comunes entre ellos.

- *Los sepulcros*. La segunda excepción está determinada por los sepulcros, cuya peculiar naturaleza ha generado arduas polémicas en torno a ella, llevando a la jurisprudencia, en virtud de la ausencia de textos legales expesos, a decidir, como principio, la indivisión forzosa de los mismos.

La tumba con los restos de familia debe permanecer en condominio forzoso para perpetuar la tradición y el respeto por los antepasados, sin dividirse ni venderse a extraños, en razón de que ellos, por más que tienen un valor económico, han sido adquiridos, no con ánimo de lucro ni de acrecentar el patrimonio de su dueño, sino para darse a sí mismo y a sus hijos, un lugar de descanso. No es posible que el espíritu utilitario de los herederos avenge el cadáver del causante privándolo del lugar de reposo. Así, se ha decidido que declarar procedente la división del condominio sobre un sepulcro como medio de mejorar la situación económica de uno de los condóminos, sería subalternizar la cuestión y contrariar las finalidades morales y religiosas a que están destinados esa clase de bienes.

Por lo que la jurisprudencia ha establecido que los sepulcros, por su naturaleza y fin, constituyen bienes *sui generis* sujetos a indivisión forzosa, pero dicho principio no es absoluto, ya que no nace de la ley y estarán sujetos a indivisión, siempre que no ocurran algunas de estas circunstancias, conforme los autores:

- 1) *Conformidad de todos los comuneros*, ya que nada obstaría a la venta del sepulcro al dividirse la comunidad hereditaria. Aún más, la voluntad en contrario del testador no podría ir más allá del término permitido por la ley.

Pero si se tratase de un legado con cargo de conservar en él los restos del testador y su familia, las decisiones judiciales han aceptado que pueda transmitírsele válidamente a los herederos de los legatarios, pero éstos deben cumplir el cargo aunque importe la inalienabilidad del sepulcro, por no ser aplicables a bienes de esa naturaleza los arts. 2613 y 3781 del C.Civil<sup>15</sup>.

- 2) *Que el bien esté totalmente desocupado*, pues lo que hace respetable la oposición de los coherederos a la venta, es la presencia en él de los restos del causante, de los ascendientes o allegados al que se opone.
  
- 3) *Que pueda ser materialmente dividido entre sus propietarios sin desvalorizarlo en su estructura arquitectónica*. En este caso, la división es incluso conveniente, para evitar discordias de un condominio mantenido contra la voluntad de los dueños, pudiendo cada heredero vender su parte siempre que no se afecte de esa forma los fines piadosos a que la construcción está destinada.

Para finalizar, cabe mencionar el *Anteproyecto de Bibiloni*, a quién no paso inadvertido el tema, al establecer en el art. 3105 del mismo que, el causante puede ordenar la selección de un sepulcro para sí o como sepultura de familia.

En el artículo siguiente establece ciertas previsiones, que deberán observarse en caso de ausencia de disposiciones, de las cuales transcribiré las más significativas:

- 1) Es carga de la masa hereditaria la sepultura del causante en la tumba de su familia, y en defecto de ésta, en la que corresponda, con arreglo a la condición y fortuna del difunto. Estas circunstancias, en caso de disentimiento de los herederos y legatarios, serán apreciadas por el juez.
  
- 2) El sepulcro no podrá ser objeto de enajenación o cesión, por título oneroso ni gratuito.
  
- 3) Los herederos no tienen derecho para autorizar a sepultar en él a persona alguna que no sea cónyuge o consanguíneo.

- 4) No tienen derecho a disponer la exhumación de los cadáveres sepultados, a menos que lo hubieran sido con violación del inciso anterior.

El art. 3108 agregaba que los sepulcros no pueden ser divididos entre herederos o legatarios.

El *Proyecto de 1936* sigue la misma política, pero con algunas diferencias, las cuales solo mencionare:

- 1) Mantiene la prohibición en caso de enajenación o cesión pero, además, da la posibilidad al juez para autorizar dichos actos, con tal de que sean trasladados los restos a otra tumba que considere adecuada.
- 2) Da la posibilidad de inhumar, mediante conformidad de todos los condóminos, en el sepulcro común, cadáveres que no sean los del causante del cónyuge fundador, de los esposos de los herederos y descendientes.
- 3) Dispone que el dueño del sepulcro podrá excluírlo de su acervo hereditario, o determinar su inalienabilidad, aun cuando permita a sus herederos disponer de los sitios libres en él, y que el juez, conforme a las circunstancias y a la anuencia de todos los herederos, podrá autorizar el fraccionamiento de los terrenos ocupados por los sepulcros. Estos no serán embargables, salvo por el saldo de precio de venta o construcción<sup>16</sup>.

## 9. División en especie

La conclusión de la indivisión hereditaria atribuye a título singular, los bienes o titularidades del causante –exceptuados los créditos divisibles, que no son susceptibles de partición por cuanto se atribuyen divididos de pleno derecho- en una cuantía y extensión que están determinadas por el monto de la alícuota que resulta del llamamiento hereditario. Esta atribución puede hacerse de dos modos: *en especie*, es decir, adjudicando los bienes, *o en valor*, o sea, reduciendo los bienes a dinero mediante la venta de ellos.

En materia sucesoria rige el principio de que la división de los bienes debe hacerse en especie, cuando sea posible, es decir el lote de cada heredero debe formarse en principio con las cosas existentes en la herencia.

La venta es un substitutivo que al transformar la masa en dinero impide su partición. En consecuencia, cualquier heredero tiene derecho para oponerse a la venta de los bienes de la sucesión y para exigir que le sean entregados como se hallan, hasta cubrir su parte.

Ya la jurisprudencia prácticamente unánime, anterior a la reforma, estructuró ciertos principios que pueden sintetizarse así:

- a) Todo heredero tiene derecho a exigir que su porción hereditaria le sea adjudicada en especie, aun contra la voluntad de la mayoría de los coherederos.
- b) La partición debe ser hecha en especie, salvo que por la naturaleza de los bienes, su cuantía, su calidad, etc., de su división resultare perjuicio para ellos o para los propios coherederos<sup>17</sup>.

Así la ley 17.711, expresamente, en el art. 3475 bis establece: “*Existiendo posibilidad de dividir y adjudicar los bienes en especie, no se podrá exigir la venta de ellos*”.

El precepto sienta una solución lógica, ya que los bienes poseen un valor sentimental (además del económico); y es bueno respetar el amor por los que pertenecieron a la familia.

Además, este principio contribuye al principio de la igualdad o proporcionalidad de los lotes, exigiendo una igualdad material, tangible, exenta de riesgos, imprecisiones y errores que supone la tasación, a la que hay que recurrir cuando unos valores se compensan con otros para establecer la igualdad de las hijuelas.

Empero, la venta de los bienes será indispensable:

- 1) *Cuando la división sea material o jurídicamente imposible*; por ej. si se trata de una alhaja, de un lote urbano de medidas mínimas de conformidad con los reglamentos municipales.
- 2) *Cuando la división de bienes convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes según lo dispuesto en el art. 2326 (art. 3475 bis, párr. 2º)*; por ej. si resultaran lotes muy desparejos o si se tratara de un fondo de comercio, industria, etc.

Como se observa, la norma no expresa claramente su intención, por lo que podría llegar a producir confusión en su interpretación de que se ha establecido una indivisión forzosa cuando se den las circunstancias previstas.

Los autores acuerdan que ese no puede ser el sentido y que debió agregársele el término *en especie* (es decir: “la división de bienes no podrá hacerse *en especie* cuando convierta en antieconómico el aprovechamiento...”) para indicar que, en esos casos, al ser imposible partir o dividir el bien, no cabrá sino su reducción a valor en caso de que cualquiera de los adjudicatarios se opusiese a la adjudicación en condominio.

Cabe decir que en estos dos últimos casos, la venta no será necesaria si el bien impartible puede incluirse en un lote y compensarse a los coherederos con otros.

3) *Si es necesaria la venta para pagar deudas*, ya que esta regla no está limitada en su excepción a lo dispuesto por la segunda parte del precepto. Puede ocurrir que en determinadas circunstancias se haga necesario convertir los bienes en dinero para afrontar el pago de las cargas de la sucesión, aunque en este caso debe limitarse a lo necesario para cubrir el pasivo.

## **B) CAPITULO II: Principio de la división forzosa de la herencia y sus excepciones**

### **1. Principio general**

Coherente con la idea estampada en la nota al art. 3451, donde enfatiza que la comunión es una situación *accidental y pasajera* que la ley en manera alguna fomenta, un estado puramente pasivo en que los copropietarios de la herencia no están unidos sino por la cosa misma y no por su voluntad, dejando a cada uno con toda su independencia de acción, el derecho de no procurar sino sus *intereses particulares*; nuestro Código, fiel a su liberalismo y a su desconfianza por toda forma de copropiedad establece en el art. 3452 que todos los interesados en la partición podrán pedirla, en cualquier tiempo, no obstante la prohibición del testador o cualquier convención en contrario.

Reafirmando el principio, el artículo siguiente establece que aunque una parte de los bienes hereditarios no pueda ser objeto de división inmediata, se puede demandar la partición de aquellos que son actualmente partibles.

Ya hemos dicho que la fuente del precepto fue el art. 815, párr. 1º, del código francés, citado en la nota del codificador, que en forma similar estableció que “*nadie puede ser forzado a permanecer en indivisión y cabe siempre reclamar la partición no obstante las prohibiciones y convenciones en contrario*”, pero agrega en su segundo párrafo que “*es posible, empero convenir la suspensión de la partición durante un tiempo limitado; esa convención sólo será obligatoria por un plazo no mayor de cinco años, susceptible de renovación*”.

El principio de la división forzosa ha surgido como consecuencia de que la comunidad puede ser origen de disputas entre los cointerésados y que sería inicuo pretender que hubiesen de permanecer en ese estado; apoyándolo, además, consideraciones atinentes a la economía pública, ya que es mayor estímulo en los propietarios para desarrollar su actividad productora sobre cosas que les corresponden exclusivamente, que sobre cosas que tienen en comunidad con otro, y que traba, además, la libre circulación de los bienes.

Sin embargo, éste principio bueno como norma general, es dañoso cuando se lo aplica indiscriminadamente, como lo quiere nuestro Código. Los bienes que integran un fondo de comercio, una fábrica, no pueden partirse sin una grave destrucción económica que perjudica, no sólo a los herederos, sino también a la sociedad. Basta, sin embargo, la voluntad del heredero, díscolo o mal avenido, para provocar el derrumbe de la empresa. Otras veces un sucesor de mala fe se hará fuerte en su derecho a pedir la partición para obtener de sus coherederos ventajas excesivas e injustas<sup>18</sup>.

Es natural, por lo tanto, la reacción prácticamente universal que se ha operado contra el principio de la partición forzosa.

Bibiloni, postulando su corrección, escribía: *“En todas partes del mundo, esta fatalidad legal de la división se ha considerado como un atentado al derecho individual, determinado por hostilidad revolucionaria a la subsistencia colectiva de la masa hereditaria. Impide la continuación de las empresas industriales fundadas por el autor de la sucesión. La muerte del jefe de la familia trae la destrucción de su empresa: no la continuarán ya sus hijos. El gran incentivo de todo fundador, el de trabajar para resultados permanentes, queda destruido. La familia se disuelve, por fuerza de ley. El banco, el comercio, la explotación cada vez más poderosa del establecimiento que*

*constituía la fuerza del fundador, en que ponía su orgullo, están destruidos, y con ellos, una parte del valor heredado. No hay industria, comercio de exportación, potencia productora posible en esas condiciones. La muerte del dueño es la de sus empresas. Sólo las anónimas son posibles, y esto no es, ciertamente, un bien para el Estado... Nadie sostiene hoy la regla del art. 3452. Es antisocial, antieconómica e inconstitucional”.*

Otra crítica formulada contra el principio general se basaba en que el Código atentaba contra la libertad de contratar, al impedir que los herederos, por unanimidad, convengan por un plazo prudente la indivisión. El sistema de nuestro Código resulta, a decir de Maffía, no solamente anárquico e inorgánico, sino extremo<sup>19</sup>.

Consecuencia de esto, la ley 14.394 ha modificado sustancialmente el sistema del Código inspirándose en las soluciones imaginadas por Bibiloni y por Comisión Reformadora de 1936.

Se mantiene el principio de la partición forzosa, de lo contrario, ello traería gravísimos inconvenientes al mantener un condominio en contra de la voluntad de los dueños. Pero se admite la *prolongación temporaria* del estado de indivisión en los siguientes casos.

## **2. Supuestos de indivisión forzosa**

### **2.1 Antecedentes de la ley 14.394**

En nuestro derecho, a despecho de la norma del art. 3452 del código, que constituye un ejemplo típico de protección del interés individual en la comunidad hereditaria, diversas leyes dictadas en este siglo fueron mitigando su categoría preceptiva.

La ley 9677, que creó un régimen de viviendas para empleados y obreros, estableció que “en caso de fallecimiento del adquirente, el cónyuge sobreviviente no podrá ser obligado a la división de la propiedad por los otros herederos” (art. 19). Similarmente, “en caso de fallecimiento de ambos cónyuges, los hijos no podrán dividirse la propiedad mientras haya menores de edad” (art. 20).

Del mismo modo, la ley 10.284 creó el llamado *lote de hogar* –antecedente del actual bien de familia- que denominaba *propiedad de la familia*, estableció en el art. 4º que mientras en ella hubiese hijos menores o mujeres solteras, el lote no podría enajenarse ni dividirse sino cuando todos llegasen a la mayoría de edad.

El *Anteproyecto de Bibiloni* previó una serie de normas relativas a la indivisión que son, en buena parte, la fuente inmediata de los dispositivos de la ley 14.394 y que fueron seguidas por el *Proyecto de 1936*<sup>20</sup>.

## **2.2 Los casos de indivisión forzosa en la ley 14.394**

Esta ley constituye el hito más importante en la materia. En efecto, de la conjugación de las normas sobre el bien de familia (arts. 34 a 50) y las atinentes a diversos casos de indivisión de bienes hereditarios (arts. 51 a 56), se colige un notable avance sobre la legislación anterior y un decidido embate contra el principio rector del art. 3452.

La ley prevé diversos casos en que la indivisión sobre ciertos bienes integrantes del acervo hereditario puede prorrogarse temporalmente. Son ellos: a) la indivisión impuesta por el causante; b) la indivisión pactada por los herederos; y c) la indivisión impuesta por el cónyuge supérstite.

A) Indivisión impuesta por el causante: El art. 51 de la ley 14.394, establece que “*toda persona podrá imponer a sus herederos, aun forzosos, la indivisión de los bienes hereditarios, por un plazo no mayor de 10 años. Si se tratase de un bien determinado, o de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica, el lapso de la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aun cuando ese tiempo exceda los diez años. Cualquier otro término superior al máximo permitido, se entenderá reducido a éste*”.

La norma constituye una importante excepción al principio del art. 3452 y al art. 3598, según el cual el causante no puede imponer gravámenes ni condiciones a la porción legítima de los legitimarios, ya que permite al causante imponer la indivisión *aun a los herederos forzosos*, con lo cual ella puede afectar bienes que se computan en la legítima hereditaria.

Dos son los supuestos contenidos en el precepto:

- *La indivisión de los bienes hereditarios, en general*. Ya sea que se trate de bienes individualizados, o de todos los que componen el acervo. Por tanto, esta indivisión se torna forzosa, aun cuando los bienes afectados a ella se adjudiquen e inscriban a nombre de los herederos, pues deberá serlo en condominio (art. 2715), pero ella es temporaria y no podrá exceder de diez años desde la apertura de la sucesión – que es desde cuando opera la disposición del causante que la impone-. Si excediera, la indivisión sólo será oponible a los herederos durante ese lapso máximo.

- *La indivisión de un bien determinado.* Ya sea de un establecimiento de cualquier índole –la enumeración legal es ejemplificativa-, o de un bien que constituya una *unidad económica*, debiéndose entender, por tal, “*un conjunto de bienes materiales e inmateriales que armonizados en su función productora por el orden establecido por la dirección de un organizador, no podría continuar su función de producción, o ésta disminuiría considerablemente, si soportase la separación de algunos de sus elementos*”. No son unidades económicas, por tanto, aquellas empresas que por su estructura económica o jurídica pueden soportar una división sin más consecuencia que una proporcional reducción de la producción.

La finalidad del precepto es evitar los perjuicios que acarrearía la partición de bienes que integran un complejo comercial, industrial, agrícola, etc., que funciona como unidad económica.

Esta norma ha suscitado dos interrogantes:

- 1) Respecto a si el causante debe ser el único propietario o si puede imponer la indivisión de bienes en los cuales a él sólo corresponde una parte como socio, condómino etc., considero –puesto que la ley no lo establece- que la indivisión podrá imponerse en ambos casos, siempre que no contraríe normas contractuales o societarias que permiten a los restantes socios o condóminos dividir el bien o liquidar la sociedad, en cuyo caso no será oponible a terceros.
- 2) Respecto de la calidad de los bienes sobre los cuales el causante puede ejercer esta potestad, es decir, si puede recaer sobre bienes gananciales, sustrayéndolos a la división de la sociedad conyugal e imponiendo al cónyuge supérstite la indivisión, no como heredero sino como socio.

Para una primera tesis, procede la imposición de la indivisión o del condominio sobre los bienes gananciales de titularidad del causante, fundándose en la facultad conferida al cónyuge superviviente por el art. 53 referida a la unidad económica, adquirida o formada en todo o en parte por éste, y a la residencia conyugal adquirida con fondos gananciales, que inclusive pudo ser un bien propio del causante.

Maffía rechaza esa tesis, sosteniendo que de la interpretación gramatical de la norma se excluye la posibilidad de imponer la indivisión sobre los gananciales de titularidad del causante, ya que ella se refiere a *bienes hereditarios* y a *herederos*: ni los bienes que corresponden al cónyuge superviviente en la división de la sociedad conyugal son *bienes hereditarios*, ni él concurre como heredero a recoger su mitad<sup>21</sup>.

Partición anticipada: El párr. 2º del art. 51 establece que “*Sin embargo, el juez podrá autorizar la división, total o parcial, a pedido de parte interesada y sin esperar el transcurso del plazo establecido, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad o interés legítimo de tercero*”.

Por lo que la imposición del testador no es absoluta, pudiendo los terceros invocar un interés legítimo para hacer cesar la indivisión. Así ocurrirá si tratándose de una sociedad colectiva, comandita simple o de capital e industria, el socio fallecido hubiese impuesto la indivisión de la cuota social que a él correspondía. Los restantes socios podrán, no obstante, peticionar la liquidación de la sociedad debido a la resolución parcial como lo prevé el art. 90 de la ley 19550.

Con buen criterio, la ley deja librado a la apreciación judicial la importancia de los motivos que se invoquen para solicitar la división anticipada.

Formas de imponer la indivisión: Ella no surge del art. 51, por tanto, la doctrina considera que la manifestación de voluntad del causante, imponiendo la indivisión, debe exteriorizarse en testamento válido y no por otros actos entre vivos.

B) Indivisión pactada por los herederos: El art. 52 de la ley 14.394 dispone que *“los herederos podrán convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de diez años, sin perjuicio de la partición temporaria del uso y goce de los bienes entre los copartícipes. Si hubiese herederos incapaces, el convenio concluido por sus representantes legales, no tendrá efecto hasta la homologación judicial. Estos convenios podrán renovarse al término del lapso establecido. Cualesquiera de los herederos podrá pedir la división antes del vencimiento del plazo, siempre que mediaren causas justificadas”*.

En cuanto a la duración, la norma permite dos posibilidades:

- 1) Autoriza la renovación de los convenios, a su vencimiento, por el mismo lapso.
- 2) Autoriza a cualquiera de los herederos a pedir la división antes del vencimiento del plazo, siempre que mediaren causas justificadas. Como se observa, las exigencias del precepto son menores que en el anterior supuesto, ya que en esta hipótesis no son necesarias las *circunstancias graves* o las *razones de manifiesta utilidad* que requiere la ley en el caso de indivisión impuesta por el causante; basta la existencia de causas justificadas.

C) Indivisión impuesta por el cónyuge supérstite: El art. 53 de la ley 14.394 prevé dos supuestos en los cuales el cónyuge supérstite puede oponerse a la partición de determinados bienes indivisos en razón del fallecimiento de su esposo o esposa:

1) “Cuando en el acervo hereditario exista un establecimiento comercial, industrial, agrícola, minero o de otra índole tal que constituya una unidad económica, el cónyuge supérstite que lo hubiera adquirido o formado en todo o en parte podrá oponerse a la división del bien por un término máximo de diez años”.

El precepto aparece como una creación, ya que la hipótesis no fue considerada por Bibiloni ni por la Comisión, y tiene relativa semejanza con la llamada *communio prorrata* legislada en el ordenamiento alemán y suizo<sup>22</sup>.

Esta disposición viene a colmar una sensible laguna de nuestro ordenamiento jurídico. Era frecuente que a través de una larga vida de trabajo, el padre llegase a formar un establecimiento comercial o industrial; como se trataba de un bien adquirido durante el matrimonio, a la muerte de la esposa los hijos quedaban convertidos en condóminos y exigían la partición, lo que en buena parte de los casos significa la liquidación del negocio o empresa. La solución que ahora brinda la ley protege al creador de una riqueza, lo pone a salvo contra el peligro de ver interrumpidos sus negocios bruscamente y le permite ir haciendo sus previsiones para el día en que no pueda ya retardar la partición.

La ley habla de establecimiento comercial, industrial, agrícola, etc., que constituya una *unidad económica*. En cuanto a la caracterización de ésta, me remito a lo dicho al examinar el supuesto anterior.

El propósito esencial ha sido asegurar al creador de esa riqueza un mínimo decoroso de vida. Pero es preciso señalar que no cualquier clase de bienes podrá ser objeto de la indivisión, ya que ella sólo podrá constituirse sobre el establecimiento que el cónyuge supérstite hubiese adquirido o formado en todo o parte.

Cabe señalar que *adquisición y formación* suponen, sustancialmente, el esfuerzo personal, pero no excluyen otras posibilidades, como puede serlo el aporte de dineros propios.

Zannoni sostiene que la norma no exige que el establecimiento sea ganancial. Puede ser propio del causante, pero en el cual el supérstite realizó inversiones, ampliaciones, etc., que eventualmente pueden dar lugar al reclamo de recompensas. Lo que se exige, es que de un modo u otro el cónyuge supérstite haya contribuido a su formación, acrecentamiento o evolución económica, para poder exigir su indivisión. Y por esa misma razón la misma norma establece que *“durante la indivisión, administración del establecimiento competará al cónyuge supérstite”*<sup>23</sup>.

Sin embargo, éste podrá renunciar a ella, sin que esto implique la cesación del estado de indivisión. En el supuesto, los copartícipes deberán designar el reemplazante por mayoría de votos contados, por aplicación del art. 2704, en proporción de los valores de cada uno, y sufragando también el cónyuge supérstite.

El advenimiento de la indivisión depende exclusivamente de la voluntad unilateral de cónyuge supérstite, la que habrá manifestarse antes de la partición, pudiendo ser realizada como oposición a la división solicitada por los comuneros, o por vía de acción, previa a cualquier solicitud de éstos<sup>24</sup>.

Pero como en el caso de los arts. 51 y 52, el art. 53 dispone *“a instancia de cualquiera de los herederos el juez podrá autorizar el cese de la indivisión antes del término fijado, si concurrieren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justificasen la decisión”*.

Va de suyo que también cesará la indivisión, no a petición judicial sino de pleno derecho, cuando la comunidad se hubiera extinguido por muerte del cónyuge o de los comuneros, por expiración del lapso legal, o por renuncia del cónyuge.

En cuanto al matrimonio ulterior del supérstite, se ha observado que aunque en algunas legislaciones es causa suficiente de extinción de la comunidad prorrogada, nuestra ley nada ha previsto. Sin embargo, debe concordarse en que dado el carácter familiar de la indivisión, la incorporación de un nuevo cónyuge podría convertirse en causa de división, si ese hecho perturbara las relaciones entre comuneros<sup>25</sup>.

2) Igualmente el cónyuge supérstite puede pedir la indivisión, durante diez años, *de “la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos”*.

Esta previsión tiende a proteger el hogar conyugal, como tal, más allá del valor patrimonial del inmueble en que asienta la casa habitación.

Se requiere que se trate de un inmueble *ganancial* y que, a la época del fallecimiento, fuese residencia habitual de los esposos, pero también podría darse el supuesto de que se tratase de un bien propio del fallecido, si los fondos empleados en la construcción hubieran sido gananciales.

A diferencia del caso anterior, el privilegio puede ser invocado por cualquiera de los cónyuges, lo que se justifica plenamente, pues así se trata de salvaguardar la vivienda del viudo. Tan digno de amparo es el cónyuge cuyo trabajo personal permitió adquirir o construir la casa, como la esposa que lo acompañó durante largos años. Y quizá más lo es ésta, porque es notorio que la mujer tiene mayores dificultades que el hombre para ganarse la vida, sobre todo cuando ha llegado a cierta edad. Es necesario impedir, por

tanto, que sus hijos o los ascendientes de su marido puedan despojarla del techo, por lo menos durante un término prudente, como el fijado por nuestra ley<sup>26</sup>.

También en este caso, la indivisión no debe exceder de diez años, estando facultado el juez para autorizar la división si concurriesen causas graves o de manifiesta utilidad económica.

Coincido con Maffia, quien opina que la limitación decenal impuesta por la norma no se compadece con los fines del instituto, ya que si se hubiera de atender el verdadero sentido tuitivo, debió establecérsela por vida del cónyuge supérstite que permaneciere en estado de viudez. Así lo determina para el otro instituto, que persigue idénticos fines de protección, el nuevo art 3573 bis. Y como la ley nada dice sobre las compensaciones que podrían exigir los coherederos al cónyuge supérstite que continuara ocupando la casa habitación, contrariamente a lo que sucede con el derecho real de habitación, que expresamente se concede en forma gratuita, sostiene de que en este supuesto el viudo o viuda deberá compensar al resto de los comuneros por la privación del uso de la vivienda y el pago de los impuestos que la gravan<sup>27</sup>.

Finalmente cabe decir que en todos los supuestos de indivisión no será oponible a terceros sino a partir de la inscripción en el Registro de la Propiedad, y que durante ella los acreedores particulares de los comuneros no podrán ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal de él, pero sí podrán cobrar sus créditos con las utilidades de la explotación correspondiente a su respectivo deudor (arts. 54 y 55).

Este último supuesto de indivisión se complementa actualmente con el derecho de habitación conferido al cónyuge supérstite, en las condiciones previstas por el art. 3573 bis del Cód. Civil, que introdujo la ley 20.798.

D) Derecho de habitación del cónyuge supérstite: La ley nacional 20.798, promulgada el 27 de septiembre de 1974, ha creado esta nueva causa de indivisión temporaria que se encuentra regulada en el art. 3573 bis del Código Civil, el cual establece que:

*“Si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para sea declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias”.*

Fundamento: Esta incorporación al Código Civil por la ley 20.798 tiene una raíz *asistencial* que tiende a proteger la vivienda del cónyuge supérstite. Pretende impedir que éste quede sin habitación al producirse el fallecimiento de su cónyuge, ya que al deber compartir el inmueble con otros herederos, los que, en la mayoría de los casos, exigen su venta para percibir su legítima o alícuota, o bien para pagar las cosas, quedaría sin habitación.

Así este nuevo instituto se alza contra el principio de la partición forzosa, dándose los presupuestos previstos por la norma general.

Condiciones en que opera el derecho. Para su procedencia es necesario:

a) Que en el inmueble haya radicado el hogar conyugal, a la época del deceso.

- b) Que el causante no hubiera dejado otro inmueble en el que pudiera vivir el supérstite, ya que lo que se trata de asegurarle es un techo, pero no crearle un privilegio excesivo; lo cual no obsta a que existan otros bienes, como los muebles del *ajuar*, que son accesorios (art. 3763) en su caso dinero, e incluso, otros bienes de escaso valor, siempre que no permitan al cónyuge supérstite satisfacer sus necesidades de habitación.
- c) Que el valor del inmueble no exceda del que constituye el límite máximo para que una vivienda pueda ser declarada bien de familia;
- d) Que el cónyuge concorra con otros herederos o legatarios; ya que si fuese único heredero o excluyese a los parientes colaterales, evidentemente el derecho carecería de virtualidad puesto que recibiría el dominio pleno y exclusivo del inmueble.
- e) Que se trate de sucesiones abiertas a partir de la entrada en vigencia del art. 3573 bis, ya que las sucesiones abiertas con anterioridad, y aunque la partición se realizare luego, el derecho de habitación no operará.
- f) Que el supérstite no contraiga nuevas nupcias, constituyendo esta hipótesis una causal de extinción expresamente prevista en la norma.

Facultades del habitador: El cónyuge supérstite podrá habitar el inmueble juntamente con su familia, pero no podrá ceder el derecho de habitación ni alquilarlo (art. 2953 y 2963). Gozará, además, de las acciones posesorias (art. 2876), incluso contra los herederos que impidiesen el ejercicio del derecho de habitación (art. 2489).

E) Otra indivisión resulta de la aplicación del régimen del bien de familia: Constituido éste conforme a la ley, el bien queda indivisible mientras subsista el último de los beneficiarios (art. 49, inc. d, ley 14.394).

Sin embargo, la división debe ser acordada a pedido de la mayoría de los herederos, siempre que no medie oposición del cónyuge supérstite o existan incapaces, en cuyo caso el juez resolverá lo que sea más conveniente al interés familiar (art. 49, inc. b).

Problema con la legítima: Tanto el bien de familia como la legítima son institutos de orden público; mientras el bien de familia es inenajenable, indivisible, inembargable e inejecutable, la legítima es inviolable, no pudiendo estar sometida a condición, ni gravamen (art.3598).

El problema del bien de familia se presenta cuando ha sido constituido durante la vida del causante, nombrando éste como beneficiario del mismo a uno, algunos o todos los herederos forzosos, no pudiendo ninguno de ellos solicitar la partición, afectándose así el derecho a recibir su porción legítima.

Por lo que frente a estos dos institutos, cabe preguntarse a cual de ellos debe darse preferencia sobre el otro.

La Corte de la provincia de Bs. As. en el caso Iantada, dispuso que cuando se plantea este enfrentamiento debe mantenerse el bien sometido al régimen de familia y postergarse el ejercicio de la acción de partición. Para llegar a esta conclusión, sostuvo que:

a) el bien de familia protege un interés familiar y social superior.

b) el bien de familia tiene raigambre constitucional, estando expresamente protegido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

Por tanto, si se ha constituido durante la vida del causante, los herederos tienen que respetarlo. Es decir que entre la legítima y el bien de familia se prefiere a éste último.

En cambio, cuando se ha constituido por testamento y afecta la legítima, puede darse la posibilidad de la desafectación del bien.

Cuando se ha constituido en vida del causante y se ordena mantener el bien sometido al régimen de familia sobre la legítima, considero que no se está violando el derecho de propiedad, ya que no se discute quién es el propietario, sino que lo único que ocurre es la postergación del ejercicio de la acción de partición.

En cambio, cuando ha sido constituido por testamento, considero que así debe ser, pues fácilmente podría burlarse el derecho de los herederos a percibir su porción legítima.

## C) CAPITULO III: Formas de la partición

### 1. Formas previstas

Desde un punto de vista formal, esto es, entendiendo por *forma* de la partición al *conjunto de solemnidades* que deben observarse en su celebración o conclusión (art. 973), la partición es un *acto formal*, aun cuando los herederos la convengan extrajudicialmente (art. 3462). Empero, las formas varían pudiendo, la partición, ser: *privada, judicial o mixta*, destacándose como nota distintiva de cada una de ellas: la no intervención judicial en el primer caso, donde los interesados capaces, presentes y por unanimidad, convienen la forma de dividir los bienes, sin intervención judicial; en el segundo, se hace judicialmente, siguiendo el procedimiento fijado por la ley; y dándose una mixtura de ambos casos en el último, donde los coherederos convienen la forma de partición, cuya validez está sometida al contralor y aprobación judicial.

#### A) Partición privada

El art. 3462, en la redacción que le dio Vélez, establecía: “*Si todos los herederos están presentes y son mayores de edad, la partición puede hacerse en la forma, y por el acto que los interesados o la mayoría de ellos, contados por personas, juzguen consciente, siempre que el acuerdo no sea contrario a la esencia misma de la partición*”.

Como consecuencia de ésta redacción ambigua, surgieron problemas de interpretación entre los autores.

Segovia sostuvo que la disposición debía ser interpretada en el sentido de que estando presentes todos los herederos y siendo mayores de edad, la mayoría tenía la facultad de partir privadamente los bienes, en la forma y por el acto que creyera pertinente. Rébora

y Fornieles, entendían que la partición privada sólo era posible si por unanimidad los herederos se ponían de acuerdo sobre su celebración –acuerdo que debía constar por escrito- , y la mayoría imponía la forma y el acto para dividir. Así se ha resuelto por la Cámara Civ. 2ª <sup>28</sup>.

La reforma introducida por la ley 17.711 al art. 3462, en su nueva redacción, ha eliminado dichas controversias, disponiendo: “*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*”.

Es decir que, la actual norma exige tres requisitos para que sea posible su procedencia: presencia de todos los herederos, capacidad y decisión unánime.

#### Requisitos para su procedencia

- 1) *Presencia de todos los herederos* (igual que la redacción originaria): Debiendo conceptuarse *presente*, al ausente que tiene un mandatario con poderes suficientes y al ausente con presunción de fallecimiento, ya que sus herederos actuando bajo una sola representación serán herederos presentes de un heredero (art. 28, ley 14.394). Simplemente el precepto busca excluir a los simples ausentes.
- 2) *Capacidad*: Con la reforma de la ley 17.711 se produce la sustitución de la exigencia de la *mayoría de edad*, con mejor precisión del término *capacidad*, refiriéndose indudablemente a la capacidad de obrar, por eso los incapaces de hecho no pueden recurrir a esta forma de partición.

En cuanto a los menores emancipados, rige un nuevo régimen de capacidad a partir de la reforma introducida por ley 17.711. Según el art. 3456, a los menores emancipados debía nombrárseles un curador *“sea para formar la demanda de partición, sea para responder a la que se entable contra ellos”*. Sin embargo, el nuevo *status* de capacidad emergente del art. 135, reformado en 1968, evidentemente supone la derogación tácita del art. 3456. Según aquél, los emancipados –por matrimonio o habilitación de edad– adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes, pero no pueden disponer de los adquiridos a título gratuito, sin acuerdo del cónyuge mayor de edad o autorización judicial.

El tema se vincula con el carácter de la partición y las discusiones que ha generado.

Maffía sostiene que, desde Pothier en adelante la doctrina ha señalado que la partición, al determinar la cuota de cada heredero, puede hacer sufrir a éste los perjuicios de un genuino acto de disposición<sup>29</sup>.

En cambio Zannoni y Fornieles, sostienen que la naturaleza del acto particional no puede considerarse, en principio, de disposición, por cuanto tiende sólo a fijar el contenido particular de la adquisición hereditaria. No obstante reconocen que la partición pueda constituir una suerte de acto de enajenación cuando, al determinarse la cuota del heredero, se puede hacer sufrir a éste los perjuicios de un genuino acto de disposición, por ej. si el emancipado recibe menos, hay un recibir de más por parte de sus coherederos que equivaldría en sus efectos a un acto de disposición a título gratuito, aunque no exista tal acto de disposición<sup>30</sup>.

Por lo que ambas posturas, finalmente, reconocen que esa perspectiva es la que inspiró al legislador, por lo que si de la partición surgiesen indicios de que de cualquier modo se instrumenta un acto de disposición, no se requerirá necesariamente la partición judicial cuando esté interesado un menor emancipado, si cuenta con el consentimiento de su cónyuge mayor de edad o, en su defecto, autorización del juez.

Salvo estos dos supuestos, en todos los demás casos mantiene plena vigencia el art. 3465 del Código.

3) *Unanimidad*: Esta exigencia pone punto final a las discrepancias interpretativas. Aquella interesa tanto a la *forma* como al *contenido* del acto particional, es decir, se requiere que los herederos, presentes y capaces, acuerden por unanimidad realizar la partición de la herencia extrajudicialmente, y, además, que también por unanimidad, acuerden el contenido del acto, o sea el modo de efectuarla.

Existiendo ella, la partición puede hacerse de cualquier modo, sea en especie, vendiendo los bienes, haciendo lotes en los que se compensen bienes con efectivo, etc., no siendo necesario el inventario y avalúo.

En la hipótesis de que haya herederos de uno de los herederos, debe entenderse que también debe haber unanimidad entre ellos, no bastando la decisión de la mayoría, pues sino se contrariaría el sentido de la norma.

Solemnidades de la partición privada: En cuanto a la *forma* no son libres los herederos – pese a la amplitud del art. 3462- para disponer sobre ella, debiendo someter el arbitrio de los mismos a limitaciones distintas de las originarias.

El art. 1184, inc. 2º, con la reforma introducida por la ley 17.711, exige que sea hecha en escritura pública, “*salvo que mediar convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión*”. Esta salvedad, producto de la diversidad de interpretaciones

provocadas por el artículo originario, en razón de que exigía en las particiones extrajudiciales de herencias cuyo importe superase los mil pesos, o en que hubiese inmuebles, la escritura pública, *bajo pena de nulidad*, cuando en la economía moderna había muebles tanto o más valiosos que los inmuebles, y el monto establecido carecía de actualidad, no hizo otra cosa que consagrar en letra de la ley lo que había admitido la jurisprudencia.

Criterios dispares de interpretación que dieron lugar a dos acuerdos plenarios de las Cámaras Civiles de la Capital.

- El primero se motivó en la negativa del Registro de la Propiedad a la inscripción de una partición que comprendía bienes inmuebles, realizada privadamente por los herederos y presentada luego a los autos sucesorios. Las Cámaras sostuvieron que se trataba en la especie de una partición privada que no podía suplir a la escritura pública, siendo, por tanto, procedente la negativa del Registro de la Propiedad.
- Poco tiempo después, otro pronunciamiento plenario, sentó la doctrina opuesta. Las Cámaras sostuvieron que el título derivado de una partición privada realizada por los herederos mayores y presentado al juez es perfecto, puesto que se trata de un instrumento público y la homologación convierte la partición en judicial<sup>31</sup>.

Este criterio prevaleció en la doctrina judicial y ha sido adoptado en la nueva redacción del inc. 2 del art. 1184, que admite ahora sin duda la partición concluida en instrumento privado, pero requiere que medie *presentación al juez de la sucesión*.

En cuanto a la posibilidad de desistir o no de la partición, antes de la partición, Mosset Iturraspe, por analogía con la hipótesis contemplada en el art. 838, considera que el convenio, antes de su presentación, valdrá como un “boleto” que obliga a cumplir con la presentación<sup>32</sup>.

La jurisprudencia entiende que la aprobación judicial es fundamental, pues la decisión judicial así motivada constituirá el título de propiedad del adjudicatario, no bastando la sola presentación sin el auto homologatorio posterior.

Así en un importante plenario de las Cámaras Civiles de la Capital se resolvió que si no se hubiere dado a la aprobación judicial, *“el instrumento privado en que se conviene la forma de dividir los bienes comunes, vale en tanto no se celebre la escritura pública, como una división de uso y goce”*<sup>33</sup>.

Este último caso, más que una partición judicial, es una partición *mixta*.

## B) Partición judicial

Esta se realiza como un trámite del sucesorio y según las reglas del Código Procesal.

El Código Civil en su art. 3465 contempla 3 casos en que la partición necesariamente debe ser judicial. Ellos son:

a) *Cuando haya menores, aunque estén emancipados, o incapaces interesados, o ausentes cuya existencia sea incierta* (inc. 1°).

- *Menores*: Cuando haya menores sometidos a patria potestad, son los padres sus representantes legales, y a éstos les corresponderá efectuar la partición judicial (art. 3454), salvo otros supuestos que contemplare más adelante (partición mixta).

- *Menores emancipados*: La ley 17.711 ha establecido un nuevo régimen de capacidad en la nueva redacción del art. 135, por tanto, la partición será judicial cuando dicho menor no cuente con el consentimiento de su cónyuge mayor de edad.
- *Incapaces interesados*: El art. 437 -sobre la administración de la tutela- dice: “*Toda partición en que los menores estén interesados, sea de muebles o de inmuebles, como la división de la propiedad en que tengan una parte proindiviso, debe ser judicial*”. La norma, aplicable a la curatela (art.475), prohíbe absolutamente al representante de los incapaces, *aunque el juez indebidamente lo autorizase, “hacer o consentir particiones privadas en que sus pupilos sean interesados”* (art. 450, inc. 7º). Y, tanto el tutor como el curador, asumiendo la representación del incapaz están obligados a “*provocar... la división de la herencia en que [el menor o el incapaz] tuviese alguna parte*” (art. 436).

Claro que “*si el tutor o curador lo es de varios incapaces que tienen intereses opuestos en la partición, se les debe dar a cada uno de ellos un tutor o curador que los represente en la partición*” (art. 3455). Del mismo modo, si el propio tutor o curador tuviesen, en la partición –p.ej., en razón de haber sido instituidos legatarios-, intereses contrapuestos a sus representantes, se tornará aplicable la directiva general del art. 61. Es decir, “*dejarán éstos [los representantes] de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales*”.

- *Herederos ausentes*: Hay que distinguir el caso de ausentes con presunción de fallecimiento, y de simples ausentes. En el primer caso, “*la acción de partición corresponde a los parientes, a quienes se ha dado la posesión de los bienes del ausente*” (art. 3457, parte 1ª), de conformidad con lo que dispone el art. 28 de la ley 14.394. En el segundo caso, “*no habiendo el ausente constituido un representante,*

*el juez nombrará la persona que deba representarlo, si no fuese posible citarlo”* (art. 3457, parte 2ª). Pero la distinción es importante porque tratándose de ausentes con presunción de fallecimiento, los representantes legales ejercerán el derecho de opción (art. 3313) que correspondía a ellos. En cambio respecto del simple ausente, sólo se podrá representarlo con facultades para aceptar la herencia si se hubiera instalado la declaración judicial de ausencia (art. 15, ley 14.394), caso en el cual *“las calidades personales, facultades y obligaciones del curador del ausente se rigen por lo dispuesto en el Código Civil respecto de los tutores y curadores”* (art. 20, ley 14.394). Si no es así, resultará aplicable el art. 3463 que al aludir a herederos ausentes se limita a exigir el nombramiento de un defensor que lo represente.

- b) *Cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se opongan a que se haga partición privada* (art. 3465, inc. 2º).

Este inciso hace referencia a los *acreedores*, sea de la sucesión o de los herederos en particular, proporcionándoles el medio de prevenirse en defensa de sus derechos. Ya que una partición hecha con fraude podría atribuir al heredero insolvente menos de lo que le corresponde en detrimento de aquéllos, no siendo indispensable que todos se confabulen para esa sustracción, pues bastará con que dos de ellos resuelvan tomar el uno de más cuanto el otro reciba de menos, así como también reconocer deudas que disminuyeran su haber, o adjudicar en su hijuela créditos incobrables, etc.

Los acreedores podrán impugnarla antes de su aprobación, y después de aprobada ejerciendo la acción pauliana, usando el remedio del art. 961, para obtener la revocación del acto dañoso.

Empero, esta acción produce resultados no muy felices, ya que se restablece la comunidad que se había disuelto y retorna a un estado cuya desaparición propicia la misma ley.

Este remedio no significa obligar a los herederos a que se distribuyan bienes que no desean partir, sino simplemente que no sean omitidos o mal tasados, para disminuir el monto real del haber<sup>34</sup>.

c) *Cuando los herederos mayores y presentes no se acuerden en hacer la división privadamente* (art. 3465, inc. 3º).

Hemos visto que sólo el acuerdo unánime de los herederos en hacer la partición privada puede evitar el procedimiento judicial, bastando la oposición de uno solo de ellos, para que esta forma sea obligatoria. Por lo que el sentido de esta exigencia es asegurar a cada uno de los coherederos la garantía de sus derechos que el trámite judicial resguarda.

Como observa Lasala, es lamentable que esta norma no se haya adecuado a la reforma de la ley 17.711, que sigue refiriéndose a “*mayores*”, en vez de a los “*capaces*”, por lo que la expresión “*herederos mayores*” debe interpretarse como “*herederos capaces*”<sup>35</sup>.

### C) Partición mixta

Es aquella que si bien se realiza privadamente, debe ser sometida al contralor y aprobación judicial.

Supuestos: Nuestro Código ofrece cuatro supuestos en que ella tiene lugar:

- a) Cuando los ascendientes han nombrado tutores a sus descendientes menores y los han autorizado para que hagan los inventarios, tasaciones y particiones en forma extrajudicial (art. 3515), presentándolas después a los jueces para su aprobación;
- b) Cuando los ascendientes intervienen directamente en la partición de la herencia en la que son herederos sus descendientes menores o incapaces (art. 3514, *in fine*);
- c) Cuando uno de los herederos es menor emancipado y su cónyuge es también menor o siendo mayor, no da su consentimiento: la aprobación judicial es imprescindible.
- d) Cuando los herederos presentes y capaces, deciden hacer la partición mediante convenio por instrumento privado, presentado al juez de la sucesión (art. 3462 y 1184 inc.2).

## **2. Partición extrajudicial y judicial en el Código Procesal**

### **2.1 Partición extrajudicial**

En virtud de que la partición extrajudicial como tal es ajena al proceso sucesorio, muchos códigos no la contemplan, tal es el caso del Código de Santa Fe.

No obstante, luego de dictada la declaratoria de herederos o de aprobado el testamento, deben cumplirse las mismas etapas del proceso judicial, es decir las operaciones inventario, avalúo y partición.

En cuanto a las operaciones de inventario y avalúo, si todos los herederos están presentes, son capaces y están conformes (por unanimidad), pueden hacerlos extrajudicialmente, y presentarlo a los autos bajo la forma de *denuncia de bienes*, la cual consiste en una mera declaración de los coherederos, recibiendo el aval de todas las partes mediante su firma.

En cambio, si no se pusieran de acuerdo, inevitablemente se recurrirá al trámite judicial del inventario y avalúo, que es realizado por un profesional que inviste la calidad de delegado del juez, recibiendo el rótulo de perito, el cual describiré más adelante.

En cuanto a la “*denuncia de bienes*”, dijimos que esta figura no aparece dentro del Código de procedimientos de Santa Fe.

No obstante, cabe mencionar que si la contempla la ley arancelaria (arts. 7 inc.1 ap.c, 8 inc.i y 12 inc.3 a de la ley 6767) y el Código de la Nación (art. 716).

Si hay menores y éstos están representados por sus padres, los cuales no tienen interés en la herencia en cuestión, es factible el inventario privado.

Y si están asistidos por sus padres coherederos suyos o tutores, también sería posible que el inventario asuma la forma de una simple denuncia de bienes presentada al juez de la sucesión, con vista al asesor de menores, lo cual convertirá la relación de bienes y deudas en un verdadero inventario judicial.

Fuera de estos casos, habiendo incapaces, en general, el inventario debe ser judicial.

## 2.2 Partición judicial

El juicio universal de sucesión dentro del Código de Procedimientos de Santa Fe, está dividido en dos grandes etapas que son la declaratoria de herederos y el juicio sucesorio.

El juicio sucesorio a su vez, se divide en tres operaciones:

- 1) Inventario: de los bienes que integran el acervo hereditario.
- 2) Avalúo: de los mismos.
- 3) Partición: propiamente dicha, mediante la adjudicación.

En cuanto a las normas aplicables, este tipo de operaciones son regidas por normas del Código Civil y reglas de los códigos procesales.

- **Inventario**: Aunque el Código Civil no alude expresamente a él, ha sido reglado por las leyes de procedimiento. No obstante, según los términos del art. 3469 constituye la reunión de las cosas existentes en el acervo hereditario y los créditos a favor de la sucesión.

El inventario es la primera medida a tomar en la partición, puesto que así quedará establecida la composición del patrimonio del *de cuius*. Constituye una reconstrucción del *relictum* y consiste la descripción y enumeración de los bienes que componen la herencia. Sin embargo, será innecesario formularlo con respecto a determinados bienes, ya que la distribución de éstos bastará con practicar una simple operación aritmética.

Por lo tanto podría definirse al mismo, como *“una operación mediante la cual se determinan los bienes que constituyen el acervo sucesorio y las deudas que lo gravan, haciéndose la enumeración y descripción de ellos”*<sup>36</sup>.

Formas: Existen dos formas:

- a) *Inventario privado*: Remisión al punto anterior.
- b) *Inventario judicial*: Basta la voluntad de un heredero solicitándolo, o que haya incapaces, para que el inventario deba hacerse por un escribano designado judicialmente.

Será judicial el inventario que tiene que practicar el heredero beneficiario, cuando es intimado por parte interesada (art. 3366), y el curador de la herencia reputada vacante (art. 3541).

El Código procesal civil y comercial de Santa Fe, en su **art. 599**, dispone que el inventario y avalúo deben hacerse judicialmente cuando:

- a) *la herencia hubiese sido aceptada beneficiariamente;*
- b) *el juez hubiere nombrado curador o administrador de la herencia;*
- c) *lo soliciten los acreedores de la herencia o de los herederos en defectos de éstos;*
- d) *la división de la herencia deba hacerse judicialmente.*

- El inc.a) ha quedado desactualizado, pues su redacción es anterior a la reforma al Cód. Civil de 1968 donde la aceptación beneficiaria era la excepción, no se presumía y debía ser expresa en el término de diez días (art. 3363), y para conservarlo debía hacerse el inventario dentro de los tres meses, contados desde la apertura de la sucesión o desde que se supo que la sucesión se le defería, y luego se tenía treinta días más para deliberar sobre la aceptación o repudiación de la herencia (art. 3366). Pero tal reforma, ha invertido el régimen, siendo la regla que toda

aceptación de herencia se presume efectuada con beneficio de inventario (art. 3363) y la excepción la aceptación pura y simple, pudiendo ocurrir voluntariamente, por renuncia (art. 3404), o por sanción, en virtud de la comisión de actos prohibidos al heredero beneficiario.

- El inc.d) hace directa remisión al art. 3465 del Cód. Civil.

El inventario debe ser hecho ante un escribano y dos testigos, con citación de los legatarios y acreedores que se hubiesen presentado (art. 3370), levantándose en papel simple o de actuación notarial, pero no en protocolo, ya que es un acto que nada tiene que ver con las escrituras que allí se extienden<sup>37</sup>.

**Art. 600:** *“Solicitado el inventario y completada la personalidad de los incapaces por el trámite que corresponda, el juez nombrará defensor a los herederos que no hubieren comparecido siempre que no hayan sido citados personalmente o por cédula, y fijará día y hora para concurran a hacer el nombramiento de un perito que practique el inventario y avalúo. Del auto que se nombre representante a los ausentes, no habrá recurso alguno”.*

**Art. 601:** *“El perito será designado de común acuerdo o, en su defecto, el juez nombrará a quien cuente con la conformidad de la mayoría de los interesados que asistieren con derecho a no menos de la mitad de la herencia, incluidos los bienes gananciales.*

*No será necesaria la conformidad de la mayoría cuando los interesados en minoría numérica representen más de la mitad del patrimonio sucesorio. No reuniéndose las*

*condiciones expresadas en este artículo, el perito será nombrado por sorteo de la lista de abogados.*

*Cuando hubiera acuerdo unánime de partes, el perito inventariador y tasador podrá ser procurador”.*

**Art. 602:** *“Cuando mediante acuerdo de partes o los interesados constituyeran la mayoría según las pautas previstas en el artículo anterior, el nombramiento del perito podrá proponerse directamente, prescindiendo de la audiencia”.*

Forma de designación: Salvo acuerdo unánime, su nombramiento esta en manos de la mayoría de los presentes en el acto y con derecho a no menos del 50% de los bienes hereditarios o de los que, si bien en minoría numérica, representen más de la mitad de dicho patrimonio, incluidos en todos los casos los bienes gananciales.

Por tanto, si a la muerte del causante existen este tipo de bienes, se produce una doble indivisión: la indivisión postcomunitaria y la indivisión hereditaria, debiendo la sucesión y la liquidación postcomunitaria tramitarse juntas, en un solo expediente, el sucesorio.

En una sucesión donde hay bienes gananciales, lo más probable es que el cónyuge superviviente imponga el perito, ya que tiene el 50%, no importando que otro tenga la representación de cinco herederos, porque lo que importa es el capital, incluso si tiene la mayoría necesaria, puede obviar la audiencia, proponiendo directamente el perito inventariador y tasador.

Quiénes lo designan: Entre los “*interesados*” que concurren al nombramiento del perito debe incluirse, amén de los herederos, a los legatarios de parte alícuota; en caso de

negligencia de los interesados, a través de la acción oblicua, a sus acreedores personales; y al cesionario de derechos hereditarios.

Quién puede serlo: El perito inventariador y tasador, al igual que el partidador debe ser un abogado. Pero es posible que si existe acuerdo unánime de las partes sea un procurador, pero éste no puede ser perito partidador.

También se ha aceptado que sea un albacea o administrador de la herencia, ya que no existe disposición legal que establezca la incompatibilidad de tales funciones, ni tampoco el ejercicio conjunto de ellas viola regla ética alguna.

Aceptación del cargo: El perito inventariador y tasador, al igual que el partidador, debe aceptar el cargo ante el actuario bajo pena de nulidad y bajo juramento o afirmación de desempeñarlo legalmente (art. 191).

Remoción y recusación: Ante el silencio de la ley procesal, resultan aplicables analógicamente las disposiciones referidas al administrador de la herencia sobre causales y trámite de remoción del mismo<sup>38</sup>.

**Art. 603:** *“Cuando un mismo perito sea designado para el inventario, avalúo y partición, dichas operaciones podrán presentarse conjuntamente al tribunal”.*

En este caso el perito deberá ser abogado, pues si siempre se requiere para actuar como partidador, con más razón si el mismo perito ha de efectuar las tres operaciones.

**Art. 604:** *“El perito procederá a practicar y presentar al juzgado las operaciones de inventario y avalúo dentro del plazo que el juez le fije, a pedido de parte, y dando aviso*

*al albacea, a los legatarios de parte alicuota y a los acreedores que se hubieran apersonado.*

*Cuando, sin causa justificada, no se presentaren las operaciones dentro del plazo establecido, el perito perderá su derecho a cobrar honorarios, si alguna parte así lo solicitare, sin perjuicio de las demás responsabilidades que de su retardo se derivaren”.*

Es decir, en principio no existe un plazo para que el perito cumpla sus funciones, salvo que, en virtud de pedido expreso de alguno de los interesados, el juez le haya fijado un plazo para que se expida, y si no lo hiciera en el plazo estipulado pierde el derecho a cobrar honorarios.

**Art. 605:** *“El inventario contendrá la declaración del tenedor de los bienes, hecha ante el perito, de que no ha ocultado ni existen otros en su poder pertenecientes a la sucesión; especificará con claridad y precisión los bienes inventariados y su tasación y será firmado por el perito y los interesados que quisieren hacerlo. El juez podrá ordenar la asistencia del actuario cuando se invoque causa que la justifique”.*

Si fuera un heredero el encargado de hacer la denuncia de bienes y ocultare bienes de la sucesión o los omitiere fraudulentamente en el inventario será sancionado con la pérdida del beneficio de inventario (art. 3405 Cód. Civil).

Honorarios del inventariador: Los honorarios del escribano inventariador deberán ser fijados según el prudente arbitrio judicial, con prescindencia del valor de los bienes a los cuales corresponden los títulos o instrumentos inventariados.

En el caso de que el inventario fuese anulado, el escribano inventariador carece de derecho a la regulación de honorarios. Empero, si la nulidad no le fuere imputable, puede dirigirse contra el responsable de su designación, por la vía que corresponda<sup>39</sup>.

- **Avalúo**: El paso siguiente es la tasación de los bienes, medida indispensable, pues ella determinará los valores para la adjudicación a los comuneros, y sólo así podrá procederse con equidad a la formación de los lotes.

Bien se ha dicho, entonces, que *“es una medida delicada e importante porque la justicia de la distribución depende de la exactitud de los valores asignados y que ofrece las mayores dificultades, sobre todo en nuestro medio, donde la propiedad experimenta considerables fluctuaciones de valor”*<sup>40</sup>.

En cuanto al momento en que se tomarán los valores de los bienes inventariados, la doctrina sostiene que debe hacerse al tiempo en que la diligencia se practica y no al momento de la muerte del causante (aunque la transmisión se opere en ese instante), porque lo que interesa es la división equitativa de los bienes y para ello es indispensable tomar en cuenta valores actuales y no pretéritos.

Pero la tasación no será necesaria cuando los bienes se van a vender en pública subasta, porque entonces el avalúo no tendría otro objeto que establecer la base sobre la cual ha de hacerse el remate, lo que se puede suplir muy bien con los valores fijados por la contribución territorial, pues si se trata de inmuebles la base generalmente se determina por los valores fiscales –salvo desacuerdo entre los herederos- y si se rematan muebles o semovientes se lo hace sin base<sup>41</sup>.

**Art. 606:** *“Practicadas las operaciones de inventario y avalúo, se pondrán de manifiesto por el término de seis a doce días, transcurrido el cual, sin que se hiciera oposición, el juez las aprobará sin más trámite y sin recurso alguno”.*

El manifiesto de dichas operaciones debe notificarse por cédula y el término de seis días comienza a correr de la última notificación efectuada (art. 71).

El silencio de las partes significa consentimiento y las observaciones posteriores al término de manifiesto deben ser rechazadas; no pudiendo tampoco ser introducidas mediante el incidente de nulidad. Sin embargo aquel no vincula al juez, quién está habilitado para no prestar su aprobación a dichas operaciones en el caso que carezcan de los requisitos mínimos exigibles a tales actos<sup>42</sup>.

**Art. 607:** *“Si se dedujeren reclamaciones sobre la inclusión o exclusión de bienes, se sustanciarán en pieza separada y por el trámite que corresponda según la naturaleza de la demanda, sin perjuicio de aprobarse en la parte no observada”.*

**Art. 608:** *“Si las reclamaciones versaren sobre el avalúo, se convocará a los interesados y al perito a una audiencia, y el juez resolverá sin más trámite y sin recurso alguno, pudiendo nombrar de oficio un nuevo perito, para que haga una retasa así como para dictar cualquier otra medida para mejor proveer. Si los que dedujeran la oposición no asistieren a la audiencia, se les dará por desistidos y serán a su cargo las costas causadas. En caso de inasistencia del perito, éste perderá el derecho a honorarios por los trabajos que hubiere practicado”.*

Es decir, pueden plantearse dos cuestiones sobre las funciones que ha realizado el perito, una sobre la inclusión o exclusión de bienes y la otra, sobre el valor de los bienes.

- *Sobre la inclusión o exclusión de bienes*: el código establece que la demanda se ha de tramitar de acuerdo al trámite que corresponda de conformidad a la “*naturaleza de la demanda*”, refiriéndose con ello a la cuantía de la disputa en cuestión, es decir, a los montos, cuanto mayor sea el monto será un procedimiento más amplio (ordinario), si es menor será sumario o sumarísimo.

La impugnación fundada en esta causal puede tener lugar, en todo momento en que nazca la pretensión de un heredero o de un tercero, tendiente a modificar la composición del haber sucesorio, incluso después de la aprobación del inventario; estando legitimados para el planteo precedente los herederos, los acreedores de la sucesión y de los herederos, éstos últimos por vía subrogatoria, los legatarios y el fisco. La resolución es apelable<sup>43</sup>.

- *Sobre el valor de los bienes* (valor atribuido por el perito): en este caso se habla de la posibilidad de la retasa, es decir, si los interesados no están de acuerdo, los bienes pueden volverse a tasar.

Vélez imaginó dos remedios para corregir los posibles errores o falseamientos de valores de la tasación: la retasa y la licitación.

- **Retasa:** El último párrafo del art. 3466 dispone que *“el juez puede ordenar una retasa particular o general cuando alguno de los herederos demuestre que la tasación no es conforme al valor que tienen los bienes”*.

Este remedio plantea un serio problema, ya que el nuevo perito está tan expuesto a equivocarse como los anteriores; provocando que la diversidad de opiniones confundan en vez de aclarar, viéndose el juez en la necesidad de optar entre ellas o designar un tercer tasador, multiplicándose los gastos en perjuicio de todos.

Constituye una figura riesgosa y cara, que se usa poco por su ineficacia y complicación, por tanto, es completamente excepcional que se recurra a este modo de corregir la valuación.

Si el nuevo porcentaje coincide en los valores dados por el anterior, es decir, no se logra éxito en la retasa, los honorarios del perito deben ser a cargo del impugnante porque lo ocurrido demuestra su sinrazón; por el contrario, si surge que la valuación inicial no se ajustaba a valores reales, los honorarios del nuevo perito han de pesar sobre toda la masa, pues la diligencia la ha beneficiado<sup>44</sup>.

- **Licitación:** Es otro procedimiento al cual podía acudir el heredero que no estaba conforme con la valuación de uno o varios bienes hereditarios.

La licitación era un derecho que tenían los coherederos de pedir que se les adjudiquen los bienes sucesorios por un precio mayor que el de la tasación. Cuando uno de ellos pensaba que aquella había sido baja, se presentaba en el sucesorio ofreciendo adjudicarse el bien por un precio mayor. Ante este ofrecimiento, el juez lo ponía en conocimiento de todos los coherederos, quienes también tenían derecho a hacer ofertas, adjudicándose el bien al que ofreciera más.

El art. 3467 –derogado por la ley 17711- disponía: *“Cada uno de los herederos tiene el derecho de licitar algunos de los bienes hereditarios, ofreciendo tomarlos por mayor valor que el de la tasación; y en tal caso se adjudicarán por el valor que resultare en la licitación. De este derecho no puede usarse cuando los herederos, teniendo conocimiento de la tasación, nada le han opuesto, y la partición se ha hecho por el valor regulado de los bienes”*.

Esta figura fue derogada en razón de que permitía que los que fuesen más poderosos económicamente se quedasen con los bienes más importantes de la sucesión colocando, en la práctica, a los herederos ricos en gran ventaja respecto a los menos pudientes.

Además se la criticaba porque era un régimen cerrado, ya que no podía un tercero, ajeno a la comunidad hereditaria, ofrecer más que el valor atribuido por el perito para quedárselo, sino que intervenían en este juego solamente los coherederos.

Por tanto, los jueces en la práctica raramente la admitían, por lo que podría decirse que había caído en desuso, hasta que la ley 17.711 finalmente la suprimió, imposibilitando que uno o algunos herederos puedan, como lo autorizaba el artículo, exigirla.

Sin embargo, por aplicación del art. 3462, los autores sostienen que si todos los herederos están presentes y son capaces pueden resolver, por unanimidad, que un bien de los que integran la comunidad sea adjudicado a aquel que ofrezca el mayor valor en la puja que entre ellos realicen; incluyendo dentro de esa unanimidad al cesionario total de los derechos de un heredero y al legatario de cuota, basados principalmente en el carácter patrimonial que la figura inviste; pudiendo los interesados determinar si la licitación se hará en forma privada o judicial.

La sustancia del acto no cambia por el hecho de que la licitación se realice por voluntad de los herederos, es decir, el bien licitado no es asimilable en cuanto a su adquisición a la compra que haga el heredero en remate, sino que se trata de una simple adjudicación en su cuenta particionaria, siendo un acto declarativo y no traslativo de propiedad.

En cuanto al importe de la compensación, que puede exceder el haber hereditario del licitante, los comuneros podrán fijar la forma en que él habrá de efectivizarse. De lo contrario, si el valor no excediera la porción del adjudicatario, no corresponderá la integración del precio de compra y todo habrá de referirse a la partición definitiva<sup>45</sup>.

- **Partición**

Procedimiento de la partición: El Código Civil, en su art. 3469, dispone que: *“el partidor debe formar la masa de los bienes hereditarios, reuniendo las cosas existentes, los créditos, tanto de extraños como de los mismos herederos, a favor de la sucesión, y lo que cada uno de éstos deba colacionar a la herencia”*.

La masa resulta distinta de la que formaba el objeto de la indivisión hereditaria, puesto que habrá de integrarse con las liberalidades que hubiese realizado el causante y que deban ser colacionada entre los coherederos.

Luego, deberá separarse la mitad de los bienes gananciales correspondientes al cónyuge supérstite, que le serán adjudicados como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal.

Por último, se separarán los bienes suficientes para afrontar el pago de las deudas y cargas de la sucesión (art. 3474), denominándose esta operación *“liquidación”*, porque su objeto es liquidar el activo partible.

Cuando los fondos existentes en el sucesorio no fueren suficientes para satisfacer el pago de estas deudas y cargas, el partidor debe formar la *hijuela de bajas*, compuesta de bienes suficientes para pagarlas, que una vez realizados serán destinados a ese fin.

De cualquier modo, el derecho de los acreedores está protegido por el art. 3475, en virtud del cual, ellos tendrán derecho a exigir que se liquiden tales bienes y se les pague el crédito, antes de la entrega de la hijuela a los herederos.

Una vez establecido el líquido partible, el partidor deberá proceder a adjudicar las porciones correspondientes a cada heredero. En el desempeño de esta labor se sujetará a las siguientes reglas <sup>46</sup>:

- a) *División en especie*: En primer lugar, debe observarse siempre este principio (art. 3475 bis), el cual constituye una garantía eficaz de que será respetada la igualdad en la partición, evitándose así los riesgos de errores posibles en la tasación. Solo cuando ella sea imposible o económicamente inconveniente, se procederá a la venta para distribuir el precio, o se incluirá el bien en una de las hijuelas, compensando su valor en las otras con otros bienes.
- b) *Adjudicaciones en condominio*: En segundo lugar, debe tratar de atribuir en cada hijuela el pleno dominio sobre bienes determinados, evitando las adjudicaciones en condominio. Ello no obstante, se podrá acudir a esta forma si media conformidad de los interesados, pues nadie puede ser obligado contra su voluntad a mantener el condominio, salvo los casos de excepción previstos por la ley.
- c) *Créditos y dinero*: Los créditos deben adjudicarse a los herederos en proporción a sus respectivas hijuelas, puesto que ellos se dividen de pleno derecho (art. 3485). Pero si el crédito de la sucesión fuere contra uno de los coherederos debe serle

adjudicado a éste; es una manera simple y directa de obtener el cobro. El título del crédito se entregará al adjudicatario (arts. 3471 y 3472).

d) *Deudas*: Ellas también se dividen *ministerio legis* entre los coherederos. Excepcionalmente podría adjudicarse a uno de éstos (art. 3471), pero sólo si hubiera conformidad de los interesados. Se admite, empero, que las deudas hipotecarias y prendarias deben reservarse al adjudicatario del bien gravado.

e) *Adjudicación en lotes*: Formados los lotes de igual valor, debe procederse a la adjudicación de cada uno de ellos a los coherederos, y si no existiere acuerdo entre ellos, se procederá al sorteo de aquéllos, asegurando de esta manera la igualdad de los comuneros.

Si los lotes fueran iguales, la adjudicación debe hacerse por sorteo, salvo acuerdo de los coherederos o cuando se den circunstancias especiales que impongan la adjudicación de ciertos lotes a uno de los herederos (por ej., si alguno de ellos fuera deudor de la sucesión, o estuviera obligado a colacionar en cuyo caso debe serle adjudicado a él el lote en que figure dicha deuda o el valor colacionado). Este principio de la adjudicación por sorteo elimina la posibilidad de que el partidor favorezca a determinados herederos.

Naturaleza de las funciones del partidor: Su misión consiste en la formación de los lotes o hijuelas de cada heredero, teniendo ésta una peculiar naturaleza, que no se aviene con las figuras típicas del *mandato* o el *arbitraje*, a las cuales se las ha pretendido asimilar.

No es un mandatario, ni aunque fuera designado de común acuerdo por las partes, pues su nombramiento no es hecho por ellos sino por el juez. No obra en representación de los comuneros, sino que por disposición del juez, de ahí que las instrucciones que recibe no son vinculatorias y no tenga obligación de hacer la división como lo quieren los

herederos, pudiendo hacerla aun en contra de la voluntad expresa de alguno de ellos. El mandante queda obligado por los actos del mandatario (art. 1946), en cambio los herederos no, pudiendo impugnar la partición y promover con sus observaciones la decisión final del juez.

No es tampoco un *árbitro*, ya que su proyecto de partición carece de la fuerza de una decisión inapelable y queda sometida al arbitrio del juez, quién en definitiva forma las hijuelas, modificando las hechas por el partidor, si estimara justas las observaciones de los herederos.

El partidor es, tal como lo califica la ley, un perito. No obstante, se ha observado que actúa, en uso de su competencia técnica, más bien por delegación del juez que para asesorarlo. Por lo que, en verdad, el partidor es un *delegado* del juez. Toda partición en la que no haya acuerdo de los herederos, importa un conflicto, una disputa, que como toda otra controversia humana exige la intervención judicial, si se quiere excluir el uso de la fuerza. El juez debería ser quien forma los lotes. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que es conveniente que la tarea previa de recopilación de antecedentes, de oír a los herederos, el estudio del estado de los bienes y luego la distribución de ellos, sea hecha por un colaborador del juez. La división propuesta por el partidor podrá ser observada por los interesados y es el juez quien en definitiva resolverá acerca de la justicia de las impugnaciones o la prudencia de modificar la proposición del partidor. En suma, la división proyectada por el partidor no tiene carácter definitivo; sólo lo tendrá cuando sea aprobada por el juez, con las modificaciones que éste estimare justo<sup>47</sup>.

**Art. 609:** *“Aprobado el inventario y avalúo, cuando la partición no hubiere sido hecha conjuntamente con esas operaciones, cualquiera de los interesados podrá solicitar la división y adjudicación de los bienes que no estén sujetos a litigio sobre inclusión o exclusión del inventario o, no hubiesen sido reservados a solicitud de los acreedores.*

*Solicitada la partición, el juez convocará a las partes para que comparezcan a nombrar un perito partidador en la forma establecida por los arts. 601 y 102, el que deberá ser abogado de la matrícula y podrá ser recusado como el perito inventariador”.*

Designación del partidador: El precepto nos remite a lo dispuesto en los arts. 601 y 602.

El art. 3468 del Cód. Civil dispone que la partición será hecha por peritos nombrados por las partes. Pese al plural usado por la norma, la práctica determina la conveniencia del partidador único por razones de economía y celeridad.

Cuando no existe acuerdo unánime para designar al perito –que siempre será abogado-, se tendrá en cuenta al propuesto por la mayoría o en su defecto la designación la hará el juez por sorteo de la lista de abogados.

La doctrina sostiene una aplicación restrictiva de la regla de la mayoría, aconsejando que el juez designe de oficio al partidador, desestimando incluso al propuesto por la mayoría, si existen graves divergencias entre los herederos, o si uno de ellos es incapaz, habida cuenta de que se trata de una función donde la parcialidad del actuante puede aparejar consecuencias más graves que en el inventario ya que bajo la apariencia de respetar los valores de tasación y hacer así los lotes igualitarios, la mayoría a través de un perito adicto tiene en sus manos la elección de los lotes formados con los bienes que desean. Y en vano se observará que, si la adjudicación fuera injusta, el afectado podrá reclamar al juez. Dicha situación de gravedad se daría cuando los interesados se opongan a la designación del partidador propuesto por la mayoría, fundándose en su falta de competencia o de honorabilidad.

Cabe agregar que el causante tiene la facultad de designar al partidador en su testamento. Sin embargo, la decisión de todos los herederos mayores y capaces, puede resolver la partición privada y aun el apartamiento del partidador testamentario, pues ese acuerdo

priva a tal designación de su justificativo, que es impedir conflictos entre los comuneros<sup>48</sup>.

Caso en que no es necesaria la labor de un partidor: Se ha decidido que no corresponde designarlo cuando sólo se trata de distribuir dinero en efectivo, cédulas hipotecarias, créditos o títulos de renta -aunque hubiera incapaces interesados-, ya que la distribución será el resultado de una simple operación aritmética, bastando con la presentación de un escrito sobre la distribución de fondos, con lo cual se evitan los honorarios del partidor<sup>49</sup>.

Recusación: El perito partidor es recusable como el inventariador, lo que indica –de la mano de la doctrina- que lo es por las causas establecidas para los peritos en general, es decir por causas posteriores a su nombramiento y los que hubiesen sido nombrados de oficio, también por causa anterior, todo de acuerdo a lo establecido para las recusaciones (art. 190).

**Art. 610:** *“El perito recibirá el expediente y demás documentos relativos a la herencia y procederá a hacer la partición dentro del término que el juez designe a pedido de parte, con los apercibimientos del artículo 604.*

*Para hacer la adjudicación, el perito oirá a los interesados a fin de obrar de conformidad con ellos en todo lo que estén de acuerdo o de conciliar en lo posible sus pretensiones”.*

El partidor debe ajustarse a la voluntad concordante de los interesados –herederos y legatarios de cuota- y si éstos tienen criterios divergentes tratará de conciliar sus deseos. Se trata así de evitar posibles impugnaciones a la cuenta particionaria, y es más, si bien

la doctrina no es pacífica al respecto, se ha resuelto que es nula la partición efectuada si el perito designado omitió oír a los interesados a efectos de conciliar en lo posible sus pretensiones, aun cuando alegue que ya conocía su opinión sobre el particular.

Lograda el acuerdo de los interesados, es conveniente que se lo instrumente en un escrito y se lo agregue a los autos, el que será irrevocable salvo error, dolo o violencia<sup>50</sup>.

**Art. 611:** *“Presentada la partición, se pondrá de manifiesto por el término de seis a doce días para que sea examinada por los interesados, durante el cual podrán hacer uso del derecho que acuerda el artículo 3467 del Código Civil.*

*Transcurrido el término sin que se haya deducido oposición ni ejercitado aquel derecho, el juez aprobará la cuenta particionaria, sin lugar a recurso alguno; pero si hubiere incapaces que resulten perjudicados por dicha operación, la desestimaré. En tal caso, procederá el recurso de apelación”.*

Se trata de un término común, comenzando a correr desde la última notificación (art. 71), que debe hacerse por cédula (art. 62 inc.2).

Cuenta particionaria: Concluidos sus trabajos de estudio y consulta, el partidor presenta al juez la cuenta particionaria. Esta constituye la operación mediante la cual, luego del inventario y avalúo, el perito partidor computa la masa contable, a los fines de la partición de los bienes. Normalmente consta de cuatro partes: Ellas son <sup>51</sup>:

- *Constancia de prenotados o supuestos:* Aquí, el partidor realiza una relación breve de las actuaciones del expediente sucesorio, que contiene la fecha de fallecimiento del causante, herederos declarados, cuota de participación de ellos, el auto de declaratoria o de aprobación del testamento que les reconoce ese carácter, si esa

proporción se ha modificado por medio de cesiones, si se ha practicado la colación, designación de partidor y aceptación del cargo, etc. Es decir, es una síntesis, un resumen, un relato de los antecedentes de la partición, que vuelca todas las constancias necesarias de los autos.

Su objeto es tener allí reunidos todos los elementos de juicio que puedan extraerse del sucesorio, sin necesidad de recurrir al examen de los autos.

Además, el partidor podrá enunciar allí las pautas a que ajustó su gestión.

- *El cuerpo general de bienes:* Contiene la relación del activo de la sucesión, detallando, en partidas numeradas, la enumeración de los bienes que componen el patrimonio sucesorio y su valor, cuya suma determinará el valor total del cuerpo de bienes. En su caso deberá agregar a ese valor los valores colacionables que imputará en la hijuela del heredero obligado a hacerlo.

En él deben transcribirse el inventario y el avalúo; cada bien se describirá con la mayor precisión posible; con relación a los inmuebles se indicará superficie, ubicación, linderos, fecha de adquisición, escribano autorizante, inscripción en el Registro de la Propiedad. Se consignarán por separado los bienes propios y los gananciales.

- *Bajas generales:* Constituyen el pasivo de la herencia y deben detallarse, también en partidas numeradas, todos los créditos que existan contra la sucesión y los legados que se deba satisfacer, es decir las deudas, cargas y legados.

El partidor deberá separar lo necesario para afrontar el pago de las deudas y cargas, fijando un monto global para responder por aquello que todavía pudiera no estar determinado.

La suma de los valores que integran las bajas generales se resta del total del cuerpo general de bienes determinando así el saldo partible.

Es decir que el *liquido partible* es la operación mediante la cual se establece la masa a dividirse entre los herederos, una vez deducidas las deudas y cargas del activo bruto.

- *División y adjudicación*: La primera consiste en la determinación de la parte alícuota que a cada heredero corresponde en el haber sucesorio, y la segunda constituye la tarea fundamental del partidor. Una vez obtenido el saldo líquido partible y fijada la cuota de cada heredero, se procede a la formación de los lotes que se adjudican a cada uno de ellos. Formará las hijuelas, debiendo consignar, en primer lugar, el monto de su haber y luego detallará prolijamente los bienes que se incluyen en cada una y especificará los valores, que deben coincidir con la parte alícuota que corresponde a cada heredero. Si debe colacionar, se imputarán en ella los valores correspondientes y se atribuirán bienes por la diferencia.

El testimonio de estas hijuelas, que irán numeradas, con la nota del Registro de la Propiedad, constituirá el título de dominio de cada uno de los adjudicatarios.

Presentada la cuenta particionaria, el juez correrá traslado de ella a los herederos, para que presten su conformidad o la impugnen. No habiendo oposición, ni ejercicio del derecho de licitación –que, en ciertas condiciones, es posible- el juez aprobará la cuenta particionaria –mediante auto fundado, porque la decisión judicial constituirá el título de propiedad del adjudicatario-, salvo que aprecie que viola las normas sobre la división de la herencia o hubiese incapaces que pudiesen resultar perjudicados. La resolución que rechace la cuenta particionaria es apelable.

**Art. 612:** “*Si dentro del término se hiciere oposición o se ejercitare el derecho de licitar algunos bienes, el juez convocará a los interesados y al partidor a una audiencia, en la que se hará la licitación solicitada y se procurará el acuerdo sobre la*

*partición. La audiencia tendrá lugar con cualquier número de interesados que asistiere. Si los que hubieren impugnado la cuenta particionaria no concurrieran, se les dará por desistidos, y cargarán con las costas causadas. En caso de inasistencia del perito, perderá su derecho a honorarios”.*

**Art. 613:** *“Cuando los interesados que hubieren asistido a la audiencia no pudieren ponerse de acuerdo y el litigio versare sobre si la partición se ha hecho con arreglo a las disposiciones del Código Civil, se dará traslado por tres días a los opositores, conjunta o separadamente según corresponda, y se substanciará la oposición con los que estuvieren conformes, por el trámite del juicio sumario”.*

Si el juez admite la impugnación, ordenará al perito que modifique la partición, a su cargo, de acuerdo con las observaciones que se han admitido.

**Art. 614:** *“Supuesto que la contienda se relacionara con los lotes, el juez procederá a sortearlos, a menos que todos prefieran la venta de los bienes para que se haga la partición en dinero.*

*En caso de que las cuotas de los herederos no fuesen iguales, el sorteo se verificará formando tantos lotes como veces la cuota mayor quepa en la herencia y adjudicándose al heredero de mayor cuota, el lote que designe la suerte.*

*Si la cuota mayor excediese de la mitad del caudal partible, el sorteo se hará tomando como base la cuota menor”.*

Concorde con el principio de igualdad, reinante en esta materia, el código impone el principio de la adjudicación por sorteo, a fin de eliminar la posibilidad de que el partidor favorezca a determinados herederos.

**Art. 615:** *“Cuando los bienes de la sucesión sean de poca importancia, el juez podrá ordenar que se hagan simultáneamente por un solo perito las operaciones de inventario, avalúo y partición y que se substancien por el mismo expediente.*

*En tal supuesto si se promoviesen demandas relativas a todas esas operaciones que no deban resolverse por cuerda separada y para las cuales estuviesen prescriptos diversos trámites, se substanciarán simultáneamente por el más amplio de los designados”.*

Los jueces sólo por excepción o acuerdo de partes, resolverán que ambas operaciones – es decir, el inventario y avalúo; y la partición- se practiquen simultáneamente. Este temperamento tendrá la ventaja de evitar que se realice un trabajo inútil, cuando hecha la partición en base al inventario y avalúo practicado junto a ella, se modifique éste y haya que hacer de nuevo la partición. En principio pues, solamente las partes que conocen sus intereses, aspiraciones y preferencias, son llamadas a convenir la realización conjunta de las operaciones<sup>52</sup>.

**Art. 616:** *“Aprobada la partición, se procederá a ejecutarla, entregando a cada interesado lo que le corresponda, con los títulos de propiedad y poniéndose en ellos por el actuario constancia de la adjudicación. No se hará, sin embargo, esa entrega cuando se adeudasen honorarios, gastos o créditos a cargo de la masa o de los herederos que la pidiesen, a menos que mediare acuerdo de los interesados”.*

Aprobada la cuenta particionaria, deberá solicitarse la certificación sobre el estado jurídico de los inmuebles y muebles registrales, procediendo luego a la inscripción de las hijuelas que los contemplan.

Así, quedará extinguida la comunidad hereditaria y cada heredero pasa a ser propietario exclusivo de su hijuela, debiéndoseles entregar a éstos los títulos de propiedad del causante respecto de los bienes que se le hubiesen adjudicado.

Ya no quedan sino los herederos individualmente considerados y toda demanda contra la sucesión deberá dirigirse contra ellos ante el juez de su domicilio. Se extingue igualmente la jurisdicción del juez que entendía en el juicio sucesorio.

Esto es así aunque los bienes se adjudiquen en condominio. En este caso se ha transformado la comunidad hereditaria en un condominio sobre objetos particulares.

## **D) CAPITULO IV: Efectos de la partición**

### **1. Las dos concepciones sobre los efectos de la partición**

La partición puede concebirse de dos maneras:

- 1) como un acto *traslativo* de la propiedad por el cual cada heredero cede la parte de sus derechos que le correspondían sobre los bienes adjudicados a sus coherederos, para que éstos, a su vez, le cedan los derechos que tenían sobre los bienes a él adjudicados: habría un acto similar a una permuta o a una cesión;
- 2) como un acto *declarativo* por el cual se reputa que los derechos atribuidos a cada heredero, los ha recibido directamente del causante y los tiene desde el mismo momento del fallecimiento; la partición tiene así efectos *retroactivos* pues elimina jurídicamente el período en que los bienes estuvieron en condominio.

El primer sistema es del derecho romano, hoy desaparecido casi universalmente porque entraña graves inconvenientes teóricos y prácticos:

- Desde el punto de vista teórico, resulta que cada uno de los herederos tiene en cuanto a los bienes puestos en su lote, diversos causantes: el fallecido y sus herederos; sin embargo, el título de heredero es uno y no fragmentario y diverso.
- Desde el punto de vista práctico, se consideran subsistentes los actos realizados por uno de los coherederos, respecto de bienes que luego se adjudican a otro, puesto que en el momento en que los llevó a cabo tenía un derecho de copropiedad sobre

aquéllos; en particular, subsistirían las hipotecas, prendas, servidumbres, etcétera. Es decir, hace pesar sobre un heredero los actos de otro, obligando a compensaciones que no siempre serán posibles.

El sistema declarativo resuelve estos problemas, al reputar que la transmisión de los bienes que componen cada lote se ha hecho directamente al heredero por el causante, en el mismo momento de la muerte. Según la expresión de Josserand, *se pasa la esponja* sobre todo el período de la indivisión, dejando sin efecto jurídico los gravámenes constituidos por los coherederos sobre los bienes, instaurando al propio tiempo un régimen de seguridad y paz jurídica. Y no es poca ventaja eliminar los impuestos a las enajenaciones onerosas, que se aplicarían si el acto fuera traslativo de la propiedad<sup>53</sup>.

## **2. La concepción en el Código argentino**

Nuestro Código ha adoptado el principio, hoy casi universal, de los efectos declarativos y retroactivos de la partición.

Como la describe Josserand *“no desplaza, no transfiere nada; su papel, de orden distributivo, consiste en situar, en localizar los derechos preexistentes, en sustituir partes alícuotas, fracciones, números, por cosas. Una vez efectuada la repartición, los copartícipes no son más ricos que antes, pero sus derechos se presentan bajo forma concreta y exclusiva; se ha materializado en bienes determinados; cada uno ha recibido lo que le correspondía; en lugar de decir me pertenece el cuarto de la sucesión, cada uno puede decir: esta casa es mía o estos valores me pertenecen. Por lo tanto, y desde el momento en que la partición nada transfiere, los copartícipes no son causahabientes entre sí, tienen sus derechos directamente del difunto; cada uno de ellos se considera que tiene la propiedad exclusiva desde el día de la apertura de la sucesión y, por*

*consiguiente, retroactivamente de los bienes puestos en su lote, y en compensación, se supone que jamás tuvo derechos en los lotes de sus coherederos”<sup>54</sup>.*

Con estas notas adopta el principio declarativo de la partición el art. 3503, al establecer: *“Se juzga que cada heredero ha sucedido solo e inmediatamente en los objetos hereditarios que le han correspondido en la partición, y que no ha tenido nunca ningún derecho en los que han correspondido a sus coherederos; como también que el derecho a los bienes que le han correspondido por la partición, lo tiene exclusivamente e inmediatamente del difunto y no de sus coherederos”.*

### **3. Origen histórico del principio**

En el derecho romano la partición era *atributiva de propiedad*, se consideraba un acto traslativo, que importaba un cambio. Antes de ella cada heredero tenía una parte de propiedad en cada uno de los objetos hereditarios y una vez efectuada quedaba dueño exclusivo del bien que se le había adjudicado, produciéndose un cambio de partes indivisas. Es decir, operaba como una permuta, dado que cada comunero renunciaba a los derechos sobre el bien que se le adjudicaba a otro, a cambio de que éste renunciara a sus derechos en el bien que se atribuía a aquél.

Así cada coheredero sólo aparecía como sucesor directo del difunto en la parte que ya inicialmente le pertenecía en lote que se le atribuye en virtud de la adjudicación, puesto que en las otras porciones sucede a los demás comuneros. Por tanto, la consecuencia práctica inmediata es que, operada la partición, los actos realizados por los comuneros durante la indivisión quedan subsistentes. Y así, si uno de ellos hubiera hipotecado por su porción indivisa un inmueble del haber sucesorio que entra en la hijuela de otro coheredero, éste deberá sufrir el gravamen establecido por su causante inmediato.

Este principio fue el que imperó también, durante mucho tiempo, en Francia.

No obstante, en el antiguo derecho comienza a abrirse paso una nueva concepción, que asigna efectos declarativos a la partición. Su nacimiento, que parece producirse en el siglo XVI, es atribuido a la necesidad de corregir los inconvenientes que la primitiva concepción aparejaba.

Comúnmente se admite que el principio declarativo se habría impuesto en el derecho feudal, donde habría tenido una doble finalidad:

- Por una parte, permitía sustraer las divisiones a la prohibición de enajenar los feudos.
- Por otra, se lograba así la eximición del pago de los derechos señoriales, ya que de esa forma el señor percibía el laudemio correspondiente al traspaso de los bienes del difunto al heredero, mientras que de la otra manera la compensación debía comprender también el traspaso de las cuotas de uno a otro comunero.

Esta concepción fiscalista habría sido adoptada luego por el derecho civil, para liberar a los fundos adjudicados a un comunero de las cargas impuestas por otro, durante el estado de indivisión.

Sin embargo, esta opinión fue contradecida, sosteniéndose que el proceso fue inverso, es decir, que en Francia se habría afirmado el carácter declarativo en materia de hipotecas y luego se habría extendido por razones prácticas para lograr la eximición del laudemio.

Como fuere el orden de prelación de las causas que lo originaron, el principio fue incorporado al Código Napoleón (art. 883), y de allí se trasvasó a los ordenamientos modernos<sup>55</sup>.

#### 4. Teorías ensayadas para explicar el efecto declarativo

Al principio, la doctrina aceptó el efecto declarativo sin formular justificación alguna. Pero posteriormente, sobre todo en Francia, los autores se preocuparon en ensayar intentos de explicación sobre la naturaleza jurídica de aquél.

La concepción mayoritaria se inclina por conceptualarlo como una simple *ficción legal*, y esta regla ha sido formalmente consagrada en las decisiones judiciales. Se afirma que si racionalmente la partición no es un acto declarativo, sólo en virtud de una ficción se la puede considerar con ese efecto, agregando que en los ordenamientos modernos es exclusivamente el legislador quien puede establecer ficciones.

Esta tesis ha sido contradecida, aduciéndose que el efecto declarativo estaría explicado por el hecho de que durante la indivisión el comunero tiene sobre los bienes un derecho condicional, sujeto a la condición suspensiva de que los bienes sean incluidos en su lote. Planiol, siguiendo el pensamiento de Demolombe, afirma: *“La idea de una condición suspensiva parece ser el fundamento verdadero de toda esta construcción jurídica, el término final al cual se debe llegar. La simple ficción no es sino una semi explicación, que califica el resultado obtenido, a saber, la formación de lotes exclusivos e independientes los unos de los otros, sin hacer comprender por qué éste procedimiento se ha realizado”*.

Los sostenedores de la concepción clásica han refutado estas afirmaciones objetando que el efecto retroactivo de la condición es, en sí, una ficción. Y entonces, nada se gana con sustituir una ficción por otra.

Se agrega que la ficción de la condición se funda en la interpretación de la voluntad de las partes, cosa que no ocurre en la retroactividad de la partición.

Se observa, además, que si se tratara de un derecho bajo condición resultaría inexplicable que, no obstante la partición, perdurarán actos como los de administración realizados por los copartícipes, la cesión de la cuotaparte indivisa, o el derecho de uso sobre las cosas comunes<sup>56</sup>.

## 5. **Efectos del carácter declarativo**

1) El principal es que los bienes de cada heredero se reputan recibidos directamente del causante en el momento de la muerte y que los coherederos jamás han tenido derecho alguno sobre los bienes que se adjudican a otro de ellos (art. 3503).

2) Como consecuencia del efecto anterior, serán nulos los derechos constituidos por uno de los herederos, sobre los bienes que se han adjudicado a otro; es decir, si uno de los herederos hubiere gravado un inmueble, el derecho quedará consolidado si dicho bien le es adjudicado en su hijuela, pero se extinguirá si en la partición es incluido en el lote de otro coheredero. Por tanto, la validez de los actos realizados por uno de los coherederos durante el estado de indivisión está subordinada al resultado de la partición.

Así, si uno de los herederos ha constituido antes de la partición un derecho de hipoteca sobre un inmueble de la sucesión, y ese inmueble es dado por la división de la herencia a otro de los coherederos, el derecho de hipoteca se extingue (art. 3504).

- 3) Los *embargos* trabados por los acreedores particulares de los herederos caducarán si el bien sobre el cual recaen se adjudica a otro; salvo el derecho del acreedor de impugnar por fraude la partición.
- 4) Si el adjudicatario ha estado en posesión material de los bienes hereditarios, se reputa que ha tenido la *posesión* exclusiva del bien desde del momento de la muerte del causante.
- 5) La partición está exenta del impuesto a la transmisión, puesto que no hace más que declarar el derecho recibido al momento de la muerte del causante.

## 6. **Legislación comparada**

En la legislación comparada predomina netamente el principio de los efectos declarativos (códigos italiano, art. 757; holandés, art. 1129; brasilero, art. 631; uruguayo, art. 1151; chileno, art. 1344; venezolano, art. 1116; colombiano, art. 1401).

En el derecho germánico el problema está resuelto de manera más simple y directa; los bienes indivisos no pertenecen a cada uno de los herederos, sino a la comunidad, de tal modo que aquéllos no pueden realizar ningún acto que los grave o disminuya. Al realizarse la partición, cada heredero recibe intacta su parte de la comunidad<sup>57</sup>.

## **E) CAPITULO V: Garantías**

### **1. Principio de igualdad**

Constituye principio rector de la partición, y tiende a asegurar a todos los coherederos una parte igual en la herencia. Siendo consecuencias de él, por ejemplo, la composición de los lotes y su sorteo en la partición, la garantía de evicción y vicios redhibitorios.

Se observa -y así tradicionalmente se ha sostenido- que estas garantías debidas entre coherederos resultan incompatibles con el efecto declarativo de la partición, según el cual, *“se juzga que cada heredero ha sucedido solo e inmediatamente en los objetos hereditarios que le han correspondido en la partición”* (art. 3503), en razón de que los derechos de los herederos resultan derivados del difunto, y no de los otros coherederos; siendo este principio perfectamente compatible con la naturaleza de acto traslativo de la propiedad que la partición tenía entre los romanos.

No obstante, pese esta indudable contracción, deberá dársele primacía al principio rector de la partición de igualdad entre los coherederos, ya que el mismo quedaría burlado, constituyendo una injusticia, si la pérdida derivada de la evicción debiera ser soportada exclusivamente por aquel cuyo lote la ha sufrido.

Y es por ello que universalmente se ha impuesto la obligación de garantizar a los coherederos, saneándose así los sistemas que adoptan el principio declarativo.

Es decir que las garantías no resultan de la circunstancia de que haya una transferencia de dominio: se fundan exclusivamente en el principio de la igualdad, que es de la esencia misma de toda partición.

## 2. Garantía de evicción

El art. 3505 dispone que: “*Los coherederos son garantes, los unos hacia los otros, de toda evicción de los objetos que les han correspondido por la partición, y de toda turbación de derecho en el goce pacífico de los objetos mismos, o de las servidumbres activas, cuando la causa de la evicción o turbación es de una época anterior a la partición*”.

Maffía formula dos precisiones a la aparente amplitud del enunciado<sup>58</sup>:

- 1) Se refiere al *alcance de la garantía*. Esta es sustancialmente distinta de la que puede originarse entre copartícipes por la enajenación de las partes indivisas sobre bienes singulares, mostrándose una protección especial sobre la integridad del derecho hereditario de cada comunero, para reconstruirlo cuando haya sido quebrantado por la evicción.

En el supuesto no es la adjudicación particular la afectada, sino que por la disminución o privación de uno de sus elementos todo el patrimonio hereditario queda deteriorado. De allí que no basta con recomponer la hijuela que ha sufrido la evicción, integrando con otros bienes el valor primitivo, sino que deberá reducirse en la proporción que al comunero le corresponda, a la vez que también se reducirán los lotes de los otros comuneros, por la disminución del líquido partible.

- 2) Se refiere al *origen y fundamento de la garantía*. Esta tiene su causa en la partición y persigue la igualdad. Por tanto, protege exclusivamente los lotes de los

comuneros. De allí que si un heredero resulta evicto en bienes que el causante le dejó como prelegado, carecerá de derecho a la garantía.

En virtud de su diferencia con la garantía debida por el vendedor, se ha dicho que es una evicción *sui generis*, puesto que todos los coherederos están obligados recíprocamente, mientras que en la venta sólo lo está el vendedor, estando éste obligado, además de restituir el precio, a las costas del contrato, al valor de los frutos cuando el adquirente tiene que restituírselos a su verdadero dueño, y a los daños y perjuicios que la evicción le causare (art. 2119), sin contar los gastos hechos en reparaciones o mejoras que no sean necesarias cuando el comprador no recibiese, de quien lo ha vencido, ninguna indemnización o ésta fuere incompleta (art. 2120).

Los comuneros, en cambio, sólo están obligados por el valor de la cosa al día de la evicción o, si optasen, a realizar una nueva partición por el valor actual de los bienes (art. 3506).

## **2.1 Requisitos**

Para que proceda la garantía de evicción, se requieren las siguientes condiciones:

- a) Que la evicción o turbación tenga una *causa anterior* o *contemporánea* a la partición (art. 3505 y 2091).

No obstante, Vélez previó un supuesto que no se ajusta a la pauta general del art. 2095; que es cuando el derecho que ha causado la evicción es adquirido posteriormente a la transmisión de la cosa, pero cuyo origen era anterior, los jueces están autorizados para apreciar todas las circunstancias y resolver la cuestión.

Es el supuesto de la usucapión, disponiendo el codificador en la nota: “*Cuando, por ejemplo, la prescripción ha comenzado respecto a la servidumbre de un predio antes de enajenarse, y se realiza cuando ese predio está ya en poder del que lo había adquirido*”.

Pothier enseña que es responsable de la evicción el que transmitió el derecho cuando la prescripción ha comenzado estando la cosa en su dominio; por el contrario, Troplong y otros juriconsultos, sostienen que el derecho creado por una prescripción, no existiendo sino desde el día en que la prescripción se ha cumplido, la evicción resultaría de un derecho posterior a la enajenación, y no habría, por lo tanto, acción para ella. Marcadé, sobre el art. 1629, combate como exageradas ambas opiniones, y aconseja la resolución de nuestro artículo.

Es decir, todo se traduce en la apreciación de circunstancias de hecho libradas al arbitrio judicial, que deberá determinar en qué medida el heredero ha podido tener conocimiento de la posesión ajena y cuál ha sido su actividad para interrumpirla.

- b) Que la evicción no sea imputable a *culpa del heredero*: Como si hubiera dejado de alegar en el pleito en que fue vencido alguna defensa, por ej. la prescripción, o hubiera sido declarado negligente en la producción de la prueba.
- c) Que el acto de partición no contenga alguna *cláusula de exoneración* de la garantía (art. 3511). Esta disposición sólo es válida cuando ha sido convenida respecto de un bien especial; pero una cláusula general por la que los herederos se librasen recíprocamente de toda obligación de garantía es de ningún valor. (art. cit., *in fine*).

## **2.2 Conocimiento del peligro de la evicción**

El art. 3512 constituye otro apartamiento de los principios generales, disponiendo que:

*“Aunque el heredero hubiese conocido al tiempo de la partición el peligro de la evicción del objeto recibido por él, tiene derecho a exigir la garantía de sus coherederos si ella sucediese”.*

La diferencia de tratamiento con la compraventa se justifica en que en ésta el conocimiento de la evicción pudo incidir en la determinación del precio.

Como afirmaba Demolombe, si el heredero, por un lado, no desconocía el peligro, por el otro sabía cual era el remedio, y es posible que en lugar de renunciar a la garantía contara con ella precisamente para el caso de producirse el despojo<sup>59</sup>.

## **2.3 Alcance de la garantía**

Este está dado por el art. 3506, donde se establece: *“La garantía de los coherederos es por el valor que tenía la cosa al tiempo de la evicción. Si a los coherederos no les conviniese satisfacer este valor, pueden exigir que se hagan de nuevo las particiones por el valor actual de los bienes, aunque algunos de ellos estuviesen ya enajenados”.*

Esta norma ha puesto fin a la vieja controversia mantenida en el derecho francés, ya que el art. 885 de su código dispone que: *“Cada uno de los coherederos está personalmente obligado, en proporción a su parte hereditaria, a indemnizar a su coheredero por la pérdida que la evicción le ha ocasionado”*, no aclarando si el valor que debe tomarse en cuenta, es el del momento de la partición o del que se produjo la evicción, provocando una división en la opinión de los autores.

Así, algunos tomaban en cuenta el valor en el momento de la partición, siguiendo el pensamiento de Pothier, en quien se ha inspirado la norma. Aducen que ese es el único momento en que debe colocarse para restituir la igualdad, ya que es el momento en que la cosa existió. Y si *a posteriori* han ocurrido variaciones de valor, sufridas por cuenta y riesgo de cada uno de los herederos, en cada una de las hijuelas, se las considerará como ajenas a la partición, y no como definitivamente efectivas respecto del coheredero víctima de la evicción.

Otros distinguen según haya habido o no variaciones de valor:

- Si todos los lotes han permanecido inmutables en su valor, se atenderá al que tenía el bien al tiempo de la partición.
- En cambio, si ha habido variaciones, la garantía comprenderá el valor actual del bien, reconstituyéndose en forma ficticia el acervo y tasándose nuevamente, para entregar al evicto la parte que resulte así en su favor.

No obstante, para la mayoría de los autores, el valor debe fijárselo al momento de la evicción, fundándose en que los términos del precepto aluden a la pérdida que aquella ha producido al heredero.

Esta solución es adoptada por el codificador, siguiendo el pensamiento de Demolombe. Sin embargo, apartándose de las conclusiones de éste, introdujo un matiz, con el agregado al segundo apartado del artículo, admitiendo un nuevo cálculo de las partes hereditarias según el *valor actual* de las cosas adjudicadas, el cual ha sido criticado.

Contra ésta última observación hay una objeción verdaderamente muy grave, y así Machado sostenía que ello era injusto, pues entrega al heredero a quien se ha privado de la cosa a la voluntad de sus coherederos, quienes le pagarán el valor de la cosa si vale

menos, y harán nueva partición si vale más y las cosas a ellos adjudicadas valen menos. Demostrando el aserto, ejemplificaba: *“Supongamos tres herederos a quienes les correspondió doce en una herencia de treintiséis, adjudicándose por ese valor una casa, un campo y acciones de ferrocarril. La casa ha sido reivindicada teniendo un valor de 6 en el momento de la evicción, y como las demás cosas conservan su valor, es claro que conviene a los dos coherederos pagar 2 cada uno como indemnización, resultando así, que de una herencia que ha quedado reducida a 24 por la disminución de la casa, en que cada heredero debería recibir 8, el vencido sólo recibe 4 y los otros 10; pero si suponemos que la casa valía 24, en el momento de la evicción, y el campo y las acciones hubieran disminuído en la mitad, valiendo 6 cada uno, la herencia quedaría reducida a 12, es claro que los coherederos pedirán una nueva partición, recibiendo 4 cada uno, perdiendo el vencido 20, mientras que los otros sólo pierden 8. La regla debió regir en todos los casos, ya que se busca la igualdad entre la porción de cada heredero; pero nuestro artículo decide lo contrario”*<sup>60</sup>.

## **2.4 Ejercicio de la opción por parte de los coherederos**

El segundo serio inconveniente es que no se ha establecido una regla uniforme a la cual deban someterse todos los coherederos cuando unos quisieran pagar la indemnización y otros prefieran una nueva partición.

Si todas las hijuelas hubieran conservado valores iguales al momento de la evicción, sería indiferente en sus resultados cualquiera de los caminos que se eligieran. Pero si la variación de valores ha sido desigual, la elección podrá tomarse perjudicial para unos y beneficiosa para otros.

Por ejemplo: un acervo de 20, dividido entre cuatro copartícipes, se ha adjudicado a cada uno de ellos una hijuela de 5. Al producirse la evicción en el lote de “A”, su valor

era de 8, en tanto que el de “B” alcanzaba a 6, y los de “C” y “D” habían disminuido a 3.

Optando por el pago, cada uno de los comuneros debería satisfacer 2, con lo cual la hijuela de “B” quedaría reducida a 4 y las de “C” y “D” a 1.

Al contrario, si se realizase una nueva partición, ésta se haría sobre los valores subsistentes, es decir, 12, y correspondería 3 a cada uno de los comuneros, por tanto, el único que soporta en definitiva la garantía es “B”, cuya hijuela se ha disminuido a la mitad, mientras que “C” y “D” conservan las suyas en su integridad.

Por lo que el tema ha dividido a nuestra doctrina, disponiendo un sector de ella que para que sea procedente la nueva partición, es necesaria la unanimidad (excluido el evicto).

Pero bastaría la oposición de aquél coheredero a quien la nueva partición perjudicase para que la opción funcionara.

Por iguales razones, aparece como inequitativo conceder el ejercicio de la opción a la decisión mayoritaria, porque siguiendo el ejemplo, “C” y “D” podrían imponer a B una nueva partición en que sólo éste soportaría el perjuicio.

De allí, entonces, que parezca más ajustada a derecho la solución imaginada por Machado y reformulada por Guaglianone. Para éste, el intérprete puede preferir una multiplicidad de sistemas indemnizatorios si lo cree más razonable, ya que la ley no impone que el problema sea resuelto mediante una fórmula única que alcance a todos los comuneros, por tanto cada heredero podrá elegir entre la indemnización directa o la nueva partición, para efectivizar su obligación, por lo que, siguiendo el ejemplo, “B” preferirá la indemnización directa y se liberará entregando a “A” 2, mientras que “C” y “D” optando por la nueva partición nada deberán entregar.

Operada la garantía, resultarán estas nuevas hijuelas: “A” recibirá 2, “B” verá disminuída la suya a 4 y “C” y “D” mantendrán las propias en 3.

Guaglianone no deja de advertir que el temperamento que propicia perjudica al evicto, pero aduce que este régimen es el que mejor concilia con la redacción del art. 3506 y con el propósito del legislador, ya que el daño sufrido por aquél proviene de la ley misma, y no de sus coherederos.

*“Si los lotes se conservaran sin cambio de valor en manos de los adjudicatarios, la ley sería estrictamente justa: partir otra vez los bienes restantes o entregar al copartícipe desposeído su hijuela en dinero. Pero cuando los herederos han enajenado sus lotes, o éstos han cambiado de valor por cualquier circunstancia de incidencia imprecisa, ¿cómo restablecer la igualdad originaria sin herir, al propio tiempo, derechos o valores yuxtapuestos a los hereditarios, que provienen de la acción de los respectivos adjudicatarios o de una álea exclusivamente vinculada con ellos? Alguno de los coherederos debe sufrir por la evicción más que otros, por esa imposibilidad de hecho para restablecer la primitiva igualdad. ¿Y no es razonable que el perdidoso sea quien resultó alcanzado por el álea de la evicción? ¿O se dirá acaso que más lógico sería que uno sufriera la evicción y otro quien al fin soportase el perjuicio ocasionado por ella?”<sup>61</sup>.*

## **2.5 Efectivización de la garantía**

Como toda indemnización, la garantía debida por los coherederos deberá ser satisfecha en dinero, por tanto el coheredero evicto no puede ser constreñido a aceptar en pago bienes hereditarios.

Si se hubiese optado por una nueva partición, ésta se hará de manera ficta, como fluye del mismo precepto al prever la hipótesis de que los bienes sido enajenados. De otra forma, sería imposible realizarla cuando éstos hubieran pasado a tercero poseedores<sup>62</sup>.

## **2.6 Distribución de la responsabilidad**

Esta está dada por el art. 3508, que dispone que: *“La obligación recíproca de los herederos por la evicción es en proporción de su haber hereditario, comprendida la parte del quien ha sufrido la evicción”*.

Es decir que, en esa parte, todos los copartícipes sufrirán, cada uno en la medida de su cuota, la mengua del valor.

*“Pero -continúa el artículo- si alguno de los herederos resultare insolvente, la pérdida será soportada entre el garantizado y los restantes coherederos”*.

## **2.7 Renuncia a la garantía**

A diferencia de lo establecido en materia de compraventa, la garantía de evicción no es renunciable en términos generales, es decir respecto de la totalidad de los bienes hereditarios. Así lo establece el art. 3511: *“La obligación de garantía cesa cuando ha sido expresamente renunciada en el acto de la partición y respecto a un caso determinado de evicción. Una cláusula general por la cual los herederos se librasen recíprocamente de toda obligación de garantía, es de ningún valor”*.

Es decir, debe ser *especial y expresa*. De allí que en nada incida el conocimiento que el heredero hubiera tenido del peligro de la evicción, como tampoco lo hace el hecho de

que a un inmueble se le hubiera adjudicado un valor inferior en la tasación, teniendo en cuenta el riesgo de la pérdida.

## **2.8 La garantía de los créditos**

El art. 3509 establece: *“Los coherederos están igualmente obligados a garantizarse, no sólo la existencia, en el día de la partición, de los créditos hereditarios que le han correspondido, sino también la solvencia, a esa época, de los deudores de esos créditos”*.

La garantía resulta más amplia que la prevista por el art. 1476 para el caso de cesión o transmisión por acto entre vivos, donde el cedente sólo responde por la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión, a no ser que lo haya cedido como dudoso, pero no responde de la solvencia del deudor o de sus fiadores, salvo que la insolvencia fuese anterior y pública.

La diferencia es natural, y la solución en materia particionaria se fundamenta en el principio de equilibrio, que quedaría desvirtuado si se limitase a la mera existencia y legitimidad del crédito.

Es una garantía plena, siempre que la causa de la evicción sea anterior al acto<sup>63</sup>.

## **2.9 Prescripción**

La acción de garantía se prescribe por diez años, contados desde el día en que la evicción ha tenido lugar (art. 3513).

### 3. Vicios redhibitorios

El art. 3510 dispone que: *“Los herederos se deben la 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”*.

Demolombe, fuente confesada de la norma, decía: *“Nuestra hipótesis es muy diferente de la que tiene en vista el art. 887. En el caso de este artículo, las cosas hereditarias han sido valuadas en lo que eran realmente; y se concibe que el legislador haya debido dejar cierto margen a la incertidumbre de la tasación. Otra cosa es cuando, por el contrario, se trata de un objeto que no era precisamente lo que parecía ser al tasárselo, porque existe entonces un perjuicio contra el cual la valuación, por rigurosa que fuese, no podía precaver al copartícipe”*.

Sin embargo, apartándose de estas enseñanzas, Vélez estableció el límite del cuarto, impuesto por el Código francés para la rescisión por lesión, lo cual no significa que Vélez haya adoptado para este supuesto la teoría de la lesión, que expresamente había repudiado; y así lo atestiguan las fuentes del precepto, Demolombe y Demante, quienes se manifestaban contrarios a la aplicación de la lesión en los supuestos de vicios ocultos.

Por tanto, el tema que preocupó a nuestros primeros comentaristas fue como caracterizar a esta desconcertante previsión.

Segovia sostuvo que era imposible justificar a la luz de los principios esta híbrida disposición, en que la lesión pareciera resucitar y predominar.

Machado afirmó que la norma constituye una excepción al art. 2172, que sólo concede la acción redhibitoria entre adquirentes que no son compradores y vendedores, ya que ésta tiene por fin dejar sin efecto el contrato, mientras que la *quanti minoris* lo confirma, disminuyendo sólo el precio. No es la evicción, afirma, porque el heredero no ha sido privado de la propiedad de la cosa, y tampoco es la de vicios redhibitorios, que deja sin efectos el contrato, ya que en este caso el heredero no puede anular la partición para hacer otra. Sólo queda la de *quanti minoris*, concluye, que confirmando la división únicamente lleva al pago del menor valor, aunque tampoco aparece ésta en los términos que la conceden los arts. 2172 y 2174, pues el mismo coheredero debe descontar la parte que le corresponde en la herencia, mientras el comprador tiene derecho a exigir íntegro el menosprecio de la cosa.

Guaglianone, aunque coincide en que el remedio otorgado no da lugar a la rescisión, objeta que se la asimile a la *quanti minoris*, la que no se concibe porque no hay precio, como por la misma causa no se la concibe en las transmisiones gratuitas. Sostiene, entonces, que Vélez ha regulado el vicio redhibitorio *a semejanza* de la lesión, aunque sin aceptar ésta, es decir, facultando al heredero para que pida a sus copartícipes la rescisión del acto particionario, y a éstos para detener la acción indemnizándole el daño sufrido. De allí que aunque la garantía no funcionará como en el supuesto de evicción, las posibilidades serán más o menos las mismas.

Como se advierte, la objeción inicial subsiste y probablemente la redacción de la norma obedezca a que el codificador, intentando aventar pleitos por cuestiones insignificantes, le impuso un límite mediante un agregado tomado indiscretamente del derecho francés. Comoquiera que fuere, hay consenso en que no es procedente aquí la opción conferida a los coherederos por la última parte del art. 3506<sup>64</sup>.

El límite previsto en la norma se fundamenta en la necesidad de evitar reclamaciones por daños de poco monto –coincidiendo, en alguna medida, con lo preceptuado en el art. 2164- y tiende a asegurar la estabilidad de la partición. No obstante, ha suscitado la crítica de nuestra doctrina. Comentando el precepto, Segovia no encontraba motivo alguno que pudiera autorizar una excepción a los principios, precisamente en una materia en que la igualdad es el gran propósito del legislador <sup>65</sup>.

### **3.1 Prescripción**

La mayor parte de nuestros autores juzga aplicable al caso el art. 4041, que fija el término de tres meses para el ejercicio de la acción redhibitoria en el contrato de compraventa (Machado, Llerena, Lafaille)<sup>66</sup>.

## **F) CAPITULO VI: Nulidad**

Nuestro Código Civil, a diferencia del francés, carece de normas específicas relativas a la nulidad de la partición. Incidentalmente se refiere a ella en la escueta y aislada disposición contenida en el art. 3284, inc.2, determinando el juez competente para conocerla, cuando hablando del fuero de atracción dice que corresponde al juez de la sucesión las demandas tendientes a la reforma o nulidad de la partición.

Sin embargo, ésta ausencia de normas no ha sido obstáculo para que la doctrina entendiera que la partición, en determinados supuestos, puede ser anulada, en virtud de que ella es un acto jurídico alcanzado por la definición del art. 944 y, como todo acto jurídico, es susceptible de ser anulado según las reglas generales de la nulidad.

Su naturaleza es caracterizada como un acto jurídico plurilateral y complejo, porque a la vez es un acto jurídico civil y procesal, cuya eficacia se completa con la aprobación judicial.

En consecuencia, dicho vacío legal se cubre atendiendo a la aplicación del régimen de las nulidades civiles y procesales.

- Como acto jurídico civil, la partición es susceptible de ser anulada por las mismas causas y en iguales condiciones que un acto jurídico cualquiera.
- Como acto jurídico procesal puede serlo por irregularidades formales producidas durante el trámite del juicio sucesorio, de conformidad con las leyes locales de procedimiento.

Es decir que, la partición puede anularse por razones de derecho de fondo y por motivos procesales<sup>67</sup>.

## 1. Clasificación

Así podemos clasificar a las causales generadoras de nulidad de la partición, de 2 tipos:

- 1) Causales que hacen a la nulidad como simple *acto jurídico*.
- 2) Causales que hacen a la nulidad de la partición por razones que hacen a su propia naturaleza, es decir a la naturaleza del *acto particionario*.

1) Causas que hacen a la nulidad como simple acto jurídico: Aquí encontramos:

- Error
  - Dolo o violencia
  - Simulación
  - Lesión
- 
- Error: Puede ser la causal más frecuente, y en nuestro código no existe ninguna norma que excluya su alegación.

Así el error podría recaer sobre cualquiera de los siguientes presupuestos del acto particional<sup>68</sup>:

- Error sobre los *partícipes* de la división (art.925), es decir que se ha incluido o excluido a alguien a quién no se debía, por ejemplo los casos de petición de herencia.
- Error sobre el *contenido* del acto particional, o sea su objeto (art.927), es decir que se incluyan bienes que no debían ser incluidos o, sea que se han dejado de lado bienes que debían ser agregados. Es el error más significativo y debe tratarse de un

error esencial, es decir que afecte la esencia misma de la partición, por ejemplo, si en el inventario y avalúo de los bienes, algunos hubiesen sido tasados de acuerdo con valores fiscales y otros con valores reales, desconociéndolo el impugnante a quien se adjudican en su hijuela valores inferiores a los que le corresponden de acuerdo con el principio igualdad de la partición.

- Error sobre la *naturaleza* del acto (art. 924), por ejemplo los que están haciendo la división creen que se esta haciendo una división de uso y goce y sin embargo lo que se está dividiendo es el dominio.

Sin embargo, un sector de nuestra doctrina descarta la posibilidad de aplicar el error como causal de nulidad, sosteniendo que éste puede autorizar la reforma necesaria de la partición, pero no la anulación de toda ella.

Sostienen que si por error se admite a un extraño en la partición, bastará dividir su parte entre los herederos verdaderos, porque con ello se consigue remediar el vicio y no habría justicia ni interés legítimo en exigir la nulidad de todo el acto.

De igual forma, si erróneamente se comprenden bienes que no pertenecen a la herencia, o inexistentes, o se adjudica a un heredero una cantidad mayor que la real, ello no sería un motivo de invalidez, ya que la garantía por evicción resultaría el remedio suficiente.

Y si el error consiste en no comprender en la partición algunos bienes hereditarios, bastará realizar una división suplementaria de ellos y si, por las mismas causas, se ha atribuído una parte mayor a uno de los herederos, bastará reivindicar o repetir el exceso.

Si se le atribuye una parte menor, por razones análogas, alcanzará con integrarle su verdadera hijuela.

Sin embargo, esta generalización no es admisible en todos sus términos, ya que si bien en algunos casos en que se ha incluido a un extraño en la partición, la solución de dividir la parte mal adjudicada entre los herederos verdaderos pueda resultar factible y hasta aconsejable, en otros lleva el riesgo de tornarse injusta, pues el extraño ha participado en todas las secuencias que precedieron a la división, y ella ha sido condicionada por su presencia: pudo ser oído por el partidor, intervenir en un sorteo de las hijuelas, los bienes debieron ser distribuidos en determinada forma atendiendo a que los lotes eran más reducidos, etc. Por tanto, sería, en la especie, un error esencial, invalidante del acto<sup>69</sup>.

Hay otro error no caratulado como tal y son las simples equivocaciones materiales, por ejemplo en la descripción de los bienes, de los títulos dominiales, etc, las cuales dan solo origen a rectificaciones y no a la nulidad.

No obstante, se ha resuelto anular la partición por error sobre la cualidad sustancial del objeto sobre la que recae, si se describió al bien adjudicado como llano y apto para el pastoreo y la agricultura, resultando, luego, que se trataba de tierra árida y montañosa, etcétera<sup>70</sup>.

- Dolo y Violencia: Como vicios del acto voluntario, ambos pueden afectar el acto de partición, por tanto, serán aplicables los principios generales (arts. 931 a 934).

Con relación al dolo, la doctrina formula una distinción condicionada al número de agentes. Se sostiene que si ha sido ejercido por un solo comunero contra otro, existiendo varios, sería improcedente la pretensión de la nulidad de la partición en mérito de su indivisibilidad.

No obstante, considero que la solución debe ser inversa; la anulabilidad fundada en esta causal –dándose las condiciones del art. 932-, ya sea que provenga de un coheredero o de un tercero y que mediante él logre aprovecharse del error o engaño en perjuicio de otro coheredero, hará caer toda la partición, en virtud del carácter indivisible de la misma, pues resultaría contradictorio que un consentimiento nulo en sí pudiera ser válido respecto de uno de los copartícipes e ineficaz respecto de otro.

- Simulación y fraude: El principio de igualdad, reinante en esta materia, puede verse vulnerado por la existencia de esta causal, si el perjuicio surge del propio acto particionario, como por ejemplo, si se adjudica más bienes a un heredero con la intención de que los acreedores personales no puedan cobrarse de sus bienes; o simplemente, que un heredero reciba de menos y el otro de mas, esto también hace a una cuestión de igualdad porque no han recibido lo mismo.
- Lesión: Antes de la ley 17.711, se discutía la virtualidad que asumía la lesión subjetiva como causa de anulabilidad de los actos jurídicos. No obstante, dicha ley, al incorporar la anulabilidad de los actos jurídicos en caso de lesión (art. 954), plantea su aplicabilidad a la partición hereditaria.

La doctrina, en general, ha entendido –con razón- que la anulabilidad por lesión comprende los actos bilaterales onerosos, caso en el cual la acción se dirige a proteger a cualquiera de las partes siempre que se haya encontrado en un estado de inferioridad –necesidad, inexperiencia, ligereza- aprovechado por la otra parte, donde el accionante podrá demandar la nulidad de la partición o su reajuste equitativo. Si sólo se demandase la nulidad, los demandados podrán ofrecer el reajuste de la partición salvando, en ese caso, el interés del accionante.

Dicha figura podrá invocarse cuando se reúnan ambos tipos de elementos:

- Elemento subjetivo: son los denominados “*estados de inferioridad*” que son la ligereza, inexperiencia, impericia y necesidad.
- Elemento objetivo: es la notoria desproporción entre las prestaciones, en este caso en particular será entre lo adjudicado a cada uno de los coherederos, es decir, la ventaja desproporcionada se producirá por la disminución del lote del heredero afectado.

Si bien en una partición extrajudicial, donde todos son capaces, están presentes y de acuerdo por unanimidad, parecería bastante discutible que, luego de lograr las firmas, pueda invocarse esta causal, considero factible la posibilidad invocarla, ya que es posible que se plantee la hipótesis de que alguno de los coherederos se aproveche de la inexperiencia, necesidad y ligereza de otro (elemento subjetivo), y así exista desproporción (elemento objetivo).

Y si el damnificado logrará probar adecuadamente la existencia de ambos elementos, sería posible que la partida cayese por lesión y consecuentemente sea nula.

En cambio, si la partición fuera judicial, considero que su invocación no será posible. Podrá atacarse de nulidad por vicios del procedimiento –no por lesión-, por ej: el perito que no acepto el cargo e hizo todo, o no se hayan respetado los plazos para poner en manifiesto las operaciones, etc. Es decir únicamente puede invocarse en la partición extrajudicial.

2) Causales de nulidad que hacen a su naturaleza misma. Aquí encontramos:

- Falta de unanimidad en la partición privada
- Incapacidad de las partes
- Violación del principio de igualdad
- Violación del principio de la división en especie
- Vicios de forma y de procedimiento
  
- Falta de unanimidad en la partición privada: Esta forma requiere, como requisitos esenciales, capacidad, presencia y unanimidad (art. 3462), pues si se viola este principio y hay uno que esta en desacuerdo, necesariamente deberá ser judicial, por tanto es causal de nulidad la violación del principio de la unanimidad en la partición extrajudicial.
  
- Incapacidad de las partes: Cuando la partición involucra a incapaces debe ser judicial, ya que en la partición privada la capacidad de los copartícipes constituye un requisito *sine cuanon*. Por tanto, si fuese concluida privadamente, existiendo incapaces, será nula, aun cuando hubieran intervenido sus representantes legales.

La nulidad que afecta el acto es de carácter relativo pues nada empece a que el incapaz, una obtenida la plena capacidad, confirme la partición.

- Violación del principio de la igualdad: Ya analizado en el presente trabajo.
  
- Violación del principio de la partición en especie: La partición debe hacerse con bienes hereditarios, pues si se viola este principio es nula, de nulidad relativa, por lo

que cuando se hacen compensaciones dinerarias con dinero que no esta en el acervo, tienen que ser a fin de compensar y en pequeñas cantidades, de lo contrario rotaríamos en compraventas y permutas mutuas.

No obstante, existe un fallo clásico de la Suprema Corte de Buenos Aires del 9-10-62, en donde el máximo tribunal de la provincia de Buenos Aires sostuvo, ante una pretensión de rentas que pretendía cobrar impuestos a enajenaciones (porque sostenía que las había habido), que eso era un acto particionario y, por tanto, no había habido ni permutas, ni compraventas; entrando en el régimen del art. 3462, pudiéndose hacer por la forma y modo que quisieran, consecuentemente no debía pagarse impuesto a la herencia, ni a enajenaciones, porque no las había.

Por tanto en este caso se atribuyó gran cantidad de la herencia a un coheredero y a otros coherederos dinero en efectivo puesto del pecunio personal de aquel, lo cual se asimilaba más a una compraventa y no a una partición.

No obstante, la Corte concluyó que eran adjudicaciones y era una compensación de saldo y no había compraventa, sino un acto particionario.

Este tema tenía mayor relevancia antes de la reforma del art. 1184 inc. 2, que establecía que las particiones extrajudiciales debían hacerse por escritura pública.

Después del año 68, se agrega: “*o por convenio privado acompañado al juez de la sucesión, para su homologación*”, lo cual significa que se puede hacer privadamente, y por tanto, no hay allí una enajenación sino un acto particionario y por ende no se paga impuesto alguno por esa “*enajenación*” que no existe.

- Vicios de procedimiento y de forma:

En cuanto a la forma, la partición privada debe ser hecha por escritura pública, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado ante el juez de la sucesión (art. 1184, inc. 2).

Se trata de un acto ad solemnitatem relativo. Por ello, aunque la partición realizada en instrumento privado y no presentado al juez quedará privada de sus efectos propios, engendrará la obligación de hacer escritura pública, por aplicación del art. 1185.

En cuanto al procedimiento, sus vicios se presentarán en la partición judicial, por ejemplo, es nula la partición si son insuficientes los elementos de juicio para la calificación de propios o gananciales de los bienes a partir, o de parte importante de ellos; o la realizada por el perito designado de oficio, si no se verificó la audiencia respectiva para que los herederos ejercieran sus derechos, y si aquél presentó su trabajo antes de estar consentida su designación, etc.

También en este caso se trata de una nulidad relativa, la cual podrá ser superada mediante la convalidación de las partes, ya sea en forma expresa, o tácitamente mediante la ejecución de algún acto que permita inducir la voluntad confirmatoria <sup>71</sup>.

## **2. Régimen de impugnación de la partición**

El régimen varía según se funde en vicios sustanciales previstos en el Código Civil o en defectos procesales:

- En el primer caso, el auto aprobatorio de la partición, no hace perder el derecho a demandar por vía ordinaria la nulidad de la cuenta particionaria fundadas en estos

vicios, revistiendo el carácter de cosa juzgada formal, ya que no obsta a su impugnación y, por tanto, a un nuevo debate entre las mismas partes. Las nulidades civiles pueden hacerse valer tanto antes de la aprobación de la partición, como después, aun cuando se hubiera archivado el expediente sucesorio, mediante la acción ordinaria autónoma de nulidad, siempre que no este prescripta.

- En el segundo, el acto particionario quedará consentido si no se deduce la nulidad dentro del plazo previsto en la ley (art. 128 CPC). Por tanto, las nulidades procesales solamente pueden esgrimirse dentro del juicio sucesorio por la vía incidental y en la oportunidad que establecen los ordenamientos. Una vez firme el auto aprobatorio de la cuenta particionaria, ya no podrá demandarse la nulidad de lo actuado.

En resumen, concluido el juicio sucesorio quedan saneados los vicios procesales, pero no los sustantivos, que pueden invocarse en la citada acción autónoma de nulidad<sup>72</sup>.

### 3. **Legitimación activa y pasiva de la acción de nulidad**

- Legitimación activa: Esta acción pueden ejercerla los herederos, los legatarios de cuota, los cesionarios de derechos hereditarios –totales o parciales-, y los acreedores personales de los herederos o del legatario de cuota.
- Legitimación pasiva: Los sujetos pasivos de esta acción serán los coherederos, los legatarios de cuota y los cesionarios.

#### 4. **Prescripción**

Resultan aplicables las reglas relativas a la nulidad de los actos jurídicos, por tanto, el plazo varía según cual fuere el vicio en que se funda, a saber:

- Vicios del consentimiento (error, dolo, violencia): prescribe a los dos años desde que se aprobó el acto particionario, salvo que se pruebe que el conocimiento del vicio fue postergado a esa fecha (art. 4030, 1er. párr.).
- Simulación: prescribe, también, a los dos años entre las partes contados desde que una de ellas exteriorice su propósito de desconocer la convención y para los terceros desde que hayan tenido conocimiento de la simulación (art. 4030, 2º párr.).
- Fraude: la acción paulina prescribe al año, contado desde que los acreedores tuvieron noticias del hecho (art. 4033).
- Violación del principio de igualdad o de la división en especie: prescribe a los diez años computados desde el acto particionario (art. 4023, 2º párr.).
- Lesión: prescribe a los cinco años del acto, es decir, de la partición (art. 954, 4º párr).

#### 5. **Confirmación**

El art. 1059 define a la confirmación como *“el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto a una acción de nulidad”*.

Por tanto, si se tratara de una nulidad relativa, será procedente la confirmación, aun tácita, la cual podrá ser inducida de actos realizados por el heredero, por ejemplo, la disposición de bienes contenidos en su hijuela.

## **6. Reforma de la partición**

La reforma de la partición aparece como un sucedáneo de la nulidad ya que, mediante ella, los defectos de la cuenta particionaria podrán salvarse sin llegar a su invalidación, reajustándolos, mediante la realización de una nueva partición.

A diferencia del pedido de nulidad, el cual se orienta a lograr la invalidación del acto, la demanda por reforma se apoya exclusivamente en principios de igualdad, por tanto, procede cuando se produce un desequilibrio en la igualdad de las hijuelas. Por ejemplo, cuando debe efectivizarse la garantía de evicción que se deben recíprocamente los herederos, o cuando se hallan incluido en la partición bienes inexistentes o ajenos al acervo sucesorio.

Como regla, la reforma debe obtenerse mediante la sustanciación de un proceso ordinario ante el juez de la sucesión (art. 4284, inc.2), salvo el consenso unánime de todos los herederos, y dado que existe un litisconsorcio necesario, esta acción de debe ser dirigida contra todos los adjudicatarios, prescindiendo de aquél, cuando simplemente se omitió la inclusión de algún bien o aparezca después de aprobada la cuenta. Se opina que esta hipótesis no supone la revisión de la partición, sino que se satisface con la inclusión en el haber sucesorio de los bienes omitidos y su posterior distribución, como si la partición hubiera sido parcial<sup>73</sup>.

## **7. Derechos de los terceros afectados por una partición fraudulenta:**

### **Acción revocatoria**

Una partición fraudulenta podía atribuir al coheredero insolvente una porción inferior de los bienes en perjuicio de sus acreedores personales. Es decir, es factible que aquél, sabiendo que lo que eventualmente le corresponda en esa sucesión pasará a manos de sus acreedores, se ponga de acuerdo con sus coherederos, para perjudicarlos.

Aparentemente, en la partición privada sería factible (art. 3462), perjudicándose así el acreedor, salvo que éste haya sido precavido y haya usado el remedio preventivo previsto por el art. 3465, el cual le brinda la posibilidad como tercero interesado de oponerse a que se haga una partición privada, y advierte que la partición debe ser hecha necesariamente judicial.

Pero si no hizo uso de este remedio, y así los coherederos convinieron en emplear este procedimiento para que al coheredero deudor, en la práctica, no reciba nada o reciba menos de lo que le corresponda, los acreedores personales pueden pedir la nulidad de la partición por fraude a sus derechos, estando legitimados activamente para ejercer la acción pauliana y obtener la revocación del acto perjudicial, cuando se den los requisitos establecidos en el art. 962.

Por tanto, la partición les es inoponible.

## **8. Competencia**

El juez competente para entender en la nulidad y reforma de la partición es el juez de la sucesión, esto es, el del último domicilio del causante.

## **G) CAPITULO VII: Créditos y deudas**

### **1. División de los créditos**

#### **1.1 Principio general**

Sabido es que producida la apertura de la sucesión y existiendo pluralidad de herederos, se opera una prolongación entre los elementos que constituyen el acervo hereditario; las cosas corporales pasan a integrar el objeto de la división, mientras que los créditos se dividen de pleno derecho entre los comuneros, desde el momento mismo de la muerte del causante, convirtiéndose cada uno de los coherederos en titular de la parte proporcional que le corresponde en cada crédito hereditario divisible.

El principio general está sentado en el art. 3485 el cual dispone: *“Los créditos divisibles que hacen parte del activo hereditario, se dividen entre los herederos en proporción de la parte por la cual cada uno de ellos es llamado a la herencia”*.

Es decir, los créditos se dividen de pleno derecho al tiempo de la muerte del causante, por ejemplo, producida la muerte del causante, quien era acreedor de \$1000, hay cinco herederos, por tanto, cada uno pasa a ser acreedor de \$200 desde ese preciso momento, pudiéndolos cobrar, ceder, embargar.

Sin embargo, este principio de la división de pleno derecho de los créditos al tiempo de la muerte del causante, presenta dos conflictos:

- 1) El primero de ellos es la posibilidad que tiene el partidor de atribuir la totalidad del crédito a uno de los herederos (art. 3471) frente a lo dispuesto en el art. 3503, que sienta que la partición tiene efectos declarativos y retroactivos, es decir lo que le ha tocado a cada uno, lo ha recibido directamente del causante desde el momento de su muerte, no teniendo derecho alguno en lo que le ha tocado a sus coherederos.

En el ejemplo anterior la pregunta sería: ¿cómo es posible que en virtud del art. 3471, el partidor pueda atribuir en la hijuela de uno de esos cinco herederos los \$1000 enteros, si dijimos que esos \$1000 se dividen de pleno derecho al tiempo de la muerte?. Por tanto, el interrogante sería: ¿de quien viene, del coheredero o del causante?.

Esta respuesta tiene fundamental importancia puesto que en el tiempo intermedio, que va desde la muerte del causante a la atribución, puede que haya habido pagos, compensaciones, embargos o cesiones realizadas entre los coherederos respecto a su cuota alícuota, y por el efecto retroactivo podrán borrarse todos los actos.

## **1.2 Teorías**

Para explicar esta cuestión, de cómo es posible que sentado el principio, en nuestro derecho, que los créditos se dividen de pleno derecho, el partidor pueda adjudicar la totalidad del crédito en la hijuela de uno, existen cuatro posturas distintas<sup>74</sup>:

- Teoría del efecto declarativo o retroactivo: Esta teoría da preeminencia al art. 3503 sobre el art. 3485, es decir, da preeminencia al efecto retroactivo sobre la división de pleno derecho, por lo tanto si en el ejemplo dado el partidor se le atribuye los \$1000 a uno solo de los herederos, se borrarán todos los pagos, compensaciones, cesiones,

embargos hechos durante ese tiempo intermedio, es decir esos actos le van a ser inoponibles a aquél que haya recibido el crédito.

- Teoría de la cesión: Esta teoría da preeminencia a la situación inversa de la anterior, es decir, al principio general de la división de pleno derecho (art.3485) frente al régimen de efecto declarativo y retroactivo (art. 3503). Sostiene que no puede borrarse el principio general de que los créditos se dividen de pleno derecho al tiempo de la muerte del causante, por tanto, cuando el partidor adjudica la totalidad a uno sólo, es en virtud de cesiones que han hecho los otros.

Consecuentemente si es una cesión, habrá que cumplir con las formalidades para que el deudor la conozca adecuadamente, es decir, la notificación al deudor cedido para que no se oponga y tome conocimiento de que debe pagar a uno de los coherederos (en este caso al adjudicatario).

Esta postura se diferencia de la anterior, en que aquí, serán oponibles a los pagos, las compensaciones, las cesiones y los embargos hechos en el tiempo intermedio; pero si se adjudicó la totalidad a uno, los coherederos (que quizás en el tiempo intermedio realizaron tales actos) le tienen que garantizar al adjudicatario el total. Es decir que, según esta teoría, la acción de garantía de la totalidad la tiene contra los coherederos, no respecto a los terceros.

En el ejemplo dado, si alguno de los coherederos ya cobró su parte porque el deudor de los \$1000 le pagó a uno \$200, el adjudicatario no puede ir contra ese deudor, sino que deberá accionar contra el coheredero que ha cobrado. Lo mismo en la cesión, embargo, compensación.

Además, esta teoría agrega que el art. 3503 se refiere a bienes materiales y, por ende, no resulta aplicable a los bienes inmateriales, como son los créditos.

- Teoría del efecto traslativo o atributivo: Las dos primeras teorías están dando preeminencia a un artículo sobre el otro.

Esta teoría hace aplicable a los artículos de manera sucesible, dividiendo en dos etapas:

- 1- En el período intermedio (desde la muerte del causante hasta la adjudicación) aplica el art. 3485.
- 2- En el período que va desde el momento de la adjudicación aplica el art. 3503.

Desde el punto de vista de los efectos, en la práctica, esta teoría es similar a la segunda. Interpreta que la atribución de la totalidad del crédito en la hijuela de uno de los coherederos, importa un verdadero acto de partición, consecuentemente en la primera etapa prima el art. 3485, es decir la división de pleno derecho, y por tanto, los pagos, compensaciones, embargos, cesiones hechos en el tiempo intermedio son válidos; y cuando aparece adjudicado a uno sólo, parece que hay cesión.

La diferencia con la anterior teoría es que en ella es fundamental el cumplimiento de las formalidades para que la cesión sea válida (notificación al deudor cedido y que no se oponga -art. 1459-), mientras que en esta teoría no hay que cumplir dichas formalidades. Aparece aquí la atribución de los porcentajes correspondientes hecha por los demás coherederos al adjudicatario de la totalidad.

- Teoría del efecto declarativo o retroactivo y del efecto traslativo o atributivo: Esta teoría, a diferencia de la anterior, aplica los artículos en forma simultánea. Sostiene la división de pleno derecho de los créditos está destinada a impedir dos cosas:

- 1) Que los deudores hereditarios dejen de cumplir con sus obligaciones mientras dura la indivisión.
- 2) Que ningún heredero cobre, perjudicando a los demás, la totalidad del crédito.

De allí, entonces, que diferencian entre efectos normales y efectos anormales.

- *Efectos normales*: son los pagos y las compensaciones; para éstos rige el art. 3485, y por tanto, le atribuye (por eso el nombre de la teoría) efectos atributivos o traslativos a tales actos, es decir, son oponibles.

En el ejemplo, si a uno le adjudican los \$1000, no podrá ir contra el tercero respecto al pago o compensación que haya hecho con alguno de los coherederos, pero si contra éste que cobró o compensó.

- *Efectos anormales* (excepcionales): son las cesiones y los embargos, para éstos rige el efecto declarativo o retroactivo que surge del art. 3503, por ende, tales actos son inoponibles al heredero adjudicatario, porque este efecto borra éstos actos realizados en el tiempo intermedio, pudiendo ir contra los terceros que han embargado o que han sido cesionarios, teniendo éstos acción contra el coheredero eventualmente cedente o que ha dado la garantía.

Coincido con esta postura, por cuanto considera que la división tiende a facilitar los pagos y las compensaciones, esto es, las operaciones normales, pero no las cesiones o embargos, es decir, los actos de disposición voluntaria o no comunes. Por ello, el art. 3485 debe aplicarse a las relaciones entre los coherederos y los deudores hereditarios, mientras que la vinculación entre éstos y sus cesionarios o embargantes, estarán regulados por el art. 3503.

El adjudicatario del crédito debe soportar las consecuencias de los pagos y de las compensaciones válidamente realizadas durante el estado de indivisión, pero podrá atacar los embargos y cesiones, que serán nulos e inoponibles.

No obstante, de todas las teorías la que ha tenido mayor recepción es la teoría de la cesión, es decir que considera que cuando se atribuye la totalidad del crédito a uno de los coherederos por partes del partidor, hay cesiones de parte de sus coherederos.

2) El segundo problema que acarrea la división de pleno derecho es el conflicto con la colación, pues aquel principio resultaría injusto cuando alguno de los coherederos ya ha recibido su parte durante la vida del causante por una donación que este le ha hecho, y así recibiría más que sus coherederos al sumársele su porción en el crédito; cuando lo lógico sería que nada cobre; por lo que las donaciones son susceptibles de colacionar.

No obstante, en la práctica, con esta división de créditos de pleno derecho se sigue llevando de más.

Por ejemplo si hubiera tres herederos y \$3000, pero uno de ellos ha recibido \$1000 en vida del causante, por tanto, cuando éste muere quedan \$2000 para dividir. Por lo que

si los coherederos no plantean la acción de colación se dividen los \$2000 en tres herederos, pero si la plantearán a los \$2000 se le sumarán los \$1000.

Pero el conflicto será que en esos \$2000 hay \$300 en crédito, que se dividen de pleno derecho, por lo que aquél que se llevo \$1000 en vida del causante se llevará, además, \$100 de crédito.

Y si el heredero que ha recibido esa donación en vida del causante, fuera insolvente, se presentará una doble colisión del heredero insolvente deudor de la colación frente a sus coherederos que están deseando nada reciba, y por otro lado de las relaciones de aquel con sus acreedores personales que, por el contrario, desearán que cobre su parte en los créditos, para así, poder cobrar.

En el ejemplo dado, se presentara una disputa entre los coherederos y los acreedores personales, por los \$100 de crédito.

Este problema se resuelve dando primacía al “primero que embarga”, ya sea los coherederos o, por el contrario sus los acreedores personales.

### **1.3 Consecuencias**

1) La principal consecuencia es la legitimación activa otorgada a cada heredero para reclamar el pago de su parte. Según el art. 3486: *“Desde la muerte del autor de la sucesión, cada heredero está autorizado para exigir, hasta la concurrencia de su parte hereditaria, el pago de los créditos a favor de la sucesión”*.

2) Correlativamente a esta facultad corresponde el derecho del deudor de liberarse válidamente de parte de la prestación. Según el art. 3488: *“El deudor de un crédito*

*hereditario se libra en parte de su deuda personal, cuando paga a uno de los herederos la parte que éste tiene en ese crédito”.*

- 3) Si el deudor del crédito cedido es uno de los coherederos, por aplicación de los principios generales, se producirá la confusión parcial en la medida de la parte que a él le corresponde. Según el art. 3494: *“La deuda que uno de los herederos tuviere a favor de la sucesión, lo mismo que los créditos que tuviere contra ella, no se extinguen por confusión, sino hasta la concurrencia de su parte hereditaria”.*
- 4) Respecto a terceros, cada comunero puede transmitir su derecho. Según el art. 3487: *“Todo heredero puede ceder su parte en cada uno de los créditos de la herencia”.*
- 5) Los acreedores del heredero están facultados para embargar su porción en el crédito y pedir que los deudores de esos créditos sean obligados a pagarlos hasta la concurrencia de esa parte. Según el art. 3489: *“Los acreedores personales de uno de los herederos pueden embargar su parte en cada uno de los créditos hereditarios, y pedir que los deudores de esos créditos sean obligados a pagarlos hasta la concurrencia en esa parte”.*

## **2. División de las deudas**

### **2.1 Principio general**

El art. 3417 dispone que los herederos suceden al causante en todas sus obligaciones y son deudores de todo lo que él era deudor. Si bien, el Código, en lo referente a la división de las deudas, no contiene una preceptiva de carácter general que declare la

división de las deudas, ha sentado en el capítulo pertinente, una serie de reglas (art. 3488, 3489, 3491 a 3496, etc.) que parten de un principio igual al adoptado en materia de créditos: *“las deudas se dividen de pleno derecho entre los herederos en proporción a la parte por la cual ha sido llamado a la herencia”*.

No hay solidaridad entre ellos; de tal modo que cada uno debe la parte que le corresponde y no tiene que cargar con la insolvencia de los demás (arts. 3491 y 3495).

Por ejemplo, si el causante debía \$1000 y eran 5 herederos, cada uno es deudor de \$200, y se libera de la totalidad pagando sus \$200, tanto es así, que si alguno de los coherederos es insolvente, la insolvencia no la cargan los demás herederos sino que la soporta el acreedor.

Desde un punto de vista de justicia, considero que el régimen del código es absolutamente injusto al hacer cargar al acreedor la insolvencia de algún coheredero, cuando primero deberían pagarse las deudas con la masa hereditaria, respetándose así el derecho del tercero a cobrar su acreencia y después heredar.

No obstante, se argumentará que el acreedor diligente pudo solicitar la separación de patrimonios u oponerse a la entrega de la hijuela al heredero (art. 3490) y con ello evitado todo perjuicio. Pero muchas veces la insolvencia se presenta inesperadamente; y además, la gente confiada y de buena fe no es amiga de interponer acciones judiciales, siempre molestas. De pronto se encontrará con que parte de su crédito se ha evaporado (por la insolvencia de uno de los herederos), mientras subsisten importantes bienes del causante en poder de los otros sucesores<sup>75</sup>.

## **2.2 Momento en que se produce la división de las deudas**

La formulación del principio es clara y categórica. No lo es, en cambio, en lo que se refiere al momento en que dicha división se produce y su determinación ha dividido la opinión de nuestra doctrina <sup>76</sup>:

- Según una opinión, la división se produce de pleno derecho en el instante mismo de la *muerte*, dando los siguientes argumentos:
  - 1) El art. 3491 dispone que cada uno de los herederos puede librarse de toda obligación pagando su parte en la deuda; por tanto, este derecho puede ejercerse antes de la partición, y habiendo pagado uno de los herederos la parte que le corresponde en la deuda, puede exigir la entrega de los bienes que le ha tocado en la partición (nota al art. 3475), lo cual revela que la división de las obligaciones se ha producido antes de la partición, ya que de lo contrario el acreedor podría rechazar el pago parcial (art. 742).
  - 2) Las fuentes citadas al pie del artículo se refieren a leyes y autores en los que se sostiene la división en el momento de la muerte.
- Una segunda opinión, sostiene que la división se produce cuando, por efecto de la *partición*, se ha hecho entrega a los herederos de sus partes hereditarias:
  - 1) El principal sustento de esta teoría es el art. 3490, que textualmente dice así: “*Si los acreedores no hubieren sido pagados, por cualquier causa que sea, antes de la entrega a los herederos de sus partes hereditarias, las deudas del difunto se dividen*

*y fraccionan en tantas deudas separadas cuantos herederos dejo, en la proporción de la parte de cada uno*”, lo que significa que la división se hace después que los bienes han sido entregados a los herederos y no antes según esta postura.

- 2) Si bien, consideran que el argumento fundado en el art. 3491 y la nota al art. 3475 son importantes, sostienen que más lo es el texto que trata específicamente la cuestión y establece el momento en que se opera la división; debiéndose admitir una contradicción entre ambas normas y preferir la solución que mejor resuelva los intereses en juego, llamando la atención que esta postura no se la adopte cuando un texto expreso y claro que así lo ordena.
  
- 3) Las fuentes citadas al pie del artículo no pueden invocarse en apoyo de la tesis contraria, puesto que si bien en ellas se trata de la división *ipso iure* de las deudas, en cuanto al *momento* en que ella se opera, Vélez Sarsfield se apartó claramente de esos antecedentes, ya que el art. 1220 del Código francés tiene una redacción muy distinta a nuestro art. 3490, y es natural, por lo tanto, que ante ese texto la doctrina francesa haya admitido que la división se produce en el momento de la muerte; sin embargo. No obstante, la doctrina y jurisprudencia francesas han encontrado formas de atenuación de los efectos de aquel principio, por lo menos en los que atañe al problema más grave, cual es la insolvencia de uno de los coherederos, diciendo que no obstante la división legal, la prenda genérica que existía a favor de los acreedores en vida del causante continúa después de su muerte, hasta la partición, existiendo de modo indivisible sobre la herencia entera.

Borda adhiere a esta postura, y sostiene que si se adoptará este momento, todos estos inconvenientes casi desaparecen, por lo menos en la mayor parte de los casos; entre la

muerte del deudor y la partición, corre un período bastante prolongado, durante el cual no importa que uno de los herederos caiga o no en la insolvencia, pues el acreedor se cobrará de los bienes sucesorios<sup>77</sup>.

Personalmente considero que si bien, se ha tratado de fundamentar este principio en lo dispuesto en el art. 3490, el mismo sirve para corroborar que el sistema del Código es el que las deudas se dividen de pleno derecho al tiempo de la muerte del causante, pues su redacción literal dice “*si los acreedores no hubieran sido pagados por cualquier causa que sea antes de la entrega a los herederos de sus partes hereditarias*”, con lo cual, está diciendo que la lógica es que hayan sido pagados antes de la partición. Por tanto, debe entenderse que las deudas se dividen de pleno derecho al tiempo de la *muerte* del causante y la insolvencia del heredero deudor la carga el acreedor (arts. 3491 y 3495).

### **2.3 Consecuencias de la división ipso iure de las deudas**

Ellas son:

- 1) Si muchos sucesores universales son condenados conjuntamente en esa calidad, cada uno de ellos será solamente considerado como condenado en proporción de su parte hereditaria (art. 3491).
  
- 2) La interdependencia entre las distintas prestaciones explica la regla sentada en el art. 3493, que dispone que la interpelación hecha por los acreedores de la sucesión a uno de los herederos por el pago de la deuda, no interrumpe la prescripción respecto de los otros.

- 3) Por otra parte, con notoria superficialidad, ya que no es más que una reiteración de lo establecido en el art. 694, el art. 3495 dispone que la insolvencia de uno o de muchos de los herederos, no grava a los otros, y los solventes no pueden ser perseguidos por la insolvencia de sus coherederos.
- 4) Los créditos que uno de los coherederos tuviera contra la sucesión se extinguen por confusión hasta la concurrencia de su parte hereditaria (art. 3494).
- 5) Cada uno de los herederos puede librarse de toda obligación pagando su parte en la deuda.

Si se aceptará que la división procede en el momento de la partición, parecería que hasta entonces el pago parcial no procede y que el acreedor podría rechazarlo.

No obstante considero que, si bien la regla general del art. 742 dispone que nadie puede ser obligado a aceptar un pago parcial, la división en la sucesión es un caso especial, con características propias, ya que la parte proporcional de la deuda debe ser el total definitivo de la obligación de ese heredero, por tanto se debe aplicar la regla de que la división es en el momento de la muerte, pudiendo desde entonces pagarla.

Es una justa solución, que pone a cubierto al que desea pagar, contra el riesgo de cargar con los intereses sobre la suma debida y los honorarios y gastos del juicio que eventualmente inicie el acreedor porque los coherederos no pagan.

- 6) La circunstancia de que una deuda haya sido adjudicada totalmente a la hijuela de uno de los herederos no desobliga a los restantes respecto del acreedor, cuyo derecho legal no puede ser alterado por los convenios de aquéllos (arts. 3497 y

3498). Es lógico que así sea, porque de lo contrario podrían los herederos adjudicar la deuda aun coheredero insolvente, defraudando al acreedor.

## **2.4 Legislación comparada**

La división *ipso iure* de las deudas en el momento del fallecimiento es un principio de tradición románica, difundido por la influencia del Código Napoleón. Resulta difícil comprender su lógica, y mucho menos su justicia. Lo prudente y honesto es pagar en primer término las deudas y luego repartir el excedente entre los herederos. ¿Por qué debe cargar el acreedor con la insolvencia de uno de ellos?. Es una solución irrazonable, que trastorna el orden jurídico y moral.

La legislación moderna ha reaccionado en forma general contra este sistema, asegurando ante todo el derecho de los acreedores.

Algunos códigos establecen el principio de que todos los herederos están obligados solidariamente al pago de las deudas hereditarias (suizo, art. 603; brasileño, art. 1796; español, art. 1084; portugués, art. 2115; alemán, art. 2058).

Los códigos alemán y mejicano (arts. 1759 y sigs.) organizan la liquidación de la herencia en forma tal de asegurar que primero serán pagadas las deudas y luego se hará la partición<sup>78</sup>.

## **2.5 Responsabilidad de los legatarios**

Los legatarios de cuota responden por las deudas del causante en proporción a su parte (art. 3499). Su responsabilidad es *intra vires*.

El Código brinda al acreedor una doble vía:

- contra el legatario por la parte que le corresponde pagar o
- contra los herederos prescindiendo de aquél, en cuyo caso los herederos tendrán luego acción contra el legatario de cuota por la parte que a éste le correspondía (art. citado).

La solución es lógica y los acreedores del causante deben cobrar antes que los legatarios indicados, los que a su vez deben contribuir en la forma que prescribe la norma.

En cambio los legatarios particulares no tienen ninguna responsabilidad por las deudas del causante. Empero, pueden ser obligados a contribuir a ellas si no alcanzase el haber sucesorio para pagarlas, en cuyo caso contribuirán en proporción del valor de sus respectivos legados (art. 3501).

Por ejemplo: el causante deja una herencia cuyo activo suma \$5.000.000; hace legados, uno de \$1.000.000 y otro de \$500.000 e instituye heredero a un extraño; además, deja deudas por \$4.000.000. En tal caso, el heredero nada recibe y lo que falta cubrir las deudas, es pagado a prorrata por los legatarios.

A los efectos de prevenir la insolvencia del legatario una vez que los herederos le han hecho entrega del legado y aquel no pueda contribuir con su parte en la deuda, el art. 3580 establece: *“Los herederos para sustraerse a las consecuencias de la insolvencia de los legatarios, pueden exigir de ellos el pago inmediato de la parte con la que deban contribuir a satisfacer las deudas de la sucesión”*.

Los legatarios de cuota si o si tienen que pagar. No así los legatarios particulares que no tienen que quedar más bienes en la sucesión (insolvencia de la sucesión), porque éstos tienen su responsabilidad subsidiaria y proporcional, *subsidiaria* porque sólo responden

si la sucesión es insolvente (no deben quedar más bienes en la sucesión) y si eso ocurre en *proporción* a la cosa legada (arts. 3501, 3796 y 3797), o limitada a su objeto recibido.

## **2.6 Cargas de la sucesión**

Denomínase cargas de la sucesión a las obligaciones que nacen con posterioridad a la muerte del causante, o como consecuencia de ella.

Son deudas aquellas que han sido anudadas por el causante durante su vida.

Las cargas de la sucesión integran el pasivo hereditario y gozan de privilegio, ya que son pagadas con preferencia a las deudas.

Caben dentro de su concepto, los gastos de sepelio, los de administración de la sucesión, honorarios de los abogados, apoderados, partidores, peritos, etc. (nota art. 3474).

El orden de privilegio es el siguiente:

- 1- Cargas
- 2- Deudas
- 3- Legítima (si existen herederos forzosos)
- 4- Legados

Con respecto a los gastos de sepelio, el privilegio surge del art. 3880, inc. 1º; con relación a los demás, originados en el juicio sucesorio, en el art. 3879, referente a los gastos de justicia hechos en interés de los acreedores. Es verdad que, estrictamente, algunas de esas funciones no tienen interés para los acreedores, que lo mismo podrían

cobrar sus créditos (por ej., administración, partición, etc.); pero la jurisprudencia ha hecho interpretación extensiva de aquella norma y les ha reconocido la prioridad.

También del punto de vista de los legatarios particulares interesa esta distinción: no contribuyen al pago de las deudas del causante sino en caso de que los restantes bienes no alcanzaren a pagarlas; en tanto que, tratándose de las cargas, deben contribuir en proporción de su legado porque son gastos hechos en interés común; a menos, claro está, que el testador haya dispuesto que se le entreguen libres de todo gravamen. Cabe hacer la excepción de los gastos de sepelio, que recaen solamente sobre los herederos<sup>79</sup>.

Proporción en que deben pagarse: Las cargas de la sucesión son soportadas por los herederos en proporción al interés que cada uno de ellos tuviera en la masa hereditaria - no en proporción de las porciones hereditarias (como ocurre con las deudas)- sino de lo que cada uno recibe en la partición.

La cuestión tiene importancia cuando alguno de los herederos debe colacionar. Por ejemplo si uno de los tres hijos del causante ha recibido en vida toda la parte que le corresponde en la herencia; mientras participa del pago de las deudas, en una tercera parte, no carga con los gastos del sucesorio. Es justo que así sea, porque él no recibe ningún beneficio por esos trabajos, y porque los honorarios deben calcularse con relación al patrimonio quedado a la muerte, no al conjunto, incluidos los bienes colacionados<sup>80</sup>.

## **2.7 Derecho de los acreedores de la sucesión**

El art. 3475 dispone que: *“Los acreedores de la herencia, reconocidos como tales pueden exigir que no se entreguen a los herederos sus porciones hereditarias, ni a los legatarios sus legados, hasta no quedar ellos pagados de sus créditos”*.

- Acreedores reconocidos o que poseen título auténtico: Por título auténtico debe entenderse no solamente un instrumento público, sino también privado, siempre que éste pueda servir de base para trabar un embargo. En cuanto al reconocimiento por los herederos, basta que éstos admitan la existencia del crédito aunque impugnen su monto<sup>81</sup>.

Sus derechos son los siguientes:

- 1) Pueden pedir la separación de patrimonios, cuando teman que la insolvencia de los herederos pueda perjudicarlo.
- 2) Si la herencia ha sido aceptada en forma no beneficiaria, pueden dirigirse también contra los bienes propios de los herederos (art. 3343).
- 3) Pueden iniciar la sucesión, pero previamente deben intimar a los herederos de acuerdo al art. 3314, pues si bien no son parte en el juicio sucesorio, pueden plantear en él todas las cuestiones que afecten a sus derechos, como la intimación a los herederos para que activen el trámite de la sucesión; sólo así el escrito inicial y los honorarios consiguientes son a cargo de la masa.
- 4) Pueden demandar a todos los herederos en conjunto y ante el juez de la sucesión, hasta que la partición se realice (art. 3284, inc. 4º), lo que facilita extraordinariamente su acción.

- 5) Los acreedores gozan contra el heredero de los mismo medios de ejecución que contra el difunto (art. 3432).
- 6) Finalmente, tienen derecho a impedir que se les entregue las hijuelas a los herederos y los legados a los legatarios, antes de ser pagados sus créditos (art. 3475). Es un recurso eficaz que la ley pone en sus manos para no dilatar el pago de sus acreencias.

Oposición de los acreedores de la sucesión a la entrega de los bienes: Dispone el art. 3475 que *los acreedores de la herencia, reconocidos como tales, pueden exigir que no se entreguen a los herederos sus porciones hereditarias, ni a los legatarios sus legados, hasta no quedar ellos pagados de sus créditos.* Es un recurso eficaz que la ley pone en sus manos para no dilatar el pago de sus acreencias.

La ley habla de acreedores *reconocidos*; en consecuencia, los que sólo tengan un crédito litigioso, no pueden hacer uso de este derecho. Pero si lo discutido no fuera la existencia misma del crédito, sino su monto, el acreedor podría hacer valer el privilegio del art. 3475 hasta el alcance de la deuda reconocida.

Aunque los restantes coherederos no hayan satisfecho sus partes, si un heredero hubiera pagado la suya en la deuda antes de la partición, puede pedir la entrega de su hijuela.

- Acreedores no reconocidos: Son aquellos cuyo derecho depende de una sentencia. Su situación es muy distinta de la que tienen los que poseen un título auténtico o que han sido reconocidos por los herederos. La ley no puede permitir que cualquier audaz interfiera en el juicio sucesorio o prive a los herederos del goce de sus bienes,

por el sólo hecho de presentarse invocando un crédito, que la ausencia de título presenta *prima facie* como problemático.

Ellos tendrán que iniciar su demanda en el juicio sucesorio; y sólo una vez obtenida sentencia de primera instancia estarán en la situación de los acreedores reconocidos. Empero, es preciso reconocerles la facultad de iniciar el juicio sucesorio cuando los herederos no lo han, pues de lo contrario se encontrarían en la imposibilidad de hacer efectivo su derecho<sup>82</sup>.

## **Conclusión**

En el presente trabajo, se ha intentado describir y caracterizar el instituto de "*La acción de partición*", cuya importancia radica en que ella implica una declaración de certeza respecto de la titularidad de los bienes, cumpliendo así una función de distribución y especificación; evidenciándose del articulado de nuestro código, como nota llamativa y distintiva, que todos los principios que regulan la partición (división en especie, división forzosa, adjudicación por sorteo) apuntan a la condición de igualdad, pues este principio rector de la partición puede observarse en diversas áreas, a saber:

- *en sus formas*: exigiendo en la partición privada requisitos que hacen un consentimiento justo, exento de vicios (presencia, capacidad y unanimidad), o en su defecto recurriendo a la vía judicial el cual constituye una garantía eficaz de que será respetada la igualdad, en virtud de que ella involucra a menores, ausentes, incapaces, es decir, personas que en alguna manera se hayan en inferioridad de condiciones, desprotegidos, en situación de desigualdad; así como también protege el interés legítimo que un tercero pudiera tener, así como los derechos de los herederos que no quisieran recurrir a la partición privada, evitándose así los errores posibles de la tasación y de que el partidor favorezca a determinados herederos.
- *en sus efectos*: instauro un régimen de seguridad y paz jurídica al adoptar el efecto declarativo y retroactivo, borrando así los actos realizados en el período de indivisión. No obstante, considero que la mejor solución es la que adopta el Derecho Germánico donde el problema está resuelto de manera más simple y

directa, los bienes indivisos no pertenecen a cada uno de los herederos, sino a la comunidad de modo tal que aquellos no pueden realizar ningun acto que los grave o disminuya.

- *en las garantías:* donde dicho principio prima sobre el efecto declarativo y así los coherederos se garantizan mutuamente.
- *en la causales de nulidad:* que tienden a proteger la igualdad y la justicia de la partición. Así también como la acción pauliana, la cual tiende a proteger los derechos de los acreedores.

A partir de este trabajo considero que si bien la regulación de este instituto en el código es ampliamente satisfactoria, en lo que hace a su esencia y reglas básicas, ya que en reglas generales funciona bien, es necesario reformar ciertos aspectos puntuales, a saber:

- 1) Me parecería apropiado incorporar nuevamente el instituto de la licitación (derogado por la ley 17.711), pues si el art. 3462 habilita a todos los herederos presentes y capaces, a recurrir a la partición extrajudicial, teniendo así la más absoluta libertad para partir, incluso para adjudicar bienes desiguales, no tendría sentido mantener la supresión de aquella pudiendo recurrir los herederos a este medio a fin de determinar el valor de los bienes, incluso la licitación privada (sin intervención judicial), teniendo valor como pacto hecho entre partes (art. 1197). Y a fin de lograr un precio justo, en el que todos ofrezcan un valor real y actual del bien, no solamente en el afán de obtenerlo, sino también en el temor de no lograrlo, deberían acompañar el pedido con las ofertas de los participantes en

sobre cerrado y agregando expresamente que el bien o bienes en cuestión, en su caso "Será adjudicado a quien ofrezca más, pero pagando el precio de quien ofreció menos", según lo que resulta de la apertura de los sobres que se realizará en la audiencia, de todo lo cual se labrará la correspondiente acta.

Solo sería improcedente recurrir a este medio ante la exigencia de alguno o algunos de los herederos.

- 2) Me parecería interesante derogar el art. 3471 el cual confiere la posibilidad al perito partidor de adjudicar la totalidad del crédito a uno de los herederos, en razón de que el principio en nuestra materia es la división de pleno derecho al momento de la muerte del causante y por tanto el mismo debe imperar, con lo cual terminarían los inconvenientes de los actos realizados en el período intermedio y las teorías que tienden a explicar tal situación.
- 3) Me gustaría al Código de forma de nuestra provincia reformar el art. 609 el cual al referirse a la designación del perito partidor acude, en caso de no lograrse la unanimidad, al propuesto por la mayoría, pues considero que el mismo constituye una anomalía, en razón de que el perito es un delegado del juez y por tanto debe ser imparcial. Y si se recurre a la voluntad de la mayoría fácilmente podría ocurrir que la adjudicación fuera injusta, pudiendo elegir los lotes formados con los bienes que desean, no siendo procedente el reclamo del afectado.
- 4) Además considero que nuestro Código Civil debería prever *soluciones expresas* en ciertos temas, como por ejemplo el conflicto entre el bien de familia y la legítima hereditaria; ajustar su *terminología*, por ejemplo el art. 3465 inc.c; *clarificar*

ciertos aspectos, como por ejemplo en materia de prescripción (adquisitiva) y *modificar* otros, como por ejemplo el art. 3491 (insolvencia del heredero).

## **Citas Bibliográficas**

- <sup>1</sup> Eduardo A. Zannoni, Manual de derecho de las sucesiones, Astrea, Bs. As. 1999, p.323.
- <sup>2</sup> Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.187.
- <sup>3</sup> Jorge O. Maffía, Manual de derecho sucesorio, Depalma, Bs. As. 1993, t.1, p.363.
- <sup>4</sup> José Luis Pérez Lasala, Derecho de sucesiones, Depalma, Bs. As. 1978, t.1, p.646.
- <sup>5</sup> José Luis Pérez Lasala, Derecho de sucesiones, Depalma, Bs. As. 1978, t.1, p.645.
- <sup>6</sup> José Luis Pérez Lasala, Derecho de sucesiones, Depalma, Bs. As. 1978, t.1, p.645.
- <sup>7</sup> Salvador Fornieles, Tratado de las sucesiones, Valerio Abeledo, Bs. As. 1931, t.1, p.261.
- <sup>8</sup> Jorge O. Maffía, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.95.
- <sup>9</sup> Jorge O. Maffía, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.96.
- <sup>10</sup> Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.193; Jorge O. Maffía, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.96; Eduardo A. Zannoni, Manual de derecho de las sucesiones, Astrea, Bs. As. 1999, p.345; Salvador Fornieles, Tratado de las sucesiones, Valerio Abeledo, Bs. As. 1931, t.1, p.262; José Luis Pérez Lasala, Derecho de sucesiones, Depalma, Bs. As. 1978, t.1, p.657.
- <sup>11</sup> Salvador Fornieles, Tratado de las sucesiones, Valerio Abeledo, Bs. As. 1931, t.1, p.259.
- <sup>12</sup> Eduardo A. Zannoni, Manual de derecho de las sucesiones, Astrea, Bs. As. 1999, p.339.
- <sup>13</sup> Jorge O. Maffía, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.90.
- <sup>14</sup> José Luis Pérez Lasala, Derecho de sucesiones, Depalma, Bs. As. 1978, t.1, p.660.
- <sup>15</sup> Jorge O. Maffía, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.92.
- <sup>16</sup> Jorge O. Maffía, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.93.

- <sup>17</sup> Eduardo A. Zannoni, Manual de derecho de las sucesiones, Astrea, Bs. As. 1999, p.347.
- <sup>18</sup> Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.188.
- <sup>19</sup> Jorge O. Maffía, Manual de derecho sucesorio, Depalma, Bs. As. 1993, t.1, p.363.
- <sup>20</sup> Eduardo A. Zannoni, Manual de derecho de las sucesiones, Astrea, Bs. As. 1999, p.325.
- <sup>21</sup> Jorge O. Maffía, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.80.
- <sup>22</sup> Jorge O. Maffía, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.84.
- <sup>23</sup> Eduardo A. Zannoni, Manual de derecho de las sucesiones, Astrea, Bs. As. 1999, p.330.
- <sup>24</sup> Jorge O. Maffía, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.84.
- <sup>25</sup> Jorge O. Maffía, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.85.
- <sup>26</sup> Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.190.
- <sup>27</sup> Jorge O. Maffía, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.86.
- <sup>28</sup> Jorge O. Maffía, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.103;  
Salvador Fornieles, Tratado de las sucesiones, Valerio Abeledo, Bs. As. 1931, t.1, p.266.
- <sup>29</sup> Jorge O. Maffía, Manual de derecho sucesorio, Depalma, Bs. As. 1993, t.1, p.377.
- <sup>30</sup> Eduardo A. Zannoni, Manual de derecho de las sucesiones, Astrea, Bs. As. 1999, p.351.
- <sup>31</sup> Jorge O. Maffía, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.106.
- <sup>32</sup> Jorge O. Maffía, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.106.
- <sup>33</sup> Eduardo A. Zannoni, Manual de derecho de las sucesiones, Astrea, Bs. As. 1999, p.350.
- <sup>34</sup> Jorge O. Maffía, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.107.
- <sup>35</sup> José Luis Pérez Lasala, Derecho de sucesiones, Depalma, Bs. As. 1978, t.1, p.667.

- <sup>36</sup> Jorge Walter Peyrano, Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe, Juris, Rosario 2000, t. 3, p.84.
- <sup>37</sup> Jorge Walter Peyrano, Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe, Juris, Rosario 2000, t. 3, p.88.
- <sup>38</sup> Jorge Walter Peyrano, Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe, Juris, Rosario 2000, t. 3, p.92.
- <sup>39</sup> Jorge O. Maffia, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.110.
- <sup>40</sup> Jorge Walter Peyrano, Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe, Juris, Rosario 2000, t. 3, p.104.
- <sup>41</sup> Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.199; Jorge Walter Peyrano, Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe, Juris, Rosario 2000, t. 3, p.106.
- <sup>42</sup> Jorge Walter Peyrano, Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe, Juris, Rosario 2000, t. 3, p.107.
- <sup>43</sup> Jorge Walter Peyrano, Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe, Juris, Rosario 2000, t. 3, p.108.
- <sup>44</sup> Jorge Walter Peyrano, Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe, Juris, Rosario 2000, t. 3, p.111.
- <sup>45</sup> Jorge O. Maffia, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.113; Eduardo A. Zannoni, Manual de derecho de las sucesiones, Astrea, Bs. As. 1999, p.362; Jorge Walter Peyrano, Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe, Juris, Rosario 2000, t. 3, p.112.
- <sup>46</sup> Jorge O. Maffia, Manual de derecho sucesorio, Depalma, Bs. As. 1993, t.1, p.383; Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.202.
- <sup>47</sup> Jorge O. Maffia, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.116; Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.200.

- <sup>48</sup> Jorge Walter Peyrano, Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe, Juris, Rosario 2000, t. 3, p.134.
- <sup>49</sup> Jorge O. Maffia, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.115; Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.201.
- <sup>50</sup> Jorge Walter Peyrano, Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe, Juris, Rosario 2000, t. 3, p.139.
- <sup>51</sup> Jorge O. Maffia, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.122; Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.203; Eduardo A. Zannoni, Manual de derecho de las sucesiones, Astrea, Bs. As. 1999, p.362.
- <sup>52</sup> Jorge Walter Peyrano, Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe, Juris, Rosario 2000, t. 3, p.165.
- <sup>53</sup> Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.205.
- <sup>54</sup> Jorge O. Maffia, Manual de derecho sucesorio, Depalma, Bs. As. 1993, t.1, p.389.
- <sup>55</sup> Jorge O. Maffia, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.131.
- <sup>56</sup> Jorge O. Maffia, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.133.
- <sup>57</sup> Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.206.
- <sup>58</sup> Jorge O. Maffia, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.139.
- <sup>59</sup> Jorge O. Maffia, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.142.
- <sup>60</sup> Jorge O. Maffia, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.143.
- <sup>61</sup> Jorge O. Maffia, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.145.
- <sup>62</sup> Jorge O. Maffia, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.147.
- <sup>63</sup> Jorge O. Maffia, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.149.
- <sup>64</sup> Jorge O. Maffia, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.149.
- <sup>65</sup> Jorge O. Maffia, Manual de derecho sucesorio, Depalma, Bs. As. 1993, t.1, p.393.
- <sup>66</sup> Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.209.

- <sup>67</sup> Jorge Walter Peyrano, Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe, Juris, Rosario 2000, t. 3, p.171.
- <sup>68</sup> Eduardo A. Zannoni, Manual de derecho de las sucesiones, Astrea, Bs. As. 1999, p.371.
- <sup>69</sup> Jorge O. Maffía, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.154.
- <sup>70</sup> Eduardo A. Zannoni, Manual de derecho de las sucesiones, Astrea, Bs. As. 1999, p.371.
- <sup>71</sup> Jorge O. Maffía, Tratado de las sucesiones, Depalma, Bs. As. 1982, t. 2, p.153.
- <sup>72</sup> Jorge Walter Peyrano, Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe, Juris, Rosario 2000, t. 3, p.172.
- <sup>73</sup> Jorge Walter Peyrano, Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe, Juris, Rosario 2000, t. 3, p.169.
- <sup>74</sup> Jorge O. Maffía, Manual de derecho sucesorio, Depalma, Bs. As. 1993, t.1, p.336.
- <sup>75</sup> Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.225.
- <sup>76</sup> Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.224; Eduardo A. Zannoni, Manual de derecho de las sucesiones, Astrea, Bs. As. 1999, p.295; Jorge O. Maffía, Manual de derecho sucesorio, Depalma, Bs. As. 1993, t.1, p.339.
- <sup>77</sup> Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.226.
- <sup>78</sup> Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.227.
- <sup>79</sup> Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.228.
- <sup>80</sup> Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.229.
- <sup>81</sup> Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.229.
- <sup>82</sup> Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997, p.231.

## **Bibliografía General**

- Eduardo A. Zannoni, Manual de derecho de las sucesiones, Astrea, Bs. As. 1999.
- Guillermo A. Borda, Manual de sucesiones, Perrot, Bs. As. 1997.
- Jorge O. Maffia, Tratado de las sucesiones, tomo 2, Depalma, Bs. As. 1982.
- Jorge O. Maffia, Manual de derecho sucesorio, tomo 1, Depalma, Bs. As. 1993.
- José Luis Pérez Lasala, Derecho de sucesiones, tomo 1, Depalma, Bs. As. 1978.
- Salvador Fornieles, Tratado de las sucesiones, tomo 1, Valerio Abeledo, Bs. As. 1931.
- Jorge Walter Peyrano, Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe, Juris, Rosario 2000.

## **INDICE GENERAL**

### **La acción de partición**

Resumen.....	1
Fundamento.....	3

### **A) CAPITULO I: Partición - Principios generales**

1. Concepto.....	5
2. Terminología.....	7
3. Precedentes.....	7
4. Caracteres.....	8
5. Oportunidad de solicitar la partición.....	8
6. Prescripción de la acción de partición.....	10
7. Legitimación activa para ejercer la acción de partición.....	13
8. Bienes excluidos de la partición.....	20
9. División en especie.....	27

### **B) CAPITULO II: Principio de la división forzosa de la herencia y sus excepciones**

1. Principio general.....	30
2. Supuestos de indivisión forzosa.....	32
2.1 Antecedentes de la ley 14.394.....	32
2.2 Los casos de indivisión forzosa en la ley 14.394.....	33

### **C) CAPITULO III: Formas de la partición**

1. Formas previstas.....	46
2. Partición extrajudicial y judicial en el Código Procesal .....	55
2.1 Partición extrajudicial.....	55
2.2 Partición judicial.....	57
- Inventario.....	57
- Avalúo.....	63
- Partición.....	68

### **D) CAPITULO IV: Efectos de la partición**

1. Las dos concepciones sobre los efectos de la partición.....	80
2. La concepción en el Código argentino.....	81
3. Origen histórico del principio.....	82
4. Teorías ensayadas para explicar el efecto declarativo.....	84
5. Efectos del carácter declarativo.....	85
6. Legislación comparada.....	86

### **E) CAPITULO V: Garantías**

1. Principio de igualdad.....	87
2. Garantía de evicción.....	88
2.1 Requisitos.....	89
2.2 Conocimiento del peligro de la evicción.....	91
2.3 Alcance de la garantía.....	91
2.4 Ejercicio de la opción por parte de los coherederos.....	93
2.5 Efectivización de la garantía.....	95
2.6 Distribución de la responsabilidad.....	96

2.7 Renuncia a la garantía.....	96
2.8 La garantía de los créditos.....	97
2.9 Prescripción.....	97
3. Vicios redhibitorios.....	98
3.1 Prescripción.....	100

**F) CAPITULO VI: Nulidad**

1. Clasificación.....	102
2. Régimen de impugnación de la partición.....	109
3. Legitimación activa de la acción de nulidad.....	110
4. Prescripción.....	111
5. Confirmación.....	111
6. Reforma de la partición.....	112
7. Derechos de los terceros afectados por una partición fraudulenta: Acción revocatoria .....	113
8. Competencia.....	113

**G) CAPITULO VII: Créditos y deudas**

1. División de los créditos.....	114
1.1 Principio general.....	114
1.2 Teorías.....	115
1.3 Consecuencias.....	120
2. División de las deudas.....	121
2.1 Principio general.....	121
2.2 Momento en que se produce la división de las deudas.....	123

2.3 Consecuencias de la división ipso iure de las deudas.....	125
2.4 Legislación comparada.....	127
2.5 Responsabilidad de los legatarios.....	127
2.6 Cargas de la sucesión.....	129
2.7 Derechos de los acreedores de la sucesión.....	130
Conclusión.....	134
Citas Bibliográficas.....	138
Bibliografía general.....	143