

PARTICION DE HERENCIA

SUMARIO: I. Concepto. II. Naturaleza jurídica de la partición. III. La división forzosa y la posterior reforma del código civil. IV. Acción de partición. Competencia. Prescripción. V. Personas que pueden pedir la partición. VI. Bienes sujetos a partición. Bienes ajenos a la división: a) sepulcros; b) títulos y cosas comunes a la herencia; c) subsidios a la familia del causante). VII. Modos y formas de hacer la partición. Licitación y retasa. Derogación del artículo 3467. VIII. La partición judicial, funciones del perito y honorarios comunes. IX. Reforma y nulidad de la partición. X. Efectos de la partición.

I. *Concepto.* Toda vez que concurren varios herederos a recibir una herencia se produce entre ellos un estado de comunidad. Se trata de una situación transitoria que procede de una causa extraña a la voluntad de los partícipes como es la muerte del causante. De la comunidad se sale mediante la partición que consiste en adjudicar a cada heredero una parte concreta de los bienes transmitidos. Es, como lo destaca Josserand (1), un acto de clasificación, de asignación tendiente a localizar los derechos de cuota. Antes de la partición, las partes de los derecho habientes se traducían en una fracción numérica; después de dicho acto se materializan en los objetos determinados, asignados privativamente a los diversos partícipes.

II. *Naturaleza jurídica de la partición.* En el Derecho romano se consideraba a la partición como un acto traslativo, esto es, que los coherederos se tenían como causa habientes unos de otros respecto de los bienes incluidos en su cuota hereditaria. Pero ya en el antiguo Derecho francés se abre paso

(1) JOSSERAND, *Derecho Civil*, 1952, t. II, vol. 2, pág. 271, nº 1050.

una concepción distinta por la cual la partición es un acto declarativo, de manera que los sucesores reciben los bienes directamente del difunto con lo cual sus efectos se retrotraen a la muerte del causante. Nuestro Código Civil, en el artículo 3503 consagra el principio seguido por la mayoría de los Códigos contemporáneos que asigna a la partición efectos declarativos y retroactivos. Se juzga así que cada heredero ha sucedido solo e inmediatamente en los objetos que se le han adjudicado en la partición y que no ha tenido ningún derecho en los que han correspondido a sus coherederos (2). Así, según el artículo 3504, si uno de los herederos ha constituido antes de la partición un derecho de hipoteca sobre un inmueble de la sucesión, y ese inmueble es dado por la división de la herencia a otro de los coherederos, el derecho de hipoteca se extingue. Sin embargo, el artículo 3505 que establece la garantía de evicción contraría evidentemente el sistema declarativo; pero no es menos cierto que trata de asegurar el objetivo esencial de igualdad de trato en el acto particionario.

Los comentaristas del Código francés analizan la utilidad del efecto declarativo. Y si no desconocen la importancia de los fines perseguidos con la ficción del artículo 883 también es verdad que señalan que en otras legislaciones se ha logrado preservar el derecho de los terceros por otros procedimientos más sencillos y eficaces. Así el Código civil suizo, artículos 648 y 653, dispone que durante el curso de una copropiedad o de una propiedad común no es válido ningún acto de disposición, ni ninguna constitución de derecho real, a menos de realizarse en virtud de decisión de los copropietarios. De esta manera, anotan Colin y Capitant, "no puede surgir ninguno

(2) BORDA, Guillermo, *Trat. de D. Civil (Sucesiones)*, 1958, t. I, pág. 453 y sgtes. FORNIELES, Salvador, *Trat. de las Sucesiones*, 3ª ed. t. I, pág. 335, nº 296; LAFAILLE, Héctor, *Sucesiones*, 1932, t. I, pág. 328, nº 477 y sgtes.; RÉBORA, Juan Carlos, *Der. de las Sucesiones*, 1932, t. I, pág. 400, nº 253; DE GÁSPER, Luis, *Trat. de Der. Hereditario*, 1953, t. II, pág. 375, nº 292; MACHADO, José Olegario, *Código Civil*, 1921, t. 9, pág. 179 y sgtes.; LLERENA, C. *Civil Argentino*, t. 9, pág. 402; SEGOVIA, C. *Civil de la R. Argentina*, 1881, t. II, pág. 514, nota 140.

de los problemas con los que aparece adornada en Francia la retroactividad de las particiones, a costa de mil dificultades, procesos y con frecuencia sorpresas, para la buena fe de los terceros" (3).

Bibiloni inspirado en el Derecho Alemán, se aparta del Código vigente y establece la partición atributiva de derechos. El autor del anteproyecto dice: "el título a los bienes heredados es siempre la sucesión del causante; sólo los coherederos pueden partir los que constituyen el patrimonial indiviso que recibieron por muerte de su autor. Y, a su vez sólo por efecto de la partición tienen bienes exclusivos, que son los que ella les atribuye. La ficción de que recibieron bienes exclusivos desde el día de la apertura de la sucesión es, sobre inútil para todos los fines, inexacta, puesto que no los recibieron divididos, sino en el caso de partición de ascendientes, y en éste mal puede existir ficción" (4).

El proyecto de reformas de 1936, en su artículo 1971 también suprime el artículo 3504 del Código vigente (5).

Aquiles Horacio Guaglianone (6) en un valioso estudio monográfico *Sobre los efectos de la partición hereditaria*, analiza con agudeza las incongruencias del efecto declarativo y los límites de la garantía de evicción.

III. *La división forzosa y la posterior reforma del Código civil.* Vélez Sársfield, fiel al individualismo liberal de la Revolución Francesa, desechó los mayorazgos y las vinculaciones, que prolongaban en el tiempo el feudalismo y que la Asamblea Constituyente de 1813 había suprimido en un proceso emancipador de proyecciones continentales. Sin duda, esas instituciones constituían factores económicos que daban relieve y fuerte cohesión a la familia, pero, a juicio del codifi-

(3) COLIN y CAPITANT, *Curso Elemental de Der. Civil*, Madrid, 1927, t. 7, pág. 198.

(4) BIBILONI, Juan A., *Anteproyecto de reformas al C. Civil Argentino*, Bs. As., 1940, t. III, p. 471.

(5) *Reforma del Código Civil*, 1936, págs. 210 y 704, art. 1971.

(6) GUAGLIANONE, Aquiles Horacio, *Sobre los efectos de la partición hereditaria*, Abeledo Perrot, 1959, pág. 7 y sgtes.

cador en su réplica a la crítica de Alberdi, "sólo sirven para fomentar el orgullo y mantener la prepotencia". Y para demostrar que su Código no significaba la contrarrevolución a los ideales de Mayo, señalaba: "El principio democrático de un Código debe sólo aparecer en la igualdad de todos ante la ley, sin conceder privilegios personales; en la constitución de los derechos reales que únicamente pueden permitirse en una república; en la libre transmisión de la propiedad, sin que se pueda imponer a los bienes la condición de inenajenabilidad, y en las de las sucesiones, que reparte igualmente los bienes entre todos los herederos legítimos" (7).

Evidentemente, con las instituciones jurídicas hispanas, derogadas por el legislador nacional, enormes extensiones de tierra quedaban inmovilizadas en pocas manos. Era pues necesario promover la circulación de los bienes y la división de la tierra. Con la partición obligatoria, prescripta por el artículo 3452, el Código civil asumió un papel colonizador, cuya innegable trascendencia social Abel Chaneton (8) exalta en su hermosa biografía de Vélez Sársfield.

Así fue como no se limitó por breve tiempo la inmovilización ni se redujo a pequeñas extensiones de tierra, sino que se suprimió radicalmente la institución, con lo cual, como lo indica Juan Alvarez, con los inconvenientes desaparecieron las ventajas, iniciándose un ciclo de inestabilidad de la pequeña propiedad que ha causado múltiples perjuicios y que en no pocos casos constituyó la ruina de las familias (9).

En el régimen del Código civil, según el citado artículo 3452, cualquier acreedor o heredero forzoso se halla autorizado a pedir la partición para cobrar su deuda o recoger su cuota hereditaria, aunque fuere mediante la venta del úni-

(7) VÉLEZ SÁRSFIELD, en *Juicios críticos sobre el proyecto del C. Civil*, Bs. As., 1920, pág. 253.

(8) CHANETON, Abel, *Historia de Vélez Sársfield*, 1938, t. II, pág. 242, n.º 162 y sgtes.

(9) ALVAREZ, Juan, *Inmuebles Reservados*, en *Rev. de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas*, 1934, 3ª serie, pág. 5/31.

co bien adquirido por la familia tras no escasos sacrificios. Durante el período de indivisión, que Vélez considera como “una situación accidental y pasajera que la ley en manera alguna fomenta”, el artículo 3451 niega el poder de administrar los bienes al cónyuge supérstite, al hijo mayor, y aun a la mayoría de los herederos, desde que aquí no rigen las reglas del condominio. Sin embargo, el derecho de cada heredero de recibir inmediatamente su cuota no siempre compensa los daños derivados de la partición, porque en ciertos casos la familia queda desamparada. Esta certidumbre, como la necesidad de defensa colectiva de la familia da origen en las naciones de Europa y América a un movimiento doctrinario y legislativo que entre nosotros tiene sus primeras expresiones a partir de la segunda década de este siglo en las leyes: 9677, sobre casas baratas; 10.284 de amparo y donación a la familia argentina; 10.650, reformada por la ley 11.713, sobre hogar ferroviario; 9527 reformada por el decreto-ley 14.682/46, ratificado por la ley 12.921 de la Caja Nacional de Ahorro Postal; 11.110, modificada por la ley 12.581 de jubilación de periodistas; 14.135 sobre viviendas para el personal militar y civil del Ministerio de Ejército, que culminan con la sanción de la ley 14.394 cuyos antecedentes inmediatos se hallan en el anteproyecto de Bibiloni, en el proyecto de Juan Alvarez y en el proyecto de reforma de 1936 (10).

Bibiloni, en su anteproyecto, introduce sustanciales modificaciones al régimen de Vélez. Considera que los herederos dueños de los bienes hereditarios pueden administrarlos de la manera que mejor crean convenir a sus intereses. Por eso opina que declarar nula toda convención de aplazamiento de la división es establecer una prohibición injustificada. Y con su peculiar estilo polémico afirma que hoy nadie sostiene la regla del artículo 3452. “Es antisocial, antieconómica e inconstitucional. Es —agrega— antisocial porque desune la familia y

(10) BIBILONI, *Anteproyecto*, 1939, t. 3, pág. 428, y sgtes., arts. 3035, 3036, 3038, 3039; *Reforma del C. Civil*, 1936, págs. 14 y 15, arts. 124-131.

porque la unión de la indivisión protege a sus miembros, sobre todo a las hijas contra las maniobras de los esposos. Es antieconómica, porque destruye fuerzas productivas. Es anti-constitucional, porque impide la libertad de los contratos y la disposición de lo que pertenece a cada uno, según su entender" (11).

Y, en efecto, la reacción poco menos que universal contra el rigorismo extremo de la partición forzosa halla eco en nuestro país en la ley 14.394 sancionada por el Congreso de la Nación el 14 de diciembre de 1954, promulgada el 22 de diciembre de 1954. Aunque mantiene el principio de la partición forzosa, porque tampoco se justificaría mantener un condominio indefinidamente contra la voluntad de sus dueños, admite la prolongación temporaria del estado de indivisión por iniciativa del causante, acuerdo de todos los coherederos y solicitud del cónyuge supérstite.

a) Cuando la indivisión obedece a la voluntad del testador obliga aun a sus herederos y no puede imponerse por un lapso que exceda de diez años, pues cualquier otro término superior se entenderá reducido a éste. Pero tratándose de un determinado bien o de un establecimiento comercial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica, es posible extender la indivisión hasta que todos los herederos sean mayores de edad, aún cuando ese plazo supere los diez años (art. 51).

El Juez a pedido de parte interesada, puede autorizar la división total o parcial, si concurren causas graves o razones de manifiesta utilidad o interés legítimo de tercero.

La solicitud de la mayoría no es suficiente para resolver la división. Borda (12) opina que no obstante la voluntad del testador para imponer la comunidad, el acuerdo unánime de los herederos basta para decretarla, porque, en definitiva, se trata de intereses y derechos que pertenecen a los herederos, sin que sea posible oponerse a su voluntad unánime.

(11) BIBILONI, *Anteproyecto*, 1939, t. 3, pág. 429.

(12) BORDA, *Sucesiones*, t. 1, pág. 413, nº 552.

b) El acuerdo de los coherederos sobre la indivisión es válido sólo hasta un plazo no mayor de diez años, aunque es posible su indefinida renovación, al término del lapso establecido. Pero si hubiese incapaces el convenio no tendrá efecto hasta la homologación judicial. Desde luego, la indivisión no impide la partición temporaria del uso y goce entre los copartícipes.

Cualquiera de los herederos, siempre que mediaren causas justificadas, que se dejan libradas a la apreciación judicial, podrá pedir la división antes del vencimiento (art. 52).

c) El cónyuge supérstite, cuando existiere un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o de otra índole, que constituya una unidad económica y que aquél lo hubiere adquirido o formado en todo o en parte, podrá oponerse a la división del bien por un término de diez años.

A instancias de cualquiera de los herederos, el juez podrá autorizar el cese de la indivisión antes del término fijado, si concurriesen causas graves o de manifiesta utilidad económica que justificasen la decisión.

Durante la indivisión competirá la administración del establecimiento al cónyuge supérstite.

Lo dispuesto en este artículo 53, ley 14.394, se aplicará igualmente a la casa-habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos.

Sin duda es encomiable la solución del precepto legal inspirada en las reflexiones de Bibiloni, pues protege al creador de una empresa y lo pone a cubierto de una imprevista destrucción de sus negocios. Borda⁽¹³⁾ advierte que este derecho sólo ha de reconocerse al creador de la riqueza y no al cónyuge que nada contribuyó a ella, sobre todo si la ley atribuye al cónyuge supérstite la facultad de administrar el negocio, lo cual no se explicaría si se reconociese a quien ha sido siempre ajeno a su administración.

(13) BORDA, *Sucesiones*, t. I, pág. 417; GUASTAVÉNO, Elías P., *Indivisión impuesta por el cónyuge*, J.A., 1957 - III., pág. 30, sec. doct.

La misma ley 14.394, en el capítulo V, instituye el Bien de familia (arts. 34 y ss.). Desde su inscripción en el Registro Inmobiliario queda excluida su división y en tanto permanezca afectado al servicio familiar (art. 49).

IV. *Acción de partición.* En rigor, la partición funciona normalmente como una etapa del juicio sucesorio con la cual se pone término al mismo. Reconocida por las partes la calidad hereditaria, no es en verdad una acción, ni hay propiamente litigio a resolver. El juez interviene aquí en actos de jurisdicción voluntaria, a no ser que se suscite entre los interesados una contienda sobre los bienes a partir, la forma de llevar a cabo la operación particionaria o el modo de cumplirla. Toda esta materia está especialmente reglamentada en los Códigos procesales (14).

Competencia. El juez competente para entender en la partición es, por lo tanto, el mismo magistrado que entiende en el juicio sucesorio (arts. 3284 y 3285 C.C.). Se ha declarado que el fuero de atracción del juicio sucesorio surte efectos desde que se promueve la declaratoria y, por ende, las demandas, aun de trámite autónomo, sobre las que aquél se ejerce, deben promoverse ante el mismo juez en que se radica el trámite de la declaratoria (Juris, fallo n° 5567, 25.3.65). Pero el hecho de inscribir en el Registro General todos los bienes yacentes a nombre de los herederos declarados y de mantener por un tiempo tal estado de cosas, importa la disolución de la comunidad hereditaria y la constitución de un condominio convencional, que no obliga a acudir al juez de la sucesión (Juris, 12, 286; 13, 161; fallo n° 5556, 11.3.65). La Sala A de la C.N.Civil de la Capital Federal ha expresado que son las circunstancias de hecho las que determinan si, inscripta la declaratoria de herederos en el Re-

(14) ALSINA, *Der. Procesal*, 1963, t. 6, págs. 799/838; FERNÁNDEZ, R. L., *Código de Ptos. Civil Comentado*, 1942, pág. 550 y sgtes.; COLOMBO, Carlos J., 1964, *Código de Ptos. Civil y Comercial de la Capital*, págs. 1220/1225; CARLOS, Eduardo B. y ROSAS LICHTSCHEN, Miguel Angel, *Expl. de la Ref. Procesal C. y Co. Santafecina*, 1962, págs. 246/249.

gistro de la Propiedad, se ha constituido un verdadero condominio o se ha mantenido la indivisión hereditaria (La Ley, 94, 365; 96, 324).

Prescripción. La acción de partición de herencia, según el artículo 3460, es imprescriptible mientras de hecho continúe la indivisión. Como anota Fornieles (¹⁵): “La razón es que el motivo para dividir renace en cada momento en que continúa la comunidad”. Sin embargo, el mismo precepto repetido en el artículo 4020 admite la prescripción de veinte años cuando alguno de los herederos, obrando como único propietario, ha comenzado a poseer de manera exclusiva. Esto es resultado de la interversión de su título que permite usucapir al poseedor. Se trata así de un caso de prescripción adquisitiva y no liberatoria, como lo sostiene fundamentalmente Lafaille (¹⁶) en coincidencia con la mayoría de los autores nacionales.

V. *Personas que pueden pedir la partición.* Desde la muerte del causante mientras no haya una causa legal que prolongue el estado de comunidad, conforme al artículo 3452 del Código Civil, pueden pedir la partición de la herencia: los herederos, sus acreedores y todos los que tengan algún derecho declarado por las leyes.

Los herederos son los interesados en primer término en reclamar la partición, a los cuales hay que agregar sus sucesores y también sus cesionarios (art. 3459). Sin embargo, los herederos bajo condición suspensiva no pueden pedirla hasta que la condición se cumpla, pero pueden hacerlo los otros coherederos asegurando el derecho del heredero condicional, en cuyo caso la partición tendrá carácter provisional mientras no se conozca si ha faltado o no la condición (art. 3458).

(¹⁵) FORNIELES, *Sucesiones*, t. 1, pág. 298, nº 257; GUAGLIANONE, *La supuesta prescripción excepcional de la partición hereditaria*, J. A. 1955. IV. pág. 42, s. doct. Destaca la originalidad de la ley argentina y critica las doctrinas nacionales.

(¹⁶) LAFAILLE, *Sucesiones*, t. 1, pág. 302, nº 439; SEGOVIA, t. 2, pág. 485 y sigtes. notas 33 y 34; RÉBORA, *Sucesiones*, t. 1, pág. 372, nº 237; contra: ARIAS, *Sucesiones*, 1942, pág. 388.

A los legatarios de parte alícuota no mencionada en el texto legal, por su interés legítimo en obtener su cuota parte, debe reconocérseles derecho a pedir la partición. Los tribunales, en no escasas situaciones dentro del juicio sucesorio, les acuerdan un papel análogo al de los herederos (Borda, ob. cit., t. I, n^o 1395 y sgtes.).

Los acreedores incluidos en el artículo son los de cada heredero y no los del causante, porque a éstos por virtud del artículo 3485 no les interesa la partición. En cambio, aquéllos, siempre que acrediten la inacción o negligencia de los herederos, tienen a su alcance el derecho de pedirla en ejercicio de la acción oblicua del artículo 1196.

Los representantes legales de los incapaces están autorizados a pedirla o admitir la partición solicitada por otros, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 436, 475 y 3454. Si el tutor o curador son también coherederos, o se hallaren en conflicto de intereses con sus representados, cabe la designación de tutor especial. Igual proceder le incumbe al padre en casos análogos con el hijo bajo la patria potestad (arts. 397 inc. 5^o y 3455).

A los menores emancipados se les nombra un curador especial, según lo dispone el artículo 3456 del Código civil, cuyo precepto al decir de Borda (¹⁷), constituye una verdadera anomalía dentro del régimen del Código, ya que el menor emancipado puede estar personalmente en juicio en que se discuten sus asuntos patrimoniales, a cuyo efecto basta la autorización judicial y la necesaria intervención del defensor de menores.

Si hay coherederos ausentes con presunción de fallecimiento, la acción de partición corresponde a los parientes a quienes se ha dado posesión de los bienes del ausente (art. 3457, C.C.; ley 14.394, art. 20). Y si la ausencia fuese sólo presunta, no habiendo el ausente constituido su representante,

(¹⁷) BORDA, *Sucesiones*, t. I, pág. 428, n^o 575; *Reforma del Código Civil*, 1936, pág. 207.

el juez debe nombrar a la persona que lo represente, si no fuese posible citarlo (art. 3457).

VI. *Bienes sujetos a partición.* La partición debe incluir todos los bienes que integran la masa hereditaria. El artículo 3469 del Código Civil, con relación a los deberes del partidor, establece las reglas aplicables a cualquier especie de partición, al disponer que han de reunirse las cosas existentes, los créditos, tanto de extraños como de los mismos herederos a favor de la sucesión y lo que cada uno de éstos debe colacionar a la herencia.

En el juicio sucesorio la base indispensable para computar las cosas existentes está constituida por la operación de inventario que, por lo común, se realiza conjuntamente con el avalúo de los bienes, necesario para determinar el monto de las adjudicaciones.

Ambas operaciones previas a la partición se llevan a cabo por medio de peritos (abogados, escribanos, contadores o procuradores) que el juez designa a propuesta de los herederos, o de oficio en caso de no lograrse la coincidencia necesaria entre los interesados exigida por la ley procesal (C.P.C. de la Capital Federal, arts. 648, 654, 655 y 656; C.P.C. de Santa Fe, arts. 601, 602 y 603).

Si todos los herederos mayores están conformes, es suficiente una declaración jurada de bienes presentada por las partes o sus apoderados. El inventario judicial es imprescindible si concurren incapaces. Fornieles opina, que aún interviniendo menores, si están representados por sus padres y éstos no tienen interés en la herencia, está permitido el inventario privado (arts. 3315 y nota al art. 3514, C. C.; *Tratado de las Sucesiones*, 3ª ed., t. 1, pág. 311).

Quedan fuera de la división los bienes siguientes:

a) *Los sepulcros.* Su especial naturaleza y su particular destino ha decidido a los tribunales a declarar, en principio, su indivisión forzosa, excepto que haya acuerdo unánime de los herederos, considerando que estos bienes no han sido ad-

quiridos con ánimo de lucro, sino para darse a sí mismo y a sus hijos el sitio donde reposen sus restos. Por lo tanto, la tumba con los restos de la familia debe permanecer en condominio forzoso para perpetuar la tradición y el afecto a los antepasados (G.F., 20, 312).

Borda cita distintos casos en que se ha admitido la división a pesar de la oposición de algunos condóminos: 1) Si el sepulcro se halla desocupado (La Ley, 11, 1146; 40, 171; 2) Si es materialmente divisible, sin desvalorización económica apreciable (La Ley, 11, 1146). Asimismo recuerda que algunos fallos han denegado el derecho a la venta de la porción indivisa cuando se afectan los fines piadosos o los sentimientos de los demás condóminos (La Ley, 40, 171). Empero si fuese el único bien con que el heredero cuenta para pagar el impuesto a la herencia, y demás gastos del juicio sucesorio, cabe el derecho de enajenar dicha parte indivisa (J.A., 1957-I-237, y La Ley, 85, 565).

El proyecto de reformas de 1936 recoge, en cierto modo la doctrina jurisprudencial en el título IV de la sección I del libro V⁽¹⁶⁾. Según el artículo 1975 la sepultura del causante en la tumba familiar constituye una carga de la masa hereditaria. El sepulcro no podrá ser objeto de enajenaciones o de cesión por parte de los herederos, ni a título oneroso ni gratuito, salvo autorización judicial y con tal que se trasladen los restos que él contenía a otra tumba adecuada. Concordeamente, el artículo 1976 autoriza al dueño de un sepulcro a excluirlo de su acervo hereditario o determinar su inalienabilidad, aun cuando permita a sus herederos disponer de los sitios libres en él. Ese derecho se entenderá limitado al término de la concesión administrativa. Y, finalmente, el artículo 1978 dispone que el juez, de acuerdo con las circunstancias y la anuencia de todos los herederos, podrá autorizar el fraccionamiento de los terrenos ocupados por sepulcros. Estos no

⁽¹⁶⁾ *Reforma del Código Civil*, 1936, págs. 211 y 705 arts. 1974-1979.

serán embargables, salvo por el saldo de precio de venta o construcción.

b) *Títulos y cosas comunes a toda la herencia.* El artículo 3473, del Código civil, reproducción del último apartado del artículo 842 del Código francés, prescribe que los títulos honoríficos del difunto, su correspondencia, sus manuscritos y retratos de familia, deben quedar en poder del heredero o herederos que los interesados elijan, pero si no hubiere acuerdo entre ellos, el juez decide. Lo común es que los interesados se distribuyan privadamente estos recuerdos.

c) *Los subsidios acordados a la familia del causante por las cajas mutuales* no forman parte del acervo hereditario (J.A. 4-494).

VII. *Modos y formas de hacer la partición.* Siempre que ello sea posible debe hacerse en especie, conforme al mismo principio aplicable en materia de condominio. La venta sólo es un medio indirecto o subsidiario de partición. Sin duda una masa de bienes acepta ser dividida con mayor facilidad que las cosas particulares. La jurisprudencia ha reconocido a los herederos el derecho primordial a recoger su cuota en especie, tanto para mantener el espíritu de la familia y el aprecio a los bienes heredados, como para asegurar la igualdad material de los lotes (La Ley, 30, 9, etc.). La venta ha sido admitida como remedio excepcional cuando la división en especie es imposible, trae graves inconvenientes o incide en la desvalorización del bien (J.A., 3, 558; 15, 220; 18, 1110; 43, 621; 1947-IV-638; 1948-I-612). También se ha admitido la venta para pagar deudas, limitándose a lo necesario (J.A., 2, 41, etc.). Como lo señala Fornieles⁽¹⁹⁾ la masa indivisa en una herencia es el conjunto de los bienes y no cada cosa en particular. El que algunas cosas sean indivisibles no impide, por lo tanto, la división directa si admiten ser incluidas dentro de cualquiera de los lotes (J.A., 1948-I-612).

(19) FORNIELES, *Sucesiones*, t. 1, pág. 301, nº 251.

El artículo 3475 bis, inspirado en la jurisprudencia y en los proyectos nacionales de reforma, ha incorporado expresamente el principio de la división en especie, según el cual, "existiendo posibilidad de dividir y adjudicar los bienes en especie, no se podrá exigir por los coherederos la venta de ellos. La división de bienes no podrá hacerse cuando convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes, según lo dispuesto en el artículo 2326".

De este modo, el principio enunciado admite dos excepciones: toda vez que exista imposibilidad material o jurídica para efectuar esa división o que el uso y aprovechamiento de las partes resulte antieconómico. A las autoridades locales les corresponderá reglamentar en materia de inmuebles la superficie mínima de la unidad económica (1º bis).

Hay tres formas de realizar la partición: a) amigable o extrajudicial; b) judicial, que es obligatoria si son llamados a recoger la herencia menores, incapaces y ausentes o cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se oponen a la partición privada, y, además, siempre que los herederos mayores presentes no estén de acuerdo en hacer la división privada (arts. 3465, Cód. civil y 15, ley 14.394); c) mixta, que se hace privadamente y luego se lleva al juez para su aprobación (art. 3515, Código civil).

Además la partición puede ser provisoria o definitiva, ya se trate simplemente del uso o goce de los bienes o del dominio (arts. 121 y 3464, Cód. civil). Pero la división provisional no obstará a la demanda de la partición definitiva si así lo solicitare alguno de los herederos. También puede ser parcial o total.

Y, finalmente, puede ser hecha por los ascendientes en las formas admitidas por los artículos 3514 y siguientes, sea por testamento o donación. Esta materia está confusamente legis-

(1º bis) BORDA, *La Reforma de 1968 al Código Civil*, 1971, 565/569; LLAMBÍAS, *Estudio de la Reforma del Código Civil. Ley 17.711*, 1969, págs. 435; SPOTA, *Sobre las Reformas al Código Civil*, 1969, 108 y s.; etc.

lada en el Código y no ha tenido mayor difusión en el país (20). Empero, en algunos departamentos de la provincia de Santa Fe, poblados por colonos de origen italiano, se recurre al ejercicio de esta facultad para distribuir los bienes entre sus descendientes. Este acto, como lo recuerda el codificador en su nota al artículo 3514. se rige por los principios aplicables a la partición, inclusive la garantía de los lotes o las causas especiales de nulidad o rescisión fundadas en la omisión de algunos de los herederos o en la desigualdad de las partes atribuidas a cada heredero legítimo, si no hubiere mejoría.

La ley 17.711, siguiendo a Bibiloni y el proyecto de reforma de 1936 (arts. 3040 y 1936), apartóse del principio de la mayoría instituido en el artículo 3462, cuya disposición vigente dispone: "Si todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes".

Tratándose de herederos mayores de edad el requisito de la unanimidad para hacer la partición privada o extrajudicial, a pesar de la redacción oscura del modificado artículo 3462 del Código civil, resultaba inexcusable. La mención de la mayoría de los interesados a que se refería dicho artículo, debía entenderse con relación a la forma y al acto de llevarla a cabo, pero no al hecho mismo de la partición privada. Lo contrario hubiera implicado una contradicción con la norma del artículo 3465 inc. 3º.

Cuanto a la forma, de acuerdo con el artículo 1184 inc. 2º, reformado por la ley 17.711, debe ser efectuada en escritura

(20) GUASTAVINO, Elías P., *Partición-donación conjunta*, J. A., 1960-V-pág. 35 sec. doct., contiene un agudo análisis de la ley argentina y sus fuentes acerca de la validez de las particiones-donaciones conjuntas.

Véase MOLINAS, Alberto J., *De la división hecha por el padre o madre y demás ascendientes entre sus descendientes*, J.A., 1953-I-pág. 3, en ciertos aspectos discordante con el anterior, donde se estudia exhaustivamente la institución y se preconiza la supresión del Código de la partición por donación, dejándose exclusivamente la que se hace por testamento.

pública. Los tribunales han resuelto que la escritura puede reemplazarse por un escrito que firmen todos los herederos y lo presenten al juez de la sucesión (J.A., 18, 111; Cám. Civiles en pleno; J.A., 1944-I-545; La Ley, 84, 341; FORNIELES, *Trat. de las Sucesiones*, 3ª ed., t. I, pág. 303, nº 262; LAFAILLE, *Sucesiones*, 1932, t. I, pág. 309, nº 450; BORDA, *Sucesiones*, 1958, t. I, pág. 434).

Conforme ya se dijo anteriormente, todo lo relativo a las operaciones de inventario y avalúo, diligencias previas a la partición judicial, está regulado por los Códigos procesales. Si hay conformidad de partes, es suficiente que los interesados presenten un escrito con la mención de los bienes y deudas, pero lo frecuente es que esas operaciones se realicen por peritos que los herederos designan de común acuerdo, o por el juez en su defecto (art. 3466, Cód. civil). En algunas leyes procesales, como la de la provincia de Santa Fe, no habiendo unanimidad el juez designa al propuesto por la mayoría de interesados con derecho a no menos de la mitad de la herencia, incluidos los bienes gananciales (art. 601, Cód. Proc. civiles).

Licitación y retasa. El código civil arbitra dos medios distintos para resolver las impugnaciones sobre el avalúo de los bienes. Según el artículo 3466, el juez puede ordenar una retasa particular o general cuando alguno de los herederos demuestre que la tasación no se ajusta al valor de los bienes, para lo cual se requiere una tasación, que igualmente admite ser discutida. Por eso, la mayoría de los autores destacan sus inconvenientes, y se explica que se prescinda de una medida que además de complicada e ineficaz, aumenta considerablemente los gastos del juicio ⁽²¹⁾. En cambio suele utilizarse el derecho preferente que el artículo 3467 acuerda a los herederos con la licitación del bien cuyo avalúo se objeta ofreciéndose un mayor valor. Es un incidente de la partición e

(21) BORDA, *Sucesiones*, t. I, página 439 y sgtes.; LAFAILLE, t. I, pág. 315, nº 458; FORNIELES, t. I, pág. 312 y sgts. nros. 273-274; RÉBORA, *Sucesiones*, t. I, pág. 388, nº 248.

importa el ejercicio de un derecho propio de los herederos que no puede ser puesto en ejecución por extraños y que sólo está autorizado a promoverlo el coheredero que hubiere observado el avalúo durante el manifiesto, aunque la licitación es posible solicitarla mientras no esté aprobada la partición (La Ley, t. 33, 482, Sup. Trib. Sta. Fe, Sala 2ª).

Derogación del artículo 3467. Las dificultades suscitadas en la práctica de este instituto determinó que los reformadores de 1968 dispusiesen su supresión. Borda, su principal autor, con indudable fundamento, dice: "Los herederos pobres quedaban en evidente situación de inferioridad ante los herederos ricos, que podían quedarse con los mejores bienes". Y concluye: "Era una institución agonizante; y había que eliminarla como efectivamente lo hizo la ley 17.711 al derogar el artículo 3467" (21 bis).

VIII. *La partición judicial, funciones del perito y honorarios comunes.* En la Capital Federal el art. 754 del C. P. C. dispone que a los fines de la liquidación y división de la herencia, se designará un perito partidador, que debe ser abogado, según la forma dispuesta para el inventariador, o sea, de acuerdo al art. 723, se convoca a las partes a una audiencia y el nombramiento será efectuado por el juez a propuesta de la mayoría de los herederos presentes en dicha audiencia (22).

Se recepcionó la jurisprudencia que había resuelto dejar librada a la mayoría la designación del perito partidador, en con-

(21 bis) BORDA, *La Reforma de 1968 al Código Civil*, 1971, págs. 569 y s.; MORENO DUBOIS y TEJERINA, en *Examen y Crítica de la Reforma del Código Civil*, 4 Vol. II *Sucesiones*, 1973, págs. 177 y ss., reseñan los antecedentes legislativos de la norma redactada por Vélez Sársfield, la carencia de fuentes inmediatas y de nota explicativa del codificador, y también los diversos problemas interpretativos que dividieron a los autores y a la jurisprudencia sobre la naturaleza y extensión del instituto, y la oportunidad de ejercer el derecho de licitar, por todo lo cual celebran la supresión que ha puesto fin a las confusiones y polémicas motivadas en la aplicación de la norma derogada acerca de la cual dan un amplio e ilustrativo panorama.

(22) GOYENA COPELLO, *Curso de procedimiento sucesorio*, Bs. As., 1970, pág. 161.

sonancia con el art. 3468 del C. Civil (J. A. 10, 24; 70, 385; 1947-II-628 y 797; La Ley 56-565; 91, 684, etc.), y la solución del Proyecto de 1936 (arts. 1940 y 1941, inc. 1º).

La tendencia a conceder a las mayorías la facultad de hacer las designaciones es sana y corta muchos abusos y debe mantenerse por regla general, afirma el mismo Fornieles, sin perjuicio de considerar ciertas excepciones, que luego analiza, para resumir sus conclusiones así: "El nombramiento de escribano, inventariador, o de martillero, debe dejarse siempre al arbitrio de quienes representan la mayor parte del caudal hereditario. En cambio, la designación de tasador corresponde al juez, no habiendo uniformidad, porque es una diligencia fundamental y porque siendo equivocada o tendenciosa acarrea perjuicios graves. En cuanto al partidor, opino que la mayoría decide, porque se trata de una operación que debe necesariamente basarse en los valores asignados a los bienes" (23). A su vez, Borda observa que la jurisprudencia que ha reconocido el derecho de proponer partidor no tiene otro fundamento que el escrúpulo de los jueces, que prefieren evitar la designación de oficio de colaboradores cuyas funciones son retribuidas con importantes honorarios. Pero, a su juicio, este temperamento "importa una autolimitación de los jueces, que ningún texto legal impone, que no obedece a razones éticas o de equidad y que pone injustamente en manos de la mayoría importantes ventajas" (24).

Nuestro código civil, apartándose de otros, como el francés en su artículo 832, no ha fijado normas estrictas al partidor para que cumpla su cometido. Es, como lo proclaman nuestros civilistas, un procedimiento más recomendable por que permite mayor elasticidad y evita las críticas provocadas

(23) FORNIELES, t. 1, pág. 333, nº 294; LAFAILLE, t. 1, pág. 317, nº 462; RÉBORA, t. 1, pág. 391, nº 250.

(24) BORDA, t. 1, pág. 444, nº 601.

por ese sistema riguroso en extremo. También es el seguido por la mayoría de los Códigos vigentes ⁽²⁵⁾.

El partidor debe formar la masa de los bienes hereditarios ajustándose a los artículos 3469 y concordantes del código civil. En primer lugar corresponde describir el activo o cuerpo general de los bienes con los dejados a la muerte del causante, y añadiendo lo que tuvieren que colacionar los herederos que concurren a la herencia; luego ha de establecerse el pasivo con las deudas y cargas de la sucesión para determinar así el saldo líquido entre los herederos con arreglo al derecho de cada uno, de lo que dejará constancia en la relación de antecedentes que se hace al comienzo de la cuenta particionaria y que se conoce con el nombre de prenotados. Las hijuelas han de contener con precisión la suma que le pertenece a cada heredero y los bienes que se le adjudiquen. Le incumbe al partidor apartar los bienes suficientes para pagar las deudas y cargas de la sucesión (art. 3474).

Deudas son las contraídas en vida por el causante, y cargas, según lo advierte Vélez Sársfield en la nota al artículo citado, las obligaciones que han nacido después de la muerte del autor de la herencia, tales como los gastos funerarios y los relativos a la conservación, liquidación y división de los derechos respectivos, inventarios, tasación, etc.

La cuenta particionaria se presenta al juez de la sucesión, quien la pone de manifiesto, cuyo plazo varía en las distintas leyes procesales de cinco a quince días, para que los interesados la examinen. También dentro del mismo término los herederos han de plantear sus reclamos sobre la inclusión o exclusión de bienes del acervo hereditario. Transcurrido el plazo sin que se haya deducido oposición, el

⁽²⁵⁾ LAFAILLE, *Sucesiones*, t. 1, pág. 322, N^o 468; FORNIELES, t. 1, pág. 322, n^o 281; BORDA, t. 1, pág. 449, n^o 615; BIBILONI, *Anteproyecto*, ed. 1940, t. 3, pág. 435, arts. 3044 y sgtes.; *Reforma del Código Civil*, 1936, págs. 207 y 696, art. 1941; *Anteproyecto 1954*, arts. 843 y sgtes.

juiz aprueba la partición sin lugar a recurso alguno. Es esta homologación la que le concede eficacia jurídica y la que realmente, según Lafaille, le da el nombre de judicial, puesto que es el órgano jurisdiccional el que preside los actos procesales al aceptar o nombrar el perito, fiscalizar su obra y, finalmente, reconocer o negar su validez.

En cuanto a la naturaleza de las funciones del partidor, hay quienes lo consideran un mandatario de los coherederos, mientras otros le atribuyen el papel de árbitro. Sin embargo, es indudable que su actividad no se identifica con ninguna de esas figuras según lo señala la doctrina más prestigiosa. El partidor no es representante de los herederos, sino que obra con criterio propio, aunque su proyecto de división está sometido a las impugnaciones de los mismos interesados y, en definitiva, a la aprobación del órgano jurisdiccional. En rigor, es un delegado del juez (Borda, t. I, pág. 442, n° 600; Fornieles, t. I, pág. 315, n° 315; Lafaille, t. I, pág. 318, n° 463; J.A., 1948-I-206).

Entre las cargas comunes de la herencia está el honorario del partidor, como así también el de los peritos inventariadores y tasadores, quienes tienen derecho a cobrarlo de la masa y ejercer la medida cautelar dispuesta en el artículo 3475 del Código civil, según la cual pueden exigir que no se entreguen a los herederos sus porciones hereditarias, ni a los legatarios sus legados, hasta no quedar ellos pagados de sus créditos.

Los honorarios comunes son, pues, todos los que han beneficiado a la masa y son debidos por todos los herederos. Y esto, aunque los trabajos se hubieren realizado por un curial sin representación de todos los herederos, lo cual ha dado lugar a abusos que Fornieles ha criticado fundadamente ⁽²⁶⁾. Aunque se reconozca que la construcción jurisprudencial adolece de contradicciones, el criterio de declarar ciertas gestiones dentro del juicio sucesorio a cargo de la masa de herederos ha

(26) FORNIELES, t. I, pág. 318, n° 279.

terminado por imponerse, aun cuando hayan sido efectuadas por un profesional sin representación de todos los herederos. Así la iniciación del juicio, la publicación de edictos, el pedido de nombramiento de administrador, etc., para lo cual se invoca el privilegio del artículo 3879 del Código civil. En realidad, está en manos de los propios jueces contener las extralimitaciones.

IX. *Reforma y nulidad de la partición.* Respecto a la reforma o nulidad de la partición el Código contempla la posibilidad de esas demandas en el artículo 3284, inciso 2º que prevé la competencia del juez de la sucesión para entender en éstas. No contiene ningún otro precepto sobre el particular (27).

En rigor, la partición, como acto jurídico, admite ser anulada por los defectos y vicios que especifican los artículos 1037 y siguientes del Código civil, ya sea por violación de las formas, incapacidad de las partes o exclusión de herederos.

Cuanto a los vicios del consentimiento, no ha seguido aquí al Código francés, cuyo artículo 887 introduce una excepción al Derecho común, al computar únicamente la violencia y el dolo y dejar de lado el error. Según Colin y Capitant esta omisión es intencionada por haber considerado el legislador que en materia de partición no cabe admitir el error como causa de nulidad específica. Si versa sobre el valor de los bienes adjudicados se confunde con la lesión y da lugar a la rescisión, y si se hubiere dejado de incluir algún bien en la masa hereditaria habría que realizar una partición complementaria.

La reforma funciona con frecuencia como sucedáneo de la nulidad.

La acción de nulidad prescribe a los dos años de aprobada (art. 4030, Código civil).

(27) GUAGLIANONE, Aquiles H., *Nulidad de la partición hereditaria*, J. A., 1956-III pág. 129.

El Código civil no dispone de normas como la del artículo 882 del Código francés, que autoriza a los acreedores a intervenir preventivamente en la división de la herencia para evitar que se consume una partición en fraude de sus derechos.

Los terceros perjudicados por una partición tienen a su alcance la acción pauliana que legislan los artículos 962 y siguientes para enervar sus efectos. En tal caso consideramos que a los titulares de la acción les bastará acreditar el perjuicio por tratarse de un acto que no es oneroso.

En las acciones de nulidad, como en la revocatoria o pauliana, han de intervenir todos los copartícipes.

X. *Efectos de la partición.* Del carácter declarativo de la partición se desprende que cada heredero ha recibido los bienes inmediata y directamente del causante desde el momento de su muerte y que nunca han tenido derecho alguno sobre los adjudicados a los otros coherederos (art. 3503).

El sistema del código está inspirado en el artículo 883 del código francés y en realidad es el que predomina en la legislación comparada, opuesto al derecho germánico que resuelve el problema de forma más simple al disponer que los bienes indivisos no pertenecen a cada uno de los herederos, sino a la comunidad, y con la partición cada heredero recibe su parte⁽²⁶⁾. Biliboni y el Proyecto de Reformas de 1936 se decidían por la solución del código alemán de 1900 (arts. 3018 y 3098, Anteproyecto Biliboni; art. 1971, Proyecto de 1936; el Anteproyecto de 1954 sigue el sistema del Código Civil, art. 849).

Los arts. 3505 a 3513, con el fin de mantener la igualdad entre los coherederos, que es de la esencia de la partición, obligan a los herederos a responder por la garantía de evicción y de los vicios redhibitorios de las cosas recibidas en sus lo-

(26) BORDA, t. I, págs. 453 y ss.; DE GÁSPERI, *Trat. Der. Hereditario*, 1953, t. II, ps. 167/169; LAFAILLE, t. I, ps. 328 y ss.; RÉBORA, t. I, ps. 400 y ss.

tes respectivos. Pero, como bien se ha advertido, esta efectiva responsabilidad no es propia del carácter declarativo que la ley asigna al acto jurídico de la partición, porque si los bienes se han transmitido directamente del causante, no se explica que los coherederos queden obligados por la evicción o los defectos ocultos de los objetos heredados. En realidad, aquí juega el principio básico de igualdad que se impone como objetivo de justicia, aunque se observe la contradicción del régimen doctrinario escogido por el codificador.

Para que la garantía se haga efectiva es menester que la causa de la evicción sea anterior a la partición y no imputable a culpa del heredero y la partición no contenga cláusula de exoneración de garantía (arts. 3505, 3506 y 3507). La responsabilidad es debida por el valor que los bienes tenían al tiempo de la evicción. En épocas de irrefrenable inflación como la que actualmente se padece, los tribunales de la república teniendo en cuenta la depreciación del signo monetario han dispuesto equitativas correcciones para evitar tremendas injusticias al damnificado por la pérdida realmente sufrida.

La obligación recíproca de los herederos por la evicción, es en proporción de su haber hereditario, comprendida la parte del que ha sufrido la evicción; pero si alguno de ellos resultare insolvente, la pérdida sería igualmente repartida entre el garantizado y los otros coherederos (art. 3508). Respecto de los créditos adjudicados los coherederos no sólo están obligados a garantizarse de la existencia, sino también la solvencia de los deudores a la fecha de la partición (art. 3509).

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

Los herederos también se deben garantía de los defectos ocultos de los objetos que les han correspondido, siempre que disminuyan éstos una cuarta parte del precio de la tasación (art. 3510).

Lafaille ⁽²⁹⁾ observa atinadamente: “La solución del código no se concilia con el sistema adoptado respecto de las cosas particulares ni tampoco se explica ante la supresión de la lesión. Por lo demás, si hubiera que restablecerla, ello no produciría un deber de garantía, sino la rescisión de la cuenta particionaria. El único fundamento que podría aducirse sería el de evitar pleitos por cuestiones relativamente insignificantes, lo que en cierto modo encuadra en la regla del art. 2164, pero se ha observado que entonces no se llenaría el concepto de la igualdad”.

El plazo de prescripción de esta acción es de tres meses (art. 4041).

Finalmente, compartimos el criterio expuesto por Borda ⁽³⁰⁾ sobre la procedencia de la acción de nulidad toda vez que se acredite una marcada y grave desigualdad en la adjudicación de los lotes por causa de lesión. El artículo 954 vigente no deja duda sobre la pertinencia de esta acción para invalidar extremas y desleales ventajas patrimoniales y hacer imperar los altos fines de la justicia en las relaciones civiles.

⁽²⁹⁾ LAFAILLE, t. 1, p. 332; SEGOVIA, *El C. Civil, etc.*, 1881, t. 2; pág. 519, nota 157.

⁽³⁰⁾ BORDA, *Sucesiones*, t. I, p. 463, n° 638; *Parte General* 1959, t. 11, pág. 105, n° 867; *La Reforma del C. Civil de 1968*, págs. 141 y ss.