



**TEMA:** “Partición por ascendientes en el nuevo Código Civil y Comercial”

**ALUMNO:** Álvarez Caffa Érica Jaquelina.

**TITULO A OBTENER:** Abogado.

**FACULTAD DE ABOGACIA**

**UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA**

-OCTUBRE 2017-

AGRADEZCO:

A LOS QUE ESTUVIERON, A LOS QUE ESTÁN Y A LOS QUE ESTARÁN.

A DIOS, A MI FAMILIA, A MIS AMIGOS Y SERES QUERIDOS.

DEDICADO ESPECIALMENTE Y DESDE LO MÁS PROFUNDO DE MI

SER A LA MEMORIA DE MIS MENTORES

***“RICARDO, ALICIA Y SOFÍA”***

## RESUMEN:

El problema de investigación se cimienta en el área del Derecho Sucesorio y del acontecimiento puntual de la Partición.

El presente trabajo aborda a la institución de la “*Partición por Ascendientes*” según lo establecido en el Código Civil y Comercial vigente a la fecha.

La selección de la temática obedece al interés por la partición como elemento central y decisivo del proceso sucesorio según nuestro criterio y luego de la reforma.

Se trabaja en forma de embudo, de manera descriptiva, apelando a la parte histórica, a la parte exegética y a la normativa precedente como a la vigente; yendo desde la temática más amplia como lo es la “*Planificación Sucesoria*”, planteada en el Capítulo inicial, pasando luego por la “*Institución de la Partición*” en su aspectos generales en el Capítulo siguiente, ya que estos son de aplicación a nuestro tema puntual y terminando con el tema eje-troncal de todo nuestro trabajo como lo es la “*Partición por Ascendientes*” en el Capítulo final.

El trabajo aborda el proceso de la partición, con las diferentes alternativas que ocurren en el interior de este, así como identifica los distintos tipos de particiones que ocurren en el marco de la normativa vigente.

Nos ocupamos de resaltar durante todo el desarrollo del mismo, las diferencias y las similitudes producidas con la reforma del Código Civil y Comercial, como también tratamos de soslayar con ayuda de los criterios doctrinarios y jurisprudenciales esbozados hasta la fecha, las interpretaciones confusas o los vacíos legales que se originaron.

Demostramos que el tema que se aborda es de gran utilidad en la práctica y también indicamos a permanente interrelación que se da entre las tres instituciones descriptas como de genero a especie.

Asimismo se intenta observar los acontecimientos que rodean a la partición y como estos son muchas veces factores críticos en el momento de su aplicación en la realidad.

Como resultado de lo planteado anteriormente, trabajamos la temática relacionada con las decisiones que hacen a la planificación sucesoria y su importancia en la realidad actual.

## JUSTIFICACIÓN:

En nuestro trabajo trataremos el tema, *“La partición por ascendientes en el nuevo Código Civil y Comercial”*, porque entendemos que:

- Por un lado, lo actualmente normado difiere de lo derogado en algunas de sus partes y en otras por el contrario se complementan, ocasionando con ello imprecisiones, lagunas legales y diferencias de interpretación a veces insoslayables; y
- Por otro lado el tema nos remite permanentemente a la partición entendida en términos generales y si bien a continuación está abordado específicamente (tratando en distintos capítulos a la partición en forma general y a la partición por ascendientes), ello está realizado en forma escueta y por momentos contradictoria.

Para desarrollar el presente trabajo nos centraremos, en el Derecho Privado Nacional y tomaremos como base específicamente, la rama del Derecho Civil en Materia Sucesoria; teniendo en cuenta tanto el derecho precedente del derogado Código Civil (artículos 3279 a 3874), como el derecho vigente del Código Civil y Comercial (artículos 2277 a 2531).

Así como también tomaremos de guía, para establecer los distintos criterios que se dan en algunos temas puntuales, lo establecido en Doctrina y Jurisprudencia, debido a la novedad y la proximidad de la reforma que se produjo recién hace dos años.

## OBJETIVOS:

-A lo largo de este trabajo llevaremos a cabo los siguientes puntos u objetivos, a saber:

1. Describir a la partición en su marco conceptual, abarcando su aspecto etimológico y su aspecto jurídico, y también su aspecto general (partición) y su aspecto especial (partición por ascendientes);

2. Identificar a la Partición en general como a la Partición por Ascendientes, dentro del Código Civil derogado, como también dentro del Código Civil y Comercial vigente;
3. Analizar específicamente la legislación nacional vigente sobre el tema en investigación;
4. Comparar permanentemente, la legislación vigente, con la legislación derogada, referida al tema en debate, para poder establecer las similitudes y las diferencias ocasionadas; y
5. Evaluar la entrada en vigencia de la Partición por Ascendientes y su aplicación en la práctica como una de las formas de planificación sucesoria (la cual desarrollamos en el cuerpo del trabajo), que se estableció con la legislación actual.

#### MARCO TEÓRICO:

En el trabajo que presentamos, abarcamos el tema “*La partición por Ascendientes en el nuevo Código Civil y Comercial*”, teniendo en cuenta, su regulación en el ámbito nacional actual y en el precedente, como así también su inclusión dentro del nuevo instituto de la planificación sucesoria.

Podemos decir que la palabra partición epistemológicamente es un término, que procede del vocablo latino “*partitio*”: el cual significa “división”. Sus componentes léxicos son: par, partis (parte), más el sufijo-ción (acción y efecto), que nos permite nombrar a la “*división o el repartimiento de algo*”.

Haciendo un poco de historia diremos que, la palabra partición fue creada en el *Derecho Romano*, el cual entendió que la misma 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”.*<sup>1</sup>

Citando a uno de los tantos juristas que trataron el tema en la actualidad como históricamente, podemos decir 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”** (Guillermo A. Borda, 1997,187).

Con respecto a nuestro Derecho Civil, es menester aclarar que: ni en el derogado Código Civil como en el vigente Código Civil y Comercial, se establece una definición general de partición y es por ello que debemos recurrir a las definiciones doctrinarias que se realizaron al respecto.

***¿Qué entendemos específicamente con respecto al instituto de la Partición?***

En relación a esto podemos establecer que desde el punto de vista jurídico, la partición, significa: el acto en cuya virtud se pone fin al estado de indivisión y a raíz del cual la parte alícuota que tiene cada heredero sobre el total de los bienes relictos se transforma en una porción concreta, físicamente determinada, y de exclusiva propiedad del heredero a quien ha sido adjudicada, previa ejecución de un conjunto de actos complejos (entre ellos inventario, valuación, adjudicación e inscripción de las respectivas hijuelas) que deberán llevarse a cabo teniendo en mira la igualdad cuantitativa y cualitativa respecto de cada uno de los herederos. Finalizando de este modo la comunidad hereditaria o estado de indivisión.

Una vez explicado el término general de “La partición” debemos preguntarnos:

***¿Qué significa y en qué consiste la partición por ascendientes?***

---

<sup>1</sup> José Luis Pérez Lasala, (1978, t.1, p. 645), “Derecho de sucesiones”, Buenos aires: Depalma.

Primeramente y antes de adentrarnos en el tema, debemos aclarar que la misma tiene con la primera una relación de género a especie.

Ahora si podemos comenzar diciendo que la partición por ascendientes, es una institución de larga tradición jurídica, la cual consiste en el derecho que tienen los padres o demás ascendientes, de distribuir los bienes de la herencia entre sus descendientes, antes de su muerte.

Tiene sus antecedentes en el Derecho Romano y la posterior regulación de Las Partidas; estos también lo fueron del Código Civil Francés de 1804 en el cual se inspiró nuestro Código Civil.

Se encuentra, regulado en el Código de Napoleón, el cual dedica el capítulo VII del título II del libro tercero a la partición realizada por los ascendientes. En Francia, por ejemplo, la partición donación ha tenido mucha difusión, favorecida por un importante descuento sobre el impuesto a la herencia; cuestión que no pasa en nuestro derecho.

Por otra parte, en España y en Italia la figura no tiene un tratamiento específico.

Avocándonos nuevamente en nuestro derecho debemos mencionar que, el Código Civil derogado (artículos 3514 a 3538) regulaba la partición realizada por los ascendientes, pero sin distinguir cómo fuera realizada, ya sea por donación o por testamento.

Fue entonces que la doctrina se ocupó de señalar las diferencias y los elementos comunes a las mismas, marcando la necesidad de un tratamiento separado.

El artículo 3514 del Código Civil establecía que *"El padre y madre y los otros ascendientes, pueden hacer, por donación entre vivos o por testamento, la partición anticipada de sus propios bienes entre sus hijos y descendientes"*.

Por su parte, el Código Civil y Comercial, regula en el capítulo 7 del título VIII del Libro Quinto, la partición por los ascendientes, previendo las dos alternativas, la partición mediante la donación de los bienes a los hijos, o la inclusión de la partición en el testamento.

En el nuevo régimen, (sustancialmente semejante al del Código Civil y tomado, a su vez, del Código de Napoleón), se introducen algunas novedades y se plantean ciertas dudas de interpretación y de conciliación con otras figuras del Código Civil y Comercial que procuraremos analizar y despejar en el presente trabajo.

Por último y para cerrar el trabajo, nos cuestionaremos:

***¿Cómo se aplica la partición por ascendientes en la práctica?***

Es aquí, donde entra en juego lo que actualmente conocemos como “*Planificación sucesoria*”; donde la partición por ascendientes es una de las formas para llevarla a cabo (como podemos apreciar también hay entre ellas una relación de genero a especie).

Solamente como para tener una noción de a que nos referimos cuando hablamos de planificación sucesoria, podemos decir que:

-En su acepción vulgar, planificar significa “*hacer plan o proyecto de una acción*”, es decir, ordenar el futuro a través de la articulación de un conjunto de conductas o de un conjunto de acciones; y

-Trasladando este concepto al ámbito de la planificación sucesoria, vemos que por medio de la misma se busca articular un conjunto de medidas o de acciones, con vistas a evitar los conflictos que puedan sobrevenir a la muerte de una persona.

En síntesis, la Planificación Sucesoria consiste en: *Tomar los asuntos de la vida teniendo en cuenta la posibilidad del retiro y la certeza de la muerte.*

Podemos reconocer diferentes clases o especies de planificación sucesoria, atendiendo a la función práctica a la que está llamada a cumplir y una de estas clases está dada por la partición por ascendientes (tema relevante en nuestro trabajo).

Por último, es menester aclarar que durante todo el trabajo realizado, hicimos una comparación permanente entre el derecho derogado y el derecho vigente en el ámbito nacional y que si bien el mismo está dividido en capítulos, debido a su interrelación los

mismos pueden leerse ordenados y desordenados, de derecho y de revés, que igualmente serán comprendidos por el lector; debido a la permanente conexión que existe entre los temas tratados a saber: planificación sucesoria, partición en términos generales y partición por ascendientes.

## **CAPÍTULO I**

### **“LA PLANIFICACIÓN SUCESORIA EN EL DERECHO ARGENTINO”**

**SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.-REGULACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. 3.- ASPECTOS GENERALES: 3.1- CONCEPTO; 3.2-DISTINTOS TIPOS: “EL OBJETO”; 3.3-MODOS Y MOTIVOS POR LOS CUALES SE LLEVA A CABO; 3.4-QUIENES PUEDEN HACERLA: “LOS SUJETOS”; 3.5-QUE ESTÁ PERMITIDO Y QUE NO LO ESTÁ: “PACTO SOBRE HERENCIA FUTURA Y EXCEPCIONES”.**

## **1.-INTRODUCCIÓN:**

Sabemos que el futuro es mayormente incierto, sin embargo hay cosas que sí podemos prever, al menos en algunos aspectos relacionados con las consecuencias de nuestra muerte, y así disponer, lo que queramos que ocurra cuando ya no estemos.

La opción es nuestra, podemos no hacer nada y cuando nos toque fallecer, la sucesión igualmente se producirá y será la ley quien se ocupe de establecer cómo hacerlo; esto sabiendo que no necesariamente la misma respetará nuestra voluntad. Este es un riesgo que corremos a conciencia y actualmente, según nuestro parecer, sin necesidad.

La planificación sucesoria es utilizada como una herramienta de previsión familiar y como tal incluye aspectos tanto patrimoniales como extra-patrimoniales.

Bien sabemos que tenemos todo el derecho del mundo de disponer lo que queremos que ocurra con nuestros bienes y otras cuestiones, como por ejemplo reconocer un hijo post mortem, al menos dentro de un margen que nos permite la ley, que en la actualidad es bastante amplio.

Generalmente, la persona de cuya sucesión se trata, interesada por planificar su sucesión, acomodará las cosas para hacer una distribución lo más justa posible, procurando facilitar el traspaso y minimizando conflictos sucesorios, que tantas veces surgen en el seno familiar.

Si bien no es fácil hablar del tema y menos aún lo es plasmarlo por escrito y por medio de profesionales (por ello es que siempre todos o la gran mayoría tenemos una excusa para postergarlo o a veces ni siquiera se nos ocurre pensarlo), nos urge cada vez más la necesidad de involucrarnos y soslayar futuros conflictos que son en su mayoría previsibles y evitables;

Es conveniente que a la planificación sucesoria la llevemos a cabo basándonos en una organización consciente y terminante de nuestro patrimonio y así como correlato evitar o evitarles futuros inconvenientes a nuestros afectos.

A nadie le es grato pensar en su propia muerte y actuar en consecuencia, pero la experiencia nos demuestra que luego de atravesar el difícil momento de hacerlo y tomar las medidas pertinentes, se experimenta un gran alivio y una sensación de paz, no solo por haber hecho las cosas en tiempo y forma, sino también, porque al dejar de pensar en uno mismo, poniéndonos en el lugar de la personas involucradas, el fin logrado es la tranquilidad no solo económica sino también espiritual de los beneficiarios.

Uno de los grandes beneficios de la planificación sucesoria es que se puede hacer no solo anticipadamente a la muerte, sino también, gozando de un estado físico y psíquico acorde y no tener que llevarla a cabo, por el contrario, al momento de padecer una enfermedad terminal o cuando ya existe un marcado deterioro psíquico.

Todo esto dicho sin tener en cuenta que en esos casos, anteriormente ejemplificados, puede ser ya tarde para realizar la planificación, porque para llevar a cabo la misma, se requiere una total capacidad civil para hacer actos jurídicos.

Algunas de las tantas cosas que tenemos que tener en cuenta al realizarla son: escuchar nuestra historia familiar, nuestro deseo y también hacernos distintas preguntas sobre por ejemplo: *¿Qué quisiéramos que pase con los bienes cuando ya no estemos?; ¿A quién/es consideramos que hay que proteger más?; ¿Qué bien/es componen nuestro patrimonio?;* entre otros interrogantes que puedan surgir según el caso.

La Planificación Sucesoria permite evitar o abordar anticipadamente posibles conflictos vinculados con la sucesión, considerando las expectativas de cada familiar (futuro sucesor). Es por esto que al realizar la misma debemos evitar: planificar en exceso y sin flexibilidad, así como, regular muy poco y dejar todo librado al azar. La misma, tiene que ser fruto de un proceso racional y reflexivo para así obtener los resultados esperados.

Con respecto a la forma en que tiene que hacerse, sabemos que para que tenga valor legal, por un lado, se debe implementar por escrito y cumplir varios requisitos, según el tipo de disposición testamentaria u otras con efecto similar (ej. la donación con reserva de usufructo) y por el otro, el plan sucesorio debe estar expresado en términos sencillos, debe ser entendible y realista. Más allá de lo dicho, en base a la forma, el modo de llevarla a cabo dependerá de cada caso en particular; aunque teniendo en cuenta parámetros generales se podría realizar en los siguientes pasos:

1. En primera instancia, recoger la información pertinente al caso específico (por distintos medios informáticos y otros);
2. Luego, hacer un análisis del estado de los títulos de propiedad de los bienes;
3. Seguidamente, confeccionar un análisis detallado y lo más específico posible de la situación familiar;
4. Brindar las distintas alternativas posibles, con sus ventajas y sus desventajas (búsqueda del consejo legal); y
5. Por último, la concreción de los instrumentos aconsejados o elegidos por el consultante, obviamente con la intervención de los profesionales que sean necesarios (abogados, contadores, escribanos). Ello dependerá de lo que requiera cada caso.

A modo de conclusión y ya adentrándonos en el tema que nos convoca, podemos decir que ahorrar en planificación cuesta caro, nos basta con la experiencia de recorrer cualquier juzgado civil y ver los conflictos entre herederos, que muy probablemente se habrían evitado, de haberse tomado las medidas necesarias y con la antelación correspondiente.

Tenemos que ponernos a pensar y hacer el ejercicio de calcular *“el costo que trae aparejado el no hacer nada”*.

## **2.-REGULACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN:**

Haciendo un poco de historia, nos vamos a remontar al año 1995, en esos tiempos, la palabra “*planificación*” no estaba en el léxico de los argentinos; sino que nos basábamos en la improvisación e íbamos haciendo a medida que las cosas iban sucediendo o aconteciendo.

El solo hecho de mencionar o hacerse la idea de implementar o llevar a cabo una “*Planificación Sucesoria*” provocaba todo tipo de excusas y defensas, tales como: que todavía no era el momento, que habría que verlo a su tiempo y otras frases por el estilo.

La llegada de la crisis de los años 2001/2002 a la Argentina y la manera en que salimos a flote como sociedad, hizo que cambiemos en gran medida este pensamiento y modo de actuar, ya que resultó evidente que el método de la improvisación permanente ya no era sustentable y que había que hacer las cosas de una manera diferente.

Es por eso, que en el Siglo XXI la planificación sucesoria, tomó un auge que antes jamás había tenido en nuestro país.

Por todo lo expuesto anteriormente es que en el año 2015 el concepto de planificación sucesoria forma parte de las pautas del nuevo Código Civil y Comercial y que dicha incorporación, se encuentra motivada en la importancia que reviste la planificación de la transmisión hereditaria, constituyéndose la misma “en un certero mecanismo de prevención” (tomando como referente la realidad social y económica de nuestros tiempos).

### **3.-ASPECTOS GENERALES:**

A continuación expondremos los distintos aspectos generales que hacen a la figura de “*La Partición*”; estos son de suma importancia ya que se aplican, todos o casi todos, a el tema especial de la partición por ascendientes (por la relación que hay entre ellas de género a especie) y además porque nos permite hacer hincapié en las similitudes y diferencias que se produjeron luego de la reforma del Código Civil y Comercial (uno de los objetivos puntuales de nuestro trabajo).

### **3.1-CONCEPTO:**

Definida por *Leonardo Glikin* como *“El proceso que permite una transmisión hereditaria basada en los deseos e intereses del heredante y la protección de las necesidades de su entorno afectivo, en un marco de equidad”*.<sup>2</sup>

En su acepción vulgar, planificar significa "Hacer plan o proyecto de una acción", es decir, ordenar el futuro a través de la articulación de un conjunto de conductas o de un conjunto de acciones; trasladando este concepto al ámbito de la planificación sucesoria, vemos que por medio de la misma se busca articular un conjunto de medidas o de acciones, con vistas a evitar los conflictos que puedan sobrevenir una vez acaecida la muerte de una persona.

-La planificación sucesoria, es un proceso que requiere:

-La intervención de un consultor que genere confianza y recoja explicaciones y datos de los interesados;

-Una práctica interdisciplinaria donde es conveniente que intervengan, según el caso distintos profesionales como por ejemplo: abogados, contadores, escribanos, psicólogos, asesores de seguros y asesores financieros, entre otros; y

-Que no sea un acto de autoridad del heredante sino que implique la percepción de las expectativas y capacidades de los sucesores y la búsqueda permanente de consenso con ellos.

En síntesis debe consistir en un conjunto de pasos adecuados para una mejor transmisión del patrimonio y siempre llevarse a cabo teniendo en cuenta *"un caso concreto"*. Por otro lado debe requerir de un análisis minucioso que nos permita alcanzar uno o varios objetivos, priorizando los intereses y las necesidades del entorno afectivo y llevándose a cabo siempre dentro del marco de la equidad.

---

<sup>2</sup>Glikin, Leonardo (2011, p.214 y stes.) *“El arte de dejar la empresa sin dejar la vida”*, Buenos Aires: Errepar

### **3.2-DISTINTOS TIPOS: “EL OBJETO”**

Podemos reconocer diferentes clases o especies de planificación sucesoria, atendiendo a la función práctica a la que la misma está llamada a cumplir.

Solo a título informativo y a continuación vamos a explicar brevemente cada una de dichas modalidades y luego en el recorrido de nuestro trabajo, haremos hincapié en la clase de planificación sucesoria que específicamente nos convoca, que es la partición por ascendientes de manera anticipada.

-Las distintas especies o clases de planificación sucesoria son:

#### **a)-Planificación con fines de partición y/o indivisión:**

Este tipo de planificación sucesoria se aplica para partir o mantener indiviso los bienes del acervo hereditario; son ejemplos de ella: el caso previsto en el artículo 3514 del Código Civil que da cuenta de la partición por ascendiente que puede materializarse a través de una donación o de un testamento; o el supuesto establecido en la ley 14.394, cuyo artículo 51 admite específicamente que el causante se encuentra autorizado a imponer una indivisión hereditaria con el límite temporal de 10 años, plazo que puede extenderse o excepcionarse frente a circunstancias especiales.

#### **b)-Planificación con fines de mejorar a un heredero forzoso:**

La utilización de esta figura es escasa entre nosotros, pese al conjunto de mecanismos a través de los cuales puede concretarse, sea a partir de un testamento o mediante pactos sobre herencia futura.

Se trata de un instituto útil, por cuanto la realidad social nos muestra que no siempre todos los herederos deben ser merecedores del mismo trato, por lo cual se justifica que el causante pueda quedar habilitado para hacer discriminaciones o fraccionamientos que puedan atender a la concreta conformación de una determinada estructura familiar;

#### **c)-Planificación con fines de administración a favor de un heredero forzoso:**

Esta clase de planificación se ve plasmada en la necesidad de resguardar o proteger a ciertos herederos, que por minoridad o insania se encuentran en una situación de debilidad a la cual el causante quiere considerar de modo particular; nuestro ordenamiento jurídico brinda un conjunto de herramientas, presentes en el Derecho Sucesorio y en el Derecho Contractual, que persiguen planificar estrategias adecuadas para cada caso en particular (por ejemplo, a través de la realización de un fideicomiso);

**d)-Planificación con fines de beneficiar a un extraño:**

Aquí se persigue garantizar un destino específico a ciertos bienes del acervo; sería el caso, donde se sitúan las donaciones a favor de instituciones benéficas o para desarrollar o potenciar emprendimientos culturales.

**e)-Planificación con fines de creación de instancias eficaces de autocomposición o heterocomposición de conflictos sucesorios:**

Sería cuando por ejemplo, se incorpora en el testamento un mecanismo tendiente a establecer procedimientos de composición de futuras disputas.

Lo que se busca, mediante este tipo de planificación sucesoria, es recurrir a mecanismos eficaces, menos costosos y más ágiles;

**f)-Planificación con fines de transmisión de la empresa familiar:**

En este caso se planifica para concretar una trasmisión no traumática de los emprendimientos familiares; este tipo constituye un tema de estudio e interés en el último tiempo y es considerado principalmente desde la perspectiva del Derecho Societario, pese a su directa filiación con el Derecho Contractual y el Derecho Sucesorio.

Existe cierto prejuicio en creer que la planificación constituye una estrategia aplicable y útil para las grandes sucesiones, por el contrario nosotros estimamos que se trata de un instrumento valioso al que se puede acudir no sólo para resolver los problemas que suscitan las transferencias mortis causa de dichos patrimonios, sino también el de las pequeñas sucesiones, como podría resultar en el caso de la donación del único inmueble de titularidad del causante donde pueda compensarse con bienes muebles o dinero entre los diferentes coherederos.

La planificación sucesoria representa una temática amplia y rica, que atrapa a una extensa gama de situaciones, para las cuales el ordenamiento jurídico brinda muchas alternativas; estas exceden a nuestro trabajo y debido a ello solo nos limitamos a explicarlas brevemente por su relación con nuestro tema principal.

### **3.3-MODOS Y MOTIVOS POR LOS CUALES SE LLEVA A CABO:**

Con respecto al o a los “**MODO/OS**” de realización de la misma, tenemos que aclarar que no es necesario que la planificación sea total, tajante y que verse sobre todos los bienes y/o relaciones jurídicas transmisibles, por el contrario, se pueden ir haciendo previsiones más simples (como por ejemplo: contratar un seguro de vida) y luego con más tiempo ir previendo con cautela y detalle, una vez configurada una situación más definitiva (por ejemplo, en el caso de que ya se tengan hijos adultos, donde uno tiene un perfil ya definido, se encuentre eventualmente divorciado y otro por el contrario, este en pareja, etc.).

En la práctica, generalmente la planificación se limita a poner los bienes a nombre de los futuros herederos y no siempre esto es lo que conviene; esta versión rápida de la planificación termina, casi siempre y a modo de ejemplo, con los padres pidiendo a sus hijos para poder aprovechar algo del patrimonio que ellos mismos crearon.

Si bien no hay que aferrarse a los bienes materiales hasta el último día de vida, tampoco hay que anticipar demasiado la herencia, de modo que se termine perdiendo la libertad de gozar del propio patrimonio; ni uno ni el otro extremo son aconsejables.

Alguno de los actos patrimoniales y extra-patrimoniales, que pueden ser realizados mediante la planificación sucesoria son:

- Conservar y aumentar el patrimonio;
- Evitar los conflictos entre los herederos;
- Designar un Albacea que se ocupe de que la voluntad del testador sea cumplida en su momento;

- Designar anticipadamente un abogado de su confianza que vaya a tramitar su sucesión y hasta pactar de manera anticipada los honorarios que va a cobrarle el mismo a los herederos por su función;
- Constituir un fideicomiso para que se administre su patrimonio;
- Determinar si le conviene testar o no, y en su caso, de qué modo y cómo va a partir los bienes entre los herederos para así evitar futuros conflictos;
- A nivel extra-patrimonial, por ejemplo: se puede otorgar un poder a algún familiar para que tome decisiones médicas, si uno no estuviera en condiciones de hacerlo personalmente o redactar su testamento vital, detallando cuáles son los tratamientos que no autoriza que le hagan en casos de enfermedad terminal, a fin de tener una muerte digna, etc.;
- Designar tutor para hijos menores o curador para hijos con capacidad restringida;
- Realizar un manifiesto de instrucciones sucesorias, como por ejemplo: sobre si desea ser cremado, si desea ser enterrado en algún lugar en especial, etc.;
- Reconocer hijos que por diversas razones no se reconocieron en vida (por ejemplo: por ser sacerdote o por estar casado);
- Entre otros.

Con respecto al o a los “**MOTIVO/OS**” que se tienen en cuenta al realizar la misma, podemos decir a grandes rasgos que consisten en: proteger el patrimonio; transmitirlo en el momento que corresponda; que esa transmisión de bienes no se vea expuesta a impugnaciones legales entre los herederos; evitar en la medida de lo posible los conflictos familiares; etc.

En relación a lo anteriormente expuesto cabe mencionar que el más importante de todos los motivos y sobre el cual versan el resto de los mismos es “*La incertidumbre que se ocasiona respecto de la extensión de la propia vida*”. Así las cosas podemos establecer, parafraseando al autor Leonardo Glikin, que: “*La Planificación Sucesoria consiste en*

*tomar los asuntos de la vida teniendo en cuenta la posibilidad del retiro y la certeza de la muerte”<sup>3</sup>.*

Actualmente las posibilidades de sobrevivida de las personas son tan significativas que es necesario pensar qué ocurriría con los seres queridos en caso de una muerte prematura y también cuáles serían las consecuencias tanto para los seres queridos como para cada uno de nosotros, en el caso de una vida muy prolongada.

Lo que más riesgo genera a la unidad familiar es que el reparto se dé sin ningún criterio ni razón y sólo por impulsos, produciéndose como correlato a este tipo de actitudes una fuerte competencia entre los potenciales herederos, que nos lleva a centrar la atención en lo meramente material sin darle importancia o dejando de lado lo afectivo o emocional.

Para evitar lo dicho anteriormente al momento de realizar la planificación y que esa acción no derive en conflictiva, tenemos que tener en cuenta los siguientes fundamentos: mantener la igualdad, instaurar la equidad, dar en relación al mérito, dar en relación a la necesidad, dar por compensación, dar por identificación, entre otros.

### **3.4-QUIENES PUEDEN HACERLA: “LOS SUJETOS”**

En términos generales podríamos decir que: *Todos aquellos que tengan un patrimonio, una familia, un entorno afectivo y el deseo de dejar organizado en vida, lo que pasará con todo eso cuando muera y así poder vivirlo tranquilo en el aquí y ahora.*

Sin embargo, y hablando más específicamente, hay algunos casos donde se hace imprescindible consultar a un planificador sucesorio, y son por ejemplo:

- a) Aquella persona/as que está/n por comprar o vender un bien importante;
- b) Quien/es está/n por casarse o divorciarse;
- c) Los que comienzan una convivencia de hecho o quienes ya están conviviendo;

---

<sup>3</sup>Glikin, Leonardo, (1995) “Pensar la Herencia” Buenos Aires: Emecé.

- d) Las familias ensambladas;
- e) Si existe algún miembro de la familia que tiene alguna discapacidad;
- f) Al producirse el nacimiento de un hijo;
- g) Cuando existen adultos que son de la tercera edad o están enfermos;
- h) Al iniciar un negocio con otra persona o formar una sociedad;
- i) Cualquier empresario o profesional independiente que lo estime oportuno;
- j) Los cónyuges y los hijos de estos;
- k) Toda persona que necesite asesoramiento profesional especializado para lograr sus objetivos de previsión del futuro y evitar conflictos según su realidad personal, patrimonial y familiar;
- l) Entre otros casos.

### **3.5-QUE ESTÁ PERMITIDO Y QUE NO LO ESTÁ: “PACTO SOBRE HERENCIA FUTURA Y EXCEPCIONES”**

Empecemos por establecer que se entiende por “*Pacto sobre Herencia Futura*”: ***A todo contrato o sea acuerdo de voluntades, cuyo objeto es todo o una parte de una herencia que aún no se ha deferido.***

El artículo 1175 del derogado Código Civil prohibía el pacto sobre herencia futura<sup>4</sup> por las razones expuestas por el legislador.<sup>5</sup> Concordantemente, no se permitía la transacción sobre los derechos eventuales a una sucesión ni sobre la sucesión de una persona viva (artículo 848 del Código Civil).<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Artículo 1175: “No puede ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate; ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares”.

<sup>5</sup> El Código de Justiniano, en su Libro II, Título III, Ley 30, establecía que: “Los pactos sobre herencia o cosa de herencia futura son nulos, salvo aquiescencia del causante que persista hasta su muerte”. Esta norma derivaba del principio que establecía que “un hombre vivo no puede tener herederos”.

<sup>6</sup> El artículo 1449 del Código Civil seguía la misma línea ideológica, tratando la cesión de créditos; en lo referente a aceptación y repudiación de herencias, se plasmaba en los artículos 3311 y 3312.

El mismo *Vélez Sarsfield*, hablando de posibilidades de confirmación, decía: *“La ley pronuncia la nulidad de las convenciones hechas sobre una sucesión futura como contrarias a las buenas costumbres y a la moral pública, pero, muerto el testador o dueño de los bienes, las cosas se encuentran llegadas a un punto en que el contrato podía nacer, él puede ser ratificado expresa o tácitamente”*.<sup>7</sup>

La prohibición tenía su basamento en el Derecho Romano, y el valor jurídico protegido o el derecho subyacente, como lo expresara el mismo *Vélez Sarsfield*, se trataba de la moral y las buenas costumbres, ya que giraban en torno de una especulación sobre la muerte. Se fundamentaba también en que, en general, alteraba las legítimas y, en muchos casos, por esta vía se llegaba a actos jurídicos que plasman abusos de derecho.

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, si bien en principio los Pactos sobre Herencia Futura siguen prohibidos, se establecen excepciones que hacen al tema que nos convoca que es la planificación sucesoria permitida.

El artículo 1010, dentro del capítulo correspondiente al objeto de los contratos, dice: *“La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.*

*Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros”*.

---

<sup>7</sup> *Vélez Sarsfield, Dalmasio, (1953) “Nulidades absolutas y relativas”, Buenos Aires: Depalma.*

Si bien por un lado se mantiene la nulidad del pacto sobre herencia futura, por el otro se insertan ciertas excepciones, que no deben tomarse en forma taxativa, ya que admiten diversos supuestos.

-Entre las excepciones permitidas podemos nombrar a las siguientes:

**a) Podría tratarse de una explotación productiva**, para la cual se podría pactar la adjudicación de todo o parte de dicha explotación a uno o varios de los herederos legitimarios, compensando al o los excluidos mediante otros bienes susceptibles de ser objeto de los contratos;

**b) Podría tratarse de participaciones societarias de cualquier tipo**, en este caso los pactos podrían efectuarse sobre acciones, cuotas y partes de interés, sin que importe el tipo societario que corresponda;

**c) Podría pactarse con miras a conservar la unidad de la gestión empresarial**, este caso se basa en el principio de conservación de la empresa y el mantenimiento de la explotación como unidad familiar. Esto permitirá que los herederos legitimarios que trabajan en la empresa puedan continuar en ella al fallecimiento del causante, sin que se tenga que incorporar obligatoriamente a los restantes, así como también que éstos puedan solicitar la participación societaria, llevando, en algunos casos, a la liquidación de la sociedad y pérdida de la empresa como fuente de trabajo.

Asimismo, toma en cuenta que, si el causante considera conveniente que alguno de sus herederos quede excluido de la empresa, sea por falta de aptitud o de interés en la consecución de la misma, podría compensarlo con otros bienes.

Valoriza a los herederos que gestionan o podrían gestionar la empresa de acuerdo los valores y necesidades que la misma contenga para la realización del objeto; y

**d) Podría pactarse para la prevención o solución de conflictos**, creemos muy acertada esta inclusión, ya que no se la limita a conservar solo la empresa familiar, sino que además, puede ser pautada con el solo objeto de evitar o solucionar conflictos.

La inclusión de la citada expresión inserta el protocolo familiar, entendiendo como tal a: “El acuerdo suscripto por los miembros de una familia y accionistas de una empresa que actúa como un mecanismo preventivo de conflicto”<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Victoria S. Masri y María E. Raggi, “Pacto sobre herencia futura”, Revista del Notariado 911.

## CAPÍTULO 2

### “EL INSTITUTO DE LA PARTICIÓN ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”

**SUMARIO:** 1.- INTRODUCCIÓN. 2.-PRECEDENTES, CONCEPTO Y CARACTERES.3.-EXTENSIÓN EN QUE PUEDE LLEVARSE A CABO LA PARTICIÓN: “TIPOS Y MODOS”.4- LA ACCIÓN DE PARTICIÓN DISTINTOS ASPECTOS GENERALES: 4.1-LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA REALIZARLA; 4.2-OPORTUNIDAD DE SOLICITARLA; 4.3- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN; 4.4-LA LICITACIÓN; 4.5-EL PARTIDOR; 4.6-PRINCIPIO GENERAL DE LA DIVISIÓN EN ESPECIE; 4.7- COMPOSICIÓN DE LA MASA: “FORMACIÓN Y ASIGNACIÓN DE LOTES; 4.8- TÍTULOS Y OBJETOS COMUNES. 5.-ATRIBUCIÓN PREFERENCIAL: DE ESTABLECIMIENTO Y DE OTROS BIENES, PETICIÓN POR VARIOS INTERESADOS Y DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE. 6.- CARGAS DE LA MASA.7.-EFECTOS DE LA PARTICIÓN. 8.-ACCIÓN DE NULIDAD, DE REFORMA Y DE COMPLEMENTO DE LA PARTICIÓN.

## **1.-INTRODUCCIÓN:**

Antes de adentrarnos en el instituto del cual va a tratar todo el capítulo, “*La partición de la sucesión*”, necesitamos hacer una salvedad importantísima que se refiere directamente al mismo y a su fin específico, que es la división de la masa hereditaria.

Bien sabemos que abierta la sucesión, desde el momento mismo de la muerte del causante (conforme el artículo 2277 del Código Civil y Comercial), se produce la transmisión y, con ello, la adjudicación legal de la universalidad transmisible a sus herederos; en el caso de que los mismos sean más de uno, se genera un estado de indivisión hereditaria entre los coherederos, que comprende a la universalidad; o sea que los bienes hereditarios no pertenecen a ningún heredero en particular, sino a todos en común.

Por su propia naturaleza el carácter indiviso de la masa hereditaria es inestable, debiendo procederse a la división mediante la adjudicación, a cada heredero, de su porción precisa y concreta, que se traducirá en bienes singularmente considerados.

Mientras se encontraba en vigencia el antiguo Código Civil, se discutía en doctrina si la indivisión solo cesaba con la partición o también requería la inscripción registral de las hijuelas correspondientes respecto de los inmuebles y muebles registrable.

El criterio mayoritario en doctrina, interpretaba que el estado de indivisión de la masa hereditaria solo cesaba con la partición y no con la inscripción registral.

El otro sector de la doctrina por el contrario, consideraba que si bien la partición terminaba con el estado de indivisión, se generaba un condominio entre los coherederos, hasta que se inscribieran en forma individual los bienes registrables.

En la actualidad el Código Civil y Comercial en el Capítulo VII, “regula expresamente el estado de indivisión y logra superar, de este modo, la carencia de regulación propia que observaba el régimen derogado sobre la etapa comprendida desde la muerte del causante hasta el momento de la partición”.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> KRASNOW, Adriana N, (2012) “La indivisión forzosa en el Anteproyecto de Código civil”, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

El artículo 2363 del Código Civil y Comercial, en alusión expresa a la conclusión de la indivisión establece: “*La indivisión hereditaria solo cesa con la partición. Si la partición incluye bienes registrables, es oponible a los terceros desde su inscripción en los registros respectivos*”.

Poniendo fin así, al largo debate doctrinario y estableciendo que es la partición la que pone fin al estado de indivisión hereditaria, pero respecto a los bienes detallados anteriormente, se necesita la inscripción registral para que sea oponible a terceros.

Aclarado el punto en cuestión, a continuación vamos a dedicarnos a explicar en detalle al instituto de la Partición, ya que es indispensable su comprensión para que luego el lector se pueda situar en el tema eje de nuestro trabajo que es la “Partición por Ascendientes” (tratada específicamente en el capítulo final).

## **2.-PRECEDENTES, CONCEPTO Y CARACTERES:**

### **-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.

La misma, podía tener lugar en dos situaciones: ya sea 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 divisiones*”. 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; la misma le 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>10</sup>

### **- CONCEPTO:**

La partición “*Es el acto que pone fin a la comunidad hereditaria nacida al momento de la muerte del causante*”.<sup>11</sup>

A continuación y de manera ejemplificativa transcribiremos algunas de los tantos conceptos que fueron esbozados por la doctrina sobre el instituto en estudio:

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>12</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>13</sup>.

En otras palabras, podemos decir que es el acto en cuya virtud se pone fin al estado de indivisión y a raíz del cual la parte alícuota que tiene cada heredero sobre el total de los bienes relictos se transforma en una porción concreta, físicamente determinada, y de exclusiva propiedad del heredero a quien ha sido adjudicada, previa ejecución de un conjunto de actos complejos (entre ellos inventario, valuación, adjudicación e inscripción de las respectivas hijuelas) que deberán llevarse a cabo teniendo en mira la igualdad cuantitativa y cualitativa respecto de cada uno de los herederos, finalizando de este modo la comunidad hereditaria o estado de indivisión.

---

<sup>10</sup>José Luis Pérez Lasala, (1978, t.1, p. 645) “Derecho de sucesiones”, Buenos Aires: Depalma.

<sup>11</sup> DIDO, Teresa Martínez Ledesma, (2010) “Nociones de Derecho sucesorio”, Rosario: UNR Editora.

<sup>12</sup>Eduardo A. Zannoni, (1999, p.323) “Manual de derecho de las sucesiones”, Buenos Aires: Astrea.

<sup>13</sup>Guillermo A. Borda, (1997, p.187) “Manual de sucesiones”, Buenos Aires: Perrot.

Cabe señalar que la partición no es el único medio de hacer cesar la indivisión, es posible la división de la herencia sin partición, sin nombrar partidor y son ejemplos de ello: cuando uno de los coherederos adquiere los derechos de los demás; cuando el acervo hereditario está constituido solo por créditos y deudas; cuando la herencia está formada por dinero en efectivo, títulos, acciones u otros bienes similares cuya división pueda practicarse mediante una simple operación aritmética; etc.

Por último y a parangón, tenemos que hacer una distinción terminológica, entre división y partición, que si bien son términos sinónimos, dentro de nuestro derecho se aplica a distintas instituciones, a saber: la palabra “*división*” se utiliza con referencia a los estados de comunidad no hereditarios, por ejemplo, el condominio; y la palabra “*partición*” se utiliza en referencia a la comunidad hereditaria.

#### **-CARACTERES:**

Según la doctrina y jurisprudencia argentina los caracteres de la partición son los siguientes:

**a)-Integral:** como principio general, la partición comprende todos los bienes indivisos que componen la comunidad hereditaria.

Esta nota sufre excepciones cuando resulta admitida la división parcial (*artículo 2367: “Si una parte de los bienes no es susceptible de división inmediata, se puede pedir la partición de los que son actualmente partible”*);

**b)-Obligatoria:** el derogado Código Civil establecía que “*Es obligatoria y desde la muerte del causante los interesados pueden pedirla en cualquier momento; salvo las hipótesis legales de indivisiones hereditarias forzosas*” (*artículo 3452*).

Actualmente el nuevo Código Civil y Comercial establece que, puede ser pedida en todo tiempo por cualquier persona que tenga en la sucesión algún derecho reconocido en la norma; sin embargo, este carácter cede en los supuestos de indivisión forzosa (*artículo 2330 CCyC consecutivos*) y cuando se requiera la postergación de la división, si esta redundaría en perjuicio del valor de los bienes indivisos (*artículo 2365 CCyC*);

**c)-Imprescriptible:** el derogado Código Civil establecía que, *“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” (artículo 3460).*

Actualmente el nuevo Código Civil y Comercial establece que, el derecho a pedir la partición no se pierde por el transcurso del tiempo, aun cuando puedan los copartícipes u otros interesados, oponerse a este pedido (artículo 2368 CCyC).

En determinados casos, puede operar la prescripción adquisitiva de una parte o de todos los bienes hereditarios, cuando se ha intervertido el título (artículos 2565, 1897 CCyC y consecutivos).

**d)-Declarativa y no atributiva de derechos:** el derogado Código Civil suponía, que *“Los bienes asignados a cada heredero han sido de propiedad exclusiva de estos 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 (artículo 3503 del CC)”.*

Actualmente se establece que, los bienes que le corresponde a cada heredero reconocen como época de adquisición el momento mismo de la muerte del causante. En consecuencia, los efectos se retrotraen al momento del deceso.

La partición es declarativa, y no traslativa de derechos, en tanto los bienes asignados a cada heredero, se reputan adquiridos desde el mismo momento de la muerte del causante.

Esta nota distintiva, explica que algún sector de la doctrina, sume como un carácter más, a la retroactividad de la partición, que creemos queda claramente comprendida como secuela del carácter declarativo.

La indivisión puede comprender bienes registrables y no registrables. La partición será inoponible ante terceros cuando incluya bienes registrables hasta que no se ejecute la inscripción registral respectiva.

La regla remite al artículo 1893 CCyC y establece que: *“La adquisición o transmisión de derechos reales, constituidos de conformidad con las disposiciones de este Código Civil y Comercial, no son oponibles a los terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente.*

*La publicidad suficiente se reputa configurada por la inscripción registral o la posesión, según el caso”.*

### **3.- EXTENSIÓN EN QUE PUEDE LLEVARSE A CABO LA PARTICIÓN: “TIPOS Y MODOS”**

Cabe aclarar que en principio rige aquí *“La Libertad de Formas”*, pero con la salvedad de que si la partición es realizada en escritura pública no requiere de la homologación judicial.

#### **A-TIPOS DE PARTICIÓN:**

##### **1)-Puede ser total o parcial:**

*-Total:* cuando se dispone de la totalidad del acervo hereditario de la sucesión, entre los herederos; y

*-Parcial:* cuando se dispone de alguno o algunos de los bienes de la sucesión, manteniendo indivisos al resto de los mismos.

Así lo establece el actual Código Civil y Comercial en su artículo 2367: *“Si una parte de los bienes no es susceptible de división inmediata, se puede pedir la partición de los que son actualmente partibles”.*

Con ello se prevé en el derecho escrito la posibilidad de la partición parcial, tal como lo admitían la doctrina y la jurisprudencia anteriormente; la norma en estudio no tiene antecedente en el Código Civil.

Esta clase de partición tiene lugar cuando alguno o algunos bienes no puedan ser divididos en forma inmediata.

-La división parcial procede, entre otros, en los siguientes casos:

a)-Cuando un bien se encuentra en estado de indivisión forzosa (artículo 2330 CCyC y consecutivos);

b)-Cuando la indivisión es requerida por alguno de los copartícipes o el cónyuge (artículo 2332, 2333 CCyC y consecutivos.);

c)-Cuando la indivisión deviene en antieconómica y el juez posterga el acto particionario (artículo 2375 CCyC);

d)-Cuando jurídica o materialmente no es factible la división (como por ejemplo: en el caso de un lote de terreno que dividido no alcance las medidas mínimas establecidas por la autoridad local); y

e)-Cuando los herederos lo decidan (artículo 2369 CCyC).

La solución de la norma es adecuada, según nuestro criterio, debido a que si bien no se puede realizar toda la partición, nada obsta a que la misma se realice sobre los bienes que sean divisibles o partibles.

## **2)- Puede ser definitiva o provisional:**

-Definitiva: cuando se atribuye la propiedad exclusiva de los bienes a los herederos que devienen adjudicatarios o dicho de otra manera cuando se dispone del pleno dominio de los bienes; y

-Provisional: cuando los copartícipes han efectuado solo una división del uso y goce de los bienes hereditarios, permaneciendo indivisa la propiedad o dicho de otra manera

cuando se dispone del usufructo de los mismos; sin embargo hay que aclarar que, esto no detiene la partición definitiva, que se llevará a cabo cuando sea conveniente.

Así lo establece el actual Código Civil y Comercial en su artículo 2370: *“La partición se considera meramente provisional si los copartícipes sólo han hecho una división del uso y goce de los bienes de la herencia, dejando indivisa la propiedad. La partición provisional no obsta al derecho de pedir la partición definitiva”*.

Aquí también se contempla (como lo establecía, el derogado Código Civil en su artículo 3464), a la partición provisional.

Se trata de una adjudicación provisoria de uso y goce de los bienes, que pueden o no ser adjudicados a los copartícipes en la división definitiva.

Por supuesto, que al margen de esto, podrá requerirse la atribución preferente establecida en los artículos 2380 y 2381 CCyC, que veremos más adelante.

Puede también ser realizada la partición provisional, cuando los herederos han pactado la indivisión forzosa de la herencia, estipulada en el artículo 2331 CCyC, propia del estado de indivisión.

También esta partición provisoria puede acaecer frente a la situación descripta por el artículo 2328 CCyC, que regula el uso y goce de los bienes en la etapa de indivisión.

Por otro lado debemos relacionar este dispositivo con el comentario al artículo 2329 CCyC, que alude a los frutos de los bienes indivisos, y establece: *“En la partición provisoria los frutos corresponde a quien se les haya adjudicado el uso y goce de los bienes”*.

## **B- MODOS DE REALIZAR LA PARTICIÓN:**

### **1)-Puede ser privada o judicial:**

-Privada: se lleva a cabo cuando por unanimidad los herederos acuerden repartirse los bienes de la herencia, siendo todos ellos capaces y estando presentes; rige aquí la libertad de formas.

En la redacción del Código Civil Vélez, en su artículo 3462 se 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*”.

Debido a la redacción ambigua del mismo, surgieron en su momento, problemas de interpretación y distintas posturas doctrinarias.

Por un lado, Segovia, sostenía 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.

Por otro lado, 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. Este criterio también era el que se plasmaba en jurisprudencia.

Con la reforma introducida por la ley 17.711 al artículo 3462, se habían eliminado dichas controversias, ya que el mismo disponía: “*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*”.

Así también, lo establece el actual Código Civil y Comercial en su artículo 2369: “*Si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. La partición puede ser total o parcial*”.

El artículo en examen reproduce la idea central del derogado Código Civil, en lo relativo a la libertad de las formas y a la exigencia de unanimidad entre los coherederos para efectuar la partición privada (artículos 3462, 3514 y 3516 CC).

-Las exigencias que viabilizan la partición privada, son:

**a)-Los herederos deben estar presentes:**

Ello no significa que se trate de una presencia física, sino que se exprese la conformidad en la partición privada que se lleva a cabo, por lo que pueden actuar por sí o por medio de un representante convencional.

**b)-Los herederos deben ser capaces:**

Por contraposición, a la noción de capacidad exigida por la norma, cabe aclarar que son personas incapaces de ejercicio las contempladas en el artículo 24 CCyC<sup>14</sup>, por lo que ellas no pueden otorgar el acto particionario privado.

La situación del menor de edad emancipado por matrimonio, exige definir la capacidad de ejercicio que contempla la ley y las restricciones establecidas, entendiéndose la nueva regulación de los emancipados es favorable a la realización del acto particionario privado.

**c)-Unanimidad de todos los herederos que otorgan la partición:**

Esto alude al acuerdo referido tanto en la forma privada de la partición, como a su contenido; es decir a los bienes que integran la división y a las diversas modalidades en que se atribuyen los bienes.

Cabe recordar que, si existen bienes inmuebles o muebles registrables, se exige la escritura pública conforme resulta del artículo 1017, inc. A, CCyC, el cual determina

---

<sup>14</sup>ARTICULO 24.- Son incapaces de ejercicio:

- a) la persona por nacer;
- b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo;
- c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

dicha instrumentación para los actos que tienen como objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles.

-En cuanto a la forma, tenemos que ver cómo fueron cambiando los criterios:

El Código Civil de Vélez establecía que, no eran libres los herederos (pese a la amplitud del artículo 3462), para disponer sobre ella, debiendo someter el arbitrio de los mismos a limitaciones distintas de las originarias.

Por la reforma introducida por la ley 17.711, el artículo 1184, inc. 2º, 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.

Este criterio que prevaleció en la doctrina judicial y que ha sido adoptado en la nueva redacción del artículo 1184, inc. 2º, admitía ya sin lugar a dudas, la partición concluida en instrumento privado, pero requería que mediar *“presentación al juez de la sucesión”*.

Con el Código Civil y Comercial vigente, la forma de partición en estudio, exige que se contemplen los instrumentos que hagan posible la concreción y la inscripción de los bienes que corresponden a cada heredero, a su nombre, es decir, garantizando el derecho pleno de los adjudicatarios.

- Judicial: cuando falte alguno de los elementos para que la partición sea llevada a cabo en forma privada (verbigracia: haya incapaces; no se encuentren todos presentes; no

haya unanimidad) o haya terceros (acreedores del o los herederos) que se opongan a que la partición sea realizada en dicha forma, la misma tendrá que llevarse a cabo en forma judicial.

Así, lo establece el actual Código Civil y Comercial en su artículo 2371:

*“La partición debe ser judicial:*

- a)-Si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes;*
- b)-Si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente; y*
- c)-Si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente”.*

La norma tiene como antecedente el artículo 3465 del Código Civil, en el cual se contemplaban tres casos en los cuales la partición necesariamente debía ser judicial. El artículo en análisis establecía lo siguiente:

*“La partición debe ser judicial:*

- a)-Cuando haya menores, aunque estén emancipados, o incapaces interesados, o ausentes cuya existencia sea incierta (inc. 1°);*
- b)-Cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se opongan a que se haga partición privada (inc. 2°); y*
- c)-Cuando los herederos mayores y presentes no se acuerden en hacer la división privadamente (inc. 3°)”.*

El dispositivo actual, contempla los supuestos en que la partición debe ser judicial, consagrando excepciones al principio general de libertad que se establece en el artículo 2369 CCyC, a los fines de la división.

-Entonces según el artículo 2371, la partición de la herencia deberá ser judicial en los siguientes casos:

**a)-Si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes (artículos 26, 31, 32, 79, 104, 138 CCyC y consecutivos.):**

En los supuestos de incapacidad o capacidad restringida, se exige la partición judicial, con intervención de los representantes legales, sean progenitores, tutores, curadores o apoyos.

Si se plantean intereses contrapuestos, será necesaria la intervención de un tutor o curador especial (artículos 109, 138 CCyC y consecutivos).

En cuanto a los ausentes, deberá realizarse la partición judicial, teniendo en cuenta la exigencia de comparecer personalmente y también de actuar a través de un representante convencional;

**b)-Cuando terceros con interés legítimo, se oponen a la partición privada:**

Este supuesto se agrega expresamente frente a los contemplados en el artículo 2369 CCyC.

Así las cosas estarían legitimados para oponerse: los acreedores de el o los herederos, los acreedores de la sucesión, legatarios, cesionarios de derechos hereditarios y en general todo aquel que demuestre un interés y que pueda verse perjudicado por la realización de la partición en forma privada.

El tercero que se oponga a la partición privada, puede ser por ejemplo, un acreedor personal del heredero, que puede resultar perjudicado por la partición privada, cuando en esta se adjudique a su deudor menos bienes que los que le corresponden.

Puede el tercero con un interés legítimo eventualmente frente a una partición privada ya efectuada, iniciar la acción de fraude hacia los acreedores (artículo 338 CCyC y consecutivos);

**c)-Cuando los copartícipes son plenamente capaces, pero no acuerdan en efectuar la partición privada:**

Si el consentimiento unánime de los copartícipes plenamente capaces no se logra, así provenga la oposición de un solo heredero con participación mínima en la comunidad hereditaria, la partición ya no puede efectuarse privadamente.

El principio de libertad establecido en el artículo 2369 CCyC, expresa que debe mediar consenso unánime de los herederos capaces y presentes; o sea que si este consentimiento falta, así provenga de uno solo de los copartícipes, ya no puede llevarse a cabo la partición, privadamente.

*-Mixta:* es aquella que si bien se realiza privadamente, debe ser sometida al contralor y aprobación judicial (toma de la partición privada, que la acuerdan los interesados entre sí y de la partición judicial, que debe ser aprobada por el juez competente en el caso).

**-El derogado Código Civil, ofrecía cuatro supuestos en que ella tenía lugar, a saber:**

*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 (artículo 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 (artículo 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; y*

*d)-Cuando los herederos presentes y capaces, deciden hacer la partición mediante convenio por instrumento privado, presentado al juez de la sucesión (artículos 3462 y 1184 inc.2).*

El Código Civil y Comercial, no se refiere en forma expresa a las particiones mixtas. Se ha perdido así una buena oportunidad para incorporar al texto legal una práctica judicial consolidada, aunque sigue siendo procedente, en virtud del principio de libertad de formas y porque en el caso de las personas menores de edad sin duda resulta en su beneficio, siempre que estén aprobadas por el Ministerio Público.

**4- LA ACCIÓN DE PARTICIÓN DISTINTOS ASPECTOS GENERALES:**

**4.1-LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA REALIZARLA:**

Como para hacer el tema más dinámico, vamos a comparar las dos fuentes en paralelo viendo así sus diferencias o similitudes.

El artículo 3452 del Código Civil, establecía que: “*Podían pedir la partición los herederos, sus acreedores y todos los que tengan en la sucesión algún derecho declarado por las leyes*”; y

El artículo 2364 del actual Código Civil y Comercial, establece que: “*Pueden pedir la partición los copropietarios de la masa indivisa y los cesionarios de sus derechos. También pueden hacerlo, por vía de subrogación, sus acreedores, y los beneficiarios de legados o cargos que pesan sobre un heredero.*

*En caso de muerte de un heredero, o de cesión de sus derechos a varias personas, cualquiera de los herederos o cesionarios puede pedir la partición; pero si todos ellos lo hacen, deben unificar su representación*”.

**A)-Los legitimados para llevar a cabo la partición según el derogado Código Civil son:**

**1)-Los herederos:**

Ya que estos son los principales interesados, beneficiarios directos y continuadores de la persona y del patrimonio del causante, por ende son los primeros a quienes se les concede la acción.

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

La partición satisfacía esa expectativa individual y, por eso, el artículo 3452 la preveía “*en cualquier tiempo*”.

**-Los mismos a su vez se subdividen en:**

**a)-Herederos condicionales:** donde se establecen dos supuestos según el carácter de la condición a la cual se haya instituido al heredero:

- **Bajo condición suspensiva:** estos no podían pedir la partición hasta que la condición se cumpla, pero los otros coherederos sí podían pedirla asegurando así

el derecho del heredero condicional y hasta no saber si ha faltado o no la condición, la partición se entendía provisional (artículo 3458); y

- Bajo condición resolutoria: estos podían pedir la partición, la cual también será provisional hasta tanto se produzca la condición o se sepa que ya no va a ocurrir. Mientras tanto, los coherederos podían tomar las medidas precautorias oportunas, en resguardo de sus intereses, para el supuesto de que la condición se cumpla.

*b)-Herederos ausentes*: donde se establecen dos supuestos según el carácter de la ausencia:

- Ausencia con presunción de fallecimiento: el artículo 3457 disponía que “*Si había coherederos ausentes con presunción de fallecimiento, la acción de partición correspondía a los parientes a quien se le había dado la posesión de los bienes del ausente*”.

El mismo, al hablar de *posesión* se refería a la posesión provisional, que regulaban los artículos 118 a 121 del Código Civil; éste último le concedía a los herederos a los que se les había otorgado la posesión provisoria, la facultad de hacer la división provisoria de los bienes. Después de cierto plazo el artículo 122 otorgaba la posesión definitiva.

Dichas 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 (artículos 28 y 30 de la ley 14.394).

Es por ello, que el término *pariente*, usado por el precepto, debe entenderse como *heredero*, ajustando la terminología a las disposiciones de la ley 14.394.

- Simple ausencia: el artículo 3457 continúa 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*”.

Por su parte el artículo 20 de la ley 14.394 establecía que en este caso la partición podía llevarla a cabo el curador del ausente y si éste no existiere lo nombraría el juez, pudiendo entonces pedir la partición, concordando así con el artículo 3457.

### **2)-Los herederos de los herederos:**

El artículo 3459 establecía 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 era lógica y se fundaba en la necesidad de simplificar el proceso sucesorio.

### **3)-Los acreedores de los herederos:**

El artículo 3452 los colocaba 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, requerían de la previa partición, pues sólo así quedaban individualizados los que, definitivamente, corresponden al obligado en pleno dominio.

Estos ejecutaban 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 posible embargar parte del activo indiviso que pertenece en común a dos o más coherederos.

La acción de éstos acreedores, era caracterizada como un típico caso de subrogación, en los términos del artículo 1196, por cuanto ejercían un derecho de su deudor de contenido patrimonial.

Para su procedencia, era necesario, que el acreedor actuara en nombre de su deudor y no en el propio, que tuviera un interés en actuar, que el deudor sea negligente en el ejercicio de su derecho y que el crédito invocado sea cierto, exigible y líquido.

Se trataba 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 era necesario un juicio especial para obtener la subrogación; con ello se buscaba evitar el juicio ordinario, que por su pesadez desnaturalizaba una acción que se proponía corregir la inactividad del deudor.

#### **4)-Los legatarios de parte alícuota:**

Si bien el Código no los mencionaba era indudable su derecho a pedirla ya que, por la naturaleza de su adquisición, su expectativa dependía de una alícuota del patrimonio de la herencia y si no se le concedía ese derecho quedaba librado al criterio de los herederos la oportunidad de la entrega del importe que debían recibir.

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

#### **5)-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.

-Había que distinguir dos supuestos:

- Cesión total: este caso no planteaba inconvenientes, porque el cesionario ocupaba el lugar de aquél y podía reclamar, tanto la partición, como las demás medidas que hacían a la mejor defensa de su derecho, en la misma forma que lo hubiera hecho el cedente; y
- Cesión parcial: acá por el contrario se planteaba el inconveniente de que se podía dar lugar a la intervención simultánea y quizás contradictoria del heredero y de sus cesionarios parciales; con lo cual el trámite del juicio se complicaba considerablemente; por ello, los jueces habían declarado, que los cesionarios parciales no eran parte en el juicio sucesorio y que sólo estaban facultados para vigilar su marcha. Empero, debía reconocérseles el derecho a pedir la partición, en virtud no sólo de su interés en la misma, sino también por su carácter de

acreedores del heredero cedente que les permitía ejercer la acción subrogatoria, toda vez que mediare inactividad de su parte.

**6)-Beneficiarios de cargos:**

Se hallan comprendidos en los términos del artículo 3452, donde la obligación pesaba sobre uno de los herederos y muchas veces éste no podía cumplirla sin la previa división de los bienes, por ejemplo, si el cargo consistiese en la entrega de una de las cosas que le tocara en su lote al heredero. En esos casos el beneficiario de los cargos era considerado como un acreedor del heredero.

Se diferenciaban de los legatarios de cosa determinada, cuya obligación de entregar la cosa pesaba sobre toda la sucesión, de modo que no necesitaban la partición para reclamarla.

**7)-Incapaces:**

En el caso de que existieran, menores o incapaces interesados en la partición, los representantes legales (padres, tutores, o curadores) debían promoverla a su nombre (artículo 3454).

Entre las obligaciones del tutor se encontraban la de provocar la partición de la herencia en la cual el menor tuviese parte, aplicándose lo mismo sobre los curadores de los incapaces; en tal caso, la partición era siempre judicial y con intervención del Ministerio de Menores.

En el caso de que el tutor o curador lo fuera de varios incapaces que tuvieran intereses opuestos en la partición, se debía dar a cada uno de ellos un tutor o curador que los representase en la partición; también se resolvía de la misma manera, si los tutores o curadores eran herederos, donde se le nombraba al incapaz un representante especial al solo efecto de la partición.

En el caso de los menores emancipados y según el artículo 3456, estos debían estar representados en la partición por un curador especial, sea para entablar la acción o para entender en los trámites de ella.

El nuevo artículo 135, había modificado aquella disposición, disponiendo que los menores emancipados pudieran disponer de los bienes recibidos a título gratuito con la conformidad del cónyuge mayor de edad o con autorización judicial. Por lo tanto, no era

necesaria la intervención del curador especial; sin embargo, la partición sólo tenía validez respecto del emancipado si mediaba consentimiento del cónyuge mayor o autorización judicial, la que debía tramitarse con intervención del Asesor de Menores.

**8)-Ministerio de Menores:**

La doctrina entendía que éste, pese a ser parte en todo lo que concierne a incapaces, podía deducir las acciones que correspondían a los tutores y curadores cuando éstos no lo hacían (artículo 493); no podía pedir la partición, su misión se limitaba a requerir de los representantes legales la promoción de aquélla.

**B)-Los legitimados para llevar a cabo la partición según el vigente Código Civil y Comercial:**

**1)-Los copropietarios de la masa indivisa:**

Ya sea que se trate de herederos legítimos o testamentarios no hay ninguna duda en su inclusión en tanto sus derechos se concretarán recién con la partición de bienes que se materialice en el acto particionario.

Debe contemplarse que se encuentra incluido “*el heredero de cuota*”, que es una nueva figura prevista en el artículo 2488 CCyC (a diferencia con el Código Civil derogado en donde no existía la misma).

Con respecto a el caso de los herederos sometidos a condición tenemos que hacer la siguiente diferenciación: por un lado el heredero instituido bajo *condición suspensiva* no puede ejercer la acción de partición en tanto no se cumpla la condición y por otro lado la situación del heredero instituido bajo *condición resolutoria* se encuentra contemplada expresamente en el artículo 2366 CCyC (remitimos a lo visto en el punto oportunidad para pedir la acción).

**2)-Los cesionarios de sus derechos:**

La facultad de peticionar la división de la herencia se funda en que los cesionarios ocupan el lugar del cedente heredero, con los derechos que este tenía en la indivisión (artículo 2304 CCyC).

Se aplica tanto al caso de cesión total o parcial, no hace distinción entre ambas (a diferencia del derogado Código Civil donde se establecía una diferenciación según si la misma era total o parcial, ya visto supra).

**3)-Por vía de subrogación:**

a)-Los acreedores de los herederos: siempre que se trate de un heredero remiso en solicitar la partición y que esa conducta afecte el derecho de cobro de la acreencia; y

b)-Los beneficiarios de legados o cargos que pesan sobre uno o varios de los herederos: debido a que el cumplimiento del legado o cargo depende siempre de un heredero por lo que se explica fácilmente que estén legitimados los beneficiarios de tales legados o cargos para requerir la división.

Aunque debe aclararse que en general los legatarios no están legitimados para peticionar la partición ya que son considerados como acreedores de la herencia (artículo 2358 CCyC y consecutivos).

**4)-En caso de muerte o de cesión de derechos a varias personas:**

El heredero del heredero que muere o los cesionarios están legitimados a fin de viabilizar la acción de partición en tanto era un derecho del causante o del cedente, pero se exige la unificación de la representación.

Es por ello que si todos requieren la partición la norma preceptúa que debe unificarse la representación.

***En conclusión y haciendo un resumen de ambas normativas, la derogada y la actualmente vigente podemos decir que los legitimados son:***

***-Herederos;***

***-Herederos de los herederos;***

***-Cesionarios de derechos hereditarios;***

***-Acreedores del heredero; y***

***-Beneficiarios de legado o cargo.***

***Pero nunca estarán incluidos los acreedores del causante, ya que no tienen interés en que los bienes se repartan, porque ellos pueden cobrar sus créditos independientemente***

*de que haya tenido lugar o no la partición; es más les conviene, por el contrario, tener la masa conjunta como prenda de sus créditos.*

#### **4.2-OPORTUNIDAD DE SOLICITARLA:**

Anteriormente a la normativa vigente el artículo 3452 del Código Civil derogado establecía que: *“Los legitimados podían pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia, no obstante cualquier prohibición del testador, o convenciones en contrario”*. En doctrina esto se llamaba principio de división forzosa de la herencia. Salvo en los casos de indivisión forzosa de la herencia, no existía limitación temporal alguna para pedir la partición, la que podía concretarse desde el momento de la muerte del causante.

En cambio, con la redacción actual, en el artículo 2365 se aclara que: *“La partición puede ser solicitada en todo tiempo después de aprobados el inventario y avalúo de los bienes. Sin embargo, cualquiera de los copartícipes puede pedir que la partición se postergue total o parcialmente por el tiempo que fije el juez si su realización inmediata puede redundar en perjuicio del valor de los bienes indivisos”*.

La regla general establece que la partición puede ser solicitada en todo tiempo. Sin embargo existe un requisito que establece que la partición puede pedirse luego de aprobadas las operaciones de inventario y avalúo (artículo 2341 CCyC y consecutivos). Para llevar a cabo la partición, el partidor deberá en primer término, formar la masa partible (artículo 2376) y para ello necesitará que se encuentren individualizados y valuados los bienes que la van a integrar, lo cual será posible luego de encontrarse aprobados el inventario (artículo 2341) y avalúo de los mismos (artículo 2343); ello sin perjuicio de que existe la posibilidad de sustituir el inventario por la denuncia de bienes (artículo 2342).

De lo tratado anteriormente se infiere que según lo estipulado en el Código Civil y Comercial es exigible promover el juicio sucesorio (artículo 2335 CCyC y consecutivos) y realizar las operaciones indicadas por la norma (inventario y avalúo) las cuales a su vez deben ser aprobadas por el juez para poder viabilizar la partición.

Exceptuándose la hipótesis de que se trate de: herederos investidos de pleno derecho, que el acervo se encuentre integrado por bienes muebles no registrables, que estén todos de acuerdo, sean capaces y presentes.

La excepción a la regla se conforma con el aplazamiento de la partición en forma total o en forma parcial, y exige algunas condiciones:

- Que la solicite ante el juez cualquier copartícipe;
- El aplazamiento durará un tiempo determinado, que será fijado por el juez; y
- Que la realización inmediata de la división pueda redundar en perjuicio del valor de los bienes indivisos.

Deviene importante la prueba destinada a acreditar la desvalorización eventual de los bienes, que puede ser total o parcial en caso de llevarse a cabo la partición y el tiempo requerido para que la postergación del acto particionario se lleve a cabo.

Se entiende que esta facultad de prorrogar la partición total o parcial, conferida al juez, deberá ser ejercida e interpretada con carácter restringido, en tanto que el estado de indivisión obstaculiza el ejercicio de los derechos de los herederos.

Por otra parte, en el artículo 726 del CPCCN (y su concordancia en los demás Códigos provinciales) se previó que una vez aprobadas las operaciones de inventario y avalúo, si todos los herederos capaces estuviesen de acuerdo, podrán formular la partición y presentarla al juez para su aprobación.

Se contempla, luego de establecer la regla general de la partición, en el artículo 2366 la situación de los herederos instituidos bajo condición suspensiva o condición resolutoria, el mismo establece: *“Los herederos instituidos bajo condición suspensiva no pueden pedir la partición mientras la condición no está cumplida, pero pueden pedirla los coherederos, asegurando el derecho de los herederos condicionales. Los instituidos bajo condición resolutoria pueden pedir la partición, pero deben asegurar el derecho de quienes los sustituyen al cumplirse la condición.*

-Se regulan dos hipótesis a saber:

A. El caso del heredero instituido bajo condición suspensiva.

El heredero tiene su derecho en expectativa hasta que se cumpla la condición (artículo 343 CCyC y consecutivos). En consecuencia, hasta que no se cumpla la condición no puede solicitar la partición; como excepción, se contempla la posibilidad de requerir la partición aun cuando no se haya cumplido la condición si la instan los coherederos asegurando el derecho del heredero condicional; y

B. El caso del heredero instituido bajo condición resolutoria.

El heredero bajo condición resolutoria tiene su derecho vigente hasta que se cumpla la condición, por lo que puede requerir la partición garantizando los derechos de quienes lo sustituyan al cumplirse la condición.

La condición resolutoria bajo la que se ha instituido heredero permite definirlo como actual con un derecho actual y por lo tanto habilitarlo a requerir la partición.

Hasta tanto no se tenga la certeza que la condición no se va a cumplir, la norma exige que se asegure el derecho de quienes lo sustituirán en caso que se cumpla tal condición resolutoria.

### **4.3- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN:**

El principio de la imprescriptibilidad de la acción de partición estaba expresamente consagrado en el artículo 3460, primer apartado, el cual establecía: *“La acción de partición de herencia es imprescriptible, mientras que de hecho continúe la indivisión. 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 del segundo apartado, suscitaba las mismas discrepancias que su similar, el artículo 816 del Código francés, pues mientras algunos consideran que se trata de una prescripción extintiva, para otros, en cambio, sería adquisitiva.

-Quienes le asignaban carácter extintivo:

Se fundaban en la naturaleza de la acción y en los términos de los artículos 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”*<sup>15</sup>.

Por lo tanto, afirmaban que lo que se extinguía era la acción personal frente a una o más personas que actuaban 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.

-Quienes le asignaban carácter adquisitivo:

Sostenían que se hallaban ante un caso de usucapión, fundándose en el artículo 3499, que establecía que si la posesión de uno de los herederos aprovechaba a los otros, no se advertía como se podía dar una posesión exclusiva que permitiera la prescripción.

Por ello y del juego del artículo 3460 y del artículo 4020 es que se hacía necesaria la intervención del título y era como consecuencia de esto, que el poseedor podía 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 podía alegar la usucapión consagrada por el artículo 4015. En su momento adhirieron a esta postura Borda, Maffía, Zannoni, Fornieles y Lasala.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Jorge O. Maffía, (1982, t. 2, p.96), “Tratado de las sucesiones”, Buenos Aires: Depalma.

<sup>16</sup>Guillermo A. Borda,(1997, p.193)“Manual de sucesiones”, Buenos Aires: Perrot; Jorge O. Maffía, (1982, t. 2, p.96) “Tratado de las sucesiones”, Buenos Aires: Depalma; Eduardo A. Zannoni, (1999, p.345) “Manual de derecho de las sucesiones”, Buenos Aires: Astrea; Salvador Fornieles, (1931, t.1, p.262) “Tratado de las sucesiones”, Buenos Aires: Valerio Abeledo; José Luis Pérez Lasala, (1978, t.1, p.657) “Derecho de sucesiones”, Buenos Aires: Depalma.

Por otro lado, el artículo 3461 planteaba 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 alícuota 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 refería a la prescripción adquisitiva, que actuaba parcialmente respecto de los objetos particulares poseídos; o sea, si alguno de los coherederos hubiese usucapido a título de propietario, la obligación de partir subsistía respecto de los demás bienes comprendidos en la indivisión y así el bien adquirido por prescripción adquisitiva dejaba de integrar la comunidad hereditaria por lo que no se le computaba en la hijuela del adquirente.

Dicha norma ha sido criticada, dado que impropia mente difiere a una parte alícuota de la herencia la cual, por carecer de materialidad, no puede ser objeto de posesión.

Actualmente se establece, como regla, la imprescriptibilidad de la acción de partición mientras continua el estado de indivisión.

El artículo 2368 establece que: *“La acción de partición de herencia es imprescriptible mientras continúe la indivisión, pero hay prescripción adquisitiva larga de los bienes individuales si la indivisión ha cesado de hecho porque alguno de los copartícipes ha intervertido su título poseyéndolos como único propietario, durante el lapso que establece la ley”*.

Se dispone así que la acción de partición sea imprescriptible, manteniendo la solución consagrada en el derogado Código Civil pero mejorándose la redacción de la norma para el supuesto en que se intervierta la posesión.

La regla es la imprescriptibilidad de la acción de partición, en tanto mientras dura la indivisión, el derecho a pedir la partición está vigente.

Cuando la indivisión cesa fácticamente, sobre un bien determinado, porque uno de los coherederos ha intervertido el título, la situación cambia jurídicamente porque puede haberse producido la usucapión del bien.

Esta interversión implica que el coheredero deja de poseer como tal y comienza a poseer como dueño exclusivo del bien.

La situación singular contemplada es entonces, la del coheredero que ha intervertido el título, poseyendo algún bien individual como único propietario, y que ha adquirido su propiedad por prescripción adquisitiva nominada larga (como bien lo explican los comentarios a los artículos 1899 y 1905 CCyC).

Sucede que la indivisión ha cesado de hecho, en tanto alguno de los copartícipes ha intervertido su título, poseyendo tales bienes como único propietario (según los comentarios a los artículos 1897, 1899, 2565 CCyC y consecutivos).

La interversión del título se encuentra regulada en el artículo 1915 CCyC, que establece que: *“Nadie puede cambiar la especie de su relación de poder por su mera voluntad, o por el solo transcurso del tiempo, y que se pierde la posesión cuando el que tiene la cosa a nombre del poseedor manifiesta por actos exteriores la intención de privar al poseedor de disponer de la cosa, y sus actos producen ese efecto”*.

Cuando se pretenda efectuar la partición, el heredero que ha poseído en forma exclusiva un bien singular, podrá oponerse al requerimiento de división, argumentando que ya ha adquirido el bien, por prescripción adquisitiva. Esto significa que la acción de partición se ha extinguido porque hay un nuevo derecho sobre un bien determinado por efecto de la interversión y posterior prescripción adquisitiva.

La acción de partición no ha prescrito, solo se ve impedida de incluir ese bien singular o determinado que se ha adquirido por prescripción adquisitiva.

#### **4.4-LA LICITACIÓN:**

Antes de comenzar con el estudio del artículo en cuestión, debemos establecer que se entiende por “acción de licitar” y “licitar”, estableciendo que consiste en **“Ofrecer precio por una cosa en subasta o en almoneda”**.

En el artículo 2372 del Código Civil y Comercial se establece: *“Cualquiera de los copartícipes puede pedir la licitación de alguno de los bienes de la herencia para que se le adjudique dentro de su hijuela por un valor superior al del avalúo, si los demás copartícipes no superan su oferta.*

*Efectuada la licitación entre los herederos, el bien licitado debe ser imputado a la hijuela del adquirente, por el valor obtenido en la licitación, quedando de ese modo modificado el avalúo de ese bien.*

*La oferta puede hacerse por dos o más copartícipes, caso en el cual el bien se adjudica en copropiedad a los licitantes, y se imputa proporcionalmente en la hijuela de cada uno de ellos.*

*No puede pedirse la licitación después de pasados treinta días de la aprobación de la tasación”.*

Con relación al derogado Código Civil podemos decir que la figura había sido suprimida en el año 1968 por la ley 17.711 (artículo 3467) y que se reincorpora nuevamente ahora en el actual Código Civil y Comercial, tomando como base el texto del Proyecto de 1998 y por considerarla útil a los intereses de los herederos.

En doctrina se establece como una eliminación a una traba y que nos permite flexibilizar la realización de los bienes de difícil partición, pese a exceder la cuota hereditaria de quien efectúa la licitación, con la intención de adjudicarla al mejor postor.

Se trata de una especie de subasta privada en la que se queda con el bien licitado aquel heredero que ha efectuado la oferta más importante, que puede ser o no el que requirió la licitación.

En tanto que la partición solo puede efectuarse una vez cumplidas las operaciones de inventario y avalúo de los bienes, la oferta de licitación para que se adjudique un bien, es necesariamente posterior a tales operaciones.

En el primer párrafo, establece quienes pueden intervenir en la licitación y alude a “*copartícipes*”; estos pueden pedir la licitación de alguno de los bienes de la herencia, para que se incorpore a su hijuela, ofreciendo un valor superior al establecido en el avalúo y si los demás copartícipes no superan la oferta del heredero licitante.

Las hipótesis en que se mejore la oferta realizada por otro copartícipe y las formas del trámite en la técnica licitatoria sucesoria, deben ser contempladas en los procesos pertinentes, teniendo en cuenta la equidad en los derechos de los copartícipes.

Efectuada la licitación entre los coherederos, el bien licitado se incluye en la hijuela del adquirente; esta incorporación del bien, se computa por el valor que el bien licitado obtuvo en la licitación y por esta vía, se modifica el avalúo otorgado a ese bien en las operaciones que preceden la partición.

En la licitación no es necesario erogar la diferencia entre el valor que proviene de la tasación y el valor que se consigna en la oferta que se realiza, ya que la licitación se resuelve a través de la adjudicación por el mayor valor ofrecido.

Esta licitación impactará en la formación de la masa partible y en las hijuelas de adjudicación.

Si la oferta es efectuada por dos o más copartícipes, el bien se adjudica en copropiedad a los licitantes, y se imputa proporcionalmente a cada una de sus hijuelas

El derecho a requerir la licitación de algún bien se pierde pasados treinta días de la aprobación de la tasación; se trata de un plazo que fija la norma a fin de requerir la

licitación, o sea que si transcurren los treinta días desde la tasación no podrá ejercerse el derecho a licitar.

#### **4.5-EL PARTIDOR:**

En el artículo 2373 del Código Civil y Comercial se establece: *“La partición judicial se hace por un partidor o por varios que actúan conjuntamente.*

*A falta de acuerdo unánime de los copartícipes para su designación, el nombramiento debe ser hecho por el juez”.*

Son antecedentes de la norma los artículos 3466 y 3468 del derogado Código Civil que a continuación transcribiremos:

Artículo 3466: “La tasación de los bienes hereditarios en las particiones judiciales, se hará por peritos nombrados por las partes. 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”.

Artículo 3468: “La partición de la herencia se hará por peritos nombrados por las partes”.

-Ahora sí veremos el análisis actual de la norma:

#### ***¿Uno o varios partidores?***

La partición judicial puede llevarse a cabo por un partidor o por varios.

Si actúan varios partidores, deberán hacerlo conjuntamente.

La pluralidad de peritos partidores, se justificara cuando la entidad y administración de los bienes indivisos o la complejidad de las tareas a llevar a cabo, exijan partición.

#### ***¿Cómo lo designan?***

A falta de acuerdo unánime de los copartícipes para su designación, el nombramiento debe ser hecho por el juez.

***¿Cuáles son sus funciones?***

Su función principal se concreta en la presentación de la cuenta particionaria.

El partidor se encuentra encargado de llevar a cabo la división de la herencia, adjudicando los bienes en propiedad exclusiva a los coherederos.

Tanto en doctrina como en jurisprudencia, se han elaborado las pautas acerca de las funciones del partidor.

Cabe aclarar que “*el partidor*”, no es un mandatario de los herederos, aunque sean ellos quienes proponen su nombramiento y si bien debe oírlos, obra por cuenta propia.

Una diferencia importante en cuanto al mandato es que mientras el mandante queda obligado por el acto ejecutado por su mandatario, por el contrario, el heredero puede discutir la partición y hasta llevarla ante el juez.

Podemos afirmar que el partidor es en realidad “*un delegado del juez*”, que propone el contenido de la partición, sin estar obligado a hacerla de acuerdo con las exigencias de los herederos; de hecho puede llevarla a cabo en contra de la voluntad expresa de alguno de ellos.

Obra de acuerdo con su criterio, aunque su proyecto de división este sometido a las observaciones de los interesados y en última instancia a la aprobación judicial.

***¿Cuáles son los requisitos que debe tener en cuenta el partidor al realizar la partición?***

En su función el perito partidor tiene ciertas pautas que debe cumplir y que el mismo CCyC consigna.

-El mismo establece que la partición debe:

- a)-En lo posible ser en especie (artículo 2374 CCyC);
- b)-No resultar antieconómica (artículo 2375 CCyC);
- c)-Conformar la masa partible en la forma señalada por la ley (artículo 2376 CCyC);
- d)-Tener en cuenta los bienes excluidos de la partición (conforme lo establecido en los artículos 2330 a 2333 CCyC de indivisión forzosa, el artículo 2383 CCyC sobre derecho

real de habitación, el artículo 2493 CCyC sobre fideicomiso, el artículo 2379 CCyC sobre los objetos y sus títulos y el artículo 2112 CCyC sobre los sepulcros);

e)-Principalmente conformar la cuenta particionaria; y

f)-Tener en cuenta la atribución preferencial (artículos 2380 y 2381 CCyC).

#### **4.6-PRINCIPIO GENERAL DE LA DIVISIÓN EN ESPECIE:**

El derogado Código Civil establecía que se producía la conclusión de la indivisión hereditaria atribuyendo a título singular los bienes o titularidades del causante (exceptuados los créditos divisibles que 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.

#### **-Dicha atribución podía hacerse de dos modos:**

**a)-En especie:** es decir adjudicando los bienes; o

**b)-En valor:** es decir reduciendo los bienes a dinero mediante la venta de los mismos.

En materia sucesoria rige, *“el principio de que la división de los bienes debe hacerse en especie siempre que sea posible”*, es decir que el lote de cada heredero debe formarse en principio con las cosas existentes en la herencia y la venta es solo un sustitutivo 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 exigir que le sean entregados como se hallan, hasta cubrir su parte.

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

Se recepta una solución lógica, ya que los bienes poseen un valor sentimental (además del económico).

Este principio contribuye a su vez con el “*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.

**-Dicho esto podemos agregar que en forma excepcional, la venta de los bienes será indispensable:**

***-Cuando la división sea material o jurídicamente imposible:*** por ejemplo, si se trata de una alhaja, de un lote urbano de medidas mínimas de conformidad con los reglamentos municipales, etc.

***-Cuando la división de bienes convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes:*** según lo dispuesto en el artículo 2326 (correlato del derogado artículo 3475 bis, párr. 2º); por ejemplo si resultaran lotes muy desparejos o si se tratara de un fondo de comercio, industria, etc.

En doctrina la opinión casi unánime establece que debió agregársele el término “*en especie*” es decir que el texto del artículo tendría que ser de la siguiente manera: “*La división de bienes no podrá hacerse en especie cuando convierta en antieconómico el aprovechamiento*”, para indicar de esa modo que en esos casos al ser imposible partir o dividir el bien, no cabrá otra solución que *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.

***-Si es necesaria la venta para pagar deudas:*** 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.

Con la vigencia del actual Código Civil y Comercial se establece específicamente en su artículo 2374 **“el principio de partición en especie”** y el mismo dispone lo siguiente: *“Si es posible dividir y adjudicar los bienes en especie, ninguno de los copartícipes puede exigir su venta.*

*En caso contrario, se debe proceder a la venta de los bienes y a la distribución del producto que se obtiene.*

*También puede venderse parte de los bienes si es necesario para posibilitar la formación de los lotes”.*

Podemos decir que se lleva a cabo esta partición en especie, cuando la masa común se divide en partes o lotes materialmente determinados y representativos del interés que cada coheredero tiene en aquella.

El heredero puede hacer valer su derecho a recibir su porción hereditaria en especie aunque medie oposición de la mayoría de los demás coherederos.

Así, se concilian los intereses económicos con los respetables sentimientos que los llevan a querer conservar ciertos bienes en función de su valor afectivo.

Queda establecido que la regla es que ninguno de los copartícipes puede exigir la venta de los bienes hereditarios, si es posible dividirlos y adjudicarlos en especie.

La excepción a la partición en especie, es la venta de los bienes y la distribución del producido que se obtiene entre los copartícipes (partición en dinero); en este caso la partición en dinero resulta de una simple operación matemática adjudicando a cada copartícipe la suma que corresponda con su porción hereditaria.

También puede venderse parte de los bienes para posibilitar la formación de los lotes, de acuerdo a la porción hereditaria que a cada heredero le corresponde (partición mixta).

Por su parte el artículo 2375, también hace mención al caso de que la división resulte antieconómica y establece lo siguiente: *“Aunque los bienes sean divisibles, no se los debe dividir si ello hace antieconómico el aprovechamiento de las partes.*

*Si no son licitados, pueden ser adjudicados a uno o varios de los copartícipes que los acepten, compensándose en dinero la diferencia entre el valor de los bienes y el monto de las hijuela”.*

Con la norma se mantiene el principio de la imposibilidad de partir los bienes aunque sean divisibles si ello resulta antieconómico para la conveniencia de las partes-coherederos y también:

- 1)- Agrega la hipótesis prevista de la licitación (artículo 2372 CCyC); y
- 2)- En el caso de que los bienes no sean licitados, pueden ser adjudicados a uno o varios de los copartícipes que los acepten; en este caso se compensa en dinero la diferencia entre el valor de los bienes y el monto de las hijuelas.

En el caso de que no haya heredero licitante ni otro que proponga que le sea adjudicado en las condiciones fijadas la alternativa es seguir la pauta de la norma en estudio: adjudicarlo y establecer compensaciones en dinero entre el valor de los bienes y el monto de las hijuelas.

-Unos ejemplos ayudaran a su comprensión: por ejemplo, es corriente que una fracción de campo pueda ser dividida pero que el resultado al que se arribe con la división devenga en antieconómico o en un uso antieconómico o directamente en antieconómico por así resultar del monto de producción y por ello las fracciones que resultan de la división no vayan a constituir una unidad económica; otro supuesto, sería la división de un paquete accionario que permite mantener la voluntad de la sociedad en juego y que al dividirse las cuotas o acciones sociales, al ser participaciones minoritarias, se convierten en antieconómicas.

#### **4.7- COMPOSICIÓN DE LA MASA: “FORMACIÓN Y ASIGNACIÓN DE LOTES”**

El artículo 2376 del Código Civil y Comercial estatuye la composición de la masa partible y estipula: *“La masa partible comprende los bienes del causante que existen al*

*tiempo de la partición o los que se han subrogado a ellos, y los acrecimientos de unos y otros. Se deducen las deudas y se agregan los valores que deben ser colacionados y los bienes sujetos a reducción”.*

Su antecedente el artículo 3469 del derogado Código Civil establecía: “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”.

A través de la norma vigente se establece con precisión la composición de la masa partible; la misma se integra con:

- a)-Los bienes del causante que existen al tiempo de la partición;
- b)-Los que se han subrogado en los bienes que existían al tiempo de la partición;
- c)-Los acrecimientos de ambos (a y b);
- d)-Los valores que deben ser colacionados (artículo 2385 CCyC y consecutivos); y
- e)-Los bienes sujetos a reducción (artículos 2452 y 2453 CCyC).

Esta masa partible siempre exige que se deduzcan las deudas, así al mencionarse en el artículo 2376 CCyC que las deudas se deducen, se está aludiendo a la necesidad de destinar bienes para cancelar ese pasivo, lo que a su vez significa que el partidor deberá formar lo que se conoce como *“Hijuela de bajas”* en el caso de que no hubiera dinero efectivo suficiente para hacer pagos.

De cualquier manera los acreedores tendrán derecho a exigir que no se entregue a los herederos sus porciones hereditarias y a los legatarios sus legados hasta no quedar cubiertos sus créditos.

De este modo se define la masa neta que se divide entre los coherederos.

El artículo 2377 del Código Civil y Comercial por otra parte y en relación al anterior estatuye la formación de los lotes y estipula: *“Para la formación de los lotes no se tiene en cuenta la naturaleza ni el destino de los bienes, excepto que sean aplicables las normas referentes a la atribución preferencial.*

*Debe evitarse el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas.*

*Si la composición de la masa no permite formar lotes de igual valor, las diferencias entre el valor de los bienes que integran un lote y el monto de la hijuela correspondiente deben ser cubiertas con dinero, garantizándose el saldo pendiente a satisfacción del acreedor. El saldo no puede superar la mitad del valor del lote, excepto en el caso de atribución preferencial.*

*Excepto acuerdo en contrario, si al deudor del saldo se le conceden plazos para el pago y, por circunstancias económicas, el valor de los bienes que le han sido atribuidos aumenta o disminuye apreciablemente, las sumas debidas aumentan o disminuyen en igual proporción.*

*Si hay cosas gravadas con derechos reales de garantía, debe ponerse a cargo del adjudicatario la deuda respectiva, imputándose a la hijuela la diferencia entre el valor de la cosa y el importe de la deuda.*

*Las sumas que deben ser colacionadas por uno de los coherederos se imputan a sus derechos sobre la masa”.*

La norma no tiene antecedente en el derogado Código Civil.

La disposición establece los extremos a considerar para la formación de los lotes etapa sumamente importante para la efectivización del derecho sucesorio.

Se contempla la concreción de la partición de la herencia a través de la estructura de los lotes que luego corresponderá adjudicar a cada uno de los coherederos consignando pautas para su realización.

O sea que una vez establecida la masa partible el partidor deberá formar los lotes tradicionalmente conocidos como hijuelas y así la misma efectivamente se dividirá entre los herederos.

Estas pautas ahora presentes en el Código Civil y Comercial, fueron elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia durante largos años y aplicadas en el sistema anterior.

**-Los criterios para la elaboración de cada lote deben atender a las siguientes pautas:**

**a)-No se tiene en cuenta la naturaleza ni el destino de los bienes, salvo que sean aplicables las normas referentes a la atribución preferencial (artículo 2380 CCyC y consecutivos):** la norma se refiere al destino de los bienes para formar las hijuelas o sea cómo se van a conformar los lotes.

Debido a esto es necesario aclarar que si se trata de una persona casada bajo el régimen de comunidad de ganancias, deberán distinguirse los bienes propios de los bienes gananciales, según qué órdenes hereditarios concurren a la sucesión del causante o si se trata de una adopción simple, donde habrá que efectuar algunas disquisiciones y otras disposiciones;

**b)-Al mismo tiempo, debe intentarse evitar el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas:** el parcelamiento de algunos bienes como los inmuebles puede resultar antieconómico lo que debe evitarse y la directiva general de conservación de la empresa queda así protegida; sin embargo podrá realizarse un pacto sobre herencia futura en lo que acuerden continuar con la empresa;

**c)-Los lotes deben ser de igual valor:** pese a ello se prevé frente a la imposibilidad de construir lotes iguales, que las diferencias entre el valor de los bienes que integran un lote y el monto de la hijuela correspondiente deban ser cubiertas con dinero, garantizándose así el saldo pendiente a la satisfacción del acreedor; o sea que si no fuese posible la formación de lotes de igual valor se deberá compensar;

**d)-El saldo no puede superar la mitad del valor del lote, salvo en la atribución preferencial:** el límite para compensar está dado porque no puede superarse la mitad del valor del lote; por su parte la excepción se da por la atribución preferencial (por ejemplo: si se trata de la vivienda donde vivían los cónyuges o la empresa en la que trabajaban, entre otros casos);

**e)-Al entregarse un bien puede producirse un saldo en el pago, por lo que puede acordarse de que se pague en cuotas:** si al deudor del saldo se le conceden plazos para

el pago y por circunstancias económicas el valor de los bienes que le han sido atribuidos aumenta o disminuye apreciablemente, las sumas debidas aumentan o disminuyen en igual proporción, salvo acuerdo en contrario (por ejemplo: la hectárea de campo valía \$5000 y a la hora del cumplimiento aumento a \$10.000);

**e)-Si en los lotes existen cosas gravadas con derechos reales de garantía:** la deuda se pone a cargo del adjudicatario imputándose a la hijuela la diferencia entre el valor de la cosa y el importe de la deuda (por ejemplo: si se adjudica en un lote un inmueble gravado con el derecho real de hipoteca); y

**f)-Las sumas que deben ser colacionadas por uno de los coherederos se imputan a sus derechos sobre la masa (artículo 2385 CCyC y consecutivos):** el sistema opta por la colación en valores en cuya virtud el valor debe ser adicionado a la masa y atribuido a la hijuela del colacionante (artículo 2396 CCyC); o sea que se debe imputar el valor a su cuenta.

Ahora bien, una vez formados los lotes o hijuelas, se procederá a la adjudicación a cada uno de los herederos de los mismos.

El artículo 2378 del Código Civil y Comercial en relación al artículo anterior estatuye la asignación de los lotes y establece lo siguiente: *“Los lotes correspondientes a hijuelas de igual monto deben ser asignados por el partidor con la conformidad de los herederos y, en caso de oposición de alguno de éstos, por sorteo.*

*En todo caso se deben reservar bienes suficientes para solventar las deudas y cargas pendientes, así como los legados impagos”.*

La norma en estudio tiene su antecedente en el artículo 3474 Código Civil, el cual establecía: *“En la partición, sea judicial o extrajudicial, deben separarse los bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión”.*

Por su parte la nota al mismo aclaraba que se entendía por *“cargas de la sucesión”* diciendo que estas eran *“las obligaciones que han nacido después de la muerte del*

*autor de la herencia*” como por ejemplo: los gastos funerarios y los gastos relativos a la conservación, liquidación y división de los derechos respectivos, los gastos de inventarios y tasación, etc.; y es por esto que llamaban acreedores de la sucesión tanto a los que lo eran por deudas propiamente dichas como a los que resultaban siéndolo por cargas a la herencia.

Luego de formados los lotes se debe realizar la adjudicación de los mismos, en ella se procede a detallar cada uno de los bienes que los integran, con especificación de los valores de los mismos, los cuales deberán coincidir a su vez con su parte alícuota.

La regla es que siendo los lotes de igual valor o monto, las hijuelas deben ser adjudicadas por el partidor con la conformidad de los coherederos y la excepción se da en el caso de que haya oposición de alguno de los herederos donde los lotes se asignan por sorteo.

Algunos Códigos Procesales ya preveían la posibilidad del sorteo frente a los desacuerdos de los copartícipes

Asimismo la tradicional *“Hijuela de bajas”* actualmente se contempla en forma expresa en la ley, la cual dice: *“El partidor debe reservar bienes suficientes para solventar las deudas y cargas pendientes, así como los legados impagos. Puede entenderse que existan deudas y cargas aun no canceladas y legados que estuvieren sometidos a alguna condición que exija que se afecten bienes o fondos a tal efecto cancelatorio”*.

#### **4.8- TÍTULOS Y OBJETOS COMUNES:**

El artículo 2379 del Código Civil y Comercial establece: *“Los títulos de adquisición de los bienes incluidos en la partición deben ser entregados a su adjudicatario. Si algún bien es adjudicado a varios herederos, el título se entrega al propietario de la cuota mayor, y se da a los otros interesados copia certificada a costa de la masa.*

*Los objetos y documentos que tienen un valor de afección u honorífico son indivisibles, y se debe confiar su custodia al heredero que en cada caso las partes elijan y, a falta de acuerdo, al que designa el juez.*

*Igual solución corresponde cuando la cosa se adjudica a todos los herederos por partes iguales”.*

Son antecedentes de la norma en estudio los artículos 3472 y 3473 del derogado Código Civil los cuales respectivamente establecían:

Artículo 3472:“Los títulos de adquisición serán entregados al coheredero adjudicatario de los objetos a que se refieran. Cuando en un mismo título estén comprendidos objetos adjudicados a varios herederos, o uno solo dividido entre varios herederos, el título hereditario quedará en poder del que tenga mayor interés en el objeto a que el título se refiere; pero se darán a los otros, copias fehacientes a costa de los bienes de la herencia”.

Artículo 3473:“Los títulos o cosas comunes a toda la herencia, deben quedar depositados en poder del heredero o herederos que los interesados elijan. Si no convienen entre ellos, el juez designará al heredero o herederos que deban guardarlos”.

La nota del mismo aclaraba que se entendía por “*títulos o cosas comunes a la herencia*”, a través de algunos ejemplos: los títulos honoríficos del difunto, su correspondencia, los manuscritos que deje, los retratos de familia, etc.

El artículo en análisis, regula la entrega de títulos, objetos y documentos comunes.

Ya que la partición comprende bienes que se entregarán conforme a la adjudicación de las hijuelas a los herederos se prevé que los títulos de adquisición de los bienes incluidos en la partición deben ser entregados a su adjudicatario.

- Se establecen distintas posibilidades a saber:

- ***Si un bien es adjudicado a varios herederos***, el título se entrega al propietario de la cuota mayor y se da a los otros interesados copia certificada a costa de la masa;

- *Si se computan valores no económicamente tangibles pero que ostentan un valor afectivo o emotivo para los coherederos*, estos son indivisibles y se deben entregar en custodia al heredero que designen y si no hay acuerdo el juez nombrará el depositario;
- *Cuando la cosa se adjudica a todos los herederos por partes iguales*, corresponde aplicar igual solución que a la anteriormente vista supra; y
- *Cuando se trate de los sepulcros*, y exista sobre ellos un derecho de propiedad este se transmite a los herederos por causa de muerte (artículo 2112 CCyC y consecutivos), pero deben quedar en estado de indivisión por la finalidad y custodia afectiva que ostentan.

#### **5.-ATRIBUCIÓN PREFERENCIAL:**

*La atribución preferencial es el derecho a que determinado bien o bienes sean incorporados en la hijuela de quien así lo solicita por resultar autorizado por la ley para ser preferido a los otros coherederos.*

**-En el Código Civil y Comercial se regulan diversos supuestos de atribución preferencial, a saber:**

##### **a)-Atribución preferencial de establecimiento:**

El artículo 2380 del Código Civil y Comercial establece: *“El cónyuge sobreviviente o un heredero pueden pedir la atribución preferencial en la partición, con cargo de pagar el saldo si lo hay, del establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios que constituye una unidad económica, en cuya formación participó.*

*En caso de explotación en forma social, puede pedirse la atribución preferencial de los derechos sociales, si ello no afecta las disposiciones legales o las cláusulas estatutarias sobre la continuación de una sociedad con el cónyuge sobreviviente o con uno o varios herederos.*

*El saldo debe ser pagado al contado, excepto acuerdo en contrario”.*

La norma no tiene concordancias con el derogado Código Civil.

En la norma se establece, la atribución preferencial a favor del cónyuge supérstite o de uno o más herederos.

Esta partición preferencial también es relevante en la partición de la *Comunidad de Ganancias* y en el *Régimen Patrimonial Matrimonial*, así lo prevé el artículo 499 Código Civil y Comercial el cual establece:

*“Uno de los cónyuges puede solicitar la atribución preferencial de los bienes amparados por la propiedad intelectual o artística, de los bienes de uso relacionados con su actividad profesional, del establecimiento comercial, industrial o agropecuario por él adquirido o formado que constituya una unidad económica, y de la vivienda por él ocupada al tiempo de la extinción de la comunidad, aunque excedan de su parte en ésta, con cargo de pagar en dinero la diferencia al otro cónyuge o a sus herederos. Habida cuenta de las circunstancias, el juez puede conceder plazos para el pago si ofrece garantías suficientes”*

**-Se exigen tres requisitos para que proceda la atribución preferencial:**

**a)-Legitimación:** que sea solicitada por el cónyuge supérstite o los herederos del causante.

Recordemos que en los artículos 2332 Código Civil y Comercial y consecutivos, que legislan las indivisiones forzosas, se requiere a tal efecto que el establecimiento haya sido adquirido o constituido, en todo o en parte, por el requirente o que haya participado activamente en la explotación; a diferencia de lo dicho, en el artículo en análisis se exige que se haya participado en la constitución del establecimiento, en una suerte de reconocimiento a quienes fundaran o construyeran el establecimiento en juego, resultando legitimados para solicitar esta atribución preferente.

**b)-Objeto:** debe tratarse de un establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios, que constituya una unidad económica.

Que la norma haya omitido mencionar el establecimiento que se destine a la actividad ganadera o minera, de ninguna manera puede entenderse como la exclusión de los mismos; es por ello que tendremos que tener siempre en cuenta, para requerir la atribución preferencial que “*Se trate de un establecimiento que por su estructura y configuración constituya una unidad económica*” ya que esto es lo relevante y no la finalidad de la explotación.

**c)-Participación:** se requiere que el interesado haya participado en la formación del establecimiento.

De manera específica y solo con *respecto a la explotación bajo la forma social*, aparece un *cuarto requisito*, que opera como un límite para que se lleve a cabo: la atribución preferencial de los derechos sociales solo podrá pedirse “*si ello no afecta las disposiciones legales o las cláusulas estatutarias sobre la continuación de una sociedad con uno o varios de los interesados*” y también cabe agregar que en este caso la atribución preferencial se refiere al “*dominio*” sobre los mismos.

El interesado podrá pedir la atribución preferencial “*con cargo de pagar el saldo si lo hubiere*”, ya que puede ocurrir que el valor del establecimiento sea mayor al de su hijuela, lo cual no constituye un impedimento para que proceda la atribución.

Ese saldo será pagado en la forma en que dispongan los copartícipes y, a falta de acuerdo, deberá serlo al contado.

En los casos de los artículos 2380 y 2381 Código Civil y Comercial no se aplica el tope establecido en el segundo párrafo del artículo 2377, referido a que el saldo no puede superar la mitad del lote.

Por otro lado no podemos dejar de mencionar lo establecido en los artículos 2332 y 2333 en relación a las indivisiones forzosas, ya que guardan relación con el artículo en análisis.

En caso de que no proceda la atribución preferencial del establecimiento, aún les queda al “cónyuge sobreviviente y al heredero” la posibilidad de oponerse a que se incluya en la partición, en los términos allí prescriptos.

Solo a título informativo transcribimos los artículos mencionados:

*Artículo 2332: “Si en el acervo hereditario existe un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituye una unidad económica, o partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad, el cónyuge supérstite que ha adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que es el principal socio o accionista de la sociedad, puede oponerse a que se incluyan en la partición, excepto que puedan serle adjudicados en su lote.*

*Tiene el mismo derecho el cónyuge que no adquirió ni constituyó el establecimiento pero que participa activamente en su explotación.*

*En estos casos, la indivisión se mantiene hasta diez años a partir de la muerte del causante, pero puede ser prorrogada judicialmente a pedido del cónyuge sobreviviente hasta su fallecimiento.*

*Durante la indivisión, la administración del establecimiento, de las partes sociales, cuotas o acciones corresponde al cónyuge sobreviviente.*

*A instancia de cualquiera de los herederos, el juez puede autorizar el cese de la indivisión antes del plazo fijado, si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifican la decisión.*

*El cónyuge supérstite también puede oponerse a que la vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, con sus muebles, sea incluida en la partición, mientras él sobreviva, excepto que pueda serle adjudicada en su lote.*

*Los herederos sólo pueden pedir el cese de la indivisión si el cónyuge supérstite tiene bienes que le permiten procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades”.*

*Artículo 2333: “En las mismas circunstancias que las establecidas en el artículo 2332, un heredero puede oponerse a la inclusión en la partición del establecimiento que constituye una unidad económica si, antes de la muerte del causante, ha participado activamente en la explotación de la empresa”.*

Puede ocurrir que la atribución preferencial en cualquiera de los supuestos estipulados por la ley y ya sea que se trate del dominio o del derecho a la locación del bien, haya sido *“solicitada por más de un copartícipe pero sin aceptar que les sea asignada conjuntamente”*, en dicho caso será el juez de la sucesión quien deberá decidir a favor de cuál de ellos operará la atribución.

**b)-Atribución preferencial de otros bienes:**

El artículo 2381 del Código Civil y Comercial establece:

*“El cónyuge sobreviviente o un heredero pueden pedir también la atribución preferencial:*

*a-De la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte, y de los muebles existentes en él;*

*b-De la propiedad o del derecho a la locación del local de uso profesional donde ejercía su actividad, y de los muebles existentes en él;*

*c-Del conjunto de las cosas muebles necesarias para la explotación de un bien rural realizada por el causante como arrendatario o aparcerero cuando el arrendamiento o aparcería continúa en provecho del de mandante o se contrata un nuevo arrendamiento con éste”.*

La norma en estudio no tiene concordancias con el Código Civil.

Los *legitimados* son los mismos que en el artículo 2380 Código Civil y Comercial y por ello, pueden requerir la atribución preferente de otros bienes, además de los ya enunciados, que devienen importantes para la actividad que desarrollan los interesados; cabe aclarar que en el caso del inmueble que habitaba a la muerte del causante se comprenderán los bienes muebles allí existentes.

Se amplía así la posibilidad de solicitar la atribución preferencial a otros bienes y este derecho también es concedido al cónyuge supérstite o a cualquier heredero.

**-Los distintos supuestos que contempla la norma son:**

*a)-La propiedad o el derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación al interesado, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte, como así también los muebles existentes en dicho inmueble:* se protege con la norma la vivienda de la persona y de la familia en su conjunto, ya que se requiere la atribución específica del inmueble que a la muerte del causante se habitaba, con independencia del dominio o del uso;

*b)-La propiedad o el derecho a la locación del local afectado al uso profesional donde ejercía su actividad el requirente, y los muebles existentes en dicho inmueble locado:* aquí la norma, protege la continuidad de la actividad laboral o profesional; y

*c)-Las cosas muebles necesarias para la explotación de un bien rural realizada por el causante como arrendatario o aparcerero cuando el arrendamiento o aparcería continúa en provecho del demandante o se contrata un nuevo arrendamiento con este:* aquí la norma, protege la continuidad de una explotación rural, agrícola o ganadera.

Se aplica lo prescripto en el artículo 2380 Código Civil y Comercial con relación al saldo resultante entre el valor de los bienes atribuidos y el de la hijuela del adjudicatario: *Debe pagarse conforme a lo convenio con los coherederos y si no existe acuerdo, al contado.*

Si bien en todos los casos previstos en el artículo 2381 Código Civil y Comercial la atribución preferencial puede recaer sobre el dominio de los bienes, también puede tratarse de “*La atribución preferencial del derecho a la locación de dichos bienes*”, para el caso de que el inmueble habitación o el inmueble local de ejercicio profesional no fueran del dominio del causante sino que este los locaba.

### **c)-Petición por varios interesados:**

El artículo 2382 del actual Código Civil y Comercial establece:

*“Si la atribución preferencial es solicitada por varios copartícipes que no acuerdan en que les sea asignada conjuntamente, el juez la debe decidir teniendo en cuenta la aptitud de los postulantes para continuar la explotación y la importancia de su participación personal en la actividad”.*

La norma no tiene concordancias con el Código Civil y nuevamente la regla es el acuerdo y a falta de este, en caso de conflicto entre los copartícipes por la atribución preferencial de un bien, el juez decide.

El Código Civil y Comercial, se aparta de la solución adoptada para los casos de asignación de lotes, esto es el sorteo (artículo 2378 CCyC).

-Se establece que el juez deberá valorar:

a)-La aptitud de los distintos postulantes para continuar la explotación; y

b)-La importancia de la participación personal en la actividad.

Efectuando mérito de estos indicadores, el juez deberá proceder a atribuir el bien o bienes.

Esta solución no se aplicará al supuesto de atribución preferencial especificado en el artículo 2381, inc. A del Código Civil y Comercial (que menciona el caso de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte y de los muebles existentes en él), cuando más de un interesado lo invoque y demuestre los extremos de dicho supuesto.

En ese caso de no acordar su asignación conjunta el juez debería valorar las posibilidades de cada uno de los solicitantes de procurarse habitación y en última instancia proceder al sorteo.

**d)-Derecho real de habitación del cónyuge supérstite:**

El artículo 2383 del Código Civil y Comercial establece:

*“El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar*

*conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante”.*

La situación de debilidad jurídica en que se podía encontrar el cónyuge supérstite frente a la muerte del otro motivó a que en el año 1974 se sancione una norma protectora mediante la cual se introduce en el cuerpo del Código Civil el artículo 3573 bis.

Este es el antecedente de la norma en estudio y establecía lo siguiente: “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 ser 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”.

Por su parte el actual Código Civil y Comercial regula el derecho real del cónyuge supérstite con más amplitud.

La norma no expresa ninguna causa o motivo en que el derecho de que se trata se pierda (como sí lo efectuaba el derogado Código Civil), sino que recalca que es vitalicio.

Estamos hablando de “*Un derecho real de habitación vitalicio y gratuito, de pleno derecho*”, por lo que resulta ser una adquisición legal (conforme lo establecido en el artículo 1894 CCyC).

**-De la norma en examen se desprende que:**

***a)-No se exige que se trate del único inmueble habitable que hubiera dejado el causante, sino que será suficiente que constituya la sede del hogar conyugal y que no se encuentre en condominio a la época de la apertura de la sucesión;***

***b)-Se suprime la exigencia contenida en el derogado artículo 3573 bis del Código Civil en relación al límite máximo en el valor económico para la constitución del bien***

*de familia*, en correspondencia con la incorporación en el Código Civil y Comercial de un régimen especial de afectación de la vivienda que sustituye al del bien de familia de la ley 14.394 (artículos 244 CCyC y consecutivos); y

*c)-La única restricción que se impone a la vigencia de este derecho es que el inmueble no se encuentre en condominio con otras personas*, ya que estos no pueden ver perjudicado su derecho de propiedad por una cuestión a la que son ajenos.

Este derecho no es oponible a los acreedores del causante, quienes podrán ejecutar el bien sin la afectación del derecho de habitación.

De dicha norma puede inferirse también la extensión de este derecho al “*conviviente supérstite*”, pero más limitado que el del cónyuge supérstite y conforme también se desprende de lo dispuesto en el artículo 527 Código Civil y Comercial que establece: “*El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta*”.

## **6.- CARGAS DE LA MASA:**

El artículo 2384 del Código Civil y Comercial establece:

*“Los gastos causados por la partición o liquidación, y los hechos en beneficio común, se imputan a la masa.*

*No son comunes los trabajos o desembolsos innecesarios o referentes a pedidos desestimados, los que deben ser soportados exclusivamente por los herederos que los causen”.*

La noción de cargas sucesorias comprende a: ***Todas aquellas erogaciones que redundan en beneficio colectivo de los herederos, porque hacen a la preservación de los bienes hereditarios o tienden a su efectiva transmisión.***

-Por ende se van a imputar a la masa:

- a)-Los gastos causados por la partición o liquidación; y
- b)-Los gastos hechos en beneficio común.

La jurisprudencia argentina por su parte ha establecido que son cargas de la sucesión: los honorarios del escribano, tasadores, abogados, administradores y en general todas las personas que han intervenido en la tramitación del juicio sucesorio.

Deben ser soportados por los herederos (no por la masa) los trabajos o desembolsos innecesarios o referentes a pedidos desestimados.

La norma en examen establece que gastos soporta la masa, en el caso de no existir dinero al momento de la liquidación, se exige separar cierto o ciertos bienes para constituir la pertinente hijuela de bajas y poder hacer frente a esas cargas.

***¿Cómo es la situación en el caso específico de los créditos y las deudas?***

*El principio:* “*es que los mismos se dividen en forma automática*”.

Se dividen de pleno derecho desde el momento mismo de la muerte del causante, no formando parte de la masa indivisa.

Esta división se hará en proporción de la parte por la cual cada uno es llamado a la herencia (lo que sucede desde la muerte del causante).

Consecuentemente siendo cada heredero dueño de esa porción en el crédito, puede exigir el pago de esa acreencia desde el día de la muerte del causante y el deudor de la herencia que le abona, se libera en cuanto a esa parte de la deuda.

Por otro lado, el heredero se encuentra autorizado para ceder su parte en el crédito y a su vez sus propios acreedores están facultados para embargársela y exigir que los deudores de la sucesión sean obligados a pagárselas hasta la concurrencia en esa parte.

Los acreedores de los herederos, por su parte, tienen derecho a trabar medidas precautorias necesarias para asegurar sus créditos.

Si un heredero es deudor de un tercero y este por su parte es deudor de la sucesión, tiene lugar “*La Compensación*” entre ambos hasta la concurrencia de la suma menor.

### **7.-EFECTOS DE LA PARTICIÓN:**

Antes del acto particionario, cada uno de los herederos es dueño de una cuota parte indivisa del patrimonio hereditario y al tener lugar la partición deviene, como consecuencia de ella, en dueño exclusivo de los bienes que le han sido adjudicados en su hijuela.

Se considera declarativa de derechos de allí deriva también su carácter retroactivo (la partición se limita a declarar derechos que ya se tenían en forma exclusiva desde el momento de la apertura de la sucesión, presumiéndose que cada coheredero ha sido propietario único de los bienes que le han correspondido y no ha tenido derecho alguno en los que le han tocado a sus coparticipes);

Nada se transfiere con la partición, los coparticipes no son causahabientes entre ellos (sus derechos los tienen directamente del difunto y la propiedad exclusiva les corresponde desde el día de la apertura de la sucesión y por ende, retroactivamente a ese momento).

**-Los artículos 2403 al 2407 del Código Civil y Comercial hablan de los efectos de la misma y establecen:**

**a)-Efecto declarativo:**

El artículo 2403 del Código Civil y Comercial establece: *“La partición es declarativa y no traslativa de derechos. En razón de ella, se juzga que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos en su hijuela y en los que se le atribuyen por licitación, y que no tuvo derecho alguno en los que corresponden a sus coherederos.*

*Igual solución se entiende respecto de los bienes atribuidos por cualquier otro acto que ha tenido por efecto hacer cesar la indivisión totalmente, o de manera parcial sólo respecto a ciertos bienes o ciertos herederos.*

*Los actos válidamente otorgados respecto de algún bien de la masa hereditaria conservan sus efectos a consecuencia de la partición, sea quien sea el adjudicatario de los bienes que fueron objeto de esos actos”.*

Son antecedentes del mismo los artículos 3503 y 3504 del derogado Código Civil, los cuales transcribiremos a título informativo, por su parte ellos establecían lo siguiente:

“Se juzga que cada heredero ha sucedido sólo 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 exclusiva e inmediatamente del difunto y no de sus coherederos” (artículo 3503).

“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” (artículo 3504).

La norma actual establece el efecto declarativo y no traslativo de derechos de la partición hereditaria, como si lo establecía el derogado Código Civil.

La partición es declarativa, y no atributiva de derechos, dado que los bienes comprendidos en la porción de cada heredero se consideran que le pertenecen en

propiedad desde el momento mismo de la muerte del causante y que son recibidos directamente del causante y no de sus coherederos.

La norma comentada considera que cada heredero ha recibido solo e inmediatamente los bienes comprendidos en su hijuela del causante, al igual que los que se le atribuyen por licitación y que no tiene derecho alguno sobre los bienes que se atribuyen a los otros coherederos.

Solución que también se aplica en relación a los bienes atribuidos por cualquier otro acto que ha tenido por efecto hacer cesar de hecho la indivisión, ya sea sobre todos los bienes, o de manera parcial sobre ciertos bienes o ciertos herederos.

Los actos válidamente otorgados respecto de algún bien de la masa hereditaria conservan sus efectos como secuela o consecuencia de la partición, cualquiera sea el adjudicatario de los bienes que fueron objeto de esos actos ya otorgados, es decir, aunque el bien no sea atribuido a quien realizó esos actos.

#### **b)-Garantía de Evicción:**

El artículo 2404 del Código Civil y Comercial establece: *“En caso de evicción de los bienes adjudicados, o de sufrir el adjudicatario alguna turbación del derecho en el goce pacífico de aquéllos, o de las servidumbres en razón de causa anterior a la partición, cada uno de los herederos responde por la correspondiente indemnización en proporción a su parte, soportando el heredero vencido o perjudicado la parte que le toque. Si alguno de los herederos resulta insolvente, su contribución debe ser cubierta por todos los demás.*

*Ninguno de los herederos puede excusar su responsabilidad por haber perecido los bienes adjudicados en la partición, aunque haya sido por caso fortuito”.*

Son antecedentes del mismo los artículos 3505 y 3508 del derogado Código Civil, los cuales transcribiremos a título informativo, por su parte ellos establecían lo siguiente:

“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” (artículo 3505).

“La obligación recíproca de los coherederos por la evicción, es en proporción de su haber hereditario, comprendida la parte del que ha sufrido evicción; pero si alguno de ellos resultare insolvente, la pérdida será igualmente repartida entre el garantizado y los otros coherederos” (artículo 3508).

-El artículo actual instituye la garantía de evicción en tres grandes líneas:

- a)-La evicción de los bienes adjudicados;
- b)-La evicción si se sufre alguna turbación de derecho en el goce pacífico de esos bienes adjudicados; y
- c)-La evicción en el caso del derecho de servidumbre (artículos 1887, inc. k y artículo 2162 CCyC y consecutivos), aunque la causa sea anterior a la partición.

Es que los coherederos son garantes los unos respecto de los otros de toda evicción de los objetos que les han correspondido en la partición y también de toda turbación de derecho en el goce pacífico de los objetos mismos, siempre que la evicción o la turbación sean anteriores a la partición.

Para hacer efectiva esa garantía, cada uno de los herederos responde por la correspondiente indemnización en proporción a su parte, debiendo también soportar el heredero vencido o perjudicado la parte proporcional que le corresponda.

Si un coheredero no puede hacer efectiva su parte en la garantía, debido a su insolvencia, su contribución deber ser cubierta por todos los restantes coherederos.

Esta insolvencia no es más que una pérdida que resulta también de la evicción que sufre el heredero y reconoce por causa la culpa o el error común que cometieron todos los herederos en la partición, motivo por el cual debe ser igualmente reparada en común por todos los coherederos,

La responsabilidad de los herederos subsiste aunque los bienes adjudicados a uno de ellos hubieran perecido, aunque haya sido por caso fortuito dicho perecimiento.

***¿Hasta dónde se da la extensión de dicha garantía?***

El artículo 2405 establece que: *“La garantía de evicción se debe por el valor de los bienes al tiempo en que se produce. Si se trata de créditos, la garantía de evicción asegura su existencia y la solvencia del deudor al tiempo de la partición”*.

El artículo reconoce como antecedente al artículo 3509 del derogado Código Civil, el cual transcribiremos a continuación; el mismo establecía que: *“Los coherederos están igualmente obligados a garantizarse, no sólo la existencia, en el día de la partición, de los créditos hereditarios que les han correspondido, sino también la solvencia, a esa época de los deudores de esos créditos”*.

La norma actual estipula que en los supuestos en que resulte necesario hacer cierta la garantía de evicción, a los efectos de determinar su cuantía, se tomará en cuenta el valor de los bienes al tiempo en que se produce dicha evicción.

Por otra parte, si se trata de créditos adjudicados, la garantía de evicción asegura la existencia del crédito y la solvencia del deudor a la época de la partición.

Si en la partición se han adjudicado créditos, la garantía comprende no solo la existencia de los mismos, sino también la solvencia de los deudores al tiempo de la partición; la garantía se extiende a la solvencia de los deudores, pero la misma debe establecerse al momento de la partición, pues no puede garantizarse la solvencia futura.

***¿Cuáles son los casos excluidos de la misma?***

El artículo 2406 establece que: *“La garantía de evicción no tiene lugar cuando es expresamente excluida en el acto de partición respecto de un riesgo determinado; tampoco cuando la evicción se produce por culpa del coheredero que la sufre”*.

*El conocimiento por el adjudicatario al tiempo de la partición del peligro de evicción no excluye la garantía”.*

La norma en estudio tiene como antecedentes a los artículos 3511 y 3512 del derogado Código Civil, los cuales establecían que:

“La obligación de la garantía cesa sólo 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” (artículo 3511).

“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 la evicción sucediese” (artículo 3512).

**-Por su parte el artículo actual:**

***a)-Confiere la posibilidad de excluir en el acto de la partición la garantía de evicción, en relación a un riesgo determinado,*** exige una cláusula particular y expresa que exceptúe una situación singular de evicción; y

***b)-La garantía tampoco se hará efectiva cuando la evicción se produce por culpa del coheredero que la padece o sufre,*** dado que no podría beneficiarse con su propio accionar dañoso.

En el caso de que se produzca alguna de las dos causales explicadas ut supra, se establece que la circunstancia de que el adjudicatario al tiempo de la partición conozca el peligro por evicción no hace a que se prescinda de la garantía y la misma debe hacerse efectiva.

En materia sucesoria el conocimiento de la posibilidad de evicción no afecta la garantía, ya que el heredero por una parte no ignora el peligro pero conoce el remedio, que es la garantía.

**c)-Vicios redhibitorios o defectos ocultos:**

El artículo 2407 establece que: *“Los coherederos se deben recíprocamente garantía de los defectos ocultos de los bienes adjudicados”*.

El mismo reconoce como antecedente al artículo 3510 del derogado Código Civil, este establecía: *“Los herederos se deben garantía de los defectos ocultos de los objetos que les han correspondido, siempre que por ellos disminuyan éstos una cuarta parte del precio de la tasación”*.

En la normativa actual se dispone la garantía recíproca de los coherederos, en el caso que existan defectos ocultos y se mantiene como regla, la garantía por vicios ocultos, en todos los supuestos, sin aludir a pérdidas determinadas del valor del bien.

Se estatuye la garantía recíproca de los coherederos por los defectos ocultos de los bienes adjudicados y la misma tiene los siguientes caracteres: es mutua, correspondiente, recíproca y equitativa.

-La norma referida contempla el contenido de la responsabilidad por los vicios ocultos que se extiende a estos supuestos:

*a)-Los defectos no comprendidos en las exclusiones del artículo 1053 Código Civil y Comercial; y*

*b)-Los vicios redhibitorios; considerándose tales a los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales o disminuyen su utilidad a tal extremo que de haberlos conocido el adquirente no la habría adquirido o su contraprestación hubiese sido significativamente menor.*

## **8.-ACCIÓN DE NULIDAD, DE REFORMA Y DE COMPLEMENTO DE LA PARTICIÓN:**

Se procura con la multiplicidad de opciones que suministra el Código Civil y Comercial que además de la nulidad de la partición efectuada, pueda requerirse una partición rectificativa o que se complemente la porción del heredero perjudicado.

-La parte perjudicada tiene varias opciones:

- a)-Solicitar la nulidad de la partición (Acción de Nulidad);
- b)-Que se efectúe una partición complementaria o rectificativa (Acción de Reforma); y
- c)-Que se le atribuya un complemento a su porción (Acción de Complemento).

A continuación trataremos en forma breve y a título informativo a cada una de ellas.

### **A-ACCIÓN DE NULIDAD:**

La partición es un negocio jurídico comprendido en el concepto de acto jurídico, pudiendo por lo tanto ser anulada por los mismos vicios previstos para los actos jurídicos en general.

La misma determina que el procedimiento se retrotraiga al momento anterior a la presentación de la cuenta particionaria.

También podrían darse supuestos de nulidad propios de la división de la herencia, ejemplo de ello sería: la falta de unanimidad en la partición extrajudicial, la falta de capacidad de las partes, la violación al principio de igualdad, etc.

Sin embargo cabe aclarar que no siempre es necesario desechar toda la partición, sino que a veces se permite simplemente reformularla.

Son causales de nulidad según el artículo 2408 del Código Civil y Comercial:

*“La partición puede ser invalidada por las mismas causas que pueden serlo los actos jurídicos. El perjudicado puede solicitar la nulidad, o que se haga una partición complementaria o rectificativa, o la atribución de un complemento de su porción”.*

No existe norma similar en el derogado Código Civil.

Siendo la partición un acto jurídico, el artículo comentado remite en primer término a las normas referidas a la ineficacia de los actos jurídicos en general, contenidas en el artículo 386 Código Civil y Comercial y siguientes, en orden a que la partición puede ser invalidada por las mismas causas.

#### **B-ACCIÓN DE REFORMA:**

Pese a haberse aprobado la partición, ella es susceptible de reforma; la reforma de la cuenta particionaria, implica su reajuste y obliga a practicar una nueva distribución.

La reforma procede cuando se produce un desequilibrio en la igualdad de las hijuelas y esto ocurre cuando por ejemplo: debe efectivizarse la garantía de evicción que se deben recíprocamente los herederos o si se ha incluido en la partición bienes inexistentes o ajenos al acervo hereditario; o cuando aparezcan bienes de propiedad del causante antes desconocidos; o cuando se produzca la pérdida de alguno de los bienes adjudicados por evicción cuando los coherederos no satisfacen la garantía; o cuando no se hayan observado los requerimientos legales para su realización, etc.

#### **C-ACCIÓN DE COMPLEMENTO:**

El artículo 2409 del Código Civil y Comercial establece: *“El artículo 2408 se aplica a todo acto, cualquiera que sea su denominación, cuyo objeto sea hacer cesar la indivisión entre los coherederos, excepto que se trate de una cesión de derechos hereditarios entre coherederos en la que existe un alea expresada y aceptada”*.

No existe norma similar en el derogado Código Civil.

Como vemos aquí se contempla la posibilidad de pedir la reforma de la partición o su complemento, respecto de todo acto cualquiera sea su denominación que tenga por objeto hacer cesar la indivisión entre los coherederos.

Esta alternativa no concurre cuando se hubiera efectuado un contrato de cesión de derechos hereditarios entre los coherederos en el cual exista un alea expresada y aceptada (artículo 2302 CCyC y siguientes).

Se describen normativamente las causas de nulidad para continuar haciéndola extensiva a todo otro acto, cualquiera sea su nominación, pero que se destine al cese de la indivisión entre los coherederos; exceptuando expresamente la cesión de derechos hereditarios entre coherederos.

***¿Cuándo no son admisibles tales acciones?***

Esto se encuentra establecido en el artículo 2410 el cual estipula: *“Las acciones previstas en este Capítulo no son admisibles si el coheredero que las intenta enajena en todo o en parte su lote después de la cesación de la violencia, o del descubrimiento del dolo, el error o la lesión”*.

No existe antecedente en el derogado Código Civil.

El artículo en estudio dispone que no se podrá reclamar la nulidad de la partición cuando estuviera afectada por vicios del consentimiento de alguno de los coherederos y este coheredero enajena todo o parte de su lote después de cesada la violencia o descubierto el dolo, el error o la lesión.

Ello encuentra su fundamento en que si el coheredero realizó actos de enajenación de los bienes adjudicados después de haber tomado conocimiento del vicio que le hubiere permitido cuestionar la partición, no podrá pretender hacerlo valer en el futuro, debido a que con su propio accionar ha saneado la deficiencia o nulidad.

Se describe la inadmisibilidad de las acciones previstas anteriormente, cuando la conducta del coheredero revela una clara contradicción con su gestión anterior (conoce el vicio) y con posterioridad enajena una parte o la totalidad del lote que le correspondió después que el vicio ha desaparecido o se ha extinguido jurídicamente.

Resulta de aplicación al caso lo dispuesto por el artículo 393 Código Civil y Comercial el cual establece que hay confirmación, cuando la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de la nulidad.

### CAPÍTULO 3

#### “LA PARTICIÓN POR ASCENDIENTES”: SU TRATAMIENTO, ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”

**SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN 2.-CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA MISMA: “LA VOLUNTAD ILUSTRADA DE LOS PADRES” 3.- PROCEDENCIA: 3.1-PERSONAS QUE PUEDEN EFECTUARLA Y QUE SE ENCUENTRAN ALCANZADAS POR ELLA 3.2.-BIENES NO INCLUIDOS 3.3.- COLACIÓN Y MEJORA 3.4-DERECHO A PEDIR LA ATRIBUCIÓN PREFERENCIAL DE ALGÚN BIEN 3.5-DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE O CONVIVIENTE SUPÉRSTITE 4.-DISTINTOS FORMAS DE LLEVARLA A CABO: PARTICIÓN POR DONACIÓN Y PARTICIÓN POR TESTAMENTO.**

## **1.-INTRODUCCIÓN:**

A continuación vamos a tratar una institución de larga tradición jurídica; la cual consiste en *el derecho que tienen los padres o demás ascendientes, de distribuir los bienes de la herencia entre sus descendientes, antes de su muerte.*

La misma tiene sus antecedentes en el Derecho Romano y la posterior regulación de Las Partidas; en relación a ello cabe mencionar que estos también fueron antecedentes del Código Civil Francés de 1804, en el cual se inspiró nuestro Código Civil.

Por su parte, la institución en estudio se encuentra regulada en el Código de Napoleón, el cual dedica el capítulo VII del título II del libro tercero a la Partición realizada por los ascendientes.

En Francia, la partición por medio de la donación ha tenido mucha difusión, ya que se encuentra favorecida por un importante descuento sobre el impuesto a la herencia (cuestión que no pasa en nuestro derecho).

Por otra parte, en España y en Italia la figura no tiene un tratamiento específico. Sin embargo a el artículo 1056 del Código Civil Español contempla la posibilidad de que *"El testador hiciera, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes"* y establece que *"no podrá perjudicar la legítima de los herederos forzosos"*; y por su parte el artículo 734 del Código Civil Italiano dispone: *"Il testatore può dividere i suoi beni tra gli eredi comprendendo nella divisione anche la parte non disponibile"*.

17

Ahora bien, avocándonos en nuestro derecho el Código Civil derogado en los artículos 3514 a 3538 regulaba la Partición realizada por los Ascendientes, *"sin distinguir cómo fuera realizada, sea por donación o por testamento"*.

---

<sup>17</sup> "El testador puede dividir sus activos entre los herederos al incluir en la división incluso la parte no disponible". Traducción propia.

Es por ello que en sus disposiciones aludía tanto a una como a otra figura, a pesar de ser diversa la naturaleza de las mismas.

Fue entonces la Doctrina quien se ocupó de señalar las diferencias y las similitudes entre ambas y marcó la necesidad de un tratamiento separado de las mismas.

El artículo 3514 del derogado Código Civil establecía que:

*"El padre y la madre y los otros ascendientes, pueden hacer, por donación entre vivos o por testamento, la partición anticipada de sus propios bienes entre sus hijos y descendientes..."*.

En cuanto a su finalidad el codificador en la *Nota a dicho artículo*, también la pone de relieve y estipula:

*"La ley le confiere este poder a los padres como medio de prevenir las diferencias a que podría dar lugar la partición después de la muerte de ellos...evita también los gastos de la división que podría suscitar la minoridad de uno de los hijos...atribuir a cada uno de los hijos los bienes o el bien que conviene a su carácter, a su profesión o a su situación pecuniaria"*.

En la actualidad el Código Civil y Comercial regula en el Capítulo 7 del título VIII del Libro Quinto (dividiéndolas en tres secciones que veremos a continuación en el desarrollo de este capítulo), la partición por los ascendientes previendo las dos alternativas a saber: una dada por la partición mediante la donación de los bienes a los hijos y la otra por la inclusión de la partición en el testamento.

En el nuevo régimen (sustancialmente semejante al del Código Civil derogado), se introducen algunas novedades y se plantean ciertas dudas de interpretación y de conciliación con otras figuras del Código Civil y Comercial que procuraremos analizar y despejar en el presente capítulo.

## **2.-CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA MISMA: "LA VOLUNTAD ILUSTRADA DE LOS PADRES"**

**-CONCEPTO:**

La Partición por Ascendientes, es una de las *herramientas de planificación sucesoria*, ya que surge por voluntad del causante antes de su fallecimiento.

Podemos establecer que la Partición por Ascendientes consiste en:

***La posibilidad que tienen los padres o demás ascendientes, de dividir la herencia entre sus descendientes, antes de su muerte.***

La idea primordial de la figura en análisis se centra en que los bienes se repartan en la misma forma y proporción como si hubiera fallecido el ascendiente.

Esta figura se ha previsto como modo de prevenir las diferencias a que podría dar lugar la partición después de la muerte de ellos (los ascendientes).

**-FUNDAMENTO DE LA MISMA: “LA VOLUNTAD ILUSTRADA DE LOS PADRES”**

Es el poder que la ley le reconoce a los padres para distribuir la herencia entre sus hijos y se funda en la presunción de que aquéllos tienen un mejor conocimiento de los bienes que conforman la herencia y de las personas de sus hijos, además de un criterio más fino para definir su distribución y adjudicación entre los herederos más directos.

En la Nota al artículo 3514 del Código Civil derogado *Vélez Sarsfield* se refiere al poder de los padres, "*como un medio para prevenir las diferencias a que podría dar lugar la partición, después de la muerte de ellos*" y a continuación la misma nota alude a la "*Voluntad Ilustrada*" de los mismos.

El derecho de los padres a realizar la partición es particularmente amplio pues abarca todos los bienes, incluso los que integran la porción legítima de los herederos forzosos<sup>18</sup>, y puede ejercerse aunque los hijos sean mayores de edad.

---

<sup>18</sup>En la nota al art. 3514 del Código Civil, distingue, entre el derecho de los padres a "disponer de sus bienes y repartirlos entre sus legatarios", y el derecho, más específico y trascendente, de "reglar la suerte de las legítimas de sus hijos".

La voluntad ilustrada de los padres sustituye a los deseos y a las preferencias que pudieran tener los hijos y aunque la partición efectuada por el ascendiente no puede afectar o violar cuantitativamente las porciones legítimas, sí puede definir las o conformarlas, atribuyéndole a cada uno de sus hijos los bienes que, en concreto, el padre o la madre quieran dejarles.

El aprecio y la valoración de la voluntad y el criterio de los padres se encuentran en el fundamento de la partición por los ascendientes.

Con motivo de la partición por el ascendiente, la voluntad preferente o ilustrada del padre o de la madre conserva la vigencia y la virtualidad que ha perdido en otros escenarios o en otras situaciones reguladas en el actual Código Civil y Comercial.

### **3.-PROCEDENCIA:**

#### **3.1-PERSONAS QUE PUEDEN EFECTUARLA Y QUE SE ENCUENTRAN ALCANZADAS POR ELLA:**

El artículo 2411 del Código Civil y Comercial establece:

*“La persona que tiene descendientes puede hacer la partición de sus bienes entre ellos por donación o por testamento.*

*Si es casada, la partición de los bienes propios debe incluir al cónyuge que conserva su vocación hereditaria. La partición de los gananciales sólo puede ser efectuada por donación, mediante acto conjunto de los cónyuges”.*

La norma tiene como antecedente el artículo 3514 del derogado Código Civil, el cual transcribimos a continuación y que establecía lo siguiente: “El padre y madre y los otros ascendientes, pueden hacer, por donación entre vivos o por testamento, la partición anticipada de sus propios bienes entre sus hijos y descendientes, y también, por actos especiales, de los bienes que los descendientes obtuviesen de otras sucesiones”.

Según la nota al artículo en estudio la ley les confería este poder a los ascendientes como medio de prevenir las diferencias a que podría dar lugar la partición, después de la

muerte de ellos. Así lo mencionaba la ley romana: “*Ut fraterno certamine eos preservent*”<sup>19</sup>.

Esa facultad evitaba también los gastos de división que podría necesitar la minoridad de uno de los hijos.

Los padres sustituían su voluntad ilustrada, a la decisión de la suerte, puede decirse, para atribuirle a cada uno de sus hijos el bien que conviene a su carácter, a su profesión, o a su posición pecuniaria.

No se trataba de crear por la voluntad del hombre un derecho de sucesión, sino de reglar el ejercicio del derecho de sucesión conferido por la ley.

Esta prerrogativa de los padres era ciertamente independiente de la facultad de disponer, pues que, ella se aplicaba aun a la porción de bienes no disponibles.

En el caso del artículo, los padres reglaban la suerte de las legítimas de sus hijos que la ley sustraía a su acción.

Como la división que hacían los padres abrazaba también la legítima de los hijos, tenía todas las consecuencias de una partición de los bienes, y no las que resultarían de una mera división de la propiedad del testador entre sus legatarios, los cuales no estarían obligados a sanearse entre sus respectivos lotes.

Según el artículo, también los padres pueden hacer entre sus hijos los inventarios, tasaciones y partición de los bienes que sus descendientes obtuviesen de otras sucesiones.

El Código Civil y Comercial, “*conserva la partición por los ascendientes*”, pero ordena los contenidos: por un lado en una parte de disposiciones generales y por otro lado el

---

<sup>19</sup> “Con el fin de preservar contienda entre hermanos”. Traducción propia.

tratamiento por separado de la partición por donación y la partición por testamento; como también considera razonable que la partición pueda ser parcial aplicándose a los bienes excluidos de la división el régimen sucesorio general. Estas son las diferencias estructurales y normativas más importantes en relación al Código Civil derogado.

Los ascendientes pueden realizar la partición, respecto de sus descendientes, por acto entre vivos (donación) o por actos mortis causa (testamento).

Si es por donación, el futuro causante la realiza en vida y por ende comprende un acto entre vivos; y

Si es por testamento, importa un pacto sobre herencia futura permitido y es un acto de disposición mortis causa (que unilateralmente afecta al modo de operarse la transmisión hereditaria, en favor de descendientes).

A través de este capítulo las vamos a ir explicando a cada una de ellas en detalle y con mayor precisión; tratando de hacer hincapié en las diferencias y similitudes que existen en relación a la normativa derogada, como también las diferencias que se dan entre ambas formas de llevar a cabo la partición en la actualidad.

A continuación vamos a plantear ciertas situaciones puntuales que nos originan distintos interrogantes:

### ***¿Qué ocurre si el ascendiente se encuentra casado?***

Cuando la persona del “*ascendiente*” que va a partir, está casada, debe incluir siempre al cónyuge cuando este conserva su vocación hereditaria (así lo establece el artículo 2433 CCyC y consecutivos).

A su vez tenemos que hacer una distinción en relación a “*los bienes*” sobre los cuales recae la misma:

1)-Respecto a los *bienes propios* la partición deberá incluir necesariamente al cónyuge:  
en el caso contrario se afectaría el principio de igualdad en el reparto; y

2)-Respecto a los *bienes gananciales* la partición deberá ser efectuada por donación(o sea por acto entre vivos): ya que los mismos deben disponerse por sus dueños y también porque está prohibido el testamento conjunto.

Aquí se pone énfasis en la situación de las personas casadas bajo “*el régimen de comunidad de ganancias*” (artículo 463 CCyC y consecutivos), proponiendo que la partición por ascendiente solo pueda tener por objeto *los bienes propios*, ya que la que operará sobre los gananciales, significaría una partición anticipada de la comunidad.

Cuando el ascendiente realice una partición que incluya *bienes gananciales* por estar bajo el régimen patrimonial de comunidad de ganancias (artículo 469 CCyC y consecutivos), solo podrá efectuar tal partición por donación; no puede efectuarse por testamento, ya que el artículo 2465 CCyC no admite el testamento conjunto.

Además de la exigencia de que el acto de partición sea instrumentado mediante donación (artículo 1542 CCyC y consecuentes), la norma establece que debe ser llevado a cabo por los dos cónyuges, en forma conjunta.

Se produce con esto una innovación en la partición por ascendientes ya que se admite la división de los bienes gananciales por un acto conjunto de los dos cónyuges. De esta manera los cónyuges se desprenden de la titularidad y de los derechos que pudieran ostentar sobre los bienes gananciales transmitiéndoles el dominio a sus hijos<sup>20</sup> en la comunidad de ganancias (artículo 2411 segundo párrafo del Código Civil y Comercial).

---

<sup>20</sup>La norma funciona bien si los bienes gananciales son de la titularidad conjunta de ambos cónyuges y si los donatarios son hijos de los dos. De no ser así, el cónyuge no titular del bien ganancial estaría renunciando anticipadamente a los derechos que le corresponderían en la partición de la comunidad, y podría estar afectando los derechos de sus eventuales herederos forzosos (Mazzinghi, Jorge A. M., Año 2016, “La partición de la herencia realizada por los ascendientes. Novedades y conflictos a partir de la sanción del Código Civil y Comercial”, LA LEY.).

En conclusión podemos afirmar que: si los cónyuges poseen bienes gananciales la partición sólo puede realizarse con relación a los hijos, a través de la donación de los mismos y mediante un acto conjunto de ambos.<sup>21</sup>

Si bien la norma del artículo 2411 del Código Civil y Comercial no dice nada al respecto, se entiende en un sector de la doctrina y coincidimos con ello, que la donación puede limitarse a la nuda propiedad de los bienes gananciales, manteniendo el padre, la madre o ambos, el usufructo sobre los bienes incluidos en la donación.<sup>22</sup>

Por el contrario en el *régimen patrimonial de separación de bienes* (artículo 505 CCyC y consecutivos) no se produce el conflicto que la comunidad de ganancias provoca; pero en el caso de vivir los cónyuges bajo dicho régimen y procederse a la partición por ascendiente, se debe incluir al cónyuge.

Sólo puede concretarse la partición a través de una donación, si los cónyuges han optado por el régimen de separación de bienes, pues los que están encuadrados en el régimen de comunidad no pueden efectuarse donaciones.<sup>23</sup>

Esta prohibición, agregada con la reforma al Código Civil y Comercial de la Nación, es a nuestro criterio desafortunada, ya que atenta contra: los principios troncales de autonomía e igualdad que sustentan la nueva formulación e implica un notable retroceso legislativo en tanto sustituye el principio de libertad contractual hoy reconocido, por el de incapacidad.

### *¿Quiénes pueden realizar la partición?*

---

<sup>21</sup>La posibilidad era aceptada por la doctrina en el marco del Código Civil: "La duda que se plantea está referida al caso en que los dos cónyuges en forma conjunta efectúen la partición por donación. En este supuesto, la mayoría de la doctrina entiende que tal partición es válida siempre que comprenda exclusivamente bienes gananciales y no se refiera a bienes propios". (Azpíri, Jorge O., Año 2016, 4ª ed, p. 474, "Derecho Sucesorio", Editorial Hammurabi).

<sup>22</sup>Así lo dice, en términos generales el artículo 2416 del Código Civil y Comercial.

<sup>23</sup>Así lo establece el artículo 1002 Inc. d) del Código Civil y Comercial: "No pueden contratar en interés propio, los cónyuges bajo el régimen de comunidad, entre sí".

*En principio cualquier persona que tiene descendientes puede hacer la partición.*

Empero siendo más específicos podemos hacer ciertas distinciones, a saber:

**1)-Por el padre o por la madre que tienen descendencia:** en principio podrán recurrir a esta figura los padres con el propósito de distribuir la herencia entre sus hijos;

**2)-Podrá alcanzar también a los nietos del que la realice:** pues éstos heredan a su padre o a su madre por representación ocupando su lugar en la sucesión del partidor;

**3)-Por una persona que se encuentra casada:** puede incluir en la partición a su cónyuge pero sólo con relación a los bienes que revisten carácter propio y en dicho caso el cónyuge supérstite se equipara a los hijos del causante, y éste último define los bienes que se atribuirán sus hijos, y define también los que habrán de corresponderle al cónyuge supérstite.

### **3.2.-BIENES NO INCLUIDOS:**

El artículo 2412 del Código Civil y Comercial establece:

*“Si la partición hecha por los ascendientes no comprende todos los bienes que dejan a su muerte, el resto se distribuye y divide según las reglas legales.*

Su antecedente el artículo 3518 del derogado Código Civil establecía: “La partición por donación no puede tener por objeto sino los bienes presentes. Los que el ascendiente adquiriera después, y los que no hubiesen entrado en la donación, se dividirán a su muerte, como está dispuesto para las particiones ordinarias”.

La norma derogada establecía que el objeto de la partición por donación debía ser los bienes presentes y que los que no hubiesen entrado en la donación se dividirían a la muerte del donante, como está dispuesto para las particiones ordinarias.

Era posible la partición parcial.

En el Código Civil derogado y con respecto a los bienes no incluidos solo se les podía aplicar la partición por donación; en cambio en la normativa actual se produce una expansión, ya que a los mismos se les puede aplicar cualquiera de las dos formas de partición por ascendientes (sea llevada a cabo por donación o por testamento).

Por otro lado la norma actual establece que cuando la partición por ascendiente no alcanza a todos los bienes que dejan a su muerte los ascendientes, los que no están incluidos en esa partición, se van a dividir según las reglas de la sucesión de que se trate (o sea que habrá de iniciarse, respecto a los excluidos, el juicio sucesorio específico).

La realidad nos demuestra que lo más frecuente es que la partición por ascendientes sea parcial, ya que:

-Si es por donación: el ascendiente suele reservarse algunos bienes que le resultan imprescindibles; y

-Si es por testamento: el testador no puede saber al momento de otorgar el acto, cuál será la evolución de su patrimonio con posterioridad.

### **3.3.- COLACIÓN Y MEJORA:**

#### **-Colación:**

El artículo 2413 del Código Civil y Comercial establece:

*“Al hacer la partición, sea por donación o por testamento, el ascendiente debe colacionar a la masa el valor de los bienes que anteriormente haya donado y sean susceptibles de colación”.*

Al realizar la partición, los ascendientes deben tomar en cuenta las donaciones que, con anterioridad, hubieran realizado en favor de alguno o alguno de sus descendientes.

El criterio conforme al cual la partición debe incluir las donaciones anteriores resultaba del artículo 3530 del derogado Código Civil, el cual establecía: "Para hacer la partición,

sea por donación o por testamento, el ascendiente debe colacionar a la masa de sus bienes, las donaciones que hubiese hecho a sus descendientes...".

El artículo 2413 del Código Civil y Comercial reitera la directiva pero parcialmente. Destacándose que se replica la necesidad de que en la partición el ascendiente “*incluya el valor de las donaciones colacionables*”, a los efectos de recomponer virtualmente el patrimonio de la persona que hace la partición, para luego así poder adjudicar el valor de esa donación al descendiente donatario; y exige también que el ascendiente las contenga en el acto particionario.

De este modo se trata de restaurar el patrimonio de la persona que va a partir (el ascendiente), lo que resulta una solución equitativa de esta clase de partición y evita que la misma pueda ser cuestionada por otros coherederos.

Sin embargo y a pesar de que se mantiene la misma solución legal, con las actuales disposiciones sobre la colación, se pueden suscitar algunos problemas de interpretación.

Como por ejemplo:

*1)-En el caso del segundo párrafo del artículo 3477 del derogado Código Civil con el actual artículo 2393 del Código Civil y Comercial:*

-Por un lado el segundo párrafo del artículo 3477 del derogado Código Civil el cual disponía que: “La colación era procedente aunque los valores dados en vida por el causante existieran o no en poder del heredero a la fecha de la muerte del autor de la sucesión”; y

-Por otro lado y en contrario el artículo 2393 del Código Civil y Comercial establece que: "No se debe colación por el bien que ha perecido sin culpa del donatario".

Este nuevo criterio, más favorable al donatario, deja abierta la posibilidad de que pueda ocurrir que al realizarse la partición por donación o por testamento, el ascendiente

tomara en cuenta donaciones que se tornaran luego no colacionables por el hecho de que el bien donado no subsistiera en el patrimonio del donatario al tiempo de la muerte del donante.

En una hipótesis como la descrita, el equilibrio de la partición se vería alterado en razón de que el causante habría considerado el valor de un bien que, por haber perecido luego sin culpa del donatario, no podría haber dado lugar a la colación.

*2)-También puede suscitarse un conflicto entre artículo 2413 y artículo 2391 ambos del Código Civil y Comercial actual:*

-Por un lado el texto del artículo 2413 del Código Civil y Comercial, que alude al “*valor de los bienes donados*”; y

-Por otro lado el texto del artículo 2391 del Código Civil y Comercial, que “*extiende el deber de colacionar*” a las convenciones que el heredero hubiera realizado en vida con el autor de la sucesión y de las que le resultaran al primero una “*ventaja particular*”.

Esta última norma amplía el ámbito de las liberalidades colacionables, abarcando la concesión del uso gratuito de un bien o un préstamo de dinero sin intereses o la formalización de un fideicomiso con beneficios para el heredero, etc.

Igualmente y aunque la norma del artículo 2413 sólo se refiere a los bienes donados, es criterio mayoritario y nos parece lógico, que el ascendiente pueda incluir en la partición las ventajas particulares o los beneficios comprendidos en el artículo 2391 del Código Civil y Comercial.

**-Mejora:**

El artículo 2414 del Código Civil y Comercial establece:

*“En la partición, el ascendiente puede mejorar a alguno de sus descendientes o al cónyuge dentro de los límites de la porción disponible, pero debe manifestarlo expresamente”.*

El cambio más importante en el régimen de la partición por el ascendiente que guarda relación con la oportunidad y la forma de mejorar a uno de los descendientes está dado por la mayor discrecionalidad y amplitud en su normativa, a saber:

-En el artículo 3524 del Código Civil derogándose establecía que la partición realizada por el ascendiente podía incluir una mejora en favor de uno de los hijos pero dejaba bien en claro que *“esta mejora no se mantenía ni regía si el causante no incluía en el testamento una cláusula expresa de mejora en favor del descendiente beneficiado en la partición”*; dicha norma restrictiva estaba inspirada en el interés por preservar la intimidad y la libre deliberación del causante disponiendo que la mejora sólo podía resultar del testamento.

Por el contrario el artículo 2414 del Código Civil y Comercial consagra un criterio distinto y más amplio, permitiendo que *“en la partición misma”* el ascendiente pueda mejorar *“a alguno de sus descendientes o al cónyuge dentro de los límites de la porción disponible”* y la única exigencia de la norma es que el ascendiente realice *“una manifestación expresa”* de la que resulte la mejora; si bien el “partidor” puede tener la intención o decisión de mejorar al cónyuge o a su o sus descendientes, ello no será suficiente ya que la mejora exige una manifestación específica en ese sentido, sea en el testamento o sea en la donación.

Así, la eficacia legal de la mejora requiere una manifestación explícita, en el contrato de donación o en la disposición de última voluntad. Es una norma general para esta clase de partición.

-En relación con esta mayor discrecionalidad, conviene recordar que el causante no sólo puede legar su porción disponible, sino que puede afectar la porción legítima de sus herederos forzosos disponiendo de un tercio en favor de un descendiente o ascendiente que padezca *“una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación con su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”*.

-Al regular la mejora, el artículo 2448 del Código Civil y Comercial dispone que el causante puede realizarla *"por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso"*, lo que significa un margen de mayor discrecionalidad al tiempo de asegurar o dirigir el destino de la herencia futura.

### **3.4-DERECHO A PEDIR LA ATRIBUCIÓN PREFERENCIAL DE ALGÚN BIEN:**

Los artículos 2380 y 2381 del Código Civil y Comercial contemplan algunas situaciones en las que el cónyuge sobreviviente o alguno de los herederos pueden reclamar la atribución preferencial de algún bien en la partición.

La figura, que no existía en el derogado Código Civil, se refiere a la posibilidad de pedir la atribución preferencial de:

- a)-Del *"Establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios"* en cuya formación participó el peticionante; o
- b)-Del *"Inmueble"* en el que el cónyuge o el heredero habitaban al tiempo de la muerte"; o
- c)-Del *"Local"* en el que el heredero ejercía su actividad profesional o comercial; o
- d)-De *"Las herramientas o cosas muebles"* afectadas a una explotación rural en calidad de arrendamiento o aparcería.

***¿Las hipótesis de adjudicación preferencial que ahora contempla el nuevo Código Civil y Comercial pueden funcionar y predominar frente a la partición que hubieran realizado los ascendientes sin tener en cuenta los supuestos previstos por la ley?***

Estimamos al igual que en la partición por el ascendiente, la voluntad del causante es determinante y por ello creemos que ante una partición efectuada por el padre o por la

madre, los herederos no tendrían el derecho a licitar que regula el artículo 2372 del Código Civil y Comercial para el supuesto de una partición judicial.<sup>24</sup>

*¿Si el padre o la madre practican una partición de los bienes entre sus hijos, éstos pueden cuestionarla o contradecirla invocando el derecho a la atribución preferencial de un establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios, de la vivienda, de un local comercial o profesional, o de las cosas muebles utilizadas en la explotación de un bien rural?*

La respuesta a este interrogante admite realizar una distinción esencial:

*a)-Como principio general podemos decir que la partición realizada por los ascendientes es oponible y en cierto sentido se impone a la voluntad o a las preferencias de los herederos forzosos.*

La partición por los ascendientes está fundada en el derecho de los padres a asegurar el destino de los bienes, evitando los conflictos derivados de la división de la herencia entre los descendientes.

La ley presume que los ascendientes tienen un criterio mejor formado acerca de las afinidades y capacidades de sus hijos para poseer unos u otros bienes.

Si los padres deciden concretar la partición (a través de la donación de sus bienes, o a través de un testamento), los descendientes y eventualmente el cónyuge supérstite respecto de los bienes propios del causante, no tienen derecho a requerir una atribución preferencial distinta, fundada en una situación de hecho anterior a la donación o a la fecha en que se redactó el testamento.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup>Mazzinghi, Jorge A. M, (19/12/2016; 2017-A, 593) “La partición de la herencia realizada por los ascendientes. Novedades y conflictos a partir de la sanción del Código Civil y Comercial”; LA LEY.

<sup>25</sup>El predominio de la voluntad testamentaria sobre los supuestos de atribución preferencial fue reconocido en el derecho francés: "Las disposiciones del Artículo 832 regulan solo una modalidad de partición y pueden aplicarse cuando el fallecido en su testamento haya atribuido la granja de la cual era el

Unos ejemplos servirían para aclarar la situación:

-El caso del padre que realiza una partición atribuyéndole el establecimiento industrial o agrícola a uno de sus hijos que no es el que contribuyó a formarlo ni el que, está al frente de sugestión; esta decisión paterna inhibe, la posibilidad de que este último invoque la atribución preferencial del artículo 2380 del Código Civil y Comercial; o

-El caso de la madre que vive con una de sus hijas en el inmueble que fue asiento de la vivienda familiar y que realiza una partición disponiendo que el inmueble se atribuya en condominio a favor de varios de sus hijos, incluyendo o excluyendo a la que lo ocupaba o que se lo adjudique a una hija distinta a la que vive en el inmueble, o establece en el testamento que se venda para distribuir su precio conforme al mecanismo indicado en la partición.

*En estos casos y en muchos más, la partición realizada por los ascendientes, se impone y predomina sobre los supuestos legales de atribución preferencial.*

*b)-La situación puede llegar a variar sustancialmente si los hechos que conforman y dan sustento a los supuestos de atribución preferencial se configuran con posterioridad a la fecha en la que el ascendiente estructura la partición.*

Si el padre, tomando el ejemplo visto anteriormente, realiza una partición testamentaria atribuyéndole el local a uno de sus hijos y con posterioridad otro de sus hijos comienza a ejercer su actividad en el local comercial, explotando el negocio familiar, no está tan claro que la partición le impida a este último invocar la atribución preferencial sobre el inmueble en donde está instalado el negocio cuya gestión ejerce; algo similar podría ocurrir con el conjunto de maquinarias y herramientas afectadas a la explotación rural, el padre puede haber realizado una partición atribuyéndolas en conjunto y en partes

---

propietario a un heredero que no sea el que cumplió con las condiciones establecidas para la asignación preferencial de dicha tenencia” (Code Civil; 2002, n°33, p.728; Dalloz).

iguales a todos sus hijos, pero si con posterioridad al dictado del testamento que incluye la partición, uno de sus hijos comienza a utilizar las maquinarias y las herramientas en la explotación de otros campos que arrienda o trabaja como aparcero, parece injusto negarle la posibilidad de reclamar la atribución exclusiva de los tractores y útiles de labranza que conforman un negocio en marcha.

En estas hipótesis los hechos que explican y dan fundamento a la atribución preferencial se configuran o terminan de configurarse con posterioridad a la formalización de la partición testamentaria, y pueden justificar su modificación y hasta su neutralización para dar lugar al juego de los mecanismos previstos en la ley.

Si el ascendiente había realizado la partición a través de la donación de los bienes, la posibilidad de alterarla por la aplicación de alguno de los supuestos legales de atribución preferencial aparece como más difícil pues los donatarios ya han recibido la posesión de los bienes y la reformulación podría generar problemas en cuanto a los frutos y a los derechos de los terceros.

Si en cambio la partición consta en un testamento redactado antes de que se configuraran las situaciones que dan lugar a la atribución preferencial está más claro que éstas pueden predominar sobre la partición realizada por los ascendientes.

### **3.5-DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE O CONVIVIENTE SUPÉRSTITE:**

A continuación vamos a analizar, los conflictos que podrían generarse entre la aplicación de la partición y el derecho real de habitación que el nuevo Código Civil y Comercial contempla en sus artículos 2383 y 527.

El artículo 2383 por su parte, establece el derecho real de habitación con notoria amplitud: *"El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante"*.

El artículo 527 del Código Civil y Comercial *“Le reconoce al conviviente supérstite el derecho real de habitación por el plazo máximo de dos años, y sólo en el caso de que el beneficiado careciese de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta”*.

-Las situaciones que se pueden presentar por de la coexistencia del derecho real de habitación y la partición realizada por el ascendiente son de lo más variadas:

*a)-Podría ocurrir que la partición realizada por el ascendiente incluyera el bien inmueble que al producirse el fallecimiento del partidor fuera el asiento del hogar conyugal o la sede de la convivencia: este podría haberse atribuido a alguno de los hijos del ascendiente partidor, la partición podría ser testamentaria o por donación, y el matrimonio o la convivencia del causante podrían ser de fecha anterior o posterior a la partición.*

En cualquiera de estos supuestos, consideramos que el derecho real de habitación se mantiene incólume y predomina sobre las decisiones que el ascendiente hubiera adoptado al realizar la partición de sus bienes.

El derecho de habitación es de naturaleza claramente asistencial y aún en el supuesto de que el casamiento se hubiera concertado o la convivencia se hubiera iniciado luego de la partición, el cónyuge o el conviviente supérstite no tendrían que resultar despojados de un derecho que la ley les confiere con el propósito evidente de resguardar su vivienda.

Si el ascendiente hubiera realizado la partición en vida donando sus bienes (el inmueble sede del hogar conyugal o de la convivencia) a sus descendientes, la cuestión es algo más compleja pues el artículo 2383 y el artículo 527 del Código Civil y Comercial aluden al inmueble de propiedad del causante: en este caso el inmueble en el que se hallaba asentado el hogar conyugal había sido en algún tiempo propiedad del causante. Y el titular del bien había querido anticipar su herencia, donándoles el inmueble a sus descendientes.

La donación podría haberse formalizado antes o después de la celebración del matrimonio:

-Si la donación fue anterior: no parece justo que el cónyuge supérstite se vea privado por esta decisión de anticipar la herencia del derecho real de habitación que la ley establece en su favor; y

-Si la donación fue posterior: debió contar en todos los casos con el asentimiento del cónyuge (conforme al artículo 456 del Código Civil y Comercial).

La conformidad del cónyuge con la donación del inmueble sede del hogar conyugal, bien podría interpretarse como una renuncia o como una suerte de abandono o desistimiento del derecho real.

En el supuesto en análisis el inmueble habría sido donado a los descendientes, pero la donación habría tenido lugar en el marco de una partición de los bienes que conformarían la herencia y no es del todo razonable que esta disposición anticipada deje sin efecto o arrase con un derecho que la ley le reconoce al cónyuge o al conviviente supérstite con el fin de protegerlos.<sup>26</sup>

*b)-Otro planteo sería que por el predominio del derecho real de habitación sobre las estipulaciones de la partición practicada por el ascendiente el adjudicatario de la propiedad del inmueble estime que su porción legítima se ve afectada:* porque no es lo mismo recibir un bien de libre disponibilidad que uno sujeto a la restricción de un derecho real de habitación en favor del cónyuge supérstite.

Por el contrario, si se tratara del “*derecho real del conviviente*”, la situación sería menos grave pues el derecho no podría extenderse por más de dos años y es poco probable que

---

<sup>26</sup>En sentido contrario, protegiendo al coheredero condómino, se resolvió lo siguiente: "La concurrencia a la sucesión en el doble carácter de coheredero y condómino, adquirido este último con anterioridad a la muerte del causante, impide la procedencia del derecho previsto en el artículo 3573 bis del Código Civil a favor del cónyuge supérstite"(C.Apel.Civ. y Com. Rosario, Sala IV, 8 de julio de 1991, "Lugano, Enzo R. c/Pacilio, José", JA 1994-II, síntesis).

El fallo es anterior a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, en donde el derecho real de habitación se reconoce con mayor amplitud que en el Código Civil.

una limitación de estas características pudiera afectar la integridad de la porción legítima.

En cambio “*el derecho a ocupar el inmueble por toda la vida del cónyuge supérstite y en forma gratuita*” constituye sí una restricción significativa.

Por lo establecido en los artículos 2412 y 2417 del Código Civil y Comercial, bien sabemos que, el descendiente afectado podrá siempre reclamar la integridad de su porción legítima, avanzando sobre otros bienes del causante no incluidos en la partición, o planteando una acción de complemento o de reducción para enmendar la partición que lo perjudica.<sup>27</sup>

*c)-Por último, podría también ocurrir que el autor de la partición, al atribuir sus bienes propios entre sus hijos y su cónyuge supérstite, le asignara a este último la propiedad del inmueble que fuera el asiento del hogar conyugal al tiempo de la muerte: el cónyuge podría pretender que la adjudicación del inmueble en la partición, importa la negación en los hechos del derecho real de habitación, y la frustración de la expectativa de recibir otros bienes del causante en propiedad, al margen del derecho a usar gratuitamente y de por vida el inmueble sede del hogar conyugal.*

Si el cónyuge supérstite recibe en la partición el inmueble sede del hogar conyugal en propiedad, no puede quejarse por el hecho de que la atribución del bien, bloquea la vigencia del derecho real de habitación reconocido por la ley; un planteo de estas características sería abusivo.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup>El Código Civil contemplaba dos acciones para atacar la partición que afectaba las porciones legítimas de los herederos, la de rescisión en el artículo 3536 y la de reducción de la hijuela excesiva en el artículo 3537. El Código Civil y Comercial supera esta duplicidad de acciones y sólo alude a la acción de reducción.

<sup>28</sup>RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela; (1º ed. tomo VI, p. 260) “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Buenos Aires: La Ley.

Ya que, el cónyuge tiene asegurado, por fuerza de la ley, el derecho real de habitación sobre el inmueble sede del hogar conyugal y además podría acceder a la propiedad de otros bienes de la herencia.

El causante quiso concentrar su derecho hereditario asegurándole la propiedad del hogar conyugal, y no parece lógico que el cónyuge supérstite lo cuestione, aduciendo que, de no haberse concretado la partición testamentaria, su posición podría haber sido más ventajosa, atribuyéndose la propiedad de algunos bienes de la herencia y el derecho real de habitación del inmueble sede del hogar conyugal.

En conclusión este derecho es de naturaleza asistencial y lo que verdaderamente importa es que el cónyuge supérstite no se vea privado del derecho a continuar ocupando la vivienda familiar. Si esta finalidad se cumple en el marco de la partición, a través de la atribución del dominio pleno del inmueble en donde se hallaba instalado el hogar conyugal, el derecho del cónyuge supérstite está adecuadamente resguardado y deja sin sustento legítimo a la eventual queja del adjudicatario.

#### **4.-DISTINTOS FORMAS DE LLEVARLA A CABO: “PARTICIÓN POR DONACIÓN Y PARTICIÓN POR TESTAMENTO”.**

##### **A-PARTICIÓN POR DONACIÓN:**

*“La partición por donación, es un acto jurídico por el cual el ascendiente dona y parte sus bienes entre sus descendientes con la aceptación de estos”*

##### **1-Introducción:**

-Para comenzar a hablar del tema en estudio vamos a establecer ciertas pautas generales:

a)-Tiene como finalidad anticipar el dominio de los bienes y evitar las disputas con respecto a la adjudicación entre los descendientes;

- b)-Es un acto complejo que combina normas de la donación con las de la partición;
- c)-Es un acto entre vivos, gratuito, patrimonial, plurilateral, de disposición, formal y que puede ser sometido a modalidades;
- d)-Está prohibida en ella la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante y por ello la transferencia de lo donado es irrevocable (excepto en los supuestos enunciados en el artículo 2420 que establece: “*La partición por donación puede ser revocada por el ascendiente, con relación a uno o más de los donatarios, en los casos en que se autoriza la revocación de las donaciones y cuando el donatario incurre en actos que justifican la exclusión de la herencia por indignidad*”).
- e)-Comparte los mismos elementos de la partición como: la igualdad de los lotes, el respeto a la legítima, la garantía entre los beneficiarios y la acción de reducción (con respecto a ello remitimos a lo visto en el Capítulo 2 sobre Partición General);
- f)-Es traslativa de dominio siendo los descendientes sucesores singulares, que se van a convertir después de la muerte del ascendiente donante en herederos si aceptan la herencia; por ello pueden renunciarla (con los efectos que está produce) y sin que implique devolución de los bienes recibidos por la donación;
- g)-Participa de la naturaleza jurídica de la donación pero se diferencia en que mientras en la donación simple es el donante el que responde por evicción (artículo 1556 del CCyC), en la partición por donación los donatarios responden por la evicción (artículo 2419 CCyC);
- h)-No puede tener por objeto bienes futuros ya que no se admite la donación de bienes que no se encuentren en el patrimonio (artículo 1551 del CCyC), se ve así traducido el derogado artículo 1800, por lo tanto se pueden dar dos supuestos: que se haga una partición y que los bienes no incluidos o adquiridos con posterioridad se distribuyan según las reglas legales (artículo 2412 del CCyC), o que se realicen varios actos de partición por donación, que vayan incluyendo sucesivamente otros bienes;
- i)-Puede ser realizada mediante actos separados, si el ascendiente interviene en todos ellos (artículo 2415 del CCyC);

j)-Por ser una modalidad de la partición, debe respetar la legítima, la que se encuentra protegida por la acción de reducción (artículo 2417 del CCyC);

k)-Además el ascendiente debe colacionar el valor de los bienes donados (artículo 2413 del CCyC); y

l)-En ella rige la garantía de evicción entre los coparticipes (artículo 2419 CCyC).

## **2-Forma:**

Al respecto establece el artículo 1552 del Código Civil y Comercial:

*“Deben ser hechas en escritura pública, bajo pena de nulidad, las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias”.*

El principio general es que debe llevarse a acabo, según la forma prescripta para las donaciones.

Dicha norma concuerda con lo estipulado en la norma genérica del artículo 1017, inc. a) del Código Civil y Comercial, referido a los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles.

## **3-Objeto:**

El artículo 2415 del actual Código Civil y Comercial establece:

*“La partición por donación no puede tener por objeto bienes futuros. Puede ser hecha mediante actos separados si el ascendiente interviene en todos ellos”.*

La norma tiene como antecedente el artículo 3518 del derogado Código Civil el mismo establecía: “La partición por donación no puede tener por objeto sino los bienes presentes. Los que el ascendiente adquiriera después y los que no hubiesen entrado en la donación, se dividirán a su muerte, como está dispuesto para las particiones ordinarias”.

La normativa vigente innova radicalmente en cuanto que permite la realización de la partición por ascendiente en la forma de la donación y por actos separados.

El mismo expresa que, la partición por donación debe tener por objeto bienes que existan en el patrimonio del “*ascendiente donante*”, es decir no puede realizarse sobre bienes futuros (comentario al artículo 1551 CCyC) o sea que recaer sobre aquellos bienes que se poseen al momento en que la partición se hace.

El objeto está, entonces, ceñido a los bienes presentes.

Por su parte, los bienes que el partidor adquiriera con posterioridad al acto particionario ya efectuado podrán ser motivo de una nueva partición en el futuro.

Esta partición por ascendiente puede efectuarse, en relación al tiempo de otorgamiento del acto, en un mismo acto o por actos separados (esto es distanciados en el tiempo entre cada uno de ellos). En este último caso es requisito esencial que el ascendiente intervenga en todos los actos.

***¿Qué derechos son posibles de transmitir en la partición por ascendiente, por donación?***

El artículo 2416 del Código Civil y Comercial establece:

*“El donante puede transmitirla plena propiedad de los bienes donados, o bien únicamente la nuda propiedad, reservándose el usufructo. También puede pactarse entre el donante y los donatarios una renta vitalicia en favor del primero”.*

No existe norma similar en el derogado Código Civil.

El acto de partición por ascendiente, a través de la donación, puede efectuarse transmitiendo:

- a)-La plena propiedad de los bienes donados; o
- b)-Únicamente la nuda propiedad, reservándose el usufructo el donante.

En el supuesto de la transmisión de la nuda propiedad, se tiene en cuenta la posible recomposición de la plena propiedad, en cabeza del donatario.

También puede pactarse entre el donante y los donatarios una renta vitalicia en favor del primero (para mayor amplitud del tema remitimos a los artículos 1599 a 1608 CCyC “Contrato oneroso de renta vitalicia”).

En conclusión y para no dejar ninguna duda al respecto podemos decir que: se puede reservar algún derecho, como por ejemplo: el usufructo o la renta vitalicia, pero de la propiedad de los mismos se desprende.

#### **4-Sujetos:**

Por ser una modalidad de partición por ascendientes el donante debe ser ascendiente del donatario (por ejemplo: un hijo no puede hacer partición por donación entre sus padres, ni entre sus hermanos; tampoco podría hacerlo un tío con respecto a sus sobrinos y viceversa); o sea que no tratándose de ascendientes, podrán realizar donaciones, pero no quedan sometidas al régimen de partición por donación, sino a las normas de las donaciones comunes.

El Código Civil establecía en sus artículos 3528 y 3529, que la partición debía comprender a todos los herederos forzosos que existieran en el momento del deceso; por ello la omisión de cualquiera de los mismos, existentes al momento del otorgamiento del acto, así como el nacimiento ulterior de otro descendiente, invalidaban la partición. Lo dicho en el párrafo anterior se modificó en el Código Civil y Comercial y lo trataremos cuando abordemos la acción de reducción y más específicamente el artículo 2417 del Código Civil y Comercial.

Con respecto a la capacidad para aceptar las donaciones se aplican las normas genéricas de las donaciones (artículos 1549 del Código Civil y Comercial), por ello podemos decir que: si el donatario es incapaz o con capacidad restringida, en relación a este tipo de actos, la aceptación debe ser hecha por su representante legal y si el donante fuese el representante legal, sería el supuesto de que el descendiente es una persona menor de edad, le corresponderá la designación de un tutor especial.

#### **5-Revocación:**

El artículo 2420 del Código Civil y Comercial establece:

*“La partición por donación puede ser revocada por el ascendiente, con relación a uno o más de los donatarios, en los casos en que se autoriza la revocación de las donaciones y cuando el donatario incurre en actos que justifican la exclusión de la herencia por indignidad”.*

Su antecedente el artículo 3522 del derogado Código Civil establecía: “La partición por donación es irrevocable por el ascendiente; pero puede revocarse por inejecución de las cargas y condiciones impuestas, o por causa de ingratitud”.

***¿Cuándo la partición por donación puede ser revocada por el ascendiente?***

***a)-En los casos en que se autoriza la revocación de las donaciones (artículo 1569 CCyC):*** las donaciones pueden dejarse sin efecto por inejecución de los cargos, por ingratitud del donatario y en caso de habérselo estipulado expresamente, por supernacencia de hijos del donante; y

***b)-Cuando el donatario incurre en actos que justifican la exclusión de la herencia por indignidad (artículos 2281 CCyC y consecutivos):*** en este caso la revocación puede destinarse a uno o a varios de los donatarios.

Para que la revocación de la partición por donación tenga lugar, deviene necesariamente que el donante acredite judicialmente la configuración de la causa en que se funda la revocación.

Por su parte el artículo 1573 del Código Civil y Comercial, al hacer mención a la legitimación activa, limita la acción al donante y a sus herederos, quienes pueden continuar la que hubiere promovido el donante, pero no tienen legitimación si el donante no la hubiera iniciado.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup>ARTICULO 1573-Legitimación activa: “La revocación de la donación por ingratitud sólo puede ser demandada por el donante contra el donatario, y no por los herederos de aquél ni contra los herederos de éste. Fallecido el donante que promueve la demanda, la acción puede ser continuada por sus herederos; y

## **6-Acción de reducción:**

Antes de comenzar con el análisis de la misma es menester aclarar en qué consiste:

*“La acción de reducción tiene por objeto traer a la masa las donaciones efectuadas por el causante que excediendo la porción disponible afectan la legítima y que será ejercida después de la muerte del causante contra el descendiente favorecido por la liberalidad”.*

Si se hubiere afectado la legítima (sea por donación o alguna liberalidad) se tendrá esta acción, en tanto y en cuanto, no haya dispensa por colación o mejoras (tanto impropia como estricta).

El artículo 2417 del Código Civil y Comercial establece:

*“El descendiente omitido en la partición por donación o nacido después de realizada ésta, y el que ha recibido un lote de valor inferior al correspondiente a su porción legítima, pueden ejercer la acción de reducción si a la apertura de la sucesión no existen otros bienes del causante suficientes para cubrirla”.*

La norma tiene como antecedentes el artículo 3537 del derogado Código Civil y el artículo 2368 del proyecto de 1998, en que se la denomina “acción de complemento”.

El artículo 3537 como su antecedente establecía: “Los herederos pueden pedir la reducción de la porción asignada a uno de los partícipes, cuando resulte que éste hubiese recibido un excedente de la cantidad de que la ley permite disponer al testador. Esta acción sólo debe dirigirse contra el descendiente favorecido”.

El artículo aborda, el ejercicio de la acción de reducción en el especial supuesto de la partición por ascendiente y por ello debemos remitir a el comentario al artículo 2453

fallecido el demandado, puede también ser continuada contra sus herederos. La acción se extingue si el donante, con conocimiento de causa, perdona al donatario o no la promueve dentro del plazo de caducidad de un año de haber sabido del hecho tipificador de la ingratitud”.

Código Civil y Comercial, sobre la acción de reducción en la regulación de la porción legítima<sup>30</sup>.

***¿Cuáles son las distintas hipótesis que abarca la norma?***

Las distintas hipótesis que abarca la norma son:

- a)-El caso del heredero omitido en la partición por ascendientes;
- b)-El heredero nacido después de la realización de la partición; y
- c)-El que ha recibido un lote de valor inferior al que le corresponda como su porción legítima, cuando no hubiere modos ni bienes suficientes para cubrirla íntegramente.

Quedan “*legitimados para incoar la reducción*”, tanto el preterido como el que nace luego de la partición y aquel que recibe menos de lo que le corresponde como porción legítima.

*No prosperará la acción cuando*, a la muerte del causante, existan otros bienes bastantes para cubrir la porción que le corresponda a los herederos.

El gran avance que se produce con la nueva redacción está dado porque: “*se evita la nulidad de la partición por donación*”, que disponía el derogado Código Civil.

La eliminación de esa acción especial de nulidad, por la cual “*se podía dejar sin efecto a la partición por donación por la no inclusión de un hijo o por la supernacencia de un hijo*”, es acertada y brinda mayor seguridad jurídica.

Dicha acción hacía peligrar el dominio adquirido porque el título del disponente estaba amenazado por una nulidad latente y ello explica también la escasa aplicación de esta figura en la práctica hasta el presente.

---

<sup>30</sup>ARTICULO 2453- Reducción de donaciones: “Si la reducción de las disposiciones testamentarias no es suficiente para que quede cubierta la porción legítima, el heredero legitimario puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante. Se reduce primero la última donación, y luego las demás en orden inverso a sus fechas, hasta salvar el derecho del reclamante. Las de igual fecha se reducen a prorrata”.

### **7-Valor de los bienes:**

El artículo 2418 del Código Civil y Comercial establece:

*“En todos los casos, para la colación y el cálculo de la legítima, se debe tener en cuenta el valor de los bienes al tiempo en que se hacen las donaciones, apreciado a valores constantes”.*

No existe norma similar en el derogado Código Civil, ya que Vélez Sarsfield no hizo referencia alguna con respecto al momento en que debía determinarse el valor de la donación en materia de colación y sí lo estableció para el cálculo de la legítima.

Luego el artículo en cuestión fue reformado con la ley 17.711 y en su parte pertinente estableció que: *“al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían la donaciones”*, aplicando así las normas del artículo 3477 del Código Civil derogado. Este último se ocupaba de los valores que deben ser colacionados y decía: *“Dichos valores deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión, sea que existan o no en poder del heredero. Tratándose de créditos o sumas de dinero, los jueces pueden determinar un equitativo reajuste según las circunstancias del caso”*.

Por su parte el nuevo régimen legal define la cuestión en relación a la colación en el artículo 2385 estableciendo que: *“Dicho valor se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación”*.

Y también para el cálculo de la legítima, en el artículo 2445 establece que: *“Sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación”*.

O sea que en dos supuestos se fija el tiempo en que deben tenerse en cuenta el valor de los bienes donados por esta partición efectuada por el ascendiente:

- a)-Para la colación (artículo 2385 CCyC y siguientes); y
- b)-Para el cálculo de la legítima (artículo 2445 CCyC).

El *valor de los bienes* se va a determinar, al tiempo en que se han efectuado las donaciones estimado a valores constantes (se entiende en general que debería decir “el valor al momento de la partición, según las condiciones en las que se hallaban los mismos, al tiempo de la donación”).

### **8- Garantía de evicción:**

El artículo 2419 del Código Civil y Comercial establece:

*“Los donatarios se deben recíprocamente garantía de evicción de los bienes recibidos. La acción puede ser ejercida desde que la evicción se produce, aun antes de la muerte del causante”.*

La norma tiene como antecedente parcial el artículo 3535 del derogado Código Civil el cual establecía: “Los hijos y descendientes entre los cuales se ha hecho una partición por donación entre vivos, y sus herederos o sucesores, están autorizados para ejercer, aun antes de la muerte del ascendiente, todos los derechos que el acto les confiera a los unos respecto de los otros, y pueden demandar la garantía de las cosas comprendidas en sus porciones desde la evicción de ellas”.

En el régimen actual, se regula manifiestamente la garantía de evicción que se deben los “*descendientes donatarios*”, estipulando que estos recíprocamente se deben garantía de evicción en cuanto a los bienes recibidos en la partición.

La garantía por evicción, puede reclamarse aun antes de la apertura de la sucesión (muerte del causante) desde que la evicción se produce.

La partición por donación adquiere su plenitud jurídica desde el momento del acto, sin encontrarse supeditada a la apertura de la sucesión, por lo cual los herederos beneficiados con la donación podrán ejercer a partir de su realización todos los derechos y acciones que le corresponden en su calidad de herederos.

Se adquieren los derechos en forma irrevocable y su naturaleza particionaria, exige la igualdad en el reparto (si hay bienes que se pierden o destruyen por causas ajenas, deberán responder por la evicción y el resto de los donatarios tendrán que soportarlo

proporcionalmente), lo que da fundamento a la acción de evicción cuando ella se produzca tanto antes como luego de la muerte del causante donante.

En este sentido la garantía de evicción tiende a asegurar la existencia y la legitimidad del derecho transmitido, extendiéndose a:

- a)-Toda turbación de derecho total o parcial, que recaer sobre el bien o bienes, por causa anterior o contemporánea a la adquisición;
- b)-Los reclamos de terceros fundados en derechos resultantes de la propiedad intelectual o industrial, salvo que el enajenante se haya ajustado a especificaciones suministradas por el adquirente; y
- c)-Las turbaciones de hecho, causadas por el transmitente.

Por último tengamos presente que “*respecto del donante*” la garantía de evicción se debe solo en los casos previstos en el artículo 1556 Código Civil y Comercial el mismo establece:

*”El donante sólo responde por evicción en los siguientes casos:*

- a) si expresamente ha asumido esa obligación;*
- b) si la donación se ha hecho de mala fe, sabiendo el donante que la cosa donada no era suya e ignorándolo el donatario;*
- c) si la evicción se produce por causa del donante; y*
- d) si las donaciones son mutuas, remuneratorias o con cargo”.*

## **B-PARTICIÓN POR TESTAMENTO:**

*“La partición por testamento, es un acto de disposición mortis causa que, unilateralmente, afecta el modo de operarse la transmisión hereditaria, a favor de los descendientes”*

### **1-Introducción:**

Como acto de última voluntad, produce sus efectos después de la muerte. Es una facultad que se le concede por la ley al ascendiente para que efectúe el mismo la división de los bienes que deja, entre sus descendientes.

Solo podrán efectuarla los ascendientes entre sus descendientes y si el cónyuge concurre a la herencia con los mismos debe quedar comprendido en la partición.

**2-Forma:** “Solo puede ser hecha por testamento”

No requiere la institución de herederos porque los descendientes tienen su llamamiento directamente de la ley (son legitimarios); lo único que hace el testamento es dividir entre ellos la herencia.

En lo que respecta al *modo*, debe ajustarse a los principios de división en especie, de igualdad en el reparto y de proporcionalidad de los lotes.

También debe computar el valor colacionable de las donaciones, que pudo haber efectuado a alguno/nos de sus descendientes (salvo que haya una dispensa expresa al respecto).

**3- Bienes comprendidos:** “Todos los bienes del causante”

La omisión de algún bien (sea o no deliberadamente), no invalidaría la partición hecha por el ascendiente, ese bien o bienes omitidos se dividirán luego por las reglas ordinarias.

La misma solución se dará, para el caso de que se incorpore un bien o varios bienes, al patrimonio del ascendiente, en el período que va desde la realización del testamento y a la muerte del testador.

Por otro lado, es de suma importancia aclarar que, “los bienes gananciales no están incluidos en la partición por testamento”.

**4-Nulidad:**

Se encuentra motivada por las causas que traen aparejada la nulidad del testamento que contiene la partición; tenemos por un lado *causales de nulidad común* que se aplican al caso y por el otro *causales de nulidad específicas de este tipo de partición* (con respecto a los principios generales de la nulidad ya fueron tratados en el capítulo 2 cuando tratamos a la partición en general y por ello remitimos a lo allí expuesto).

Ejemplos de las últimas serían: si no se comprendiera a todos los hijos que existan al tiempo de la muerte del ascendiente y descendientes de lo que hubiesen pre fallecido y

cónyuge si hubiera; otro caso sería, la nulidad dada por el nacimiento de un hijo posterior al otorgamiento del testamento o luego de la muerte del causante; etc.

Por el contrario podemos decir que no invalida la partición la omisión de un hijo que existía al momento de la partición, pero que murió sin sucesión (antes de la apertura de la sucesión); tampoco invalidaría la partición, la omisión de quien es declarado indigno y no tuviese descendientes que puedan, por derecho de representación, ocupar su lugar; etc.

**5)-Acción de reducción:** *“Solo puede ejercerse después de la muerte del causante”*

En este caso, la misma, procede: cuando uno de los partícipes ha recibido un exceso de la porción disponible y sólo debe dirigirse contra el descendiente favorecido.

**6)-Enajenación de bienes:**

El artículo 2421 del Código Civil y Comercial establece:

*“La partición hecha por testamento es revocable por el causante y sólo produce efectos después de su muerte. La enajenación posterior al testamento de alguno de los bienes incluidos en la partición no afecta su validez, sin perjuicio de las acciones protectoras de la porción legítima que pueden corresponder.*

*Sus beneficiarios no pueden renunciar a ella para solicitar una nueva partición, excepto por acuerdo unánime”.*

El artículo estatuye sobre la posible revocación del testamento y, en su consecuencia, la posible revocación de la partición por ascendiente efectuada en un testamento y también prevé las consecuencias de la enajenación de los bienes objeto de la partición testamentaria.

La norma tiene como antecedentes el artículo 3531 del derogado Código Civil el cual establecía: “La partición hecha por testamento está subordinada a la muerte del ascendiente, el cual durante su vida puede revocarla. La enajenación que él hiciera en vida, de algunos de los objetos comprendidos en la partición, no la anula si quedan salvas las legítimas de los herederos a quienes esas cosas estaban adjudicadas”.

El artículo actual regla sobre la posible revocación del testamento en el que el ascendiente haya realizado la partición a favor de los descendientes.

Lo que hace la norma es responder a la lógica testamentaria, ya que, si es posible revocar el testamento obviamente debe poderse revocar la partición contenida en él quedando así sin efecto.

*¿Qué ocurre con la enajenación posterior al testamento de alguno de los bienes incluidos en la partición?*

Si se produjera la enajenación de un bien o varios bienes de los comprendidos en la partición testamentaria, la partición sigue vigente y por ende ostenta plena validez.

Sin perjuicio de ello el heredero perjudicado por ese acto puede ejercer las acciones protectorias que tienden a resguardar la integridad de la legítima.

*¿Es posible la renuncia de la partición?*

Los descendientes beneficiarios de la partición no pueden renunciar a ella para solicitar una nueva partición.

Sin embargo dicha regla cede ante el supuesto de que los descendientes beneficiarios acuerden por unanimidad dejar sin efecto la partición.

Puede observarse aquí un avance del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

A modo de conclusión, podemos decir que: hasta el momento de la muerte se puede dar la revocación (por ejemplo: estableciendo otra disposición testamentaria, que revoque la anterior, etc.) y también puede ocurrir que el testador no revoque el testamento pero que uno de los bienes que estaba asignado a un lote haya sido enajenado, en dicho caso jugarán las acciones de reducción o la de colación según el caso (por ejemplo: si se ha hecho una dispensa o una mejora en el testamento).

**7)-Garantía de evicción:**

El artículo 2423 del Código Civil y Comercial establece:

*“Los herederos se deben recíprocamente garantía de evicción de los bienes comprendidos en sus lotes. La existencia y legitimidad de los derechos transmitidos se juzga al tiempo de la muerte del causante”.*

La norma tiene como antecedente el artículo 3534 del derogado Código Civil, el mismo establecía: “La extensión de esta garantía debe referirse a la época de la muerte del ascendiente. Si éste, después de la partición por testamento, hubiese enajenado objetos que hacían parte de la porción de uno de los descendientes, le es debida la garantía de los objetos enajenados”.

En la normativa actual se mantiene la reciprocidad en la garantía de evicción de los bienes comprendidos en los lotes de los herederos; los herederos se deben recíprocamente garantía de evicción de los bienes que integran sus lotes (artículos 1044 a 1050 CCyC).

Los derechos que se transmiten en la partición por ascendiente en la forma testamentaria, en orden a su existencia y legitimidad, se califican al tiempo de la apertura de la sucesión y es por ello que la garantía de evicción se debe desde la muerte del causante.

Se reitera la garantía de evicción que ya existe entre los coherederos como consecuencia de cualquier partición.

-En síntesis, podemos decir que: “*el tiempo de la muerte*” es el momento en el que se juzgarán la existencia y la legitimidad de los derechos.

Todos los herederos, respectivamente, se deben garantía de evicción, en forma recíproca.

Si al tiempo de la muerte del causante algún bien ya no existe o se enajenó el heredero afectado, puede pedir que los demás herederos respondan en forma proporcional, ya que todos responden por evicción.

**8-Efectos:** *“Son los mismos que en la partición ordinaria”*

Así lo establece el artículo 2422 del Código Civil y Comercial:

*“La partición por testamento tiene los mismos efectos que la practicada por los herederos”.*

La norma tiene como antecedentes el artículo 3533 del derogado Código Civil el cual establecía: “La partición por testamento tiene los mismos efectos que las particiones ordinarias. Los herederos están sometidos, los unos hacia los otros, a las garantías de las porciones recibidas por ellos”.

La solución de la norma actual reedita la del sistema derogado y establece el mismo contenido dado a la partición por los herederos (artículos 2403 a 2407 CCyC).

Se mantiene, lo establecido por el derecho derogado en cuanto a que la partición por testamento tiene los mismos efectos que la llevada a cabo por los herederos, pero con un límite claro, que es que, deben respetarse los derechos de los herederos.

-Los efectos más destacados son a saber:

a)-Con respecto a las deudas, si son del causante recaen entre los herederos en proporción a su parte en la herencia;

b)-La partición por ascendiente en esta forma, tiene efecto declarativo y no traslativo de derechos;

c)-Los copartícipes se deben entre sí la garantía de evicción y por vicios ocultos (artículo 2423 CCyC), y ello alcanza a los actos de disposición del testador, si hubiesen implicado la desaparición de alguno/nos de los bienes comprendidos en la partición;

d)- Las disposiciones testamentarias solo tienen efecto después de la muerte, hasta tanto los posibles beneficiarios tienen un derecho en expectativa;

e)-Por unanimidad, pueden dejar sin efecto la partición hecha por el causante y hacer una nueva (ya que desde la muerte del mismo lo que haya transmitido no le pertenece más a éste sino a sus herederos); etc.

Para tener una mayor amplitud del tema deben remitirse a lo establecido en el Capítulo 2 sobre partición general y sus efectos.

## -CONCLUSIÓN:

Podemos concluir que si bien, en el presente trabajo de tesis, nos abocamos a una institución de larga tradición jurídica como lo es “*La Partición por Ascendientes*”, vimos y plasmamos, muchos de los interesantes e importantes cambios y avances que hacen que la misma se encuentre, al día de la fecha, totalmente o casi totalmente ayornada a la realidad y a la sociedad actual.

Como una manifestación empírica de lo mencionado en el párrafo anterior y a modo de ejemplo podemos citar que: si bien en el derogado Código Civil también se regulaba a la institución en análisis ello se hacía en forma generalizada, por el contrario en el Código Civil y Comercial se conserva la partición por los ascendientes, pero con el acierto de ordenar sus contenidos dividiendo por una parte a las disposiciones generales y por otra parte dándole tratamiento separado según la forma en que se lleva a cabo la misma, sea por donación o sea por testamento.

El Código Civil y Comercial consideró razonable que la partición pueda ser parcial y estipuló aplicarle a los bienes excluidos de la división el régimen sucesorio general.

Si bien el nuevo régimen por una lado es sustancialmente semejante al del derogado Código Civil y tomado a su vez del Código de Napoleón, por otro lado introduce algunas novedades y también plantea ciertas dudas de interpretación, como de conciliación con otras figuras del Código Civil y Comercial que analizamos y que tratamos de despejar en el presente trabajo. A modo de ejemplo podemos mencionar lo establecido en relación al régimen de atribución preferencial y al derecho real de habitación del cónyuge supérstite, entre otros.

A modo de cierre, creemos que es de gran importancia práctica la institución analizada ya que si bien en un principio había sido establecida específicamente como modo de prevenir las diferencias a que podría dar lugar la partición después de la muerte de los ascendientes, en la actualidad no conforme con ello, se convirtió en uno de los medios para llevar a cabo la planificación sucesoria, evitando así conflictos no solo de índole patrimonial sino también emocional.

Sin dudas, podemos afirmar que la llamada “partición por ascendientes”, es un instituto valido y eficaz de la nueva ley Civil Argentina.

**-BIBLIOGRAFÍA:****1)-Bibliografía General:**

- Borda, Guillermo A., (1997), “Manual de sucesiones”, Buenos Aires: Perrot.
- Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián; Herrera, Marisa, (2015, 1° ed.), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.
- Fornieles, Salvador, (1931, t.1), “Tratado de las sucesiones”, Buenos Aires: Valerio Abeledo.
- Herrera, Marisa, (2015, 1° ed.), “Manual de derecho sucesorio”, Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur Ediuns.
- Maffía, Jorge O., (1982, t.2) “Tratado de las sucesiones”, Buenos Aires: Depalma.
- Martínez Ledesma, Dido Teresa, (2010, 1°ed.), “Nociones de Derecho Sucesorio”, Rosario: UNR Editora.
- Pérez Lasala, José Luis, (1978, t.1) “Derecho de sucesiones”, Buenos Aires: Depalma.
- Rivera, Julio Cesar y Medina, Graciela, (2014, t.6) “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: LALEY.
- Zannoni, Eduardo A., (1999), “Manual de derecho de las sucesiones”, Buenos Aires: Astrea.

**2)-Sitios Webs Consultados:**

<https://digestocivilcomercial.wordpress.com/digesto-procesal-civil-y-comercial/codigo-civil-de-velez-con-notas/>

<https://definicion.de/particion/>

<http://etimologias.dechile.net/?particio.n>

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-39999/235975/norma.htm>

**-INDICE:**

AGRADECIMIENTOS: .....	1
RESUMEN: .....	2
JUSTIFICACIÓN: .....	3
OBJETIVOS: .....	3
MARCO TEÓRICO:.....	4
<b><u>CAPÍTULO I: “LA PLANIFICACIÓN SUCESORIA EN EL DERECHO ARGENTINO”</u></b> .....	9
1.- <b><u>INTRODUCCIÓN:</u></b> .....	10
2.- <b><u>REGULACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN:</u></b> .....	12
3.- <b><u>ASPECTOS GENERALES:</u></b> .....	13
3.1- <b>CONCEPTO:</b> .....	14
3.2- <b>DISTINTOS TIPOS: “EL OBJETO”</b> .....	15
3.3- <b>MODOS Y MOTIVOS POR LOS CUALES SE LLEVA A CABO:</b> .....	17
3.4- <b>QUIENES PUEDEN HACERLA: “LOS SUJETOS”</b> .....	19
3.5- <b>QUE ESTÁ PERMITIDO Y QUE NO LO ESTÁ: “PACTO SOBRE HERENCIA FUTURA Y EXCEPCIONES”</b> .....	20
<b><u>CAPÍTULO 2: “EL INSTITUTO DE LA PARTICIÓN ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”</u></b> .....	24
1.- <b><u>INTRODUCCIÓN:</u></b> .....	25
2.- <b><u>PRECEDENTES, CONCEPTO Y CARACTERES:</u></b> .....	26
3.- <b><u>EXTENSIÓN EN QUE PUEDE LLEVARSE A CABO LA PARTICIÓN: “TIPOS Y MODOS”</u></b> .....	30
4- <b><u>LA ACCIÓN DE PARTICIÓN DISTINTOS ASPECTOS GENERALES:</u></b> ....	38
4.1- <b>LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA REALIZARLA:</b> .....	38
4.2- <b>OPORTUNIDAD DE SOLICITARLA:</b> .....	46
4.3- <b>PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN:</b> .....	48
4.4- <b>LA LICITACIÓN:</b> .....	51
4.5- <b>EL PARTIDOR:</b> .....	54
4.6- <b>PRINCIPIO GENERAL DE LA DIVISIÓN EN ESPECIE:</b> .....	56
4.7- <b>COMPOSICIÓN DE LA MASA: “FORMACIÓN Y ASIGNACIÓN DE LOTES”</b> .....	59

4.8- TÍTULOS Y OBJETOS COMUNES:	64
5.- <u>ATRIBUCIÓN PREFERENCIAL</u> :	66
6.- <u>CARGAS DE LA MASA</u> :	74
7.- <u>EFFECTOS DE LA PARTICIÓN</u> :	76
8.- <u>ACCIÓN DE NULIDAD, DE REFORMA Y DE COMPLEMENTO DE LA PARTICIÓN</u> :	83
<b><u>CAPÍTULO 3: “LA PARTICIÓN POR ASCENDIENTES”: SU TRATAMIENTO, ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN</u></b> :	86
1.- <u>INTRODUCCIÓN</u> :	87
2.- <u>CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA MISMA: “LA VOLUNTAD ILUSTRADA DE LOS PADRES”</u> :	88
3.- <u>PROCEDENCIA</u> :	90
3.1- <u>PERSONAS QUE PUEDEN EFECTUARLA Y QUE SE ENCUENTRAN ALCANZADAS POR ELLA</u> :	90
3.2.- <u>BIENES NO INCLUIDOS</u> :	95
3.3.- <u>COLACIÓN Y MEJORA</u> :	96
3.4- <u>DERECHO A PEDIR LA ATRIBUCIÓN PREFERENCIAL DE ALGÚN BIEN</u> :	100
3.5- <u>DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE O CONVIVIENTE SUPÉRSTITE</u> :	103
4.- <u>DISTINTOS FORMAS DE LLEVARLA A CABO: “PARTICIÓN POR DONACIÓN Y PARTICIÓN POR TESTAMENTO”</u> :	107
A- <u>PARTICIÓN POR DONACIÓN</u> :	107
B- <u>PARTICIÓN POR TESTAMENTO</u> :	117
-CONCLUSIÓN:	124
-BIBLIOGRAFÍA:	126