

***DIVISION DE LA HERENCIA. FORMAS DE PARTICION.
EFECTOS. CASOS DE INDIVISION PARCIAL O TOTAL***

Jorge Alberto Nasisi

Profesor Asociado de Derecho Sucesorio



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS

SECCIÓN DERECHO

MENDOZA – ARGENTINA

2015

Contenido

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I - INTRODUCCIÓN	7
1.- COMUNIDAD HEREDITARIA. ESTADO DE INDIVISIÓN. CONCLUSIÓN. FORMAS	7
2.- CONCEPTO DE PARTICIÓN.....	8
3.- NATURALEZA.....	9
4.- CARACTERES	10
5.- QUIENES TIENEN DERECHO A PEDIRLA Y A QUIENES.....	12
6.- OPONIBILIDAD DE LA PARTICIÓN A TERCEROS. INSCRIPCIÓN EN LOS REGISTROS.....	14
7.- BIENES Y VALORES QUE SE INCLUYEN EN LA MASA PARTIBLE.....	15
8.- BIENES QUE SE EXCLUYEN DE LA PARTICIÓN.....	16
CAPÍTULO II - PARTICIÓN EN ESPECIE.....	19
1.- EL PRINCIPIO DE LA PARTICIÓN EN ESPECIE	19
2.- DIVISIÓN ANTIECONÓMICA DE LOS BIENES	20
CAPÍTULO III - CASOS DE INDIVISIÓN TOTAL O PARCIAL.....	21
1.- INTRODUCCIÓN.....	21
2.- PARTICIÓN PROVISIONAL.....	21
3.- PARTICIÓN PARCIAL.....	22
4.- SOLICITUD DE POSTERGACIÓN DE LA PARTICIÓN.....	22
5.- CASOS DE INDIVISIÓN IMPUESTOS POR EL CAUSANTE	22
6.- CASOS DE INDIVISIÓN PACTADOS POR LOS HEREDEROS.....	24
7.- OPOSICIÓN DE HEREDERO A LA DIVISIÓN	25
8.- OPOSICIÓN DEL CÓNYUGE A LA DIVISIÓN	26
9.- DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE.....	27
10.- DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE.....	29
11.- INDIVISIBILIDAD DEL BIEN DE FAMILIA.....	31
12.- INDIVISIÓN EN CASO DE DIVORCIO.....	32
13.- SUPUESTO DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDEROS BAJO CONDICIÓN.	33
14.- PACTO SOBRE EXPLOTACIÓN PRODUCTIVA	34
15.- OPONIBILIDAD DE LA INDIVISIÓN FRENTE A TERCEROS. DERECHOS DE LOS ACREEDORES.	35
CAPÍTULO IV - EFECTOS DE LA PARTICIÓN	36
1.- INTRODUCCIÓN.....	36

2.- EFECTOS DERIVADOS DEL CARÁCTER DECLARATIVO DE LA PARTICIÓN	36
3.- EFECTOS DERIVADOS DE LAS GARANTÍAS A FAVOR DE LOS COHEREDEROS	37
CAPÍTULO V - NULIDAD Y REFORMA DE LA PARTICIÓN	40
1) INTRODUCCIÓN.....	40
2) NULIDAD, PARTICIÓN COMPLEMENTARIA O COMPLEMENTO DE LA PORCIÓN DE LA PARTICIÓN PRIVADA O EXTRAJUDICIAL.....	40
3) NULIDAD, PARTICIÓN COMPLEMENTARIA O COMPLEMENTO DE LA PORCIÓN DE LA PARTICIÓN JUDICIAL.....	42
c) PRINCIPALES CASOS EN QUE SE AFECTA EL PRINCIPIO DE PARTICIÓN EN ESPECIE	43
CAPÍTULO VI - MODOS DE HACER LA PARTICIÓN.....	45
1.- INTRODUCCIÓN.....	45
2.- PARTICIÓN PRIVADA O EXTRAJUDICIAL.....	45
3.- PARTICIÓN MIXTA.....	48
4.- PARTICIÓN JUDICIAL	50
5.- PARTICIÓN POR ASCENDIENTES.....	52
BIBLIOGRAFIA	60

INTRODUCCIÓN

El programa de estudio de la asignatura Derecho Sucesorio, de la carrera de Contador Público Nacional de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo contiene, entre sus objetivos y expectativas de logro, el conocimiento de las normas del Código Civil, del Código Civil y Comercial de la Nación y del Código Procesal Civil de Mendoza, que hacen a la esencia de las sucesiones y al juicio sucesorio, complementado con las disposiciones fiscales y profesionales. A partir de la puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, con fecha 1 de agosto de 2015, es necesario elaborar material actualizado, que contenga no sólo la nueva normativa, sino también un análisis de su contenido, con la interpretación que el autor entiende respecto de su significado y aplicación.

A ese fin, el presente trabajo incluye temas relativos a la Partición. Con ella se pone fin al estado de indivisión hereditaria concretando qué bienes y derechos recibe cada uno, aunque la titularidad se considera que la tiene desde el mismo momento de la muerte.

En el primer capítulo se analiza el concepto, naturaleza, caracteres, quiénes pueden pedirla, cuando es oponible a terceros, qué bienes y valores se incluyen y excluyen.

En el segundo capítulo se describe un principio básico que sigue la normativa del derecho argentino, que es la partición por especie y sus excepciones.

El tercer capítulo se refiere a los casos de indivisión, ya sea de manera parcial o total, por tiempo determinado o hasta la muerte de los herederos. Estos casos, justamente impiden la división en partes y, la nueva normativa incorpora importantes modificaciones al régimen anterior.

El cuarto capítulo trata los efectos de la partición, respecto de terceros y entre coherederos.

El quinto capítulo se refiere a las causales de nulidad o de reforma de la partición.

Por último, el sexto capítulo describe y analiza los diferentes modos de hacer la partición, privada mixta, judicial o por ascendientes

El conocimiento de todos estos temas está vinculado con las funciones del Perito Contador, ya que cuando el proceso judicial requiera de las operaciones de partición, es el Contador Público Nacional el que está facultado por la ley para confeccionar dicha operación.

Los temas que trata, están comprendidos en la Unidad VI y VII del programa de estudios de Derecho Sucesorio y, también serán de utilidad para el estudio de diversos puntos que están relacionados con la materia Práctica Profesional.

En definitiva pretendemos realizar un aporte no sólo para que el alumno tenga bibliografía específica para la lectura, estudio y mejor comprensión de los temas, sino también para enriquecer la discusión sobre el contenido de la nueva legislación.

CAPÍTULO I - INTRODUCCIÓN

1.- COMUNIDAD HEREDITARIA. ESTADO DE INDIVISIÓN. CONCLUSIÓN. FORMAS

La comunidad hereditaria se crea a partir de la muerte del causante, cuando a su sucesión concurren dos o más herederos, ya que se genera entre ellos un estado de indivisión con relación a los bienes de la herencia. Durante el estado de comunidad los herederos son titulares de una porción alícuota sobre una universalidad, sobre un todo ideal, pero los bienes en particular no pertenecen a ningún heredero, sino a todos en común, de manera que no podrán alegar derecho sobre ningún bien determinado.

Este estado de comunidad no es querido por los participantes, sino forzado por las circunstancias, es por naturaleza temporario, se inicia a partir de la muerte del causante y se extingue con la partición de la herencia.

En cambio, si al fallecer el causante, queda un único heredero, éste, es el titular de todos los bienes y el obligado por las deudas, desde el mismo momento del fallecimiento, por lo que no se conforma la comunidad hereditaria, y ese único heredero, es el titular de todos los bienes y derechos.

Vélez, al redactar el Código Civil, partió de la premisa que ese estado de comunidad es una situación accidental y pasajera que la ley en manera alguna debe fomentar, y así lo dejó plasmado en la nota al artículo 3451 del Código Civil. Sin embargo la experiencia demostró que la indivisión suele durar largos años por diversas razones y que concluirá una vez realizada la partición.

Por lo tanto, el medio principal de hacer cesar la comunidad hereditaria es la partición, y decimos que es el medio principal porque puede cesar por otros medios que no sean partición, es cuando luego de nacida la comunidad, por diversas razones, se concentra en una sola persona todo el patrimonio transmitido, sin llegar a la partición. Así ocurre con:

- La renuncia que hagan todos los herederos, excepto uno, si bien nace la comunidad, luego, cuando sólo queda uno, cesa, pero no por partición.
- Cuando suceden más de un heredero, pero resuelven la venta del único bien de la herencia a una tercera persona, sin división alguna.
- Cuando el único bien de la herencia lo posee un tercero y lo adquiere por usucapión, por el cumplimiento del plazo legal de posesión. La usucapión es un modo de adquirir la propiedad o cualquier otro derecho real, mediante el ejercicio de la posesión durante el tiempo y con los requisitos exigidos en la ley, es el caso de quien luego de haber tenido “animo de poseer” el bien, lo ha cuidado y tratado como propio. El plazo es de 20 años continuos sin que nadie -con legitimación- reclame la propiedad (es decir, los verdaderos o presuntos dueños).

- Cuando cesa la comunidad, pero sin división de bienes, porque se adjudica la totalidad de la herencia en condominio al conjunto de herederos.
- Cuando se produce la enajenación de las cuotas hereditarias de todos a favor de uno solo de los herederos o de un tercero, es decir la cesión de derechos hereditarios. El cesionario pasa a ser titular de cada una de las partes alícuotas de sus cedentes, transformándose en el único propietario de los bienes concretos. Esto no hace más que concentrar todo en una sola persona, o sea acumular en vez de partir. Si por ejemplo, luego, el cesionario se encargara de vender el caudal relicto para con su producido distribuir el equivalente en dinero a los cedentes, se estaría frente a una división, pero ya no una partición en el proceso sucesorio.

A pesar de todos estos casos de cesación de la indivisión sin partición, el art. 2363 CCC, al referirse, en su primera parte, a la conclusión de la indivisión, dice “La indivisión hereditaria sólo cesa con la partición...” Con esta redacción se ha pretendido zanjar una vieja discusión doctrinaria, pues queda claro que la inscripción de la declaratoria de herederos en el registro no implica partición, porque no implica cesar la indivisión. Varias interpretaciones consideraban que la inscripción registral de la declaratoria de herederos producía los efectos de la partición, es más, en algunas partes de nuestro país se consideraba válido a los fines de la práctica, como el caso de la Capital Federal y la Provincia de Buenos Aires, las cuales otorgaban valor de partición en condominio a la inscripción de la declaratoria de herederos, en el registro de la propiedad. Otros consideraban que ello era incorrecto, debido a que la declaratoria de herederos por sí sola ni constituye, ni transmite, ni declara, ni modifica derechos reales sobre inmuebles. Su valor declarativo se limita al título que acredita la vocación, el llamamiento hereditario. En Mendoza nunca estuvo prevista la inscripción de la declaratoria de herederos.

2.- CONCEPTO DE PARTICIÓN

Si nos circunscribimos a la partición que hace cesar la indivisión hereditaria la definimos, siguiendo a Pérez Lasala, como el negocio jurídico unilateral o plurilateral que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la distribución del patrimonio hereditario entre los coherederos, determinando el haber concreto de cada heredero.

La partición es un negocio jurídico porque constituye un acto de manifestación de voluntad que tiene por fin inmediato hacer cesar la indivisión hereditaria, basado en la ley.

Es unilateral cuando la partición es efectuada judicialmente, por medio de perito.

Es plurilateral cuando aquella es realizada de común acuerdo por los interesados, en cuyo caso tiene el carácter de un verdadero contrato.

La partición declara el haber concreto y los bienes de cada heredero, concluyendo con esa

cuota sobre un todo ideal, eliminando la falta de certeza respecto de la titularidad de los bienes singulares. Se encarga simplemente de declarar derechos sobre bienes concretos, no creando nuevos derechos para el heredero.

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.

Borda ha dicho que “La partición es 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

3.- NATURALEZA

Cuando hablamos de naturaleza jurídica, hacemos referencia al origen, a las teorías doctrinarias que le dan nacimiento al tema.,

En el terreno doctrinal se enfrentan fundamentalmente dos tesis contrapuestas en torno de la naturaleza jurídica de la partición:

a) La primera tesis, que responde al sistema del derecho romano, dice que la partición es atributiva de derechos. Esto significa que los derechos que al coheredero le corresponden en la partición le vienen de las cesiones que los demás coherederos han hecho, en su favor, de los derechos que antes de la partición tenían sobre esos bienes.

Quiere decir que:

- en el estado de indivisión, cada coheredero tiene una parte de propiedad en cada cosa,
- una vez hecha la partición, cada coheredero es propietario exclusivo de los bienes incluidos en su lote

La consecuencia práctica de este sistema es que una vez efectuada la partición, quedan subsistentes los actos realizados antes de ella por cada uno de los coherederos; por ejemplo, si uno de éstos ha hipotecado por su parte indivisa un inmueble sucesorio que entra en el lote de otro coheredero, éste deberá sufrir la hipoteca constituida por el otro.

b) La segunda tesis, que corresponde al sistema francés, considera que la partición es declarativa de derechos, de ahí su carácter retroactivo, o sea que la partición se limita a declarar, a fijar o concretar -como dice Lacruz- los derechos que el heredero tiene transmitidos del causante desde el mismo momento de la muerte de modo indeterminado, y no por cesión de sus coherederos al momento de la partición. La partición nada transmite, sólo concreta o materializa en bienes determinados el derecho sobre la parte alícuota de la herencia.

Se presume que cada coheredero ha sido siempre propietario único de los bienes que le han

correspondido en la partición, y que nunca ha tenido la propiedad de los demás bienes de la sucesión.

La consecuencia práctica de este sistema es que la validez de los actos realizados por uno de los coherederos, antes de la partición, se halla subordinada al resultado de esta última. Así, si uno de los coherederos constituyó una hipoteca sobre un inmueble sucesorio, la hipoteca sólo será válida si el inmueble por ella afectado le ha correspondido en la partición.

El nuevo código ha adoptado el mismo sistema que el código de Vélez, en cuanto a que la partición es un acto declarativo y de efectos retroactivos; artículos 2403 y 2280 CCC...

4.- CARACTERES

A) **FORZOSA:** La partición puede ser solicitada en cualquier momento, a contar de la muerte del causante, siempre que no medie una indivisión forzosa temporaria.

El carácter forzoso de la división, cuando media un pedido de parte, está proclamado en el art. 2365 CCC, que dice que “la partición puede ser solicitada en todo tiempo después de aprobados el inventario y avalúo de los bienes...”.

Este principio sigue al anterior código, ya que en la nota al derogado artículo 3451, Vélez consideraba a la comunidad hereditaria como una situación accidental y pasajera, que la ley en manera alguna debe fomentar. A su vez el artículo 3452 disponía que los herederos, sus acreedores y todos los que tengan en la sucesión algún derecho declarado por las leyes pueden pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia, no obstante cualquier prohibición del testador, o convenciones en contrario, de ahí su carácter forzoso.

Otra norma sobre el carácter forzoso de la partición es el art. 2447 CCC, que dispone que el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, se tienen por no escritas.

Aún, en el caso que los herederos opten por la partición provisional del art. 2370 CCC, no impide que en cualquier momento se utilice el derecho a pedir la partición definitiva.

Sin embargo, hay que tener en cuenta, importantes excepciones a este principio, tales como:

- que una parte de la herencia quede en estado de indivisión y otra no, ya que la partición puede hacerse por etapas (partición parcial), tal como lo permite el art. 2367 CCC, que dispone, que si una parte de los bienes hereditarios no es susceptible de división inmediata, se puede pedir la partición de aquéllos que sean actualmente partibles.
- 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, tal como lo dispone el Art. 2365 CCC, segunda parte.

- El derecho de cada heredero de recibir inmediatamente su cuota, no siempre compensa los daños derivados de una rápida partición, porque en ciertos casos, la familia con hijos menores de edad, puede verse económica y socialmente perjudicada. Fue así, que leyes posteriores al Código Civil de Vélez, legislaron sobre diversos casos de indivisión forzosa temporaria, indivisiones que el nuevo Código Civil y Comercial no sólo ha incorporado a su texto, sino que las ha ampliado y en algunos casos tienen vigencia hasta el fallecimiento de los beneficiarios.

B) DECLARATIVA Y RETROACTIVA: Al ser la partición declarativa de derechos, todos sus efectos se retrotraen al momento de la muerte del causante. Se presume que cada coheredero ha sido siempre propietario único de los bienes que le han correspondido en la partición, y que nunca ha tenido la propiedad de los demás bienes de la sucesión. La aprobación de la partición determina que los derechos que le corresponden a cada heredero, los ha recibido directamente del causante y los tiene desde el mismo momento del fallecimiento.

Este principio, que ya estaba contenido en el código de Vélez, está expresado en el art. 2403 CCC que se complementa con el art 2280 CCC.

Dice el 2403, “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.”

Este principio, se complementa con el art. 2280 CCC, pues establece que desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél, de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión, y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor.

C) IMPRESCRIPTIBLE: La acción imprescriptible para pedir la partición ha logrado adaptarse y consolidarse a nivel global en la legislación de los países. El artículo 3460 del Código Civil de Vélez así lo tenía establecido.

El nuevo código, en el artículo 2368, sienta este principio, ya que dice “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.”

La prescripción adquisitiva está definida en el art. 1897 CCC que dice “La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley. Luego, el art. 1899 es el que fija el tiempo de la prescripción adquisitiva larga en 20 años.

Por lo tanto el heredero que, obrando como único propietario, ha comenzado a poseer uno o más bienes de la herencia de manera exclusiva, puede solicitar al juez la titularidad del bien cuando se cumplen los 20 años del ejercicio de esa posesión. La prescripción adquisitiva opera considerando los bienes de la herencia individualmente, y continúa existiendo respecto a los bienes que no han sido así poseídos a título de dueño.

Si todos los bienes hereditarios han pasado al dominio particular de uno de los herederos, es lógico que ya no se pueda efectuar la partición, pero no porque la acción haya prescrito, sino porque los bienes han sido sustraídos al haber hereditario. La acción de partición es en este sentido, siempre imprescriptible. Para que se produzca la usucapión es necesario que el otro heredero posea a nombre propio, y como exclusivo dueño, los bienes de todos, invirtiendo el título; no basta la mera pasividad de los demás (Lafaille, Segovia, Fornieles).

5.- QUIENES TIENEN DERECHO A PEDIRLA YA QUIENES

Las personas que pueden pedir la partición, son aquellas que jurídicamente están legitimadas dentro del proceso sucesorio a solicitar que se lleve a cabo el acto particionario y deberá ser dirigida a todos los coherederos.

Esas personas legitimadas son las que dispone el art. 2364 CCC que dice que pueden pedir la partición los coherederos 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 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.

Por lo tanto, pueden pedir la partición:

A) Herederos: A los primeros que se les otorga la acción de partición, es a los herederos, los cuales son, indudablemente, los principales interesados.

En este punto cabe mencionar la excepción del heredero instituido bajo condición suspensiva, ya que el artículo 2366 CCC dispone que los herederos instituidos bajo condición suspensiva no pueden pedir la partición mientras la condición no esté cumplida, pero pueden pedirla los coherederos, asegurando el derecho de los herederos condicionales.

En cambio, el mismo artículo, dispone que los instituidos bajo condición resolutoria pueden pedir la partición, pero deben asegurar el derecho de quienes los sustituyen al cumplirse la condición. Estas condiciones, sólo son posibles en la sucesión testamentaria.

B) Herederos de cuota, es decir los que han recibido una fracción de la herencia, pero no tienen vocación a todos los bienes (art. 2488 CCC)

C) Herederos del o de los herederos fallecidos o cesionarios. Puede suceder que antes de que se lleve a cabo la partición, uno de los herederos muera o haya cedido su parte. El derecho a pedirla se trasmite, entonces, a sus herederos; pero estos últimos, si son varios, deben actuar bajo una sola representación. Dice el segundo párrafo del art. 2364 CCC que si se produjera la muerte de alguno de los herederos del causante o que haya cedido sus derechos a varias personas, cualquiera de los herederos o cesionarios del heredero fallecido pueden pedir la partición, pero si el pedido lo hacen todos, deben unificar su representación. Generalmente esta representación se delega en el administrador.

D) Los cesionarios de sus derechos, ya que el art. 2304 determina que el cesionario adquiere los mismos derechos que le correspondían al cedente de la herencia.

E) Los acreedores de los herederos por subrogación. Se justifica porque en tanto no se haya efectuado la partición, aquéllos no pueden dirigirse contra los bienes hereditarios de su deudor. Esta acción es subrogatoria, o sea requiere negligencia de parte del heredero (dilaciones excesivas son consideradas negligencia), por lo que el acreedor pide al juez que se lo intime al heredero, caso contrario se realiza la partición por pedido del acreedor.

La acción subrogatoria está prevista en el art. 739 CCC, que dice, “El acreedor de un crédito cierto, exigible o no, puede ejercer judicialmente los derechos patrimoniales de su deudor, si éste es remiso en hacerlo y esa omisión afecta el cobro de su acreencia. El acreedor no goza de preferencia alguna sobre los bienes obtenidos por ese medio.”

Es una acción que se tramita por medio de un proceso sumarísimo, dentro del mismo proceso sucesorio, donde las distintas partes ordinarias del mismo se acumulan en un solo acto y, generalmente, en un solo momento, de tal suerte que se instruye, se aportan y valoran las pruebas, se juzga, se resuelve y se ejecuta la sentencia en el más breve plazo.

Es importante destacar que esta acción no se les otorga a los acreedores del causante, dado que éstos pueden cobrar sus créditos, se haya o no se haya practicado la partición.

F) Legatarios y beneficiarios de cargos, ya que es su interés recibir lo que el causante le ha dejado, o que se cumpla con el cargo. Los legados pesan sobre la masa indivisa y los cargos pueden pesar sobre herederos o legatarios. Cuando el cargo pesa sobre alguno de los herederos y su cumplimiento tiene vinculación con la partición, el beneficiario del cargo tiene derecho a solicitarla.

En ese caso, el beneficiario del cargo es un acreedor del heredero.

Zannoni y Ferrer señalan que es innecesaria la mención de los legatarios, porque éstos tienen acción directa para reclamar la entrega del legado sin necesidad de partición, y el heredero está obligado a cumplirlos (art. 2494 CCC).

G) El cónyuge separado de hecho, por el interés que tiene en que se le adjudique su 50% de la liquidación de gananciales, o porque tuviese un crédito por recompensa.

6.- Oponibilidad de la Partición a Terceros. Inscripción en los Registros

La segunda parte del art. 2363 CCC, dice, “...Si la partición incluye bienes registrables, es oponible a los terceros desde su inscripción en los registros respectivos.”

Es decir, que para que la partición pueda ser oponible frente a terceros, es necesario que se realice la publicidad mediante la inscripción registral.

El art. 1893 CCC, dice que “La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente. Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso. Si el modo consiste en una inscripción constitutiva, la registración es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real. No pueden prevalecerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real.”

Por lo tanto, si los herederos quieren transmitir los bienes inmuebles de su hijuela por un acto entre vivos, deberían previamente inscribirla, porque la inscripción es la que le da la publicidad suficiente que exige el art. 1893 CCC.

También la indivisión debe ser inscrita, pues el art. 2334 CCC, dice que para ser oponible a terceros, la indivisión autorizada por los artículos 2330 a 2333 que incluye bienes registrables, debe ser inscrita en los registros respectivos. Por lo tanto cualquier bien que quede en estado de indivisión, y que de acuerdo a las leyes requieran inscripción registral, deberá procederse a la inscripción de esa indivisión, a fin de poder ser oponible frente a terceros.

Ahora bien, los terceros interesados en la partición podrían ser terceros adquirentes y terceros acreedores del heredero.

A) TERCERO ADQUIRENTE: El tercero adquirente es el que tenía intenciones de adquirir un inmueble que pertenecía al causante y que producto de la partición ahora le corresponde a uno de los herederos. Para que ese tercero pueda continuar el acto con el heredero y perfeccionarlo, necesita que ese heredero haya inscrito tal inmueble en el registro correspondiente.

Sin embargo, existe una excepción, que es cuando se realiza por tracto abreviado, en cuyo caso

basta que esté ordenada la inscripción, que por supuesto es previa a la registración.

B) TERCERO ACREEDOR DEL HEREDERO: El tercero acreedor del heredero va a poseer dos tipos de derechos diferentes, según en qué momento de la partición se encuentre, si antes o después.

- Antes de la partición, los acreedores personales del heredero pueden embargar derechos hereditarios de su deudor, anotando el embargo en el expediente sucesorio.
- Después de la partición aprobada y antes de la inscripción, dice Pérez Lasala, el acreedor puede embargar y ejecutar los bienes que le han correspondido a su deudor, con la sola aprobación judicial de la partición, sin que sea necesaria la inscripción de su hijuela, en el caso que contengan bienes registrables.

7.- BIENES Y VALORES QUE SE INCLUYEN EN LA MASA PARTIBLE

En la partición se incluyen todos los bienes y derechos que se transmiten a la muerte del causante, que el art. 2317 CCC denomina masa hereditaria indivisa y que son, en definitiva, los bienes y derechos de la comunidad hereditaria, que los herederos han declarado en el inventario del art. 2341 CCC, o en el denunciado de bienes que lo reemplaza con los requisitos del art. 2342 CCC, y que han sido descriptos y tasados por el perito en la operación de descripción de bienes y avalúo. No importa que en sí sean indivisibles, porque se podrán adjudicar a uno de los herederos y compensar con otros bienes a los otros, y siempre queda el remedio de la venta y reparto de precio. Sin embargo, este conjunto de normas deben ser complementadas con lo dispuesto por el art. 2376 CCC, que dispone que “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.”

Analizando el artículo, entendemos:

- En la partición deben incluirse los bienes y derechos (créditos) existentes a ese momento o los que se hubieren subrogado a ellos. Quiere decir que si algún bien se ha vendido, o si algún crédito se ha cobrado y se ha distribuido o gastado en el pago de deudas todo o parte del dinero, en la partición solo debe considerarse lo que queda en la comunidad, es decir la parte de dinero no gastada o distribuida o el bien que ha subrogado al que se vendió. También deberá tenerse en cuenta el balance de las recompensas.
- Deberán sumarse los acrecimientos, tanto de los existentes como de los que se hubieren subrogado, ya que el art. 2329 CCC dispone que “Los frutos de los bienes indivisos acrecen a la indivisión, excepto que medie partición provisional...”
- Luego se deducirán las deudas, que a nuestro entender incluyen todo el pasivo, es decir deudas de la sucesión y cargas del proceso.

- Se agregarán los valores colacionados, cuando esta acción ha sido solicitada por los anticipos de herencia no dispensados; y
- Se agregarán los bienes sujetos a reducción, que entendemos se refieren a las donaciones que, por supuesto, habían salido del patrimonio del causante y que fueron objeto de la acción. En cambio los legados del testamento, ya figuran en los bienes de la operación de descripción y avalúo, pues estaban en su patrimonio al momento de la muerte.
- En caso que se hubiere realizado la licitación del art. 2372 CCC entre los herederos, el mayor valor obtenido en la misma, respecto del avalúo, deberá agregarse a la masa partible.

Hay bienes que si bien no integran la masa partible, deberán ser tenidos en cuenta en la confección de la cuenta particionaria. Se trata del dinero que cada uno de los herederos puede agregar para la formación de su lote. Dice el art. 2377 CCC, "...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.

A su vez el art. 2380 CCC, al referirse a la atribución preferencial del establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios que constituye una unidad económica dispone que el cónyuge sobreviviente o un heredero pueden pedir la atribución preferencial en la partición, con cargo de pagar el saldo si lo hay

8.- BIENES QUE SE EXCLUYEN DE LA PARTICIÓN

Hay algunos bienes que pertenecen a la comunidad hereditaria, pero que no son objeto de partición. Ellos son:

A) LOS OBJETOS Y DOCUMENTOS HONORÍFICOS. El art. 2379 CCC, en su segundo párrafo, dice que los objetos y documentos honoríficos 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.

Los títulos honoríficos y, en general, los recuerdos de familia, como la correspondencia, los manuscritos, los retratos de familia, deben quedar depositados en poder del heredero que los interesados elijan; es decir en carácter de depositario y no de división. Si no hay acuerdo entre ellos, el juez lo designará. La idea que quiere reflejar el artículo es, simplemente, crear un deber moral de conservación. Son bienes de valor afectivo, por lo que en general no se admite la venta. El juez tendrá preferencia por el cónyuge supérstite. Si se tratase por ejemplo de un diploma profesional y

uno de los herederos tuviera la misma profesión, se lo preferirá.

B) LOS SEPULCROS. La doctrina considera que los sepulcros que contienen los restos de la familia deben permanecer en condominio forzoso, sin dividirlos ni venderlos a extraños, ya que se trata del lugar donde están depositados los restos de los familiares, a menos que la unanimidad de los herederos resuelva lo contrario. La jurisprudencia entiende lo mismo.

No obstante, se ha admitido la partición, a pesar de la negativa de alguno de los coherederos, en dos supuestos: a) si el sepulcro está desocupado, pues en tal caso cesa la razón impeditiva de la partición; b) si el sepulcro es materialmente divisible, en este caso la división es incluso conveniente para evitar las diferencias que se pueden producir en un condominio mantenido sin la voluntad unánime de los dueños.

CAPÍTULO II - PARTICIÓN EN ESPECIE

1.- EL PRINCIPIO DE LA PARTICIÓN EN ESPECIE

La partición hereditaria implica distribuir los bienes que hay en la herencia entre los herederos. El lote de cada heredero debe ser formado, en principio, con las cosas existentes en la herencia.

El art. 2374 CCC, dice: “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”.

En la primera parte del artículo queda reflejado el principio, si es posible debe dividirse y adjudicarse los bienes en especie.

Sin embargo, en la segunda parte del mismo artículo, como así también en otras normas, aparecen las excepciones:

a) art. 2374 segunda parte, venta total: si no es posible la división en especie, se podrán vender todos los bienes y distribuir el producido. Esto se da cuando hay un solo bien o muy pocos, con varios herederos, que hacen imposible o antieconómico la división en especie.

b) art. 2374, última parte, venta parcial: se podrá vender parte de los bienes para compensar los lotes de los distintos herederos. Es decir que cuando se trata de hacer la adjudicación en especie, pero surgen excesos y defectos de adjudicación en los lotes que hay que compensar, es posible hacer una venta parcial que posibilite, con su producido, compensar las hijuelas.

c) art. 2353 tercer párrafo, el administrador promueve la venta: el administrador judicial de la herencia debe promover, en la medida necesaria, la realización de los bienes para el pago de las deudas y legados. Quiere decir, que si no hubieren fondos suficientes para el pago de las obligaciones del sucesorio, habrá que seguir el procedimiento para que se autorice la realización de algunos bienes de la masa. Siempre debe limitarse a lo necesario para cubrir el pasivo.

d) art. 2377, 2° párrafo, última parte, venta: cuando al adjudicar los lotes en especie, surgen compensaciones dinerarias a favor del titular de un lote, que exceden la mitad del valor de ese lote. En este caso, habrá que proceder a la venta y repartir el precio.

2.- DIVISIÓN ANTIECONÓMICA DE LOS BIENES

Dice el art. 2375 CCC, “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 hijuelas.

Esta norma ratifica el principio querido por el legislador de adjudicar en especie, evitando, de ser posible, la venta y distribución del precio, ya que dispone que cuando los bienes sean divisibles, pero su división convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes, puede adjudicarse los bienes a uno de los herederos en su hijuela, o a varios en condominio, siempre que así lo acepten, compensando al resto con dinero. Previamente, siempre estará la posibilidad de la licitación prevista en el art. 2372 CCC. Podemos citar como ejemplos, cuando existe como único bien un automotor y uno de los herederos está dispuesto a conservarlo y compensar con dinero al resto; cuando el único bien es un establecimiento industrial, agrícola o comercial; cuando el causante era titular de acciones o cuotas societarias de una empresa.

Será tarea de los jueces resolver si se dividen o no, y de las partes fundamentar previamente las razones en un sentido u otro, lo que seguramente trae aparejado controversias entre las partes.

CAPÍTULO III - CASOS DE INDIVISIÓN TOTAL O PARCIAL

1.- INTRODUCCIÓN

El principio de la división forzosa establecido en el art. 2365 CCC, tiene importantes excepciones por las consecuencias negativas que puede ocasionar en el orden social y económico. La explotación, por ejemplo, de un fondo de comercio que funciona como una unidad económica puede significar, en caso que uno o más herederos pidan en cualquier momento la partición, graves perjuicios económicos a los mismos herederos e incluso a la comunidad, en razón que se puede desmembrar la empresa y provocar su quiebra o cierre. También es grave cuando se trata de bienes de familia y en especial la vivienda asiento del hogar conyugal. Ante los inconvenientes que se producirían por la aplicación en forma absoluta de este principio del art. 2365 del CCC, el nuevo código ha establecido numerosos casos de indivisión, algunos de los cuales son de carácter forzoso y otros acordados por las partes. Incluso algunos ya estaban establecidos en la legislación anterior.

Los casos de indivisión forzosa, representan la excepción a dos principios generales en materia de partición:

- Uno es el ya explicitado en la primera parte del art. 2365 CCC, en cuanto a que “La partición puede ser solicitada en todo tiempo después de aprobados el inventario y avalúo de los bienes...”
- el otro es el principio del art. 2447 CCC, de protección a la legítima, que dice, “El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, se tienen por no escritas.” La indivisión forzosa, aunque vulnere la legítima debe cumplirse y, por lo tanto, la indivisión es una excepción al principio de protección de la legítima.

2.- PARTICIÓN PROVISIONAL

La partición es provisional cuando la división recae sobre el uso y goce de los bienes, dejando en indivisión la propiedad sobre ellos.

Esta denominación encierra, bastante impropiedad, pues aparte de que no responde a la idea de terminar con la comunidad hereditaria, el apelativo “provisional” no resulta convincente. Autores como Josserand, Legón, Pérez Lasala, consideran, que más que una partición, se trata de un acto de administración.

Así resulta de lo dispuesto por el art. 2370 CCC, que dice “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.”

El art. 2329 CCC, establece que el único caso en que los frutos de los bienes indivisos no acrecen a la indivisión, es cuando media la partición provisional, ya que esos frutos pertenecen al heredero en quien recae el uso y goce de los bienes respectivos.

Entendemos que la partición provisional se realiza por un acuerdo privado de los coherederos.

3.- PARTICIÓN PARCIAL

La partición parcial es aquella que abarca sólo algunos de los bienes y derechos de la herencia, quedando los restantes en estado de indivisión, sin que ello impida una ulterior partición de los bienes y derechos restantes.

El CCC, la ha previsto en el artículo 2367 que dice, “Si una parte de los bienes no es susceptible de división inmediata, se puede pedir la partición de los que son actualmente partibles.”

Por lo tanto, se permite realizar la partición por etapas, de forma tal que la imposibilidad para dividir uno o varios bienes hereditarios no debe ser obstáculo para solicitar la partición de los restantes.

A su vez, el art. 2369 CCC, al referirse a la partición privada, dice en su última parte que esta forma de partición puede hacerse en forma total o parcial, por lo que la partición parcial puede hacerse bajo la forma de partición privada o judicial.

4.- SOLICITUD DE POSTERGACIÓN DE LA PARTICIÓN

El segundo párrafo del art. 2365 CCC dispone que 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. Por lo tanto durante el tiempo de postergación se mantiene el estado de indivisión. Esta norma, seguramente, deberá ser complementada por la reforma al Código Procesal Civil de Mendoza para determinar hasta qué momento se podrá realizar el pedido y cuál será el plazo máximo que podrá fijar el juez.

5.- CASOS DE INDIVISIÓN IMPUESTOS POR EL CAUSANTE

A) INDIVISIÓN IMPUESTA POR TESTAMENTO

Dice el art. 2330 CCC, “El testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de DIEZ (10) años. Puede también disponer que se mantenga indiviso por ese plazo o, en caso de haber herederos menores de edad, hasta que todos ellos lleguen

a la mayoría de edad: a) un bien determinado; b) un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituye una unidad económica; c) las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista. En todos los casos, cualquier plazo superior al máximo permitido se entiende reducido a éste. El juez puede autorizar la división total o parcial antes de vencer el plazo, a pedido de un coheredero, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad.”

De acuerdo al artículo el causante puede imponer la indivisión:

- del total de la herencia, en su testamento, aún existiendo herederos legitimarios, por un plazo no mayor de 10 años y si el plazo impuesto es superior a 10 años, no se anula la disposición testamentaria, sino que se entiende que el plazo queda reducido a 10 años.
- el mismo artículo enumera los casos en que la indivisión la puede imponer sobre determinados bienes, por ese mismo plazo de 10 años o lo puede ampliar, imponiéndolo hasta que todos los legitimarios lleguen a la mayoría de edad, siempre que se trate de :

a) un bien determinado;

b) un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituye una unidad económica;

c) las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista.

El juez, en todos los casos, podrá autorizar la división total o parcial a pedido de la parte interesada, y sin esperar el transcurso del plazo establecido, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad.

Es decir que la norma prevé, con buen criterio, que a pesar de la voluntad del causante, el juez puede autorizar, en casos excepcionales, la división parcial o total.

Cuando la indivisión incluya bienes registrables, conforme lo prescripto por el art. 2334 CCC, para que esa indivisión sea oponible frente a terceros, debe ser inscripta en los registros respectivos, por ejemplo la indivisión de un inmueble, se inscribirá en el Registro de la Propiedad Raíz.

B) CASO DE FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

El fideicomiso testamentario permite designar al fiduciario (heredero o legatario encargado de cumplir con las instrucciones del testador) para que, a la muerte del testador (fiduciante), reciba por encargo de éste, la propiedad fiduciaria de la totalidad de la herencia, una parte indivisa o bienes determinados (patrimonio de afectación), con el objeto de destinarlos a ciertas finalidades, en beneficio de una o más personas (beneficiarios) y transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición a los fideicomisarios. Al concluir el fideicomiso, los bienes deben ser transmitidos a quien se hubiese designado en el testamento, o bien a quien supletoriamente indique la ley (herederos o terceros).

Cuando los beneficiarios o fideicomisarios son personas menores de edad, el fideicomiso es muy útil para su protección, ya que el causante, por ejemplo, previendo por razones de grave enfermedad su muerte, y con hijos menores que no podrían administrar su patrimonio, con riesgo de perder fuentes de renta, crea un fideicomiso para salvaguardar sus intereses.

El Plazo máximo para el fideicomiso es de 30 años, excepto que el beneficiario sea incapaz o con capacidad restringida, contados a partir de la muerte del causante. Dice el art. 1668 CCC “El fideicomiso no puede durar más de treinta años desde la celebración del contrato, excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a su capacidad, o su muerte. Si se pacta un plazo superior, se reduce al tiempo máximo previsto. Cumplida la condición o pasados treinta años desde el contrato sin haberse cumplido, cesa el fideicomiso y los bienes deben transmitirse por el fiduciario a quien se designa en el contrato. A falta de estipulación deben transmitirse al fiduciante o a sus herederos.”

Ahora bien, si existen herederos forzosos, el fideicomiso sólo podría ser constituido sobre la porción disponible del causante sin afectar la legítima, ya que el art. 2493 CCC dispone que la constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el artículo 2448 CCC, que es la mejora estricta a favor de descendientes o ascendientes con discapacidad, por el que el causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, además de la porción disponible, de 1/3 de las porciones legítimas. Sin duda sobre ese patrimonio se puede constituir un fideicomiso.

El problema se plantea cuando el testador impone el fideicomiso excediendo la porción disponible, y no existe el supuesto de discapacidad del art. 2448 CCC.

Hay quienes opinan que si bien la constitución del fideicomiso debe respetar la legítima de los herederos forzosos, la legítima no se vería afectada en aquellos casos en los que el causante constituyera el fideicomiso por un plazo no superior a los 10 años (Kiper y Lisoprawski), tomando como fundamento de esta interpretación el art. 1972 CCC, que dispone que los actos a título gratuito no podrán establecer prohibiciones de enajenar por un plazo mayor a 10 años, como así también especialmente el art. 2230 que permite al testador imponer a sus herederos, aún legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo que no exceda de 10 años.

6.- CASOS DE INDIVISIÓN PACTADOS POR LOS HEREDEROS

Dice el art. 2331 CCC “Los herederos pueden convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de DIEZ (10) años, sin perjuicio de la partición

provisional de uso y goce de los bienes entre los copartícipes. Si hay herederos incapaces o con capacidad restringida, el convenio concluido por sus representantes legales o con la participación de las personas que los asisten requiere aprobación judicial. Estos convenios pueden ser renovados por igual plazo al término del anteriormente establecido. Cualquiera de los coherederos puede pedir la división antes del vencimiento del plazo, siempre que medien causas justificadas.”

Es decir:

- a) los herederos pueden pactar de común acuerdo y por un convenio la indivisión de la herencia o de una parte de ella por un plazo de hasta 10 años, y al mismo tiempo realizar la partición provisional de uso y goce de los bienes hereditarios;
- b) el convenio se puede renovar cuando vence el anterior y hasta el máximo de 10 años;
- c) el convenio sólo requiere aprobación judicial cuando hay herederos incapaces o con capacidad restringida;

Cualquiera de los herederos podrá pedir la división antes del vencimiento del plazo, siempre que mediaren causas justificadas, que serán resueltas por el juez. No se exige circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad; basta que medien causas justificadas.

Recordemos que cuando la indivisión incluya bienes registrables, conforme lo prescripto por el art. 2334 CCC, para que esa indivisión sea oponible frente a terceros, debe ser inscrita en los registros respectivos.

7.- OPOSICIÓN DE HEREDERO A LA DIVISIÓN

Dice el art. 2333 CCC, “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.”

Este artículo contempla un único supuesto un único supuesto para la indivisión impuesta por alguno de los coherederos:

- un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituye una unidad económica.

Los requisitos que debe reunir el heredero son:

- debe ser quien lo haya adquirido o constituido en todo o en parte, y si no fuere así,
- tiene el mismo derecho si participa activamente en su explotación.

En estos casos la indivisión se mantiene por 10 años a partir de la muerte del causante, pero puede ser prorrogada judicialmente a pedido del heredero hasta su fallecimiento. El artículo no exige fundamento alguno. La administración durante la indivisión le corresponde al heredero. .

La indivisión no tendrá lugar cuando esos bienes puedan serle adjudicados en su lote o hijuela, y el

juez, a instancia de cualquiera de los otros coherederos, podrá autorizar el cese de la indivisión antes del plazo fijado, si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifican la decisión.

8.- OPOSICIÓN DEL CÓNYUGE A LA DIVISIÓN

Dice el art. 2332 CCC, “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 (10) 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.”

Este artículo contempla los siguientes supuestos para la indivisión impuesta por el cónyuge supérstite:

- un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituye una unidad económica;
- partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad;

Los requisitos que debe reunir el cónyuge son:

- a) en el caso del establecimiento, debe ser quien lo haya adquirido o constituido en todo o en parte, y si no fuere así, tiene el mismo derecho si participa activamente en su explotación;
- b) en el caso de participación en una sociedad, debe ser el principal socio o accionista.

En estos casos la indivisión se mantiene por 10 años a partir de la muerte del causante, pero puede ser prorrogada judicialmente, a su pedido, hasta su fallecimiento. El artículo no exige fundamento

alguno. La administración durante la indivisión le corresponde al cónyuge.

La indivisión no tendrá lugar cuando esos bienes puedan serle adjudicados en su lote o hijuela.

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

Hay un tercer supuesto que contempla este artículo, y que el plazo es mientras el cónyuge sobreviva, que es:

- la indivisión de la vivienda o casa habitación, con sus muebles incluidos. La facultad es otorgada a cualquiera de los cónyuges

Los requisitos exigidos son:

- a) que haya sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante;
- b) que haya sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales. No se requiere que el total de los fondos utilizados sean gananciales, pero sí una parte.

La indivisión no tendrá lugar cuando la vivienda pueda serle adjudicada en su lote o hijuela.

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

Al ser la casa habitación un bien registrable, conforme lo prescrito por el art. 2334 CCC, para que esa indivisión sea oponible frente a terceros, debe ser inscripta en el Registro de la Propiedad Raíz.

9.- DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

A) INTRODUCCIÓN

Dice el art. 2383 CCC “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.”

En la práctica funciona como una oposición a la partición del inmueble asiento del hogar conyugal. Pretende poner a salvo la habitación del viudo o viuda, con carácter gratuito y vitalicio, evitando que en concurrencia con otros herederos el cónyuge deba compartir el inmueble, aunque fuere bien propio del causante. También evita la eventualidad que alguno de los coherederos pretenda su venta o división para percibir su parte de la herencia o para afrontar las costas. Se pone así un freno a la posible actitud de los hijos u otros coherederos de disponer de ese bien.

Si bien se trata de un supuesto diferente al de la oposición del cónyuge a la división de la vivienda, del art. 2332 última parte, nos preguntamos si era necesario incorporar los dos supuestos. Las diferencias son:

- mientras el derecho real de habitación es gratuito, en el caso de la indivisión de la vivienda debe haber sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales.
- Mientras que en el derecho real de habitación el bien puede ser propio del causante o ganancial, en la indivisión de la vivienda debe ser ganancial.
- Mientras el derecho real de habitación opera aunque el supérstite tenga otra vivienda, la indivisión de la vivienda puede suspenderse si tiene bienes que le permiten procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades.

B) CARACTERES DEL DERECHO

- Es aplicable de pleno derecho. No es necesario que el cónyuge lo solicite al juez, es suficiente que ejerza o invoque su derecho. Así lo ratifica el art. 1894 CCC, que establece que el derecho de habitación del cónyuge se adquiere por mero efecto de la ley. Entendemos, que los Códigos de Procedimiento de cada jurisdicción deberán prever el momento en que se lo puede invocar, a fin de permitir que el resto de los herederos sepan a qué atenerse en cuanto a la partición del resto de los bienes, si los hubiere. En principio creemos que un momento oportuno sería antes del vencimiento del plazo de licitación previsto en el art. 2372 CCC.
- Es un derecho real
- Es un derecho vitalicio, expresamente dispuesto por el art. 2383 CCC.
- Es un derecho gratuito, expresamente dispuesto por el art. 2383 CCC.
- Es una carga legal impuesta a coherederos frente al derecho del supérstite
- Los acreedores del causante conservan el derecho a ejecutar sus créditos
- Debe inscribirse la indivisión en el Registro de la propiedad Raíz.

C) REQUISITOS LEGALES

El artículo 2383 CCC, enumera los requisitos o presupuestos exigidos para que el cónyuge supérstite tenga derecho real de habitación, gratuito y vitalicio, sobre el hogar conyugal:

- ***Inmueble que integre el haber hereditario como bien propiedad del causante:*** Se discute si se trata únicamente de bien propio del causante o indistintamente propio o ganancial. En nuestra opinión, pensamos que se refiere a bien propio, porque el caso de bien ganancial como asiento del hogar conyugal está previsto en el art. 2332 CC, última parte, dentro de los casos de indivisión otorgada al cónyuge supérstite.
- ***Inmueble que hubiera constituido el último hogar conyugal.*** La circunstancia de ser "hogar conyugal" debe cumplirse, como regla, al tiempo de la apertura de la sucesión, es decir donde vivían ambos al momento de la muerte de uno de ellos. Se considera regla general, aunque no necesariamente es siempre aplicable. La jurisprudencia ha entendido que en caso de existir otros bienes en el acervo hereditario que permitan al cónyuge resolver sus

necesidades habitacionales, aunque no sea el asiento del hogar conyugal, o que posea bienes de su propiedad, que le permitan resolver la situación habitacional, no han concedido el derecho. Sin embargo, la nueva redacción al establecerlo de pleno derecho, deja mucho menos margen a los jueces para resolver en contrario frente a la oposición de los coherederos.

- *Inmueble que no se encuentre en condominio con otras personas.*

10.- DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE

A) INTRODUCCIÓN

Dice el art. 527 CCC “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”.

Este derecho del conviviente ha sido incorporado al nuevo Código.

B) CARACTERES DEL DERECHO

- Es aplicable de pleno derecho. No es necesario que el conviviente lo solicite al juez, es suficiente que invoque su derecho. Así lo ratifica el art. 1894 CCC, que establece que el derecho de habitación del conviviente se adquiere por mero efecto de la ley. Entendemos, que los Códigos de Procedimiento de cada jurisdicción deberán prever el momento en que se lo puede invocar, a fin de permitir que el resto de los herederos sepan a qué atenerse en cuanto a la partición del resto de los bienes, si los hubiere. En principio creemos que un momento oportuno sería antes del vencimiento del plazo de licitación previsto en el art. 2372 CCC.
- Es un derecho real
- No es un derecho vitalicio, sino por dos años y puede extinguirse antes del plazo.
- Es un derecho gratuito, expresamente dispuesto por el art. 527 CCC.
- Es una carga legal impuesta a coherederos frente al derecho del conviviente.
- Los acreedores del causante conservan el derecho a ejecutar sus créditos
- Debe inscribirse la indivisión en el Registro de la propiedad Raíz.

C) REQUISITOS LEGALES

El artículo 527 CCC, establece los presupuestos exigidos:

- ***Que el conviviente supérstite carezca de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que le aseguren su acceso.*** Es decir, que podría tener una vivienda propia, pero no habitable, en cuyo caso conserva el derecho. En cambio, si la tuviera habitable o fuera titular de bienes suficientes que le aseguraran el acceso, no le correspondería. Seguramente generará discusión el párrafo “bienes suficientes que le aseguren el acceso”, pues puede que tenga bienes para asegurarle la compra o para que pueda alquilar sin dificultad alguna un inmueble habitable.
- ***Inmueble que hubiera constituido el último hogar familiar.*** La circunstancia de ser "hogar familiar" debe cumplirse, como regla, al tiempo de la apertura de la sucesión, es decir donde vivían ambos al momento de la muerte de uno de ellos. Caben las mismas consideraciones que para el derecho real de habitación del cónyuge supérstite.
- ***Inmueble que sea propiedad del causante.*** Caben las mismas consideraciones que para el derecho real de habitación del cónyuge supérstite.
- ***Inmueble, que a la apertura de la sucesión, no se encontrara en condominio con otras personas.***
- ***El conviviente supérstite, para conservar su derecho, no puede constituir una nueva unión convivencial, contraer matrimonio, o adquirir una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ella.*** Respecto de este presupuesto existe discusión sobre como será su aplicación cuando el conviviente supérstite constituya una nueva unión convivencial. Al efecto el art. 510 CCC dispone que el reconocimiento de los efectos jurídicos de la unión convivencial requiere, entre otros requisitos, que mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años. Es decir recién se considera unión convivencial cuando han cumplido dos años de vida en común. Hay quienes consideran, entonces que si el conviviente supérstite comienza a convivir con alguien al poco tiempo de fallecido el causante, como no han pasado los dos años no puede considerarse nueva unión convivencial, y podrá seguir habitando el inmueble. No estamos de acuerdo con esta consideración, ya que si en el caso de contraer matrimonio se pierde el derecho desde ese mismo momento, entendemos que en una nueva convivencia se lo pierde desde el momento que se inicia la vida en común.

11.- INDIVISIBILIDAD DEL BIEN DE FAMILIA

A) CASOS

Diversas leyes han protegido el bien de familia contra el peligro de la división, cuestión que ahora viene incorporada al CCC. en los artículos 244 a 256.

Los artículos 244 y 256 CCC disponen que puede afectarse como bien de familia:

- un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor, como así también el inmueble rural que no exceda de la unidad económica, de acuerdo con lo que establezcan las reglamentaciones locales.
- esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales.
- la afectación debe inscribirse en el registro de la propiedad inmueble.
- no puede afectarse más de un inmueble.
- si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter.

La afectación, según el art. 245 CCC, puede ser solicitada por el titular del dominio registral. Si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente.

La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

Son beneficiarios de la afectación, según el art. 246 CCC:

- el propietario, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes;
- en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el propietario que efectivizó la constitución.

B) EFECTOS

- La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación.
- La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto, algunas obligaciones tales como las expensas comunes, los impuestos y tasas que gravan directamente al inmueble; obligaciones con garantía real, obligaciones por construcciones o mejoras realizadas en la vivienda, obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida.
- Los frutos que produce el inmueble, si no son indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios, son embargables y ejecutables. (art. 251 CCC).

C) TRANSMISIÓN DE LA VIVIENDA AFECTADA

El inmueble afectado, según el art. 250 CCC, no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias, excepto que favorezcan a los beneficiarios de la afectación prevista en este Capítulo. Si el titular que lo constituyó está casado o vive en unión convivencial inscripta, el inmueble no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente. Si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente.

D) HONORARIOS DE PROFESIONALES INTERVINIENTES EN LA TRASMISIÓN HEREDITARIA

Dice el segundo párrafo del art. 254 que en los juicios referentes a la transmisión hereditaria de la vivienda afectada, los honorarios no pueden exceder del tres por ciento de la valuación fiscal.

E) DESAFECTACIÓN

El art. 255 CCC, dispone que la desafectación y la cancelación de la inscripción proceden:

- a solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial inscripta, se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente;
- a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos.

12- INDIVISIÓN EN CASO DE DIVORCIO

A) INTRODUCCIÓN

Dice el art. 443 CCC, “Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras:

- a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos;
- b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios;
- c) el estado de salud y edad de los cónyuges;
- d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar”.

B) CARACTERÍSTICAS

Este es un derecho patrimonial que debe ser solicitado, no opera de pleno derecho, y recae sobre inmueble propio o ganancial. El plazo de duración lo determina el juez en base a las pautas del artículo 443 CCC, que son enumerativas, por lo que no son las únicas.

C) EFECTOS

El art. 444 CCC dispone los efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de divorcio, que son:

- la fijación por parte del juez de una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda, siempre a petición de parte interesada;
- el juez puede establecer que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos cónyuges;
- el juez puede disponer que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

D) CESE DEL DERECHO

El art. 445 CCC, dispone que el derecho cesa:

- Por cumplimiento del plazo fijado por el juez;
- por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación;
- por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria.

13.- SUPUESTO DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDEROS BAJO CONDICIÓN.

Dice el art. 2366 “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.”

Dice el art. 343 CCC “Se denomina condición a la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto.”

Entonces, tenemos:

a) herederos instituidos bajo condición suspensiva, significa que el instituido no puede tener derecho alguno a la herencia, si la condición impuesta no se cumple, quiere decir que si no se cumple será considerado como un extraño al proceso sucesorio, como si jamás hubiera sido heredero. Por lo mismo, el obligado a darle la asignación queda liberado de su carga. En tal caso, el heredero no puede pedir la partición hasta que la condición se cumpla. Sin embargo, la partición puede ser realizada antes de ese evento a pedido de los otros coherederos, siempre que aseguren el

derecho del heredero condicional. Es más, el art 347 CCC establece que el titular de un derecho supeditado a condición suspensiva puede solicitar medidas conservatorias.

b) herederos instituidos bajo condición resolutoria, significa que el llamamiento hereditario tiene efectos, pro sólo hasta que se cumple un determinado hecho futuro e incierto, si es que se cumple. Por lo tanto, si ese evento tiene lugar, terminan los efectos de la herencia. Entonces, el heredero puede pedir la partición, pero ésta será provisional hasta tanto se produzca la condición o se sepa que ya no va a ocurrir. El art. 347 CCC, dispone que el adquirente de un derecho sujeto a condición resolutoria puede ejercerlo, pero la otra parte puede solicitar medidas conservatorias.

14.- PACTO SOBRE EXPLOTACIÓN PRODUCTIVA

El primer párrafo del art. 1010 CCC, establece como principio general la prohibición de pactos sobre herencia futura, pero también dispone una excepción a dichos pactos. Dice el párrafo, “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...”

El párrafo siguiente dice, “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.”

Quiere decir, que con el nuevo Código, existe la posibilidad de acordar lo relativo a derechos hereditarios futuros sobre 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, siempre que se establezcan compensaciones a favor de los otros legitimarios, no afecten la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge ni de terceros. Si se cumplen esos requisitos, los pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge. El artículo deja una puerta abierta a la posibilidad de adelantarse con la planificación sucesoria. El fundamento se encuentra en una recomendación del año 2014 de la Comisión Europea a los países miembros de la Comunidad, ante la necesidad de flexibilizar la prohibición de estos pactos para evitar la desaparición de las pequeñas y medianas empresas, de carácter personal, familiar o societario, con motivo de la trasmisión sucesoria y el principio de la partición forzosa, asegurando y facilitando mediante tales pactos su continuidad en beneficio de la economía general.

Un pacto, que por este artículo se puede convenir, es mantenimiento de la indivisión de la empresa

familiar.

15.-OPONIBILIDAD DE LA INDIVISIÓN FRENTE A TERCEROS. DERECHOS DE LOS ACREEDORES.

Dice el Art. 2334 CCC, “Para ser oponible a terceros, la indivisión autorizada por los artículos 2330 a 2333 que incluye bienes registrables debe ser inscripta en los registros respectivos. Durante la indivisión, los acreedores de los coherederos no pueden ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal de éste, pero pueden cobrar sus créditos con las utilidades de la explotación correspondientes a su deudor. Las indivisiones no impiden el derecho de los acreedores del causante al cobro de sus créditos sobre los bienes indivisos.”

Por lo tanto debemos distinguir:

- a) Acreedores del causante:** Las indivisiones no impiden que los acreedores del causante ejecuten sus créditos sobre los bienes indivisos.
- b) Acreedores de los coherederos:** Pueden cobrar sus créditos sobre las utilidades que le correspondan a su deudor y que sean obtenidas por los herederos sobre la explotación de los bienes indivisos, pero no pueden ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal del mismo. Es decir, estos acreedores son sustraídos temporalmente de la prenda común, como consecuencia de la indivisión.

CAPÍTULO IV - EFECTOS DE LA PARTICIÓN

1.- INTRODUCCIÓN

Los efectos de la partición los podemos clasificar en efectos derivados del carácter declarativo y los derivados de las garantías a favor de los coherederos.

2.- EFECTOS DERIVADOS DEL CARÁCTER DECLARATIVO DE LA PARTICIÓN

El art. 2403 CCC, consagra expresamente el carácter declarativo de la partición y sus efectos. Dice el artículo, “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.”

En razón del carácter declarativo, se considera que lo que le corresponde en la adjudicación a cada heredero es como que lo hubiere recibido inmediatamente al causante a su muerte, no habiendo tenido nunca ningún derecho en los bienes que les corresponden a sus coherederos.

Los efectos que derivan de este concepto de la partición como acto declarativo son los siguientes:

a) La validez de los actos realizados por uno de los coherederos antes de la partición está subordinada al resultado de ésta. Es decir, los actos de un heredero con relación a un bien, solo valen si el bien le es adjudicado. Así, siguiendo el ejemplo de Vélez plasmado en el artículo 3504 del anterior código, si uno de los herederos ha constituido, antes de la partición, una hipoteca sobre un inmueble de la sucesión, la hipoteca se extingue en el caso que el inmueble gravado le corresponda a otro coheredero en la partición.

b) Si el adjudicatario ha estado en la posesión material de los bienes hereditarios, se considera que ha tenido la posesión exclusiva del bien desde el momento de la muerte del causante.

c) También se considera que lo ha poseído desde el mismo momento de la muerte cuando el bien se le ha atribuido por cualquier otro acto que ha tenido por efecto hacer cesar la

indivisión, ya sea en forma total o parcial. Esto, dice Pérez Lasala, no es totalmente exacto, en el ordenamiento adoptado por el nuevo Código, ya que algunos actos que ponen fin a la indivisión no tienen efectos declarativos, por ejemplo cuando un tercero adquiere el único bien (inmueble) del sucesorio mediante la prescripción larga, por usucapión, pues la misma es originaria desde el inicio de la posesión y no desde la muerte del causante.

d) Los actos válidamente otorgados respecto de algún bien de la masa hereditaria conservan sus efectos, sea quien sea el adjudicatario de los bienes que han sido objeto de esos actos. Es decir que cualquier acto otorgado a un tercero por acuerdo unánime de los herederos es válido respecto de terceros. Con esta norma se pone un límite a los alcances de los efectos retroactivos y declarativos de la partición.

3.- EFECTOS DERIVADOS DE LAS GARANTÍAS A FAVOR DE LOS COHEREDEROS

A.- INTRODUCCIÓN. FUNDAMENTO. FINALIDAD

Los herederos son garantes, los unos respecto de los otros, de la evicción y de los defectos ocultos de los objetos que le han correspondido por la partición (arts. 2404 y 2407 Código Civil y Comercial de la Nación).

El fundamento de estas garantías reside, siguiendo a Lacruz, en el deseo legal de que se guarde, en la partición, la igualdad o proporcionalidad entre la cuota que le corresponde a cada coheredero y lo que se le adjudica, y por lo tanto que lo que le corresponde en la adjudicación, satisfaga plenamente la cuantía que aquella supone.

Su finalidad es evitar una nueva partición, ante la modificación que se produce entre lo adjudicado y lo efectivamente recibido.

B) GARANTÍA DE EVICCIÓN:

a) Concepto y características

El artículo 2404 del Código Civil y Comercial de la Nación expresa, “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, entonces, sus características:

- actúa frente a la privación en el ejercicio del derecho a la cosa;
- actúa frente a la turbación en el goce pacífico de la cosa;;
- debe surgir de una causa anterior a la partición;
- cada coheredero responde mediante una indemnización al perjudicado en proporción a su parte, por lo que el perjudicado también soporta su parte;
- si algún coheredero es insolvente, su parte debe ser cubierta proporcionalmente por el resto, incluido el perjudicado.
- El conocimiento por el adjudicatario al tiempo de la partición del peligro de evicción, no excluye la garantía (art. 2406 CCC)

Por ejemplo, si quien resulta adjudicatario de un crédito, no lo puede cobrar porque el deudor es insolvente o, sobre un bien que recibe en su lote, un tercero le hace un reclamo judicial porque tiene un mejor derecho sobre ese bien, plantea la evicción. La garantía, como vemos, se extiende no sólo a la existencia de la cosa misma, sino también a la turbación en el goce pacífico de lo adjudicado.

b) Cálculo del valor de la garantía

La garantía por evicción, de acuerdo al art. 2405 CCC, debe ser calculada en base al valor de los bienes al tiempo en que se produjo la turbación, y no al momento de la partición.

c) Extensión de la garantía

El artículo 2405 CCC, también dispone que si se tratara de créditos, la garantía asegura tanto la existencia del mismo como la solvencia del deudor al tiempo de la partición.

d) Excepciones a la garantía

El art 2406 CCC, dispone que la garantía de evicción no tiene lugar cuando es expresamente excluida en el acto de la partición, respecto de un riesgo determinado. Es decir que es excluida frente a un pacto en contrario referido a un riesgo determinado, no frente a un riesgo genérico.

Tampoco tiene lugar cuando se produce por culpa del heredero que la sufre. Por ejemplo, deja prescribir la acción para el cobro del crédito.

e) Prescripción de la acción

De acuerdo al art. 2560 CCC, la acción prescribe a los 5 años contados desde el día en que se produce la evicción.

C) GARANTÍA POR DEFECTOS OCULTOS:

a) Concepto

El artículo 2407 del Código Civil y Comercial de la Nación establece, “Los coherederos se deben recíprocamente garantía de los defectos ocultos de los bienes adjudicados”.

Esta norma es más amplia que la prevista en el Código Civil de Vélez, ya que éste disponía que la

garantía de los coherederos a los vicios ocultos de los objetos que les hubiere adjudicado, correspondía cuando el valor del bien disminuyera su valor por lo menos una cuarta parte.

b) Prescripción de la acción

De acuerdo al art. 2564 inc. a) CCC, esta acción prescribe al año de conocido el vicio.

CAPÍTULO V - NULIDAD Y REFORMA DE LA PARTICIÓN

1) INTRODUCCIÓN

Quién considere que ha sido perjudicado por la partición podrá solicitar su nulidad o su reforma. El art. 2408 CCC dispone, “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.”

La norma establece tres remedios:

- la nulidad
- una partición complementaria
- un complemento de su porción.

A fin de analizar los tres casos planteados por el art. 2408 CCC, debemos distinguir si la partición ha sido privada o judicial, ya que son formas diferentes desde lo conceptual, pues la partición privada se realiza a través de un acuerdo entre coherederos y sin intervención del juez, mientras que la partición judicial se efectúa en el curso del proceso sucesorio y debe ser aprobada por el juez.

En la partición privada no rige necesariamente ni el principio de igualdad ni el de partición en especie, pues los herederos mientras se pongan de acuerdo, pueden apartarse de las cuotas que fija la ley y acordar partes desiguales. En cuanto a la manera de distribuirse la herencia, pueden hacerlo en especie o no. En cambio en la partición judicial rige en principio la igualdad, de manera que las porciones hereditarias se repartan de manera equitativa, y la partición, en lo posible, se realice en especie.

2) NULIDAD, PARTICIÓN COMPLEMENTARIA O COMPLEMENTO DE LA PORCIÓN DE LA PARTICIÓN PRIVADA O EXTRAJUDICIAL

De acuerdo a lo que establece el art. 2408 CCC, puede solicitarse la nulidad o reforma de la partición privada, por las mismas causas de nulidad de los actos jurídicos, previstas en los artículos 386 a 392 CCC.

Así habrá nulidad o reforma cuando existan:

A) VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: Cuando el consentimiento del convenio privado está viciado, puede anularse por:

- **error de hecho esencial**, es decir sobre la naturaleza del acto Por ejemplo confunden

partición provisional con parcial), o sobre el objeto mismo (en cuanto a cantidad, inclusión o exclusión de bienes) o sobre la persona (se excluye a un heredero). (art. 267 CCC);

- **dolo**, cuando se asevera lo falso o se disimula lo verdadero. Dice el art. 267 CCC, “El dolo es esencial y causa la nulidad del acto si es grave, es determinante de la voluntad, causa un daño importante y no ha habido dolo por ambas partes.” o;
- **violencia**, es decir el uso de la fuerza y la intimidación. Dice el art. 276 CCC, “La fuerza irresistible y las amenazas que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente que no se puedan contrarrestar o evitar en la persona o bienes de la parte o de un tercero, causan la nulidad del acto. La relevancia de las amenazas debe ser juzgada teniendo en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso.

Estos vicios del consentimiento tienen como plazos de prescripción 2 años desde el momento en que se conoce el error o el dolo, o desde que la violencia haya cesado (art. 2562, inc. a).

B) VICIOS DEL ACTO

- **Simulación:** La simulación, según el art.333 del CCC, tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten. Es difícil probarlo. Por ejemplo el acreedor del heredero invoca la simulación porque en la hijuela de ese heredero se adjudica menos de lo que le corresponde para perjudicar al acreedor. El plazo de prescripción es de 2 años, para las partes desde que una de ellas exterioriza el desconocimiento del acuerdo privado y la otra se niega a dejarlo sin efecto. Para los terceros desde que conocieron o pudieron conocer la simulación.
- **Fraude:** El art. 338 CCC, establece que el acreedor puede solicitar la aplicación de este vicio cuando el acto del deudor afecte sus derechos, causando o agravando el estado de insolvencia para hacer frente a sus obligaciones. Este vicio puede ser planteado por los acreedores de los herederos, ya que los del causante, recordemos, pueden oponerse a la entrega de los bienes. Los requisitos para plantear el fraude están contemplados en el art. 339 CCC:
 - que el crédito sea de causa anterior al acto impugnado, excepto que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores;
 - que el acto haya causado o agravado la insolvencia del deudor;
 - que quien contrató con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia (complicidad del copartícipe)

El plazo de prescripción según el art. 2563, inc. f) es de 2 años desde que los acreedores conocieron o pudieron conocer el fraude.

- **Lesión subjetiva:** Dice el art. 332 CCC, “Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.” No basta la desproporción de los lotes adjudicados, sino que debe haber un aprovechamiento de la inexperiencia o debilidad del otro. El plazo de prescripción según el art. 2560 es de 5 años desde que se realizó el acto.

3) NULIDAD, PARTICIÓN COMPLEMENTARIA O COMPLEMENTO DE LA PORCIÓN DE LA PARTICIÓN JUDICIAL

A) PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Los dos principios fundamentales que se aplican a la partición judicial son:

- el principio de igualdad proporcional, es decir que en las hijuelas, la adjudicación debe realizarse respetando la cuota proporcional que a cada uno le corresponde en la masa partible y adjudicar bienes y derechos en función de esa cuota al momento de la formación de los lotes, respetando lo preceptuado por el art. 2377 CCC, que dice que 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 y;
- el principio de la partición en especie, principio establecido en el art. 2374 CCC, que dice que si es posible dividir y adjudicar los bienes en especie, ninguno de los copartícipes puede exigir su venta.

B) PRINCIPALES CASOS EN QUE SE AFECTA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

- **desigualdad originada por exclusión indebida de un heredero en la declaratoria de herederos**

En este caso debe modificarse la declaratoria y por lo tanto modificar la partición.

- **desigualdad originada en el inventario (se incluye o se excluye un bien)**

Si se incluyó indebidamente un bien en el inventario y el propietario exige su restitución, deberá modificarse la partición. Recordemos que en casos como éste, los herederos se deben entre sí la garantía de evicción. Otro caso es cuando se crea un crédito a favor del causante en contra de un heredero que es inexistente, por ejemplo el causante deja tres hijos, uno de ellos vivía con el causante, y los otros dos le crean una deuda con el causante por alquileres para que reciba menos en la partición.

Un caso de exclusión de bienes es cuando no se denuncia un bien calificado como propio según

constancias registrales, por ejemplo comprado con dinero donado por la madre, inscripto como bien propio. Deberá modificarse el inventario y avalúo y por consiguiente la partición.

- **desigualdad originada en la partición**

Si el partidor no aplica bien las porciones hereditarias que les corresponden a cada uno de los coherederos o no forma bien la masa partible para la división, dará lugar a que se pueda impugnar la partición.

La afectación del principio de igualdad no implica necesariamente la nulidad de la partición, ya que en algunos casos se podrá solicitar su reforma, el complemento de la cuota o plantear la acción de evicción.

C) PRINCIPALES CASOS EN QUE SE AFECTA EL PRINCIPIO DE PARTICIÓN EN ESPECIE

- **cuando habiendo posibilidad material y económica de dividir en especie, no se respeta el principio**

El caso típico es cuando a un heredero se le adjudican créditos “creados”, contra otro u otros herederos y a estos los distintos bienes, pudiendo haber adjudicado bienes a ese heredero en lugar de crearle créditos. Guaglianone expresa que la distribución será nula, por cuanto es principio esencial que los herederos reciban bienes hereditarios, salvo que una imposibilidad física o económica imponga proceder a la venta. Dice Pérez Lasala en función del art. 2410 CCC, que si el heredero impugnó la partición por esta causa y luego inicia acción para cobrar el crédito que se le adjudicó en su hijuela (violatorio del principio de partición en especie), no podrá entablar con éxito la acción de nulidad por violación del principio de partición en especie.

- **si se adjudican bienes en condominio sin conformidad de los adjudicatarios**

Cuando se adjudica en condominio y ninguno impugna, no cabe la acción de nulidad, pues luego de constituido el condominio, cualquiera de los condóminos puede ejercer la acción de división de condominio.

En cambio, si alguno o algunos de los herederos se oponen al condominio, prospera la acción de nulidad de la partición. La jurisprudencia ha dicho “El partidor debe recurrir a la adjudicación en condominio sólo en caso de imperiosa necesidad”.

Dice Pérez Lasala que la acción de nulidad o de reforma de la partición, es una acción autónoma y que la homologación de la partición judicial no hace cosa juzgada, pues dicha homologación puede ser impugnada por un juicio ordinario posterior, basándose en la violación del principio de igualdad de las hijuelas y, en menor medida, en la violación del principio de partición en especie, proceso ordinario que deberá iniciarse ante el mismo juez que tuvo en su jurisdicción el proceso sucesorio.

D) LEGITIMADOS PARA PLANTEAR LA ACCIÓN DE NULIDAD O DE REFORMA

Pueden ejercer la acción de nulidad o de reforma de la partición los:

- herederos, pues son los principales interesados;
- herederos de los herederos, si un heredero fallece sus herederos pueden plantearla;
- cesionarios, ya que un heredero le ha cedido sus derechos sobre la herencia;
- acreedores de los herederos, pero no tienen esta acción los acreedores del causante, pues pueden cobrar sus créditos antes de la partición, e incluso por lo dispuesto por el art. 2359 CCC, pueden oponerse a la entrega de los bienes a los herederos hasta el pago de sus créditos.

CAPÍTULO VI - MODOS DE HACER LA PARTICIÓN

1.- INTRODUCCIÓN

Tanto el ya derogado Código Civil de Vélez Sarsfield como así también el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, como el Código Procesal Civil de Mendoza, establecen las formas en que se debe o se puede (dependiendo de las características específicas de cada caso) realizar la partición.

Hay distintos modos de hacerla, que pueden ser:

- privada o extrajudicial;
- mixta;
- judicial;
- por ascendientes

La forma de hacer la partición, ya sea privada, mixta, judicial o por ascendientes, es el conjunto de solemnidades que deben observarse para su realización, ya que la partición es un acto formal, aún cuando los herederos la convengan extrajudicialmente.

2.- PARTICIÓN PRIVADA O EXTRAJUDICIAL

A) NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Dice el art. 2369 CCC “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.”

Esta partición tiene una verdadera naturaleza contractual ya que proviene de la voluntad de todos los herederos, constituyendo un negocio jurídico plurilateral que pone fin a la comunidad hereditaria, mediante la distribución del activo neto hereditario entre los coherederos, determinando el haber concreto de cada uno de ellos en la forma en que por unanimidad decidan.

Son sus requisitos:

- Que todos los herederos estén presentes: Se considera presente el ausente que tiene un mandatario o apoderado con poderes suficientes y también el ausente con presunción de fallecimiento, ya que sus herederos pueden actuar bajo una sola representación. Si hubiere simples ausentes, la partición deberá ser judicial.
- Que todos los herederos sean plenamente capaces: se refiere a la capacidad de hecho, o sea a la capacidad de obrar o de ejercicio, por lo cual los incapaces de hecho o con capacidad restringida no pueden recurrir a esta forma de partición, sino que deben hacer la partición

judicial. Tienen incapacidad de ejercicio, de acuerdo al art. 24 CCC, las personas por nacer, las personas que no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en los artículos 25 a 30 del CCC; y las personas declaradas incapaces por sentencia judicial en la extensión dispuesta en esa decisión. El emancipado por matrimonio necesita autorización judicial, conforme el art. 29 CCC.

- Acuerdo unánime: El acuerdo unánime se requiere tanto para la forma de instrumentarla, como para el contenido del acto, es decir el modo de realizarla, en especie o vendiendo los bienes, compensando bienes con dinero efectivo.

B) NORMAS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE MENDOZA: No contiene norma alguna sobre este modo de partición, pero como está en el CCC, es perfectamente viable su realización.

C) INSTRUMENTACIÓN: Esta forma de partición debe instrumentarse por medio de escritura pública, cuando la partición incluye bienes registrables, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1017 inc. a) de dicho Código, ya que la norma dice que, “Deben ser otorgados por escritura pública: a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa...”

Por lo tanto, una vez que el juez dicta la declaratoria de herederos, el abogado patrocinante puede retirar el expediente y concurrir con los herederos al Escribano para efectuar las escrituras de partición.

La escritura pública es un instrumento público, que extiende un escribano, y que tiene eficacia probatoria y da plena fe en cuanto su contenido, fecha, lugar y hechos cumplidos. (arts. 289 y 296 CCC).

El CCC, no dice nada respecto de otros bienes registrables, como el caso de automotores, por lo que podrán hacerse por escritura pública o solicitar al juez que ordene al Registro del Automotor la inscripción a nombre del heredero adjudicatario.

En los demás casos, a falta de exigencia expresa, vale el documento privado.

D) INTERVENCIÓN DEL JUEZ Y DEL PERITO: El Juez interviene hasta la declaratoria de herederos. Con dicha declaratoria, los herederos de común acuerdo, concurren al Escribano a fin de realizar las escrituras correspondientes.

En cuanto al Perito Contador, está claro que no interviene en la operación de partición, pero en cuanto a las operaciones de inventario y avalúo, creemos importante analizar los artículos 2365 y 2372 del CCC.

El art. 2365 dispone que la partición puede ser solicitada en todo tiempo después de aprobados el inventario y avalúo de los bienes. Creemos que la obligatoriedad de que esté aprobado el inventario y avalúo se refiere a la partición judicial y no a la privada, ya que si los herederos acuerdan en hacerla de manera privada y cumplen los requisitos, no deben solicitarla, sino simplemente llevarla a cabo de la forma que la ley indica. Decimos que se refiere a la partición judicial, en razón que el art. 2372 CCC dispone que para el caso que cualquiera de los coherederos pida la licitación de alguno de los bienes de la herencia, para que se le adjudique por un valor superior al del avalúo, es requisito indispensable que el avalúo esté aprobado por el juez. La licitación, la ley la ha previsto para la partición judicial, cuando al no haber acuerdo sobre la distribución, los herederos tienen posibilidad de ofertar un valor superior al avalúo para lograr que se le adjudique ese bien.

Esta situación no se presenta cuando todos están de acuerdo y deciden hacerla en forma privada.

En base a esta interpretación, entendemos no es necesario el inventario y avalúo aprobado para realizar la partición privada.

Debemos agregar que la Resolución General N° 36/2005 de la D.G.R., en su artículo 5°, con la aceptación pacífica de la doctrina y jurisprudencia, dispone que cuando el patrimonio no supere lo señalado por el mencionado artículo, no es exigible la presentación de las operaciones de inventario y avalúo suscriptas por Contador Público Nacional. Dicho artículo es aplicable cuando el Activo esté constituido sólo por los siguientes bienes, ya sea en forma independiente o conjunta:

a) Dinero en efectivo, depósitos en instituciones financieras, créditos y mobiliarios del hogar, cuyo monto en conjunto sea igual o inferior al 5% del valor máximo establecido para la constitución del Bien de Familia. (\$300.000,00)

b) Un único rodado cuyo año de fabricación o modelo tenga a la fecha de fallecimiento del causante, una antigüedad superior a los 3 años. No importa la fecha de adquisición. Ejemplo: Fecha de fallecimiento, mayo de 2007, por lo que el modelo o año de fabricación deberá ser anterior a mayo de 2004.

c) Un único inmueble cuyo avalúo fiscal para el pago del Impuesto Inmobiliario sea inferior o igual al 20% del valor máximo establecido para la constitución del bien de familia. El valor máximo establecido para inscribir un inmueble como bien de familia desde agosto de 2006 es de \$ 300.000. Por lo tanto el avalúo fiscal del único inmueble no deberá ser superior a \$ 60.000.

Estos valores de la Resolución General N° 36/2005 de la D.G.R. deberían ser modificados, ya que luego de diez años desde su vigencia han quedado totalmente desactualizados, lo que hace impracticable la excepción que se pretende legislar.

3.- PARTICIÓN MIXTA

Es aquella que si bien se realiza privadamente, sin la intervención de escribano, debe ser sometida a aprobación judicial.

A) NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL:

El CCC no la prevé expresamente. Sin embargo, entendemos que si se cumplen los requisitos del art. 2369 CCC, es decir:

- Que todos los herederos estén presentes;
- Que todos los herederos sean plenamente capaces y
- Acuerdo unánime,

podrían hacer la partición en un convenio privado y someterlo a homologación judicial, ya que el art. 289 inc. del CCC, le da carácter de instrumento público a los instrumentos extendidos por funcionarios públicos (el Juez lo es), con los requisitos que establecen las leyes. De esta forma, la homologación convierte la partición en judicial.

En ese sentido, el artículo 350 del CPC de Mendoza permite formular la partición a los herederos y presentarla al juez para su aprobación y homologación.

La jurisprudencia entiende que la aprobación judicial es fundamental, pues la decisión judicial así motivada constituirá el título de propiedad del adjudicatario, no bastando la sola presentación sin el auto homologatorio posterior. Un plenario de las Cámaras Civiles de la Capital resolvió que si no se hubiere dado a la aprobación judicial, el instrumento privado en que se conviene la forma de dividir los bienes comunes, vale como una división de uso y goce.

El fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G del 24/10/2008, en el caso Whelanm M,O: s/suc ab-intestato, cita a Zannoni, expresando que estando los herederos todos presentes, capaces, tienen el derecho de acordar realizar la partición del modo que por unanimidad juzguen conveniente. Y continúa diciendo que bajo esta última óptica, calificada doctrina pone de manifiesto la circunstancia, bien puede ocurrir, que a través de la forma de la partición se concluya entre los herederos un negocio mixto, por el cual, además, se atribuyan derechos o bienes entre coherederos que exceden, estrictamente, el acto de asignación que aquélla importa. En tal sentido, se presenta como un típico negocio mixto, en el cual se combinan o unifican dos o más causas negociales típicas. Así, y bajo la forma de la partición, se pueden combinar la adjudicación declarativa y una traslación patrimonial atributiva. No obstante el negocio mixto constituye, como tal, una unidad negocial que es la síntesis de la combinación de esas causas negociales en abstracto separables, que deriva de una relación de comunidad hereditaria preexistente, y que provoca que el negocio atributivo que se combina con la partición sea referible a aquélla, en el sentido que proviene de una relación sucesoria única.

De todas maneras, esta partición no ha sido prevista expresamente por el nuevo CCC, y

seguramente generará controversias respecto de si es posible su aplicación.

B) NORMAS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE MENDOZA

La partición mixta sí está prevista en el artículo 350 del CPC de Mendoza. Si bien este artículo está titulado Partición Privada, su contenido define la partición mixta.

El art. 350 dice que una vez aprobadas las operaciones de inventario y avalúo, si todos los herederos fuesen capaces y estuvieren de acuerdo, podrán formular la partición y presentarla al juez para su aprobación. Podrán, igualmente, solicitar se les adjudiquen, en condominio, la totalidad de los bienes. En ambos casos, el Juez accederá a lo solicitado, previo pago de créditos reconocidos, impuestos, honorarios y gastos causídicos.

C) INSTRUMENTACIÓN:

En cuanto a la instrumentación, los herederos preparan el convenio de partición y lo presentan al Juez para su homologación.

El convenio de partición, por su naturaleza contractual, tiene fuerza vinculante y por ende obligatoria entre quienes lo concluyeron, sin que sea factible dejarlo sin efecto por voluntad unilateral de cualquiera de sus firmantes y pretender realizar la partición judicialmente.

Después de suscripto el acto jurídico particional, las partes solo pueden pedir su anulación por vicios de la voluntad, no pudiendo retractarse unilateralmente, ya que desde que se presta el consentimiento, es vinculante para los herederos independientemente de que esté o no homologado.

La presentación al Juez hace a la perfección del acto, exigida como una necesidad de prever un medio eficaz para que el Juez controle si se dan los presupuestos de la partición del art. 2369 CCC, y su incorporación al expediente no tiene otro efecto que darle el carácter de instrumento público y la jerarquía de título suficiente para la atribución de los bienes adjudicados a cada heredero.

La jurisprudencia ha aceptado, incluso, el convenio de partición que incluye, además de la distribución del haber hereditario, la parte ganancial del cónyuge superviviente en carácter de donación. Recordemos que la donación sólo puede hacerse por escritura pública. Sin embargo la jurisprudencia ha entendido que se está frente a un negocio mixto, por el que se distribuyen derechos o bienes que exceden estrictamente lo comprendido en el acervo hereditario, máxime cuando se produce a raíz de que los bienes del acervo pertenecen a la sociedad conyugal disuelta en virtud del fallecimiento de uno de los esposos, y siendo que los trámites concernientes a la liquidación de la sociedad deben sustanciarse en el proceso sucesorio, aplicándose las reglas relativas a la división de la herencia, y que la incorporación del convenio realizado por instrumento privado en el expediente judicial de la sucesión, tiene como efecto otorgarle el carácter de instrumento público. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 24/10/2008, Whelan,

Mabel Olga s/ Sucesión).

D) INTERVENCIÓN DEL JUEZ Y DEL PERITO:

El juez debe intervenir durante todo el proceso, ya que debe aprobar la partición proyectada por los coherederos.

En este modo de partición no interviene el Perito Contador, pero sí debe haber intervenido en las operaciones de inventario y avalúo, no sólo si se opta por la interpretación restrictiva del art. 2365 CCC, sino también porque el propio art. 350 del CPC de Mendoza lo dispone expresamente como paso previo a la formulación de la partición por los herederos.

Aquí también cabe recordar la aplicación del artículo 5° de la Resolución General N° 36/2005 de la D.G.R. en cuanto a la no exigibilidad de la presentación de las operaciones de inventario y avalúo suscriptas por Contador Público Nacional que terminamos de ver en la partición privada.

4.- PARTICIÓN JUDICIAL

A) NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

De acuerdo al art. 2371 CCC, la partición debe ser judicial cuando:

- a) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes. En cuanto a los ausentes, se refiere a los ausentes simples, no a los ausentes con presunción de fallecimiento. En cuanto a los menores bajo patria potestad, sus padres son los representantes. El emancipado por matrimonio necesita autorización judicial, ya que el art. 29 CCC, dispone que “el emancipado requiere autorización judicial para disponer de los bienes recibidos a título gratuito. La autorización debe ser otorgada cuando el acto sea de toda necesidad o de ventaja evidente.” En el caso de incapaces, serán los curadores los representantes, conforme el art. 32 CCC.
- b) si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente. Se refiere a los acreedores, tanto de la sucesión como de los herederos, como un medio de prevenir la defensa de sus derechos. Los acreedores del heredero pueden oponerse, porque una partición hecha con fraude, podría atribuir al heredero insolvente menos de lo que le corresponde, en detrimento de sus acreedores o adjudicarle créditos incobrables;
- c) si los coherederos son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente, es decir no acuerdan de manera unánime para hacer partición privada. Es suficiente con la oposición de uno solo de los herederos para que no pueda hacerse de manera privada.

También, de acuerdo al art. 689 CCC, la partición debe ser judicial cuando el causante es uno de los cónyuges y le sucede el otro en concurrencia con sus hijos menores de edad, ya que dicho artículo incluye como contrato prohibido a la partición privada. Dice la norma, “Los progenitores no pueden hacer contrato alguno con el hijo que está bajo su responsabilidad, excepto lo dispuesto para las donaciones sin cargo previstas en el artículo 1549. No pueden, ni aun con autorización judicial, comprar por sí ni por persona interpuesta, bienes de su hijo ni constituirse en cesionarios de créditos, derechos o acciones contra su hijo; ni hacer partición privada con su hijo de la herencia del progenitor prefallecido, ni de la herencia en que sean con él coherederos o colegatarios; ni obligar a su hijo como fiadores de ellos o de terceros. Es más, el art. 693 CCC, le obliga al cónyuge sobreviviente a realizar inventario judicial en caso de representación, disposición y administración de los bienes del hijo menor de edad, ya que dispone que ante el fallecimiento de uno de los progenitores del menor de edad, el progenitor sobreviviente (cónyuge supérstite) debe hacer inventario judicial de los bienes de los cónyuges o convivientes, y determinar en él los bienes que correspondan al hijo, bajo pena de multa pecuniaria a ser fijada por el juez a solicitud de parte interesada. El plazo que tiene es de tres (3) meses a partir del fallecimiento del progenitor. Tiene por objeto identificar los bienes del hijo para que no se confundan con los que entran al sucesorio. Nos preguntamos si este inventario judicial debe hacerse en el marco del proceso sucesorio o en un proceso independiente, aunque no es frecuente que el proceso sucesorio esté abierto dentro de los primeros tres meses de fallecido el causante. Suponemos que al ser judicial deberá ser hecho por un oficial de justicia.

A su vez, el art. 2373 CCC establece como novedad que la partición judicial se hará por un partidor o por varios que actúan conjuntamente.

B) NORMAS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE MENDOZA

La partición judicial está definida en el art. 352, que dispone que aprobadas las operaciones de inventario y avalúo, si los herederos no realizan partición privada, el perito partidor designado, procederá, en el plazo que el juez señale, a proyectar la liquidación, división y adjudicación de los bienes hereditarios.

Este mismo artículo establece que el perito antes de proceder a la partición, oirá a los herederos, a los fines de satisfacer sus pretensiones respecto a las adjudicaciones o conciliarlas. En cada hijuela detallará los bienes adjudicados, especificando ubicación, extensión, linderos y los antecedentes de dominio de cada inmueble, hasta 20 años atrás, si ello fuera posible.

C) INSTRUMENTACIÓN

Se debe instrumentar a través de una operación pericial, a cargo del Perito Contador, denominada cuenta particionaria u operaciones de liquidación, división y adjudicación, que concluye con la confección de las hijuelas que aprobadas por el juez constituyen el título de dominio de los herederos.

D) INTERVENCIÓN DEL JUEZ Y DEL PERITO:

El Juez debe intervenir durante todo el proceso ya que debe aprobar la partición proyectada y presentada por el Perito.

En cuanto al perito, el Código Civil y Comercial dispone en su artículo 2373 que la partición judicial se hará por un partidador o por varios que actúan conjuntamente. Para su designación por parte de los herederos debe haber acuerdo unánime. A falta de acuerdo unánime de los coherederos para su designación, el nombramiento debe ser hecho por el juez. Cuando el perito es nombrado por el juez, a nuestro entender, debe seguirse el procedimiento que dispone el Código Procesal Civil de Mendoza.

El art. 322 del C.P.C. de Mendoza dispone que se nombrará un perito para el inventario y avalúo y para la partición, cuando fueran de necesidad, con título de Contador Público Nacional.

El nombramiento lo hará el juez a propuesta de la mayoría de herederos declarados presentes, y en su defecto por sorteo entre la lista de los inscriptos en la oficina de profesionales de la Corte en el mes de octubre de cada año. Por lo tanto, a falta de la unanimidad que dispone el art. 2373 CCC, el juez requerirá mayoría de herederos declarados presentes, y a falta de ese acuerdo, ordenará un sorteo entre los Contadores inscriptos para tal fin.

Dicho artículo 322, en el inciso 3 dispone que la cuenta particionaria deberá ser suscripta conjuntamente con el abogado interviniente. En este sentido la doctrina ha entendido que no es necesaria la firma de abogado, ya que al no participar en la elaboración de las operaciones de liquidación, división y adjudicación, no debe firmar. La jurisprudencia así lo ha receptado y los jueces no la exigen.

5.- PARTICIÓN POR ASCENDIENTES

A) CONCEPTO Y CLASES

El art. 2411 CCC, consagra la partición por ascendientes en nuestro derecho, ya que dispone, “La persona que tiene descendientes puede hacer la partición de sus bienes entre ellos por donación o por testamento.”

La partición efectuada por los ascendientes, en testamento o por donación, a favor de sus

descendientes, no pone fin a la comunidad hereditaria como las otras formas de partición, sino que directamente no nace tal comunidad. A la muerte del causante, cuando se abre la sucesión, los bienes ya están repartidos entre los descendientes, ya sea por donación o en el testamento, de modo que la herencia no forma una masa indivisa, siendo una de sus ventajas, el evitar discordias entre los coherederos al momento de la distribución.

Esta partición puede abarcar a todos o a una parte de los bienes. Si abarca parte no hay comunidad para esos bienes, pero sí para el resto, los que se partirán por el procedimiento general.

Para que sea una partición, debe dividir los bienes entre los herederos, determinando la composición de cada haber. La idea general es que los bienes se repartan entre los descendientes en la misma forma y proporciones que corresponderían siguiendo el procedimiento después de muerto el ascendiente.

Las clases son, partición por testamento y partición por donación.

B) DISPOSICIONES GENERALES

El CCC dispone algunas normas de carácter general para ambas clases de partición por ascendientes.

- Si es el ascendiente es casado, la partición de los bienes propios debe incluir al cónyuge que conserva su vocación hereditaria. (art. 2411 CCC). Sin embargo, a partir de la incorporación de último momento de la prohibición de contratar entre cónyuges que estén bajo el régimen matrimonial de comunidad de gananciales, art. 1002 inc. d) CCC, aunque se tratare de bienes propios, no podría realizar la partición por donación, pero sí por testamento.
- 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. (art. 2412 CCC). Estamos frente a un caso de partición parcial.
- Al hacer la partición, el ascendiente debe colacionar a la masa el valor de los bienes que anteriormente haya donado y sean susceptibles de colación. La colación aquí opera de oficio, pues no requiere pedido de parte, es obligación del ascendiente colacionar las donaciones realizadas a sus descendientes para respetar la relativa igualdad. (art. 2413 CCC)
- 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. (art. 2414 CCC)

C) PARTICIÓN POR DONACIÓN

a) Concepto

La persona que tiene descendientes puede hacer en vida la partición de sus bienes entre sus

descendientes. Se diferencia de las donaciones que individualmente puede hacer el ascendiente, pues éstas son singulares y no tienen naturaleza de partición.

La principal crítica que recibe este modo de dividir, es que el ascendiente se desprende de sus bienes, de manera que luego puede encontrarse desprotegido ante cualquier necesidad que le surgiera, aunque puede reservarse para sí el usufructo o la renta de una o más bienes hasta su muerte. La ventaja, es que su conocimiento de las diversas circunstancias familiares de sus descendientes, le permite analizar una equitativa distribución de los bienes, programando el reparto de bienes y la conservación y continuidad de su empresa familiar, si la tuviera.

Produce los efectos de una partición extrajudicial, realizada en vida por el ascendiente, con la aceptación de los descendientes.

b) Reglas generales de validez

Para la validez de la partición por donación debe tenerse presente lo siguiente:

- Si existiere sociedad conyugal y hubiere bienes gananciales, sólo puede hacerse por estos bienes en favor de los descendientes y, para ello es requisito que se haga mediante acto conjunto de ambos cónyuges, pues, recordemos, que entre cónyuges las donaciones están prohibidas.
- Si existiere sociedad conyugal bajo el régimen de comunidad de gananciales y hubiere bienes propios, no puede hacerse por estos bienes porque habría que incluir al cónyuge y, las donaciones entre cónyuges están prohibidas en el régimen de comunidad de gananciales.
En cambio si el régimen fuera de separación de bienes, sí puede hacerse, pues sólo hay bienes propios, incluyendo cónyuge y descendientes, ya que el art. 2411 CCC, dispone que si el ascendiente es casado, la partición de los bienes propios debe incluir al cónyuge que conserva su vocación hereditaria

c) Objeto

El art. 2415 CCC dispone que la partición por donación no puede tener por objeto bienes futuros. Puede ser hecha mediante actos separados si el ascendiente interviene en todos ellos.

Por lo tanto abarca los bienes presentes, ya sea que se incluyan todos o una parte de ellos. No alcanza a los bienes que el ascendiente no incluyó voluntariamente en la partición, ni a los que adquiera con posterioridad.

d) Derechos transmisibles

El art. 2416 CCC establece que el donante puede transmitir la 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.

Por lo tanto, el donante puede ofrecer a sus descendientes, y estos aceptar, la plena propiedad lisa y llana, la plena propiedad con un cargo de renta vitalicia o la nuda propiedad con reserva de

usufructo.

e) Revocación

El art. 2420 CCC dispone, “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.

Entonces, en principio la partición por donación es irrevocable, pero puede revocarse:

- cuando se produzca alguna de las causas de revocación prevista para las donaciones en los artículos 1569 y 1571 del CCC:
 - Inejecución de los cargos
 - ingratitud del donatarios
 - estipulación expresa en el acto de la donación, para el caso que nacieran hijos del donante con posterioridad a la donación
- cuando el donatario incurriere en actos que son causales de indignidad, previstas en el art. 2420 CCC.

f) Forma

La partición por donación debe hacerse:

- Por escritura pública, cuando se trate de donaciones de cosas inmuebles, cosas muebles registrables y de prestaciones periódicas o vitalicias. (art. 1552 CCC).
- Por la tradición del objeto donado, cuando se trate de cosas muebles no registrables y de títulos al portador.

g) Acción de reducción

El art. 2417 CCC 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.”

Con esta norma el legislador quiere evitar la nulidad de la partición, otorgando la acción de reducción, siempre y cuando a la apertura de la sucesión no existieren otros bienes del causante que cubrieren la porción legítima de:

- los descendientes omitidos en la partición por donación;
- los descendientes nacidos después de realizada la partición por donación;
- los descendientes que hubieren recibido un lote inferior a su porción legítima.

La acción de reducción, sólo puede ejercerse una vez muerto el causante – donante.

h) Valor de los bienes

El art. 2418 CCC, dispone, “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.”

De acuerdo a este artículo los valores de los bienes donados deben tomarse a la fecha de la donación, y luego considerada como una deuda de valor se aprecia a valores constantes al momento de la partición por donación. Si hubieren nuevos bienes a la muerte del causante y fuere de aplicación el art. 2417, debería seguirse el mismo criterio.

Sin embargo, este criterio de valuación se contradice con el dispuesto en el segundo párrafo del art. 2385 CCC, que dice que el valor de la donación colacionada se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación.

i) Efectos de la partición por donación

Los efectos de la partición por donación deben ser analizados atendiendo a los que se producen en vida del donante y los que se producen luego de su fallecimiento.

(a) **Efectos en vida del causante.** Estos efectos pueden ser:

- **Del ascendiente en relación a los descendientes:** Los descendientes adquieren los bienes en plena propiedad una vez aceptada la donación, y con carácter, en principio, irrevocable, por lo que pueden ejercer las acciones correspondientes para proteger su titularidad y, si la partición es total deberán pagar las deudas del causante, como en el caso de la partición judicial, con los bienes recibidos.
- **Del ascendiente en relación con sus acreedores:** Como dijimos, si la partición es total, los donatarios responden por esas deudas, pero los acreedores también conservan la acción contra el ascendiente – donante.
- **De los donatarios entre sí:** Los donatarios entre sí, se deben garantía de evicción, tal como lo dispone el art. 2419 CCC, “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.

(b) **Efectos después del fallecimiento del donante:**

- Si el causante, al fallecer, no hubiese dejado otros bienes, la donación permanece firme y el descendiente tendrá los derechos y obligaciones que ya tenía desde el momento en que aceptó la donación.
- Si el causante hubiese dejado nuevos bienes, el descendiente podrá optar por aceptar la herencia o renunciar a ella, con independencia de los bienes recibidos en vida. Tanto si acepta como si decide renunciar, puede conservar los bienes recibidos por donación, mientras no vulnere la legítima de los coherederos.

D) PARTICIÓN POR TESTAMENTO

a) Concepto

La partición por testamento que puede hacer el testador en su testamento, debe ser realizada con ánimo de partir, asignando las cosas o bienes concretos a efectos de su división entre el cónyuge y los descendientes, atribuyendo la proporción que les corresponde según la ley y no con la finalidad de instituir legatarios.

Por lo tanto, es atributiva de derechos, es decir, no tiene el carácter declarativo de las particiones privada, mixta o judicial, pero produce efectos traslativos desde la muerte.

b) Reglas generales de validez

Para la validez de la partición por testamento debe tenerse presente que:

- no puede hacerse cuando existe la sociedad conyugal bajo el régimen de comunidad de gananciales y hubiere bienes gananciales, ya que debe evitarse una disposición testamentaria sobre bienes que a la muerte del causante están sometidos a un proceso de liquidación y división de la sociedad conyugal. Además está prohibido el otorgamiento de testamento conjunto, pues se trata de un acto unilateral expresivo de la voluntad de quien lo realiza. Al ser unilateral, el cónyuge que quisiera efectuar la partición por testamento de bienes gananciales estaría disponiendo de bienes que no le pertenecen totalmente, ya que al momento de la disolución, causada por la muerte, le corresponderán en un 50% al cónyuge superviviente por derecho propio como socio de la sociedad conyugal.

Sí puede testar sobre los bienes propios.

- Si el régimen del matrimonio fuere de separación de bienes, puede realizar la partición por testamento sin limitaciones.

c) Objeto

La partición por testamento comprende, en principio, todos los bienes del causante, pero puede el testador no incluir la totalidad, por lo que podrá realizar una partición parcial por testamento. Incluso, si después de hacer el testamento con la partición, adquiere nuevos bienes, esos bienes y los no incluidos, se distribuirán de acuerdo a la ley.

d) Revocación

El art. 2421 CCC, dispone que “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.”

Al ser revocable no afecta la facultad de disposición del testador, sin perjuicio de las acciones de

protección de la legítima que puedan plantear el cónyuge y los descendientes luego de su muerte.

e) Forma

Esta partición solo puede ser hecha por testamento, tal como lo dispone el art. 2411 CCC.

f) Efectos de la Partición por Testamento

El art. 2422 CCC, dispone que “La partición por testamento tiene los mismos efectos que la practicada por los herederos”. Si bien el artículo dice que tiene los mismos efectos que la partición privada y mixta, esto no es totalmente así, ya que aquí no se dan los efectos que derivan de la naturaleza declarativa de la partición que pone fin a la comunidad hereditaria. En la partición por testamento no se crea una comunidad hereditaria y, sus efectos atributivos, quedan suspendidos hasta el momento de la muerte del causante. Entonces, los efectos son:

- La partición por testamento tiene efectos atributivos.
- Da derecho, a favor de cualquiera de los herederos, a la garantía por evicción, ya que el primer párrafo del art. 2423 CCC dispone que “Los herederos se deben recíprocamente garantía de evicción de los bienes comprendidos en sus lotes...”. En cuanto a la extensión de la garantía, la misma debe referirse al momento de la muerte del causante, ya que el segundo párrafo del mismo artículo dice que “La existencia y legitimidad de los derechos transmitidos se juzga al tiempo de la muerte del causante.” Se aplica al caso en que el causante hubiere enajenado algún bien con posterioridad al testamento, el resto de los beneficiarios deben garantía al heredero afectado.

BIBLIOGRAFIA

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (COMENTADO), DIRIGIDO POR: RIVERA, JULIO CESAR Y MEDINA GRACIELA. BUENOS AIRES. LA LEY. 2014.

PEREZ LASALA, JOSÉ LUIS. TRATADO DE SUCESIONES. (EN EL NUEVO CÓDIGO). BUENOS AIRES. RUBINZAL CULZONI. 2014.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, ERREIUS. BUENOS AIRES, ERREPAR S.A., 2015.

ARIAS, ALDO GUARINO, *CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE MENDOZA, COMENTADO, ANOTADO Y CONCORDADO*. EDICIONES JURÍDICAS CUYO S.R.L., MENDOZA, 1986.

BORDA, GUILLERMO: *TRATADO DE DERECHO CIVIL, SUCESIONES*, BS. AS. LA LEY, 2005.

ZANNONI, EDUARDO ANTONIO, *MANUAL DE DERECHO DE SUCESIONES*. BUENOS AIRES, ASTREA, 2013.

FERRER, FRANCISCO, *EL DERECHO DE SUCESIONES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL*, BUENOS AIRES, RUBINZAL ONLINE, 2013.

KIPER, CLAUDIO M., LISOPRAWSKI, SILVIO. *EL FIDEICOMISO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO. LA LEY 27/08/2012, 27/08/2012 1*

AZPIRI, JORGE O.: *MANUAL DE DERECHO SUCESORIO*, 3ª ED..., HAMMURABI, BUENOS AIRES, 1998.

ALSINA, HUGO, "*TRATADO TEÓRICO PRÁCTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL*", T. VII, 2ª EDICIÓN.