

# 34 JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

## TEMA 3: PARTICIÓN

Coordinadora:  
**Esc. Silvia IMPELLIZZERI**

Subcoordinadora:  
**Not. Karen WEISS**

Partición por los ascendientes. Bienes propios y  
gananciales

Autora: Esc. Lidia D. LASAGNA

Dirección de Email: [lidialasagna@hotmail.com](mailto:lidialasagna@hotmail.com)

## PONENCIA

1. Los principios generales que rigen la administración y disposición de los bienes de los cónyuges y los límites a la capacidad de contratación que les atribuye la ley, no son suficientes para determinar el alcance de la partición de los bienes propios prevista en el art. 2411 del CCCN. Siendo que no se vulneran derechos familiares, ni de los cónyuges y tampoco de terceros, el ascendiente puede partir sus bienes propios por donación o testamento incluyendo a su cónyuge cualquiera sea el régimen matrimonial patrimonial adoptado, constituyendo la donación entre cónyuges con efecto partitivo una excepción a lo establecido en el art. 1002 inc. d del CCCN.
2. Cuando la titularidad de los bienes gananciales sea conjunta, ambos cónyuges procederán a partir por donación entre sus descendientes o prestará uno de ellos el asentimiento conyugal cuando lo que se done sea la parte indivisa de titularidad del otro cónyuge. En el caso en que la titularidad recayera en uno solo de ellos, podrá partir por donación siempre que el cónyuge no titular preste el asentimiento conyugal. Conforme a lo expresado, debe entenderse por acto conjunto el efectuado por ambos cónyuges, actuando cada uno en el carácter que le corresponda, consintiendo o asintiendo en el acto dispositivo partitivo de los bienes gananciales.
3. Debe considerarse válida la cláusula testamentaria que incluya una partición de bienes gananciales, si a la muerte del testador éste ya era titular por haberlo adquirido en vida por extinción de la comunidad de gananciales, o si el cónyuge supérstite, como consecuencia de la partición poscomunitaria, confirma la partición realizada por el testador, por ejemplo, mediante la cesión de sus gananciales.

## I. Introducción

Además de la comunidad que se produce ante el fallecimiento de una persona, existen también otras comunidades como la comunidad de gananciales o la comunidad indivisa de los bienes de una sociedad disuelta en la que su patrimonio no ha sido liquidado.

En esta última comunidad, tal como lo expresa Ventura<sup>1</sup>, “la liquidación tiene sus reglas particulares en cuanto a la legitimación por parte de la sociedad “en liquidación”, según lo sentado en el art. 101 de la ley 19550; [...]. La sociedad mantiene intacta su personería a los fines liquidatorios”.

Respecto de la comunidad de gananciales, el art. 481 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) nos remite a las reglas de la indivisión hereditaria, disponiendo el art. 2363 que ese estado de indivisión solo cesa mediante la partición. Se ha definido a la partición hereditaria como el acto mediante el cual los herederos materializan la porción ideal que en la herencia les tocaba, transformando en bienes concretos sobre los cuales tienen un derecho exclusivo<sup>2</sup>. Por su parte, el art. 2369 del CCCN establece que, 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 conveniente, caso contrario se deberá recurrir a la vía judicial según lo normado por el art. 2371 del mismo cuerpo legal.

Sin embargo, no siempre la partición va a tener lugar una vez acaecido el fallecimiento del titular de los bienes a pedido de los copropietarios de la masa indivisa y los cesionarios de sus derechos. El CCCN siguiendo con la regulación del Código Civil (en adelante CC), ha conservado la partición por los ascendientes ordenando los contenidos en una parte de disposiciones generales y tratando por separado la partición por donación y la partición por testamento. Es decir, que toda persona que tiene descendientes puede en vida hacer la partición de sus bienes, distribuyéndolos entre ellos, en forma total o parcial, ya sea por donación o por testamento<sup>3</sup>. Como podemos apreciar, aquí no hay herederos ni estado de indivisión, sino que la ley da la posibilidad a los ascendientes de determinar la distribución de sus bienes de manera

---

<sup>1</sup>VENTURA Gabriel B. *Actos dispositivos en las comunidades de bienes*. Pág. 13. [28/01/2022] Disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/09/Actosdispositivoscombienes.pdf>

<sup>2</sup>BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Sucesiones*, Tomo I, Editorial Perrot, Bs.As., Año 1970, pág.399.

<sup>3</sup>Art. 2411. “Las personas que tienen descendientes pueden hacer partición de sus bienes entre ellos por donación o por testamento.”

anticipada, antes de su muerte y en función a lo que estimen más conveniente para sus descendientes o cónyuge<sup>4</sup>.

En la nota del art. 3514 del derogado CC, siguiendo el pensamiento romano y francés, Vélez expresaba que era un medio que la ley otorgaba a los ascendientes para prevenir las diferencias que podía dar lugar la partición después de la muerte de ellos y evitar los gastos de división que la misma podía generar, dinero que podía ser necesario para herederos menores. Los padres por este medio atribuyen a cada uno de sus hijos el bien que consideran más conveniente conforme a su carácter, su profesión o a su posición pecuniaria.

Si bien se piensa que es una institución muy poco usada, creemos que ello se debe a su escasa divulgación como alternativa de planificación familiar y sucesoria, y en la práctica tal vez se opte para una mayor seguridad, por las donaciones como anticipo de herencia o por el testamento sin considerar la posibilidad de incluir a los herederos forzosos determinando la atribución de los bienes. Sin embargo, consideramos que bajo la forma de donaciones como anticipo de herencia frecuentemente se realizan verdaderas particiones por ascendientes.

Previa presentación de la temática nos proponemos, sin desconocer otras inquietudes, dudas y problemáticas que el instituto de la partición por ascendientes presenta, analizar los bienes que, en relación a su titularidad, pueden ser objeto tanto de la donación como del testamento.

## **II. Partición por donación**

Se ha definido a la partición por donación como “el acto jurídico entre vivos por el cual el ascendiente, de manera gratuita, distribuye todos o parte de sus bienes presentes entre sus descendientes, o entre sus descendientes y su cónyuge, siendo aceptada por los donatarios”<sup>5</sup>.

Respecto de su naturaleza jurídica hay acuerdo entre los autores de que se trata de una institución compleja que tiene elementos tanto de la donación como de la partición. Para ilustrar podemos citar a Machado, quien refiriéndose al tema dice que

---

<sup>4</sup> A diferencia de lo que establece nuestro CCCN, el que siguió al respecto lo normado por el CC, el Código Civil de Paraguay permite incluir a otras personas. El art. Art. 1554 del mencionado código dispone: “Sea cual fuere la forma de esta partición, se ajustará a las reglas siguientes: a) comprenderá al cónyuge supérstite, y podrá incluir a otras personas a quienes el disponente beneficiare dentro de su porción disponible”.

<sup>5</sup>COSTANZO, Mariano-POSTERARO SANCHEZ, Leandro N. *Código Civil y Comercial* (coord.) Clusellas, Eduardo Gabriel, t. 8, Editorial Astrea, 1° Ed. Bs.As. 2015, pág. 249.

es una donación en su forma, pero una división en el fondo donde la donación es el medio por el que la adquisición se hace irrevocable, siendo la causa eficiente de ella la división por la que el ascendiente ha repartido sus bienes a sus descendientes [...] y si la forma elegida para dividirse es la donación, ésta no es sino un título aparente, el verdadero es la división y transmisión<sup>6</sup>. Por su parte, Zannoni expresa que ambos institutos se asemejan en cuanto a que se configuran donaciones, pero la partición por donación para cumplir sus efectos propios debe cumplir con los caracteres de todo acto particional<sup>7</sup>.

En definitiva, y tal como lo expresa Mazzinghi<sup>8</sup> “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”.

### **1. Diferencia entre la donación como acto partitivo y la donación simple.**

Ya Vélez, en la nota del art. 3514 del CC había resaltado la diferencia de estas donaciones respecto a cualquier acto de disposición gratuita, diciendo: “Este poder limitado a los padres y demás ascendientes, no debe confundirse con la facultad de disponer, a título gratuito, que la ley acuerda bajo ciertos límites a todas las personas capaces. [...] Esta prerrogativa de los padres es ciertamente independiente de la facultad de disponer, pues que ella se aplica aun a la partición de bienes no disponibles. Sería inútil consagrar de nuevo el derecho que pertenece a todo propietario de disponer de sus bienes y repartirlos entre sus legatarios; [...] Como la división que hacen los padres abraza también la legítima de sus hijos, tiene toda la consecuencia de una partición de bienes, y no las que resultarían de una mera división de la propiedad del testador entre sus legatarios, los cuales no estarían obligados a sanearse entre sus respectivos lotes”.

Siguiendo esta línea de pensamiento, podemos diferenciarlas en los siguientes aspectos:

---

<sup>6</sup> MACHADO, José O. *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*. Bs As, 1901, t. IX, pág. 206.

<sup>7</sup> ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de las sucesiones*. 3ª Ed. Actualizada. Ed. Astrea. Bs.As., año 1996, pág. 377.

<sup>8</sup> MAZZINGHI Jorge A. *La partición de la herencia realizada por los ascendientes*. [04/04/2023] Disponible en: <https://estudiomazzinghi.com.ar/publicaciones/la-particion-de-la-herencia-realizada-por-los-ascendientes/>

a) Respecto a los sujetos, solamente podrán hacer estas donaciones los ascendientes que tengan descendientes y si es casada, dependiendo de la naturaleza del bien, deberá incluir al cónyuge. Los nietos también pueden ser donatarios en el caso de representación, ocupando el lugar en la sucesión del partidor. Esto no ocurre en las simples donaciones donde el donatario podrá ser un pariente, pero también un tercero.

b) en cuanto a la garantía de evicción, en la partición por donación los donatarios se deben recíprocamente garantía de los bienes recibidos, pudiendo ejercerse la acción desde que la evicción se produce. En la donación quien responde por evicción es el donante en los casos previstos por los arts. 1556 y 1557.

c) en relación a la colación, en la partición por donación la obligación del ascendiente es colacionar a la masa el valor de los bienes que anteriormente haya donado y sean susceptibles de colación, es por ello que no está sujeta a colación como si acontece en las simples donaciones si los coherederos lo demandaran, ya que estas son consideradas adelanto de herencia y se imputan a la legítima.

d) también surge una diferencia respecto de los acreedores ya que en la donación los donatarios no responden por las deudas, salvo que el donante expresamente lo hubiese establecido mientras que en la partición por donación tienen una responsabilidad limitada frente a los acreedores;

e) en ambas se debe respetar la porción legítima de quienes serían los herederos forzosos.

f) en la partición por donación todos los donatarios deben aceptar la partición, si cualquiera de ellos se negara provocará la nulidad del acto como partición, valiendo para quienes la aceptaran como simples donaciones sujetas a colación.

### **III. Partición por testamento**

La partición por testamento es un acto escrito celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual el ascendiente dispone de sus bienes para después de su muerte entre sus descendientes y cónyuge, respetado la legítima que a cada uno le corresponde conforme lo establece el art. 2445 del CCCN.

Se caracteriza por ser un acto de disposición *mortis causa*, unilateral, por el cual el ascendiente dispone y atribuye a cada heredero los bienes ya divididos en lotes conforme lo considere más conveniente para cada uno de ellos. Es una partición vinculante y obligatoria entre los coherederos en el caso de ser aceptada y los

herederos no pueden renunciar a ella para solicitar una nueva, salvo acuerdo unánime.

Como todo testamento puede ser revocado y el testador al conservar la titularidad de los bienes puede enajenarlos sin afectar la validez de la partición, aunque si un heredero hubiese sido omitido o perjudicado y no existieran bienes para compensar tendrá la acción de reducción.

#### **IV. Bienes sobre los que se aplica la partición por ascendiente**

La partición por ascendiente puede ser realizada tanto respecto de bienes propios como de gananciales. El art. 2411 del CCCN dice: “[...] 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”. Al comenzar a analizar la norma percibimos que este es un punto generador de situaciones conflictivas en relación a la aplicación del instituto, tal como ocurría durante la vigencia del CC, a pesar de que para algunos autores la situación ha quedado saneada.

##### **1. Regulación en el Código Civil**

El CC en el art. 3514 en su parte pertinente disponía 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 artículo transcrito se refiere a los propios bienes del ascendiente, esto llevó a la doctrina a preguntarse si respecto de los gananciales también podría realizar partición anticipada.

Según Azpiri la partición por donación debía ser hecha conforme lo establecía el art. 3514 del CC, pero siempre que no existiera una sociedad conyugal vigente para el ascendiente partidor o si se encontrara disuelta no hubiese sido liquidada caso contrario se aplicaría el art. 3526, el que disponía: “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”<sup>9</sup>.

Por su parte Zannoni considera que en el caso de que subsistiera la sociedad conyugal el ascendiente no podría hacer donación, ni siquiera de los bienes propios, salvo que fuese por testamento y comprendiera al cónyuge, ya que de lo contrario se

---

<sup>9</sup> AZPIRI, Jorge O. *Manual de derecho sucesorio*. 3° Ed. ampliada. Editorial Hammurabi. Bs. As., año 1998, pág. 249.

lo estaría excluyendo de su derecho a heredar en concurrencia con los descendientes, destacando además, que la donación entre cónyuges no estaría permitida durante la subsistencia de la sociedad conyugal conforme al art. 1807 inc. 1° del CC<sup>10</sup>.

Y en el caso de los gananciales ¿se podía partir por donación aquellos bienes cuya administración y disposición perteneciera al cónyuge partidor? En este caso el cónyuge no titular debería dar el asentimiento conyugal, no podría dar el consentimiento por más que los bienes sean gananciales. En ese sentido y apuntando a los efectos de tal asentimiento, considera Zannoni<sup>11</sup> que “sus derechos patrimoniales se actualizan solo por la disolución de la sociedad conyugal. Es decir, su participación es eventual en ese momento y de conformidad con las normas de la liquidación”. Para este autor, si se admitiera estaríamos en presencia de una renuncia durante el matrimonio a los gananciales y a los derechos sobre ellos, prohibido por el art. 1218 del CC<sup>12</sup>.

En este mismo orden, Machado<sup>13</sup> expresaba: “El artículo autoriza al padre, a la madre y demás ascendientes para elegir estos medios de división, pero cuando se tratare de dividir por donación no podrá tener efecto entre los cónyuges que no pueden celebrar contrato alguno. ¿Quién autorizaría una división por donación que el marido hiciera respecto de su mujer, aunque fuera heredera? Sería completamente nula, porque va contra la prohibición del art. 1807. Por eso el artículo dice claramente; podrían hacer la partición por donación entre vivos, el padre, la madre y demás ascendientes, excluyendo con razón a los cónyuges el uno respecto del otro. Sólo podrá hacerse la partición por testamento”.

Con respecto a los bienes gananciales de titularidad de ambos cónyuges, la doctrina mayoritaria consideraba la posibilidad de realizar partición respecto de ellos, pensando que era válida siempre que comprendiera exclusivamente los gananciales y la partición se realizara de manera conjunta.

## **2. Proyectos de reformas**

Los proyectos de reforma del CC le dieron otra redacción a la normativa imperante regulando también el caso de los gananciales. Así, el Proyecto de Código

---

<sup>10</sup> ZANNONI, ob. cit. pág. 380.

<sup>11</sup> Ídem pág. 381

<sup>12</sup> Art. 1218 CC: “Toda convención entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor”.

<sup>13</sup> MACHADO, ob. cit. pág. 202.

Civil del año 1998, en el Capítulo VIII titulado Partición por ascendientes, el que al igual que el CCCN, comprende disposiciones generales aplicables tanto a la partición por donación como por testamento, dispone en su art. 2362: “Personas que pueden efectuarla. 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 de los gananciales sólo puede ser efectuada por donación, mediante acto conjunto de los cónyuges”. Como vemos ya no se refiere a “los propios bienes” como lo hacía el CC, sino que también incluye a los gananciales.

Destacamos por los efectos a que pueda dar lugar, que, si bien el proyecto establecía la prohibición de contratar, en interés propio o ajeno, según sea el caso, para aquellas personas que estuviesen impedidos para hacerlo conforme a las disposiciones especiales, no pudiendo ser otorgados ni por interpósita persona, al regular sobre inhabilidades especiales no incluyó a los cónyuges y no replicó la prohibición contenida en el art. 1807 inc. 1° de CC.

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, resultado de la misión encomendada por el Decreto 191 de fecha 23 de febrero de 2011, regulo sobre la materia en los mismos términos que el Proyecto del año 1998 al que veníamos haciendo referencia.

### **3. Código Civil y Comercial de la Nación**

Continuando con el análisis de la norma que rige respecto de los bienes sobre los que puede recaer la partición por ascendientes, el CCCN recepta en su art. 2411, lo dispuesto por el Proyecto de 1998 replicado en el Proyecto de 2012, aunque al tratar sobre inhabilidades especiales se aparta de los mismos e incluye, en el art. 1002 inc. d), a los cónyuges, bajo el régimen de comunidad. Es decir, la partición por donación o testamento puede incluir tanto bienes propios como gananciales, aunque a fin de aplicar uno u otro modo se deberá tener en cuenta y ver si lo previsto en la norma general respecto a las inhabilidades especiales, la que incluye a los cónyuges que estuviesen bajo el régimen de comunidad de gananciales, quienes no pueden contratar entre sí, tiene sus efectos.

#### **a. Bienes propios**

Como consecuencia de la reforma, si el ascendiente es casado respecto de los bienes propios debe incluir en la partición no solo a los descendientes sino también al

cónyuge que conserva su vocación hereditaria. En virtud de la prohibición de contratar que tienen los cónyuges, la doctrina discute si encontrándose los mismos bajo el régimen de comunidad de bienes, podría realizarse esta partición por donación o solamente se podría recurrir al testamento.

Manifiesta Zannoni que subsistiendo la sociedad conyugal no se permitiría partir los bienes propios, salvo por testamento comprendiendo al cónyuge para que no quede excluido de su derecho a heredar en concurrencia con los descendientes, no siendo permitida la donación entre cónyuges conforme al art. 1807 inc. 1° del CC<sup>14</sup>. Si bien podría decirse que el fundamento dado por Zannoni ya no sería aplicable al no estar contenido en la nueva normativa no se debe dejar de mencionar que subsiste la prohibición por lo prescripto en el art. 1002 inc. "c" del CCCN.

En ese sentido, Constanzo y Posteraro Sánchez<sup>15</sup> refiriéndose a la redacción del art. 2411 opinaron: "[...] parece haber olvidado el art. 1002 inc. c, que determina la prohibición de contratar entre cónyuges, siempre que exista el régimen de comunidad de bienes. En consecuencia, consideramos que, respecto de los bienes propios, solamente podrá otorgarse partición por donación del ascendiente casado si los cónyuges han optado por el régimen de separación de bienes previsto en los arts. 505 a 508".

Para otros autores, reconociendo la prohibición genérica de contratar, consideran que estaríamos en un caso de excepción en el que la norma no indaga en que régimen matrimonial patrimonial se encuentra el cónyuge que divide los bienes. En este sentido, se ha dicho que "[...] la partición por donación entre cónyuges durante el régimen de comunidad es posible, si se trata de bienes propios, por ser una norma especial que la habilita, al no limitarse a la partición por testamento. [...] Es decir, que este contrato es uno de los pocos admitidos dentro del régimen de comunidad, como también lo es el mandato y la constitución de sociedades"<sup>16</sup>.

De igual modo se pronuncia Medina<sup>17</sup> diciendo: "Este es un punto particular que ha venido a sanear una situación conflictiva que se generaba por la aplicación de este instituto en la anterior redacción. No existía la posibilidad de disponer de los bienes

---

<sup>14</sup> ZANNONI, ob. cit. pág. 380.

<sup>15</sup> CONSTANZO, Mariano y POSTERARO SANCHEZ, Leandro N. *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado*. (dir.) Clusellas, Eduardo Gabriel. Tomo 8. Astrea, Bs.As. 2015.

<sup>16</sup> FERRER, Francisco A.M. *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*. Alterini, Jorge H (dir.) Alterini, Ignacio (Coord.). La Ley, 3º Ed. actualizada y aumentada, T XI, pág. 529.

<sup>17</sup> MEDINA, Graciela en BUERES, Alberto (dir), *Código Civil y Comercial de la Nación*. Tomo 5. Ed. Hammurabi, año 2017, pág. 404 y sig.

propios por partición por donación, ya que existía un impedimento legal de donar entre esposos (art. 1807, inc. 1º CC) y, en consecuencia, para la disposición de los bienes propios, debía recurrir solo al supuesto de partición por testamento que consagraba el art. 3527, con la obligación de incluir al cónyuge supérstite".

Ante este estado de incerteza proveniente de la incongruencia normativa, Córdoba manifiesta, que es posible que los sujetos del derecho decidan abstenerse del uso de esta modalidad al no poder prever la consecuencia del acto<sup>18</sup>.

Creemos que si bien el art. 2411 no hace distinción en cuanto a la calificación del régimen matrimonial patrimonial optado por los cónyuges, los principios generales que rigen la administración y disposición de sus bienes y la capacidad de contratación que les atribuye la ley, son elementos esenciales, pero no suficientes para determinar el alcance de su aplicación. Solemos justificar la aplicación de normas contradictorias por su carácter de normas generales o especiales. No desconocemos que el art. 2411 fue redactado sin tener en cuenta la prohibición de contratación entre cónyuges, prohibición no prevista por los proyectos que apuntalaron la reforma.

A lo largo del tiempo, se dieron distintos fundamentos para sostener la prohibición de los contratos entre cónyuges, así se dijo que con ella se evita conflictos patrimoniales que puedan afectar la unión familiar, o así evitar el fraude a los acreedores cambiando el carácter de los bienes, o evitar la violación del régimen de separación de masas gananciales y propias. Sin embargo, la aplicación del instituto no afectaría el derecho de los descendientes, acreedores o cónyuges. El cónyuge no titular respecto de los bienes propios es heredero junto con los descendientes. El ascendiente tiene la obligación de respetar la legítima por lo que no se produciría perjuicio a los descendientes. Los acreedores tendrán resguardados sus derechos al establecerse la responsabilidad de los donatarios respecto de las obligaciones contraídas con anterioridad al acto dispositivo por el ascendiente, haciendo presente, además, que los cónyuges podrían optar por el régimen de separación de bienes y cambiar por su propia voluntad el carácter de los mismos.

Es por lo expresado que consideramos que el art. 2411 incluye, en su segundo apartado, tanto la disposición mediante partición por donación como por testamento cualquiera sea el régimen matrimonial patrimonial de los cónyuges.

## **b. Bienes gananciales**

---

<sup>18</sup>CORDOBA, Marcos M. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. (dir.) LORENZETTI, Ricardo Luis. Tomo X. Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, año 2015, pág. 786.

En el caso de bienes gananciales, conforme lo expresa la tercera parte del art. 2411, solo podrá realizarse por donación, y ello guardaría relación con lo establecido en el art. 2455, el que expresamente dispone que no es válido el testamento otorgado conjuntamente por dos o más personas. A pesar de lo manifestado consideramos posible la partición por testamento incluyendo bienes gananciales, tema que abordaremos más adelante.

Se debe diferenciar en el caso en que la titularidad del bien corresponda a uno de los cónyuges de aquel en que la titularidad sea conjunta. En este último caso, hay acuerdo en la doctrina que ambos cónyuges procederán a partir por donación entre sus descendientes de manera conjunta. Pero en el caso de que sea de titularidad de uno de ellos ¿bastara para estar inmerso en la norma con el asentimiento del cónyuge no titular?

Lamber<sup>19</sup> expresa: "Desde la óptica de los bienes del matrimonio la solución es que el cónyuge no titular debe prestar asentimiento, permitiendo de ese modo la exclusión de este bien que se transmite a terceros (descendientes en el caso) de la comunidad de gananciales, o consintiendo en la disposición conjunta en caso del supuesto del art. 471 CCyC".

Sin embargo, para otros autores, no basta con el asentimiento del otro cónyuge para la donación porque su derecho a participar en la mitad de los bienes gananciales es en el momento de la disolución de la comunidad y no puede ser afectado por el acto de la partición a favor de los descendientes.

Siguiendo con el pensamiento de Lamber, prestar el asentimiento conyugal no es codisponer, sólo va a disponer quien es el titular del bien. Mediante el asentimiento conyugal "se pretende asegurar el respectivo control de ciertos negocios realizados durante la vigencia de la comunidad, que pueden afectar los derechos eventuales sobre los gananciales de titularidad del cónyuge que la ley confiere, los que se actualizarán al momento de la disolución de la comunidad"<sup>20</sup>. Dicho esto, el cónyuge que prestó el asentimiento conyugal no va a poder reclamar la parte de gananciales que le hubiese correspondido al extinguirse y liquidarse la comunidad.

Para Llorens la intervención del cónyuge no titular para permitir la inclusión de determinado bien en la partición por donación implica, dentro del régimen de

---

<sup>19</sup>LAMBER, Néstor Daniel. *Contratos entre cónyuges*. [01/04/2023]. Disponible en: <http://www.academianotariado.org.ar/publicaciones.php?accion=SEARCH&buscar=&tipo=SEMINARIOS&autor=Lamber&titulo=&tema=>

<sup>20</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI Aída, HERRERA Marisa, LLOVERAS Nora. *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial*. Tomo I. Rubinzal - Culzoni Editores, año 2014, pág. 645.

comunidad, un acto de codisposición con el titular, no porque ambos dispongan del derecho real porque resulta obvio que quien transmite el derecho real es únicamente el titular. Sostiene que su fundamento se basa en el hecho de que es innegable que el cónyuge no titular también realiza un acto dispositivo, al permitir que el bien donado sea excluido de la eventual liquidación de la sociedad conyugal luego de su disolución por muerte de alguno de los cónyuges, por divorcio o por cambio de régimen, sin que se incluya bien alguno en su reemplazo<sup>21</sup>.

Es por lo expuesto, que consideramos que cuando el artículo se refiere a “acto conjunto de los cónyuges”, incluye tanto al bien ganancial de titularidad de ambos cónyuges, quienes van a codisponer, como aquel en que la titularidad recae sólo en uno de ellos, siempre que el otro preste el asentimiento conyugal con la finalidad de donar para partir.

### **c. Partición por testamento de los bienes gananciales**

Del art. 2411 surge que el testador no podría partir los bienes gananciales por testamento. Ello basado como ya se ha dicho, en la prohibición de testar de manera conjunta y además por el principio de que nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso que el que tiene.

En tanto no se efectúe la liquidación y división de los bienes que forman parte de la comunidad de gananciales, estos permanecerán proindiviso entre ambos cónyuges, y en el caso de que uno de ellos hubiese fallecido, seguirán en esa situación de manera conjunta con los herederos del premuerto. Mientras dure el estado de indivisión no hay bienes propios. Toda disposición de dichos bienes implica disponer de un derecho ajeno.

El acto particional contenido en el testamento sería ineficaz porque estaría afectando el derecho del cónyuge vivo debiéndose realizar una nueva partición de los bienes que correspondan al testador, deducida la parte ganancial que le correspondiera a aquel.

A pesar de lo dicho, los efectos expresados no se producirían y la partición sería plenamente válida, si, como lo expresa Lamber<sup>22</sup> “[...] el testador ha resuelto la adjudicación por partición por testamento de un bien ganancial de su titularidad a uno de los descendientes, y en vida del testador se extingue la comunidad de gananciales

---

<sup>21</sup> LLORENS, Luis Rogelio. *Pactos sobre herencias futuras*. Revista Notarial N° 983, año 2017, pág.49.

<sup>22</sup> Lamber, Néstor D. *Partición por ascendientes en la programación sucesoria*. DFyP 2018 (octubre), 74 Cita: TR LALEY AR/DOC/1390/2018, pág. 3.

y se le adjudica al testador, ninguna observación habrá a la cláusula porque al momento del fallecimiento será un bien personal del testador. A la misma solución debe arribarse en cuanto a la validez de la cláusula en el testamento, si el cónyuge supérstite confirma ese modo de adjudicar por partición de la indivisión poscomunitaria del bien causada en el fallecimiento de testador”.

En consecuencia, debe considerarse válida la cláusula testamentaria que incluya una partición de bienes gananciales, si a la muerte del testador éste ya era titular por haberlo adquirido en vida por extinción de la comunidad de gananciales o si como consecuencia de la partición poscomunitaria el cónyuge supérstite confirma la partición realizada por el testador, por ejemplo, mediante la cesión de sus gananciales.

## V. Bibliografía

AZPIRI, Jorge O. *Manual de derecho sucesorio*. 3° Ed. ampliada. Editorial Hammurabi. Bs. As., año 1998

BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Sucesiones*, Tomo I, Editorial Perrot, Bs.As., Año 1970.

CAPPARELLI, Julio C. *Partición por los ascendientes*. RCCyC (septiembre-octubre) 177. Cita: TR LALEY AR/DOC/2333/2022.

CAPPARELLI, Julio C. *Un raro caso de partición anticipada de herencia por donación*. LA LEY 04/12/2018, 7 - LA LEY2018-F, 280 - RCCyC 2018 (diciembre), 69 Cita: TR LALEY AR/DOC/2495/2018.

CONSTANZO, Mariano y POSTERARO SANCHEZ, Leandro N. *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado*. (dir.) Clusellas, Eduardo Gabriel. Tomo 8. Astrea, Bs.As. 2015.

CORDOBA, Marcos M. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. (dir.) Lorenzetti, Ricardo Luis. Tomo X. Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, año 2015.

FERRER, Francisco A.M. *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*. Alterini, Jorge H (dir.) Alterini, Ignacio (Coord.). La Ley, 3° Ed. actualizada y aumentada, T XI.

HERNÁNDEZ Carlos A. - IGLESIAS, Mariana B. *Los pactos sobre herencia futura como herramienta de planificación sucesoria (con especial referencia al pacto de familia del art. 1010)*. Derecho comercial y de las obligaciones – Edición Especial Abeledo Perrot N° 272 mayo/junio 2015.

KEMELMAJER DE CARLUCCI Aída, HERRERA Marisa, LLOVERAS Nora. *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial*. Tomo I. Rubinzal - Culzoni Editores, año 2014.

LAMBER, Néstor Daniel. *Contratos entre cónyuges*. [01/04/2023]. Disponible en: <http://www.academianotariado.org.ar/publicaciones.php?accion=SEARCH&buscar=&tipo=SEMINARIOS&autor=Lamber&titulo=&tema=>

LAMBER, Néstor D. *Partición por ascendientes en la programación sucesoria*. DFyP 2018 (octubre), 74 Cita: TR LALEY AR/DOC/1390/2018.

LLORENS, Luis Rogelio. *Pactos sobre herencias futuras*. Revista Notarial N° 983, año 2017.

MACHADO, José O. *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*. Bs As, 1901, t. IX.

MAZZINGHI Jorge A. *La partición de la herencia realizada por los ascendientes*.  
[04/04/2023] Disponible en: <https://estudiomazzinghi.com.ar/publicaciones/la-particion-de-la-herencia-realizada-por-los-ascendientes/>

MEDINA, Graciela en Bueres, Alberto (dir), *Código Civil y Comercia de la Nación*. Tomo 5. Ed. Hammurabi, año 2017.

MOURELLE de TAMBORENEA, María Cristina. *Partición por los ascendientes. Partición por donación y partición por testamento: dos institutos de poco uso*. DFyP 2016 (abril), 122 Cita: TR LALEY AR/DOC/650/2016.

VENTURA Gabriel B. *Actos dispositivos en las comunidades de bienes*. Pág. 13.  
[28/01/2022] Disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/09/Actosdispositivoscombienes.pdf>

ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de las sucesiones*. 3ªEd. Actualizada. Ed. Astrea. Bs.As., año 1996