

COMISIÓN N° 9: SUCESIONES - “PARTICIÓN Y COLACIÓN”

Autor: Jorge A.M. Mazzinghi ¹

RESUMEN: La partición realizada por el ascendiente que, al tiempo del fallecimiento, está casado o forma parte de una unión convivencial, puede haber incluido o incluir el inmueble sede del hogar respecto del cual el cónyuge o conviviente tiene derecho real de habitación. En este caso, el derecho real de habitación no se ve alterado por la partición realizada por el ascendiente. Sin embargo, si alguno de los herederos incluido en la partición considerara que el derecho real de habitación afecta su porción legítima, puede promover las acciones tendientes a resguardarla obteniendo el complemento necesario. Asimismo, si el causante le atribuyó la titularidad del bien asiento del hogar al cónyuge supérstite, éste no puede cuestionarla invocando el derecho real de habitación y aspirando a la atribución de otros bienes, pues tal actitud constituiría un abuso.

1. Introducción

El derecho que tienen los padres de distribuir los bienes de la herencia entre sus hijos tiene antecedentes en el derecho romano, está regulado en el Código de Napoleón (²), en el Código Civil de Vélez Sarsfield, y en otros ordenamientos jurídicos.

La partición por los ascendientes es una institución con una larga tradición.

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

El Código Civil y Comercial que comenzó a regir en el mes de agosto de 2015 regula en el capítulo 7 del título VIII del Libro Quinto la partición por los ascendientes, previendo las dos alternativas, la partición mediante la donación de los bienes a los hijos, o la inclusión de la partición en el testamento.

El nuevo régimen, -sustancialmente semejante al del Código Civil, tomado, a su vez, del Código de Napoleón-, introduce algunas novedades y plantea ciertas dudas de interpretación y de conciliación con otras figuras del Código Civil y Comercial que procuraré analizar y despejar en el presente trabajo.

¹Profesor Titular Ordinario de derecho de Familia y de Derecho de las Sucesiones, Universidad Católica Argentina

² El Código Civil Francés dedica el capítulo VII del título II del libro tercero a la partición realizada por los ascendientes. En España y en Italia la figura no tiene un tratamiento específico, aunque el art. 1056 del Código Civil español contempla la posibilidad de que “el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes” y establece que no podrá “perjudicar la legítima de los herederos forzosos”, y el art. 734 del Código Civil Italiano dispone: “Iltestatorepuòdividere i suoibenitraglieredicomprendendonelladivisione anche la parte non disponibile”.

2. La voluntad ilustrada de los padres como fundamento de la institución

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

En la nota al artículo 3514 del Código Civil, Vélez Sarsfield se refiere al poder de los padres “como medio de prevenir las diferencias a que podría dar lugar la partición, después de la muerte de ellos” y, un poco más adelante, la misma nota alude a la “voluntad ilustrada” de los padres.

El derecho de los padres a realizar la partición es particularmente amplio pues abarca todos los bienes, -incluso los que integran la porción legítima de los herederos forzosos-⁽³⁾, y puede ejercerse aunque los hijos sean mayores de edad.

Si la partición por el ascendiente se realiza a través de un testamento, se impone a la voluntad de los hijos, pues establece una distribución y una atribución de los bienes de la herencia que los descendientes no pueden contradecir.

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

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

Desde mi punto de vista, el mantenimiento del instituto es un acierto del nuevo Código Civil y Comercial, pero hay que reconocer que la figura no se compadece ni se conjuga demasiado bien con la supresión de la desheredación como posibilidad en cabeza del causante⁽⁴⁾, ni con el retroceso de la autoridad paterna o materna en lo atinente al vínculo y a la relación con sus hijos menores de edad.⁽⁵⁾

³ En la nota al art. 3514 del Código Civil, Vélez Sarsfield distingue, con su habitual agudeza, entre el derecho de los padres a “disponer de sus bienes y repartirlos entre sus legatarios”, y el derecho, más específico y trascendente, de “reglar la suerte de las legítimas de sus hijos”.

⁴ La doctrina ha criticado con toda razón la desaparición de la desheredación: “A nuestro entender, si se mantiene la regulación de las legítimas, también debería haberse mantenido la desheredación, pues ésta es la única herramienta para sancionar al heredero forzoso que ofendió gravemente al causante por parte del causante mismo, ya que al eliminar dicho instituto, al causante agraviado sólo le quedará la esperanza de contar con la buena voluntad de un coheredero que decida plantear una acción de indignidad”. (Rivera, Julio César y Medina, Graciela, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo VI, pág. 23, La Ley, 1ª edición) La crítica es razonable pues el art. 2283 del Código Civil y Comercial le reconoce la acción de indignidad a “quien pretende los derechos atribuidos al indigno”. Si el heredero que ha ofendido al causante es único hijo, por ejemplo, y el causante no ha instituido herederos testamentarios, sólo podría desplazarlo el Fisco, lo que es muy discutible e impensable en la práctica.

⁵ Es curioso que el Código Civil y Comercial continúe valorando la autoridad de los padres al tiempo de realizar la partición entre sus descendientes mayores o menores y que, en cambio, reduzca el peso específico de la

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

3. La partición realizada por el ascendiente y el derecho real de habitación del cónyuge o conviviente supérstite

En el presente, analizaré someramente los conflictos que podrían generarse entre la aplicación de la partición y el derecho real de habitación que el nuevo Código Civil y Comercial contempla en sus arts. 2383 y 527.

La primera de estas normas, establece el derecho real de habitación con notoria amplitud: “El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante”.

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

Las situaciones que pueden presentarse a raíz de la coexistencia del derecho real de habitación con la partición realizada por el ascendiente son de lo más variadas:

- a) En primer lugar, podría ocurrir que la partición realizada por el ascendiente incluyera el bien inmueble que, al producirse el fallecimiento del partidor, fuera el asiento del hogar conyugal o la sede de la convivencia.

Este inmueble podría haberse atribuido a alguno de los hijos del ascendiente partidor.

La partición podría ser testamentaria o, -más complicado-, por donación, y el matrimonio o la convivencia del causante podrían ser de fecha anterior o posterior a la partición.

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

El derecho de habitación es de naturaleza claramente asistencial, y, aún en el supuesto de que el casamiento se hubiera concertado o la convivencia se hubiera iniciado luego de la partición, el cónyuge o el conviviente supérstite no tendrían que resultar

autoridad de los padres en lo atinente al ejercicio de la responsabilidad parental sobre los hijos menores. Sobre este último aspecto, pueden consultarse los capítulos I, III y XII de “Responsabilidad parental y alimentos en favor de los hijos” que escribí en conjunto con Esteban M. Mazzinghi y que publicó este año la editorial El Derecho.

despojados de un derecho que la ley les confiere con el propósito evidente de resguardar su vivienda.

Si el ascendiente hubiera realizado la partición en vida, donando sus bienes -el inmueble sede del hogar conyugal o de la convivencia, entre ellos- a sus descendientes, la cuestión es algo más compleja, pues el art. 2383 y el art. 527 del Código Civil y Comercial aluden al inmueble de propiedad del causante. ⁽⁶⁾

En el singular supuesto que estamos analizando, el inmueble habría sido donado a los descendientes, pero la donación habría tenido lugar en el marco de una partición de los bienes que conformarían la herencia, y no es del todo razonable que esta disposición anticipada deje sin efecto o arrase con un derecho que la ley le reconoce al cónyuge o al conviviente supérstite con el fin de protegerlos ⁽⁷⁾.

- b) A raíz del predominio del derecho real de habitación sobre las estipulaciones de la partición practicada por el ascendiente, el adjudicatario de la propiedad del inmueble podría aducir que su porción legítima se ve afectada.

El planteo podría ser serio, pues no es lo mismo recibir un bien de libre disponibilidad que uno sujeto a la restricción, -prolongada quizás-, de un derecho real de habitación en favor del cónyuge supérstite.

Si se tratara del derecho real del conviviente, la situación sería mucho menos grave, pues el derecho no podría extenderse por más de dos años, y es poco probable que una limitación de estas características pudiera afectar la integridad de la porción legítima.

El derecho a ocupar el inmueble por toda la vida del cónyuge supérstite, y en forma gratuita, constituye sí una restricción significativa.

En función de lo establecido por los arts. 2412 y 2417 del Código Civil y Comercial, el descendiente afectado podrá siempre reclamar la integridad de su porción legítima, avanzando sobre otros bienes del causante no incluidos en la partición, o planteando una acción de complemento o de reducción para enmendar la partición que lo

⁶ En el caso, el inmueble en el que se hallaba asentado el hogar conyugal había sido en algún tiempo propiedad del causante. En una determinada circunstancia, el titular del bien había querido anticipar su herencia, donándoles el inmueble a sus descendientes. La donación podría haberse formalizado antes o después de la celebración del matrimonio. Si la donación fue anterior, no parece justo que el cónyuge supérstite se vea privado por esta decisión de anticipar la herencia del derecho real de habitación que la ley establece en su favor. Si, en cambio, la donación fue posterior al matrimonio, debió contar en todos los casos con el asentimiento del cónyuge (conf. art. 456 del Código Civil y Comercial). La conformidad del cónyuge con la donación del inmueble sede del hogar conyugal, bien podría interpretarse como una renuncia o como una suerte de abandono o desistimiento del derecho real.

⁷ En sentido contrario, protegiendo al coheredero condómino, se resolvió lo siguiente: "La concurrencia a la sucesión en el doble carácter de coheredero y condómino, adquirido este último con anterioridad a la muerte del causante, impide la procedencia del derecho previsto en el art. 3573 bis del Código Civil a favor del cónyuge supérstite". (C.Apel.Civ. y Com. Rosario, Sala IV, 8 de julio de 1991, "Lugano, Enzo R. c/Pacilio, José", J.A. 1994-II, síntesis). El fallo es anterior a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, en donde el derecho real de habitación se reconoce con mayor amplitud que en el Código Civil.

perjudica (⁸)

- c) Por último, y en el marco de estas relaciones eventualmente conflictivas entre la partición por el ascendiente y el derecho real de habitación, podría también ocurrir que el autor de la partición, al atribuir sus bienes propios entre sus hijos y su cónyuge supérstite, le asignara a este último la propiedad del inmueble que fuera el asiento del hogar conyugal al tiempo de la muerte.

El cónyuge podría pretender que la adjudicación del inmueble en la partición importa la negación en los hechos del derecho real de habitación, y la frustración de la expectativa de recibir otros bienes del causante en propiedad, al margen del derecho a usar gratuitamente y de por vida el inmueble sede del hogar conyugal.

Este hipotético planteo del cónyuge lesionado por la atribución del inmueble sede del hogar conyugal, teóricamente fundado en que el reconocimiento de la propiedad sobre el inmueble engloba y, de algún modo, frustra el derecho real de habitación como figura autónoma y de fuente legal, no me parece que tenga sustento.

Si el cónyuge supérstite recibe en la partición el inmueble sede del hogar conyugal en propiedad, no puede quejarse por el hecho de que la atribución del bien esteriliza y bloquea la vigencia del derecho real de habitación reconocido por la ley.

Un planteo de estas características sería abusivo. (⁹)

Porque es cierto que el cónyuge tiene asegurado, por fuerza de la ley, el derecho real de habitación sobre el inmueble sede del hogar conyugal, y, en otras circunstancias, podría acceder a la propiedad de otros bienes de la herencia.

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

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

⁸El Código Civil contemplaba dos acciones para atacar la partición que afectaba las porciones legítimas de los herederos, la de rescisión, -en el art. 3536-, y la de reducción de la hijuela excesiva, -en el art. 3537-. El Código Civil y Comercial supera esta duplicidad de acciones y sólo alude a la acción de reducción.

⁹ Conf. Rivera, Julio César y Medina, Graciela; Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo VI, pág. 260, La Ley, 1ª edición.

la eventual queja