

# Injustificadas restricciones a la autonomía particional de los herederos

por FRANCISCO A. M. FERRER

**Sumario:** I. UNA TENDENCIA EVOLUTIVA DEL DERECHO PRIVADO CONTEMPORÁNEO. – II. PRINCIPIO GENERAL EN LA PARTICIÓN HEREDITARIA. – III. PARTICIÓN CON SALDOS. – IV. ATRIBUCIÓN PREFERENCIAL DE UN ESTABLECIMIENTO PRODUCTIVO O DE LOS DERECHOS SOCIALES SI LA EXPLOTACIÓN TIENE FORMA SOCIETARIA. – V. CONCLUSIÓN.

## I. Una tendencia evolutiva del derecho privado contemporáneo

1. Una de las tendencias innovadoras que caracterizan la evolución moderna del derecho privado es la ampliación del margen de actuación de la autonomía de la voluntad. Así podemos verificar en la evolución jurídica de nuestro país de los últimos tiempos la notable expansión de la autonomía privada en el derecho de familia, tanto en las relaciones patrimoniales como personales. La misma evolución se ha dado en las relaciones jurídicas sucesorias, con lo cual se posibilita un mayor dinamismo en la transmisión sucesoria del patrimonio<sup>(1)</sup>.

2. Esta evolución transformadora se refleja en la siguiente normativa sucesoria: a) *Se redujo el monto de las cuotas legitimarias*, ampliando la libertad de testar del causante (art. 2445: la legítima de los descendientes se redujo de 4/5 a 2/3, y la de los ascendientes de 2/3 a la mitad). b) *Se habilitó la posibilidad de celebrar pactos sobre derechos hereditarios futuros* para facilitar la continuidad de las explotaciones productivas o a participaciones societarias (art. 1010, 2º párr.). c) *Se ha previsto la administración extrajudicial de la herencia*, en instancias previas a la iniciación del proceso sucesorio, posibilitando diversos actos por acuerdos de los coherederos (arts. 2324/2327). d) *Se incorpora la modalidad de la partición con saldos* para solucionar el problema de la formación de lotes de valor desigual (arts. 2375, 2º párr., y 2377, 2º y 3º párr.). e) *Se reincorpora el instituto de la licitación*, que posibilita al heredero que tenga interés en uno o más bienes de la sucesión ofertar un valor superior al de la tasación para que se lo adjudiquen, pero permitiendo que los coherederos puedan también superar esa oferta para quedarse con el bien (art. 2372). f) *Se regulan las atribuciones preferenciales*, entre otras finalidades, para evitar la liquidación de la empresa: el cónyuge supérstite o un heredero puede pedir en la partición la atribución preferencial de un establecimiento que constituya unidad económica en cuya formación participó, debiendo pagar el exceso del valor del establecimiento sobre el valor de su lote (art. 2380). g) *Se reguló la figura del fideicomiso testamentario*, que posibilita al testador planificar el destino de su herencia, o de una parte indivisa de ella o de bienes determinados, disponiendo sus instrucciones

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Imposición de multa por malicia procesal - Comentario Breve*, por GRACIELA S. ROSETTI, ED, 182-550; *El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, por AGUSTINA CAGNASSO, EDFA, 71/-8; *Con respecto a la calificación de bienes en propios y gananciales*, por EDUARDO A. SAMBRIZZI, ED, 246-530; *El pedido de restitución del inmueble contra el exconcupino no titular*, por IGNACIO M. BRAVO D'ANDRÉ, ED, 250-267; *Uniones convivenciales y vivienda familiar*, por CLAUDIO A. BELLUSCIO, ED, 263-705; *Asentimiento conyugal genérico y anticipado en fraude al régimen de comunidad. Posición del Código*, por NAHUEL BAY, EDFA, 75/-25; *Algunas consideraciones sobre el régimen de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación*, por PAOLA AMESTOY, EDFA, 66/-16; *Afectación del inmueble al régimen de vivienda. Subrogación real y sustitución*, por JUANA BEATRIZ MAZZEI, ED, 272-671; *Disposición sobre la vivienda y otros bienes gananciales: asentimiento conyugal, nulidad, caducidad y fraude*, por JORGE A. MAZZINGHI, ED, 276; *Recompensa en favor de la comunidad: sentencias antagónicas en un caso discutible y que admite otros enfoques*, por JORGE A. M. MAZZINGHI, ED, 291; *Conducta procesal de las partes y prueba electrónica*, por LIVIO PABLO HOJMAN, ED, 298; *Usufructo del cónyuge supérstite en la partición sucesoria. Cuestión del título causal*, por ALICIA PUERTA DE CHACÓN, ED, 301; *Partición de los bienes conyugales: reclamo de una recompensa, fraude conyugal, sanción por temeridad o malicia procesales*, por JORGE A. M. MAZZINGHI, ED, 306. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(1) Córdoba, Florencia I., "Contrato y testamento. Hacia una mayor libertad y autonomía en el derecho sucesorio", Revista Derecho de Familia y de las Personas, marzo de 2014, p. 67 y ss.

al heredero o legatario fiduciario; siempre, desde luego, que no afecte la legítima de los herederos forzosos (arts. 2493, 1667 y 1699).

## II. Principio general en la partición hereditaria

3. En lo que respecta a la forma y al contenido de la partición, los coherederos acordando por unanimidad, estando presentes y siendo todos capaces gozan de la más plena libertad: pueden hacer la partición según la forma y por el acto que juzguen conveniente. Lo autoriza el art. 2369 en relación a la partición privada, pero esta regla es aplicable también a la partición judicial, pues cualquiera sea la forma en que se haga la partición, siempre será un acto consensual gobernado por el principio de autonomía de la voluntad y, consecuentemente, de libertad de las partes, mayores, capaces y que actúen por unanimidad, para hacer la división y componer los lotes como ellos quieran, pues ellos son los legítimos propietarios de los bienes sucesorios y además se trata de una cuestión patrimonial ajena al orden público sucesorio, solo con los límites de la moral y las buenas costumbres (arg. art. 958, CCC)<sup>(2)</sup>.

4. Como consecuencia de tal principio, en la legislación procesal argentina constituye una regla generalizada que el perito partidador para efectuar la operación particionaria deba escuchar previamente a los coherederos para informarse sobre sus pretensiones sobre el modo de dividir los bienes entre ellos. Es una consideración obvia e ineludible que debe tener el perito partidador con los comuneros en todos los casos<sup>(3)</sup>. La reunión con los interesados tiene carácter privado, pero si el perito lo cree conveniente, puede solicitar al juez la fijación de una audiencia al respecto. Si están todos presentes, son capaces y actúan por consenso unánime, el perito debe inexcusablemente cumplir sus instrucciones, lo cual conviene asentarlos por escrito y agregarlos a los autos, o en su caso, determinarlos en el acta de la audiencia respectiva.

Esta regla de orden procesal se debe armonizar con el art. 2378 del CCC que expresa: "Asignación de lotes. Los lotes correspondientes a hijuelas de igual monto deben ser asignados por el partidador con la conformidad de los herederos, y en caso de oposición de alguno de éstos, por sorteo".

Cabe interpretar que, en caso de divergencias entre los herederos sobre la formación de los lotes, antes de ir al sorteo, el perito partidador debe procurar solucionarlas para llegar a un acuerdo. Esta interpretación surge de la tradicional aplicación práctica de las normas pertinentes de todos los códigos procesales del país. Si no logra la conciliación recién debe proceder al sorteo<sup>(4)</sup>. Los herederos disconformes podrán impugnar la partición dentro del término de manifiesto que decreta el juez según las normas procesales, y será él quien resuelva la controversia, guiado por su prudente criterio y por los principios de igualdad, equidad, justicia y, de ser posible, por el de partición en especie.

5. Por consiguiente, reuniendo las condiciones señaladas en el n° 3, los coherederos pueden dividir en especie o vender todos los bienes o algunos de ellos y distribuirse su producido; hacer lotes con bienes o dinero; pueden pactar lotes desiguales sin compensación alguna a favor del heredero al que le adjudicaron bienes por menor valor que el de su porción hereditaria, o pueden no adjudicarle ningún bien<sup>(5)</sup>; pueden también adjudicar a otro (u otros) heredero por acuerdo con el cónyuge supérstite la porción ganancial que a este le corresponde en los bienes gananciales, aun sin compensación alguna, sin que se pueda

(2) C1°CC, Sala III, San Isidro, 12/05/2021, Rubinzal Online 30719, RC J 2687/21.

(3) Falcón, Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal Culzoni Ed., Bs. As.-Sta. Fe, 2007, t. VII, n° 13, p. 293; nuestro *Tratado de sucesiones*, cit., t. III, n° 1349.

(4) De acuerdo: Pérez Lasala, José Luis - Pérez Lasala, Fernando, *Curso de derecho sucesorio*, Editorial ASC, Mendoza, 2025, pp. 338/339.

(5) Cám. II Ap. Civ. y Comercial Sala II, La Plata, 16/6/2022, Registro de Resoluciones RR-236-2022, Poder Judicial de la Prov. de Bs. As.

sostener que se trata de una cesión de derechos ajenos a la sucesión<sup>(6)</sup>.

Se puede, entonces, prescindir del principio de la partición en especie, y de la igualdad de los lotes. Pueden asignar a los lotes distintos valores de los de la tasación; pueden convenir una licitación; asignar a algún heredero las sumas que le fueron adelantando después de la apertura de la sucesión; adjudicar a un solo heredero el único bien inmueble integrante del caudal relicto, y a los otros un crédito en dinero, aun cuando este dinero sea ajeno a la sucesión, o formar lotes de valores desiguales porque la composición del acervo no permite formar lotes de igual valor, y acuerdan compensar las diferencias con créditos en dinero, configurando lo que se denomina “partición con saldos” (arts. 2375, 2º párr., y 2377, 2º párr., CCC); y pueden hacer efectiva, en fin, la colación que cualquiera de ellos debiese a los demás, imputándole a su hijuela los valores donados en vida por el causante.

Por último, pueden hacer una partición parcial de determinados bienes del acervo hereditario, y dejar en comunidad otros bienes, sin necesidad de dar ninguna explicación (art. 2369, al final, CCC). La norma del art. 2367 en cuanto dispone que, si una parte de los bienes no es susceptible de división inmediata, se puede pedir la partición de los que son actualmente partibles no significa que este sea el único caso en que procede la partición parcial<sup>(7)</sup>, pues aquí no hay orden público comprometido, y los herederos, como propietarios de la herencia, pueden disponer la partición parcial porque así conviene a sus intereses personales, sin que el juez pueda oponerse mientras actúen por consenso unánime<sup>(8)</sup>.

Estas combinaciones que posibilitan la división de los bienes se justifican porque los herederos son los titulares del acervo sucesorio y no se les puede impedir que arreglen privadamente sus intereses patrimoniales en el acto particionario cuando están todos de acuerdo<sup>(9)</sup>, sea la partición privada, mixta o partición judicial, pudiendo partir del modo que quieran.

6. En este trabajo nos limitaremos a examinar la aplicación del principio de la autonomía privada en dos de los institutos innovadores en el ámbito de la partición: la denominada partición con saldos y la atribución preferencial de un establecimiento que constituya una unidad económica, o, en su caso, la atribución de los derechos sociales si la explotación está constituida bajo forma societaria.

En estos dos supuestos veremos que se introducen injustificadas restricciones a la autonomía privada de los copartícipes, a contramano de la tendencia del derecho privado contemporáneo dirigida a ampliar justamente su margen de actuación.

### III. Partición con saldos

7. *Noción.* Se conceptúa esta operación como un retorno en dinero que permite compensar la desigualdad resultante de la adjudicación de los bienes hereditarios, cuando a los copartícipes se les atribuyen bienes de un valor inferior o superior a sus porciones hereditarias: aquellos que en la formación de los lotes son sobreadjudicados deben indemnizar a aquellos que son subadjudicados. Se posibilita así satisfacer la exigencia de una igualdad en valor de la partición cuando no se puede lograr la división igualitaria de los bienes en especie<sup>(10)</sup>.

8. *Regulación legal.* Está contemplada en el art. 2375, 2º párr., y en el art. 2377, 2º y 3º párrs., del CCC.

El primer caso se refiere a la situación que plantea un bien que resulta indivisible porque se afectaría el aprovechamiento económico de las partes resultantes de su partición. En tal supuesto el bien podría licitarse por algún heredero, o, caso contrario, se puede adjudicar a alguno o a varios de ellos que lo acepten, compensándose la diferencia entre el valor del bien y el monto de la o las hijuelas, cuando aquel las supere.

(6) Ver al respecto nuestro *Tratado de Sucesiones*, cit., t. III, n° 1317.1/3.

(7) Puede suceder que en un inmueble rural la división haga antieconómico el aprovechamiento de las partes (art. 2375, CCC); que la división un inmueble urbano sea materialmente imposible; etc.

(8) Conf. Azpiri, Jorge O., *Juicio sucesorio*, 2º ed., Hammurabi, Bs. As., 2019, parág. 70, p. 454.

(9) Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, 9º ed. actualizada por Delfina M. Borda, La Ley, Bs. As., 2009, t. I, n° 581.

(10) Nuestro *Tratado de Sucesiones*, Rubinzal Culzoni Ed., Bs. As. - Sta. Fe, 2022, t. III, n° 1364, con cita de Grimaldi, M., *Droit des successions*, 7º ed., Lexis Nexis, París, 2017, n° 1016.

En el segundo caso, los citados párrafos del art. 2377 disponen lo siguiente:

“Si la composición de la masa no permite formar lotes de igual valor, las diferencias entre el valor de los bienes que integran un lote y el monto de la hijuela correspondiente deben ser cubiertas con dinero, garantizándose el saldo pendiente a satisfacción del acreedor. El saldo no puede superar la mitad del valor del lote, excepto en el caso de atribución preferencial”.

“Excepto acuerdo en contrario, si al deudor del saldo se le conceden plazos para el pago y, por circunstancias económicas, el valor de los bienes que le han sido atribuidos aumenta o disminuye apreciablemente, las sumas debidas aumentan o disminuyen en igual proporción”.

Ejemplifiquemos la aplicación del mecanismo: si el valor de cada uno de los diversos bienes que integran la masa hereditaria que se debe partir no permite distribuirlos en lotes de igual valor, lo cual es una situación que se plantea frecuentemente, entonces la partición resulta desapareja: a un heredero se le adjudican bienes o un bien que no alcanza a cubrir su porción hereditaria o hijuela, y a otro se le asigna un bien o bienes que exceden el valor de su cuota, desigualdad que se soluciona de la siguiente forma: por el valor del excedente de su porción, se le adjudica a dicho heredero como pasivo una deuda a favor de su coheredero que recibió de menos a fin de cubrirle su porción. Y a este heredero se le adjudica un crédito por el mismo valor contra su copartícipe deudor. De acuerdo al procedimiento fijado por esta norma, ese crédito debe ser pagado en dinero. Por ejemplo, si concurren dos hermanos, con una porción de \$ 500.000 cada uno. A uno se le adjudica un departamento por valor de \$ 600.000, y al otro un automóvil y un depósito bancario, que totalizan \$ 400.000. Al primero se le asigna una deuda a favor de su hermano por \$ 100.000, y al heredero acreedor un crédito por dicha suma, y de tal modo quedan equiparadas e igualadas las hijuelas.

Si este crédito no se paga totalmente al momento de celebrar la partición, se debe garantizar el saldo pendiente a satisfacción del acreedor (art. 2377, 1º párr., CCC), de todo lo cual se debe dejar constancia en el contexto de la operación particionaria, como también si los coherederos excluyen expresamente la cláusula de ajuste por modificación del valor de los bienes adjudicados al deudor.

Esta operatoria es la que se denomina “partición con saldos”, y funciona cualquiera sea la forma de la partición (privada, mixta o judicial), con la finalidad de compensar las diferencias e igualar los lotes o hijuelas de los herederos.

9. Es una innovación con respecto al Código derogado, y tiene sus antecedentes en el derecho francés<sup>(11)</sup>, y en nuestra doctrina y la jurisprudencia. En efecto, desde hace unas décadas se vino desarrollando una marcada corriente que incluso permite incluir en la partición bienes extraños al acervo sucesorio, sea dinero u otro bien propio de los comuneros, compensando de esta manera la inicial diferencia en los lotes desiguales, a fin de lograr una composición equitativa de las hijuelas. Campea aquí el principio de la autonomía privada, mediante el ejercicio del derecho que se concede a los herederos presentes y capaces de elegir por unanimidad la forma y el modo que estimen convenientes para partir (arg. arts. 3462, CC y 2369, CCC).

10. En efecto, consideramos que mientras la cuenta particionaria no viole el orden público, la moral y las

(11) La partición con saldos la contempla expresamente el Código Civil francés (art. 826, 4º párr., reforma de 2006), y anteriormente la admitía la doctrina y la jurisprudencia, con fundamento en el antiguo art. 833 (Jubault, Christian, *Droit Civil. Les successions, les libéralités*, 2me. éd., Montchrestien, París, 2010, n° 1297; Baudry Lacantinerie et Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des successions*, Librairie de la Société du Recueil Gral. des Lois et des Arrêts, 3me. éd., París, 1905, t. 3, n° 2525; Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*, 10me. éd., Librairie Général de Droit et Jurisprudence, París, 1927, t. III, n° 2363). “Soulte” se denomina al exceso sobre el valor de la hijuela, y cuyo valor es debido por el copartícipe que recibió bienes en demasía de su lote, y debe pagarlo al o a los coherederos que recibieron de menos a fin de compensar la desigualdad de los lotes para equipararlos. En italiano se denomina “conguaglio” (igualación, nivelación, compensación de cuentas). Lafaille lo tradujo por “partición con saldos” (*Curso de Derecho Civil. Sucesiones*, comp. Por I. P. Argüello y P. Frutos, Biblioteca Jurídica Argentina, Bs. As., 1932, t. I, n° 444; Fornieles, S., *Tratado de las sucesiones*, 4º ed., TEA, Bs. As., 1958, t. I, n° 288 bis y nota 8). También es admitida en el derecho uruguayo: Vaz Ferreyra, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, t. VI-1º, n° 676; Rivero de Arhancet, Mabel, *Lecciones de derecho sucesorio*, 2º ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, p. 238.

buenas costumbres el juez no puede oponerse a aprobar la partición con el pretexto de que previamente se deben efectuar los cambios que él estima pertinentes, o se debe modificar o alterar algún lote según su personal criterio. Sólo podrá hacerlo debidamente fundamentado si media una impugnación a la operación particionaria, y si se prueban los vicios o defectos sustanciales que se le imputan, por la sencilla razón de que los herederos son los propietarios de la herencia, y si están todos de acuerdo, presentes y capaces, o concurren incapaces cuya representación está debidamente cubierta y el representante o apoyo se manifiesta de acuerdo, carece de toda justificación la injerencia del juez en el modo de partir y adjudicarse los bienes<sup>(12)</sup>.

11. Cabe aclarar, por otra parte, que cuando se asignan lotes desiguales y se compensa la diferencia con dinero u otra clase de bienes no hereditarios; o se adjudica el único bien de la herencia a un heredero, con o sin compensación a favor de los otros, tales modos de efectuar la partición no comprometen, en principio, su unidad y su validez como acto jurídico, por lo cual dichos actos no implican compraventa, cesión, permuta o donación, ni transacción, ni convierten la partición en un negocio mixto, sino que se trata de un único acto convencional particionario totalizador, que engloba a todos los negocios auxiliares o incidentales concertados entre las partes. Y la partición se configura, en consecuencia, como un negocio jurídico único, que absorbe los negocios incidentales o auxiliares que contiene (compraventa, permuta, donación), lo cual determina que esos distintos negocios secundarios del negocio único sean inseparables, puesto que son queridos por las partes solo en función del acto único y global particionario. La partición, por lo tanto, no pierde su carácter de tal, porque deriva de una única relación jurídica hereditaria que reunió por imperio de la ley a todos los herederos en una comunidad de bienes forzosa, la cual sólo se extingue con el acto único particionario (art. 2363, CCC). Realizada de este modo la partición siempre será válida e inatacable, salvo que alguno de los coparticionarios la impugne con fundamento en el dolo, lesión, etc. Y esta conclusión es una consecuencia del efecto declarativo y retroactivo de la partición, explícita y claramente consagrado por el art. 2403 del CCC, conforme al cual los coparticionarios nada reciben los unos de los otros, sino que su lote lo reciben directa y exclusivamente del causante, con efecto retroactivo al momento de apertura de la sucesión<sup>(13)</sup>.

12. *Restricciones injustificadas de la autonomía particionaria.* La partición con saldos tiene dos limitaciones en este segundo párrafo del art. 2377, pues agrega que “las diferencias entre el valor de los bienes que integran un lote y el monto de la hijuela correspondiente deben ser cubiertas con dinero, garantizándose el saldo pendiente a satisfacción del acreedor. El saldo no puede superar la mitad del valor del lote, excepto en el caso de atribución preferencial”.

En primer lugar, limita la cobertura de las diferencias al pago en dinero, el cual puede provenir de la misma herencia o bien del peculio privado del heredero, puesto que la norma no lo aclara. Pero se excluye que ese saldo se pueda pagar con otros bienes que no sean dinero, cuando ya la jurisprudencia desde hacía varios lustros venía aceptando que también se podía cancelar con otros bienes ajenos a la herencia, sea dinero u otro bien propio de algún heredero<sup>(14)</sup>; pues, como dijimos, la partición no pierde su unidad ni su carácter de acto partitivo, y esos bienes se transfieren con arreglo a las formas dispuestas por la ley, aclarándose que la transferencia se efectúa en cumplimiento de lo dispuesto en el acto particionario.

Y, segundo, dispone que el saldo no puede superar la mitad del valor del lote, tope que no aparece en la fuente francesa (art. 826, CC francés), y que carece de justificación porque no se explica la limitación cuantitativa de esa diferencia en tanto se trata de una cuestión patrimonial entre los coherederos en la que no está interesado el orden público y debe quedar librada al juego de la autonomía de la voluntad de las partes. Y no se justifica ni aun cuando

se trate de una partición judicial, pues los herederos son los propietarios de la herencia, y si están de acuerdo, y todos presentes y capaces, pueden partir de la forma que quieran, y mientras no se viole el orden público, la moral y las buenas costumbres, los jueces no tienen motivos ni fundamentos para inmiscuirse en el modo de partir y obstaculizar la libertad de disposición de las partes<sup>(15)</sup>.

Por otra parte, el principio de la partición en especie que determina que si el bien no se puede dividir se debe proceder a su venta (art. 2474, CCC) no es absoluto ni de orden público, porque a continuación el segundo párrafo del art. 2475 autoriza que el bien indivisible, por resultar antieconómica su partición, puede atribuirse a uno o varios de los coherederos que lo acepten, compensándose en dinero la diferencia entre el valor de los bienes y el monto de las hijuelas, o sea, se trata de un supuesto de partición con saldos, en el cual no se establece ninguna limitación al monto de esa diferencia.

Por último, cabe también destacar que no se aprecia ninguna razón que justifique la diferencia de tratamiento entre el procedimiento de la partición con saldos, en el cual el valor excedente del lote del adjudicatario del bien o bienes no puede superar la mitad del valor de dicho lote, y el instituto de la atribución preferencial, en cuya regulación no se establece ningún límite al eventual excedente del lote del peticionante de la atribución del bien (art. 2380, CCC).

Como se aprecia, la normativa del Código en este aspecto es incoherente, porque en dos supuestos similares a la partición con saldos no impone ninguna limitación el exceso de valores sobre el monto de las hijuelas.

13. Podemos concluir entonces que, si todos los herederos son capaces y están de acuerdo, pueden prescindir de la limitación cuantitativa del segundo párrafo del art. 2377, sea la partición judicial, privada o mixta<sup>(16)</sup>. En la partición judicial, el perito partidor debe confeccionar la operación particionaria de conformidad con lo acordado por los herederos, como ya lo explicamos (ver n° 3 y 4), pues además en este caso la citada norma no es de orden público sucesorio (arg. art. 2369, CCC).

14. Acertadamente el Anteproyecto de Reformas al Código Civil y Comercial de 2018 propone suprimir la limitación del saldo excedente de la hijuela del heredero adjudicatario del bien, en tanto no puede superar la mitad del valor del lote<sup>(17)</sup>. Pero deja subsistente la cuestión de si ese saldo puede ser pagado con otros bienes extrasucesorios que no sean dinero, alternativa que a nuestro parecer debe admitirse, pues no se desvirtúa la naturaleza de la partición ni se violentan normas de orden público y es una manera de facilitar la concreción de la división de los bienes entre los coherederos.

#### **IV. Atribución preferencial de un establecimiento productivo o de los derechos sociales si la explotación tiene forma societaria<sup>(18)</sup>**

15. *Atribuciones preferenciales. Noción. Carácter excepcional. Objeto.* Este instituto constituye una novedad respecto del Código de Vélez Sarsfield, y se encuentra re-

(15) Ferrer-Córdoba-Natale, “Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria”, n° 22, en Rev. Der. de Fam. y de las Personas, octubre 2012, p. 127 y ss.; Ferrer-Córdoba, *Práctica del derecho sucesorio*, Astrea, Bs. As., 2016, p. 88; Medina-Roller, *Derecho de las sucesiones*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2017, p. 417; Ferrer, Francisco A. M., *El derecho de sucesiones en el Código Civil y Comercial*, n° 17-7, en Rev. de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, Santa Fe, 2016, n° 10, p. 51, y en Alterini, J. H. (dir.) - Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado*, La Ley, 3° ed., 2018, t. XI, coment. art. 2377, pp. 450/451; Belluscio-Maffia, *Derecho sucesorio*, Astrea, Bs. As., 2017, parág. 192, p. 237; Olmo, Juan P., en Rivera-Medina, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Bs. As., 2014, t. VI, coment. art. 2377, p. 251; Mourelle de Tamborenea-Podestá, *Derecho de las sucesiones*, Ad-Hoc, Bs. As., 2016, t. 1, p. 450. *En contra*, manifestándose a favor de esta limitación cuantitativa: Goyena Copello, Héctor R., *Tratado del derecho de sucesión*, La Ley, Bs. As., 3° ed., 2015, t. III, p. 591; Arianna, Carlos A., “Las reformas en materia de partición de herencia”, n° III, La Ley 2016-F; Hernández-Ugarte, *Tratado de las sucesiones*, La Ley, Bs. As., 2020, t. I, p. 810.

(16) Conf. Ferrer, Francisco A. M., obras y lugares citados en nota anterior; Guilisasti, Jorgelina, “Partición”, en Ferrer, Francisco A. M., (dir.), *Manual práctico de derecho sucesorio*, Rubinzal Culzoni Ed., Bs. As. - Sta. Fe, 2020, p. 201.

(17) Comentamos favorablemente esta razonable propuesta en nuestro trabajo “Las reformas propuestas al Código Civil y Comercial en materia sucesoria”, n° VII, en JA Número Especial, 10/7/2019, p. 87 y ss.

(18) Ferrer, Francisco A. M. - Guilisasti, Jorgelina, “Las atribuciones preferenciales”, en Rev. Der. Privado y Comunitario 2019+241 y ss.

(12) Comp.: Solari, Néstor E., *Manual de sucesiones*, La Ley, Bs. As., 2020, pp. 387/388.

(13) Nuestro *Tratado de Sucesiones*, cit., t. III, n° 1309.1, y sus referencias.

(14) Conf. CNCiv., Sala D, 15/9/2015, Rev. Cód. Civ. y Comercial diciembre 2015, p. 135, DJ 2/3/2016, p. 80, La Ley Online AR/JUR/42745/2015; Méndez Costa, María J., “Partición de gananciales: negocio jurídico único”, La Ley 1986-E-155; Perrino, Jorge O., *Derecho de las sucesiones*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, t. I, n° 1237.

gulado en los arts. 2380/2382, dentro del Capítulo 2 “Modos de hacer la partición” en el Título VIII “Partición” del CCC. Fue propuesto para la partición hereditaria el Proyecto de Código Civil de 1998 (arts. 2333/2335), siguiendo la tendencia inaugurada por el Código Civil francés y el Código Civil de Quebec.

Su ubicación nos demuestra que se trata de una modalidad de partir en relación a bienes específicos<sup>(19)</sup>, previa a la operación particionaria, de carácter excepcional porque afecta determinados principios que presiden la partición judicial, en cuando al modo de formación de los lotes, en los cuales la regla es que no se tiene en cuenta ni la naturaleza ni el destino de los bienes (art. 2377) y también altera el principio de partición en especie (art. 2374).

La atribución preferencial, en efecto, permite al cónyuge o a un heredero, o a varios de ellos, obtener la atribución de ciertos bienes, limitativamente enumerados por la ley, con cargo para los beneficiarios de indemnizar o compensar a los otros copartícipes el mayor valor que pudiera tener el bien atribuido por sobre el monto de su porción hereditaria.

16. *Objeto.* De acuerdo a los bienes que son objeto de las atribuciones preferenciales, existen tres tipos de atribuciones preferenciales.

a) Una tiene por objeto un establecimiento que constituya unidad económica productiva, o los derechos sociales, si la explotación tiene forma societaria (art. 2380, CCC).

b) Otra recae sobre el inmueble que constituye la vivienda del solicitante o el inmueble donde desarrolla su profesión u oficio, sea propiedad del causante o alquilado (art. 2381, incs. a y b, CCC).

c) La última refiere a los bienes muebles necesarios para la explotación del campo que arrendaba el causante, y cuyo arrendamiento pretende se le adjudique (art. 2381, inc. c, CCC).

En este trabajo solo nos referiremos al primer supuesto de atribución preferencial a fin de destacar una injustificada restricción a la autonomía privada de los copartícipes en la operatoria del instituto.

17. *Carácter excepcional.* Ha sido instituida como una reacción contra la igualdad ciega de la partición. Por eso es excepcional, porque altera el principio de igualdad en la partición en especie, ya que uno de los coherederos será preferido sobre los demás porque ha contribuido a la formación del establecimiento productivo (art. 2380, CCC), o bien por sus situaciones personales o condiciones profesionales cuando se trate de los otros bienes designados por la ley (art. 2381, CCC). Consiste en permitir a ese comunero hacerse atribuir el bien en la partición por preferencia a otros copartícipes. La igualdad de la partición se restablece en valor: el adjudicatario debe tomar menos en los otros bienes hereditarios; si ello no basta, porque el valor del bien adjudicado excede el de su porción hereditaria, debe pagar el exceso a los otros comuneros.

También constituye una excepción al principio de que la ley no considera la naturaleza ni el origen de los bienes, pues bajo esta figura serán considerados establecimientos que constituyan unidad económica –adopten o no forma societaria– y también otros bienes que presentan para uno de los copartícipes un interés especial o superior respecto del interés que tendría para los otros, y cuyo interés resulta determinante para acceder favorablemente a su petición, pues esos bienes le aseguran la continuidad del ejercicio de su profesión u oficio, o la continuidad de su habitación, porque el inmueble constituía su vivienda al tiempo de la muerte del causante, inmueble respecto del cual el causante era propietario o locatario. La atribución preferencial en estos casos comprende el mobiliario que se encuentra en la vivienda.

18. *Funciones.* Tiene una doble función: “económica”, pues impide el desmantelamiento de ciertas unidades de producción y favorece su continuidad; y “familiar”, pues también permite con un fin tuitivo que el cónyuge o alguno de los coherederos conserve el inmueble donde tiene instalada su vivienda o donde ejerce su profesión u oficio, y conserve los instrumentos necesarios para la continuación de la actividad agropecuaria.

19. *Inexistencia de orden público.* Las disposiciones relativas a la atribución preferencial no revisten carácter de orden público. Cada uno de los copartícipes puede, por

lo tanto, ejercer esta facultad que le acuerda la ley, o no, absteniéndose de hacerla valer. Lo expuesto surge del propio texto de las normas de los arts. 2880, 2381 y 2382 del CCC en cuanto establecen que el cónyuge sobreviviente o un heredero, individualmente o en forma conjunta, “pueden pedir”, por ello se colige su carácter voluntario. Además, los herederos pueden pactar no ejercer este derecho, y decidir la venta del o de los bienes. Y el testador puede frustrar la atribución preferencial legando el bien.

Un aspecto vinculado con el orden público es el de la validez excepcional de los pactos sobre herencia futura prevista en el segundo párrafo del art. 1010 del CCC<sup>(20)</sup>, dado que a través de ellos se podría incluir un pacto en el que el futuro causante transfiere la explotación o sus derechos societarios sobre tal explotación al heredero más idóneo para mantener su continuidad, con reserva de usufructo o pacto de renta vitalicia (o sin estas modalidades), compensando a los restantes legitimarios, si no se afectan los derechos del cónyuge.

20. *Oportunidad para pedirla. Condiciones.* En cualquiera de los supuestos de atribuciones preferenciales previstos por el Código, la petición de obtener la adjudicación preferencial de uno de los bienes sucesorios determinados por la ley es una operación previa a la partición, y hay que introducir la pretensión después de aprobado el inventario y avalúo de los bienes<sup>(21)</sup>. Si el perito partidor hubiera ya presentado al juzgado la operación particionaria, sin haberse ejercido previamente este derecho, consideramos que el procedimiento ya no puede volver para atrás, hay preclusión. No es preciso esperar en este caso el transcurso del plazo de 30 días fijados para pedir la licitación (art. 2372, último párr., CCC), pues la ley guarda silencio al respecto en este caso<sup>(22)</sup>.

Se instrumenta mediante incidente que se promueve contra los coherederos, ante el juez del sucesorio (art. 2336, CCC), en cuyo caso se debe suspender la partición hasta tanto se resuelva esta pretensión. El juez resolverá, previo traslado a los demás coherederos, atribuyendo o no el bien al solicitante, y en el primer caso con cargo de pagar la diferencia si el bien asignado supera el valor de su hijuela, determinando la forma de pago, que, en principio, es al contado según lo dispone el art. 2380, al final, del CCC.

Se puede obviar esta incidencia habiendo acuerdo entre los herederos, el cual se podrá manifestar en la reunión previa a la partición que el perito partidor debe mantener con los coherederos, en cuyo caso recibirá las instrucciones para practicar la operación particionaria (ver n° 4).

21. En el régimen de las atribuciones preferenciales no hay límites en cuanto al exceso que el valor del bien cuya adjudicación se pretende pueda tener sobre el valor de la cuota hereditaria del postulante, como ocurre con los casos de partición con saldos (art. 2377, 2° párr., CCC), diferencia que ya criticamos. Si el valor del bien supera el valor de la hijuela, cualquiera sea el monto de ese excedente, deberá expresar cómo pagará esa diferencia, cuyo pago, en principio debe ser en dinero efectivo y al contado (art. 2380, último párrafo, CCC), mediante depósito en el expediente sucesorio; o financiado en cuotas si media acuerdo con los copartícipes. Y también se puede pagar con bienes propios del peticionante o hereditarios, pues nada impide a los copartícipes celebrar y combinar distintos negocios jurídicos, que son accesorios e incidentales a los efectos de facilitar la partición, negocio jurídico único, como ya sostuvimos, que los engloba y absorbe (ver n° 11).

22. *Atribución del establecimiento que constituye unidad económica.* Está contemplada en el art. 2380 del CC: “Atribución preferencial de establecimiento. El cónyuge sobreviviente o un heredero pueden pedir la atribución preferencial en la partición, con cargo de pagar el saldo si lo hay, del establecimiento agrícola, comercial, industrial,

(20) El art. 1010 del CCCN expresa: “Herencia futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa. Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros”.

(21) Azpiri. Jorge O., *Juicio sucesorio*, cit., parág. 73, p. 485.

(22) En contra: Hernández-Ugarte, *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 829.

(19) Raynaud, Pierre, *Les successions et les libéralités*, Sirey, Paris, 1983, n° 781; Briere, Germain, *Droit des successions*, Wilson & Lafleur, 3me. ed., Montreal, 2002, n° 902.

artesanal o de servicios que constituye una unidad económica, en cuya formación participó”.

“En caso de explotación en forma social, puede pedirse la atribución preferencial de los derechos sociales, si ello no afecta las disposiciones legales o las cláusulas estatutarias sobre la continuación de una sociedad con el cónyuge sobreviviente o con uno o varios herederos”.

“El saldo debe ser pagado al contado, excepto acuerdo en contrario”.

Cabe aclarar el concepto de unidad económica, recurriendo a la conocida noción que dio Elías P. Guastavino: “Conjunto de bienes materiales (muebles e inmuebles) que armonizados en función productora de bienes o servicios, separados no podrían continuar su función o disminuiría considerablemente”<sup>(23)</sup>. Asimismo, también es conveniente considerar que en el léxico del Código Civil y Comercial los vocablos “establecimiento”, “explotación productiva” (art. 1010, 2º párr., CCC) tienen significación equivalente.

23. Por otra parte, merece destacarse que la norma exige que el cónyuge sobreviviente o el heredero “hayan participado en la formación” del establecimiento, o sea pareciera entonces que requiere que el postulante sea copropietario, o que haya colaborado con sus aportes de trabajo personal o en dinero a la formación del establecimiento. Pero para asegurar la continuidad de la unidad económica parecería más adecuado exigir que el heredero que solicita la atribución de un establecimiento participe o haya participado efectivamente y con idoneidad en su actividad productiva, más que en su formación. Así lo especifica atinadamente el art. 831 del Código Civil francés, y lo confirma el art. 2382, porque en el supuesto de que concurren dos o más herederos pretendiendo la atribución preferencial del mismo bien sucesorio, el juez deberá evaluar la aptitud de los postulantes y la importancia de su participación personal en la actividad de la unidad productiva. Cabe entonces considerar que, si el interesado demuestra que participó activamente en la gestión de la empresa, aunque no haya sido en su formación, cumple la finalidad de la norma, que consiste en que la empresa quede en manos de quien trabaje con aptitudes suficientes en su gestión, con lo cual cabe presumir su conocimiento del negocio e idoneidad para garantizar su continuidad, que es la finalidad perseguida por la ley. Por eso creemos que en este sentido procedería una interpretación amplia del precepto, porque responde más adecuadamente al interés social<sup>(24)</sup>.

24. *Injustificada restricción a la autonomía particionaria.* Tanto en el caso de atribución preferencial de establecimientos que constituyan unidades productivas o de participaciones societarias en empresas, en ambos casos deberá tenerse en cuenta la tasación del establecimiento o de las cuotas o acciones sociales, y si esa tasación es superior al valor que le corresponde al solicitante por su porción hereditaria, *tendrá que abonar la diferencia al contado, “excepto acuerdo en contrario”*, según dispone el último párrafo de este precepto. Ello importa una regla legal excesiva, pues la exigencia prioritaria del pago al contado del excedente puede constituir un factor perturbador del instituto y llegar a frustrarlo<sup>(25)</sup>, dado que en nuestro país no existen líneas bancarias específicas de crédito para estos casos, como en algunos países europeos. Resultaría más apropiado a la finalidad del instituto y al principio de autonomía de la voluntad en cuestiones patrimoniales que el legislador hubiese dispuesto que el saldo se debiera pagar de conformidad al acuerdo de los herederos, sin imponer en primer término el pago al contado.

(23) Guastavino, Elías P., “La indivisión hereditaria impuesta por el cónyuge superviviente”, JA 1957-III-31.

(24) Conf. Iglesias, Mariana, en Iglesias-Krasnow, *Derecho de las familias y las sucesiones*, La Ley, Bs. As., 2016, pp. 980/981; Arianna, Carlos A., “Las reformas en materia de partición de herencia”, cit., n° VII, La Ley 2016-F; Hernández-Ugarte, *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, p. 826. Según otra opinión, el texto no da lugar a otra interpretación que la de haber participado el heredero cuando se inició la explotación: Azpiri, Jorge O., *Derecho sucesorio*, 5ª ed., Hammurabi, Bs. As., 2017, parág. 58-i), p. 210. Este autor señala que parece no tener relevancia si el peticionante se ha desvinculado de la empresa o continuó desempeñándose en ella.

(25) En una exposición, realizada en la Facultad de Ciencias Veterinarias de la UNL (Esperanza, Santa Fe, 31/10/2018), a cargo de la profesora Jorgelina Guillisasti referida a la transmisión de la empresa familiar por causa de muerte cuyos destinatarios eran productores tamberos, estos plantearon estas dos cuestiones como principales interrogantes: la definición de participación en la formación de la empresa familiar y el modo de pagar el saldo. Debemos advertir que fueron considerados obstáculos por los productores para el ejercicio de la atribución preferencial.

Coincidimos con la observación de Arianna: existe una diferencia injustificada con la atribución preferencial en la partición de la comunidad de gananciales, en tanto en esta se admite que el juez pueda conceder plazos para el pago de la diferencia si el peticionante ofrece garantías suficientes (art. 499, CCC)<sup>(26)</sup>.

De todas formas, si los coherederos llegan a un acuerdo y le conceden financiación al adjudicatario para pagar el saldo deudor, resultaría aplicable el art. 2377 del CCC, en cuanto prevé que se garantice el saldo pendiente a satisfacción del acreedor y que, si por circunstancias económicas el valor de los bienes que le han sido atribuidos aumenta o disminuye considerablemente, las sumas debidas aumentan o disminuyen en igual proporción (2º y 3º párrafos)<sup>(27)</sup>.

En el supuesto de que la explotación adopte una forma societaria, los mismos legitimados (cónyuge superviviente u otro heredero) pueden solicitar la atribución preferencial de los derechos sociales, con la condición de que ello no afecte las disposiciones legales o estatutarias sobre la continuación de una sociedad con el cónyuge sobreviviente o con uno o varios herederos. Es decir que la afectación de la normativa legal o estatutaria constituye un impedimento para acceder a la petición de atribución preferencial.

También debe destacarse que, si la atribución preferencial es del establecimiento o de participaciones societarias, el cónyuge superviviente o el heredero interesado podrán optar por oponerse a que se incluya ese bien en la partición, de acuerdo a la facultad que les atribuyen los arts. 2332 y 2333 del CCC, con las condiciones y efectos que se consignan en dichas normas.

25. Conviene reiterar que, como observa Roberto Natale, corresponde admitir en la partición bienes extraños al acervo sucesorio, sea en dinero u otros bienes propios de los comuneros, compensando de esta manera la inicial diferencia en los lotes desiguales, a fin de lograr una composición equitativa de hijuelas<sup>(28)</sup>. Estas compensaciones con bienes o sumas de dinero propio del comunero al cual se atribuye preferencialmente un bien, no transforma el negocio en compraventa u otro tipo de contrato, sino que son actos de naturaleza partitiva<sup>(29)</sup> (n° 11).

## V. Conclusión

Consideramos que ha sido un acierto del legislador introducir los dos institutos que hemos reseñado: la partición con saldos y las atribuciones preferenciales, en cuanto significan un significativo perfeccionamiento de nuestro derecho de sucesiones al ampliar la autonomía privada de los coherederos, facilitar y dinamizar la transmisión y partición hereditaria del patrimonio relicto.

No obstante, opinamos que ha sido un claro desacuerdo trabar o dificultar la operatoria de ambos útiles institutos con las restricciones denunciadas: poner un límite al exceso del valor del lote del heredero adjudicatario en la partición con saldos, y exigir de entrada pago al contado en la atribución preferencial de un establecimiento productivo. Como también, en este último caso, condicionar la petición del cónyuge o del heredero a que haya participado en la formación de la unidad económica, sin tener en cuenta que el interés social requiere personas idóneas para la buena administración y continuidad de la empresa, lo cual es un enfoque diferente. En una futura reforma creemos que el legislador, atento al bien común de la sociedad, debiera poner atención en estos aspectos para efectuar las reformas pertinentes.

**VOCES: SUCESIONES - FAMILIA - MATRIMONIO - PARTICIÓN HEREDITARIA - CÓNYUGE SUPERVIVIENTE - BIENES GANANCIALES - HEREDEROS - SOCIEDAD CONYUGAL - RENDICIÓN DE CUENTAS - ACTO JURÍDICO - BIENES PROPIOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PARTICIÓN DE LOS BIENES CONYUGALES - FRAUDE - ORDEN PÚBLICO - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - CONTRATOS - INSTRUMENTOS PÚBLICOS - CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS - ESCRITURA PÚBLICA**

(26) Arianna, Carlos A., “Las reformas en materia de partición de herencia”, cit., n° VII, La Ley 2016-F.

(27) Conf. Iglesias, Mariana, en Iglesias-Krasnow, *Derecho de las familias y las sucesiones*, cit., p. 982.

(28) Natale, Roberto M. en Peyrano-Vázquez Ferreyra, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe*, Ed. JURIS, Rosario, 1996, t. 3, pp. 151/152.

(29) SC Buenos Aires, 19/8/1969, LA LEY, 138-967, 23.787-S, pts. VI, VII, VIII y XIII.