



34JNA

Jornada Notarial Argentina
Ciudad de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires

JORNADA NOTARIAL ARGENTINA
Mar del Plata 4 y 5 de mayo de 2023

TEMA III. PARTICION.

Coordinadoras Nacionales:

Coordinadora: Esc. Silvia IMPELLIZZERI

Subcoordinadora: Not. Karen WEISS

Autor: Julio César Capparelli.

PONENCIA.

La Partición por ascendiente constituye una excepción a la prohibición de contratar del art. 1002 inc. d. del CCCN.

Con respecto a las personas que pueden efectuarla ha sido contemplado expresamente en el art. 2411 del CCCN, cuyo texto establece lo siguiente:

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

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

El artículo citado considera dos situaciones diferentes.

En primer lugar utiliza el singular. La persona que tiene descendientes puede hacer la partición por donación o por testamento. Allí no se plantea problema alguno.

La dificultad surge si la persona es casada, con respecto a los bienes propios y en el caso de los gananciales.

Caso de los bienes propios.

La norma establece que *“si es casada, la partición de los bienes propios debe incluir al cónyuge que conserva la vocación hereditaria.”*

En primer lugar cabe señalar que si bien la norma fue escrita en el Proyecto teniendo en mira la libertad de contratación entre cónyuges, la limitación del artículo 1002, inc.d. del CCCN no la derogó, por lo cual podemos concluir que se trata de un contrato permitido.

Si bien la partición por ascendiente puede realizarse por donación o por testamento, en el caso del testamento que es un acto unilateral no hay problema de interpretación.

En el caso de partición-donación, otorgado por el ascendiente como donante y los descendientes como donatarios, surge la dificultad de armonizar la limitación del art. 1002 inc.d con la mención expresa del art. 2411 acerca de que el acto *“debe incluir al cónyuge que conserva la vocación hereditaria.”*

El código de Vélez tenía dos disposiciones: el art. 3526 establecía que *“la partición por el ascendiente entre sus descendientes, no puede tener lugar cuando existe o continúa de hecho la sociedad conyugal con el cónyuge vivo o sus herederos”*, con lo cual excluía el supuesto mientras subsistiera la comunidad de ganancias; y el art. 3527 según el cual si no existían bienes gananciales la partición debía ser testamentaria, porque en ese caso podía incluir no sólo a los hijos y a sus descendientes, sino también al cónyuge que lo sobreviviera.

Con respecto a la partición-donación podía tener por objeto los bienes propios, pero el problema residía en que no podía incluir en ese acto al otro cónyuge por la prohibición de donación entre cónyuges.

Por lo tanto el campo de aplicación resultaba restringido al caso de ascendiente con descendientes si no hubiera habido cónyuge.

Con respecto a la partición-donación de gananciales, si eran de titularidad conjunta podían disponerlos a título gratuito a favor de los descendientes. Si era de titularidad de uno requería el asentimiento del otro cónyuge. Esto planteaba la duda acerca de si quien asentía no estaba renunciando a su derecho en expectativa, lo que resultaba prohibido por el art. 1218 del código anterior.

Además la doctrina discrepaba acerca de la naturaleza de la donación. Unos sostenían que sólo podían ser entendidas como donaciones singulares, como un adelanto de la legítima. Otros aceptaron esta donación conjunta de gananciales reconociéndole la naturaleza de partición.ⁱ

El art 2411 CCCN expresamente distingue entre la donación-partición de bienes propios y la de los bienes gananciales.

Respecto de los bienes propios establece que “*debe incluir al cónyuge que conserva su vocación hereditaria.*” Obviamente se está refiriendo tanto a la partición por donación cuanto a la testamentaria.ⁱⁱ

En el caso de la partición por donación, al quedar incluido el cónyuge constituye una excepción a lo establecido en el art. 1002 inc.d del CCCN en el caso de disponer de bienes propios del donatario.

La norma no hace distinción alguna lo que constituye un primer principio hermenéutico. Establece expresamente que está permitido y requiere para su validez que se incluya al otro cónyuge ya que conserva su vocación hereditaria.

La inclusión del cónyuge cuando la partición-donación se refiere a bienes propios del donante nos hace pensar que el otro cónyuge podría resultar donatario junto con los demás descendientes. Es verdad que el instituto se refiere a la partición por ascendientes con sus descendientes, pero la ley argentina que reconoce el derecho a heredar al supérstite en los bienes propios da lugar a esa anomalía.

Si no se admitiera esta interpretación por ser contraria a la naturaleza de la partición por ascendiente, la norma del art. 2411 en su segundo párrafo quedaría vacía de contenido. Por otra parte no cabe duda que en la partición por testamento se debe incluir al cónyuge.

Podrá decirse que la prohibición del art. 1002 inc.d para los cónyuges con régimen de comunidad prohíbe la celebración de contratos entre sí, pero no puede negarse que en el mismo Código se establecen expresas excepciones.

En todo caso siempre sería posible acudir a lo dispuesto en el art. 449, poner fin al régimen de comunidad, pasar al de separación, recuperar la libertad de contratación y efectuar donaciones singulares si fuera el caso o celebrar una partición-donación por ascendiente, incluyendo al cónyuge del donante.

Caso de los bienes gananciales.

Respecto de los gananciales dice que *“sólo puede ser efectuada por donación, mediante acto conjunto de los cónyuges”*. Se consagra legislativamente la posición mayoritaria que aceptaba esta donación con la naturaleza de partición.

Hay dos supuestos posibles. Que los bienes sean de titularidad de ambos cónyuges en cuyo caso la interpretación literal de la norma lo permite, o que los bienes sean de titularidad de uno de los ascendientes.

Si el acto fuera celebrado por ambos cónyuges, lo que en el régimen de comunidad es exigible por el art. 470, no habría obstáculo alguno. Si pueden realizarse donaciones singulares de un bien ganancial de titularidad de uno de los cónyuges con el asentimiento del otro no hay razón para excluir a la donación-partición, como ya lo admitía una mayoría doctrinaria.

La norma exige un acto conjunto de los cónyuges pero no exige que deban disponer ambos conjuntamente. Tampoco puede alegarse que el cónyuge no titular está renunciando a una herencia futura, prohibida por el art. 1010 y 2286 porque los cónyuges no se heredan en los gananciales.

Tratamiento en reuniones académicas.

Esta interpretación que proponemos forma parte de las conclusiones de la 44 Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en el mes de agosto del 2022 y fue votada por la afirmativa con sólo dos abstenciones en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil que tuvieron lugar en Mendoza, septiembre 2022.

ⁱ Cf. Nuestro comentario al art. 2411 y ss. del CCCN en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado.

Dir. Julio César Rivera-Graciela Medina. Coor. Mariano Esper, T.VI, p.304ss. ed. La Ley, Buenos Aires 2014

ⁱⁱ FERRER, Francisco A.M. comentario al art. 2411 en Código Civil y Comercial Comentado. Dir. Jorge H. Alterini 2ª. ed. La Ley, Tomo XI