

La partición de la herencia realizada por los ascendientes. novedades y conflictos a partir de la sanción del código civil y comercial

Mazzinghi, Jorge A. M.

Publicado en: LA LEY 19/12/2016 , 1 • LA LEY 2017-A , 593 • DFyP 2017 (junio) , 129

Sumario: I. Introducción.— II. La voluntad ilustrada de los padres como fundamento de la institución.— III. Las personas que pueden realizar la partición y las personas alcanzadas por ella.— IV. La partición efectuada por el ascendiente, la colación y la mejora de alguno de los descendientes.— V. La partición por los ascendientes y el derecho a pedir la atribución preferencial de algún bien.— VI. La partición realizada por el ascendiente y el derecho real de habitación del cónyuge o conviviente supérstite.

Cita Online: AR/DOC/3739/2016

I. 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 [\(1\)](#), 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.

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

El poder que la ley les reconoce a los padres para distribuir la herencia entre sus hijos, se funda en la presunción de que aquéllos 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- [\(2\)](#), 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 encuentran 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 (3), 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. (4)

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.

III. Las personas que pueden realizar la partición y las personas alcanzadas por ella

Como su nombre lo indica, la partición por los ascendientes puede ser realizada por el padre o por la madre que tienen descendencia.

En principio, podrán recurrir a esta figura los padres, con el propósito de distribuir la herencia entre sus hijos.

La partición también podrá alcanzar a los nietos del que la realice, pues éstos heredan a su padre o a su madre por representación, ocupando su lugar en la sucesión del partidor.

Si la persona que decide efectuar la partición está casada, puede incluir en la partición a su cónyuge, pero sólo con relación a los bienes que revisten carácter propio.

En este caso, el cónyuge superviviente se equipara a los hijos del causante, y éste último define los bienes que se atribuirán sus hijos, y define también los que habrán de corresponderle al cónyuge superviviente.

En la hipótesis, la partición por el cónyuge puede realizarse por testamento; sólo puede concretarse a través de una donación si los cónyuges han optado por el régimen de separación de bienes, pues los que están encuadrados en el régimen de comunidad no pueden efectuarse donaciones. (5)

Si los cónyuges poseen bienes gananciales, la partición sólo puede realizarse con relación a los hijos y a través de la donación de los bienes mediante un acto conjunto de los dos cónyuges (6). De esta manera, -contemplada en el art. 2411 segundo párrafo del Código Civil y Comercial-, los cónyuges se desprenden de la titularidad y de los derechos que pudieran ostentar sobre los bienes gananciales, transmitiéndoles el dominio a sus hijos. (7)

Aunque la norma del art. 2411 del Código Civil y Comercial no dice nada al respecto, entiendo que la donación puede limitarse a la nuda propiedad de los bienes gananciales, manteniendo el padre, o la madre, -o ambos-, el usufructo sobre los bienes incluidos en la donación. (8)

IV. La partición efectuada por el ascendiente, la colación, y la mejora de alguno de los descendientes

Al realizar la partición, los ascendientes deben tomar en cuenta las donaciones que, con anterioridad, hubieran realizado en favor de alguno o alguno de sus descendientes.

El criterio conforme al cual la partición debe incluir las donaciones anteriores resultaba del art. 3530 del Código Civil: "Para hacer la partición, sea por donación o por testamento, el ascendiente debe colacionar a la masa de sus bienes, las donaciones que hubiese hecho a sus descendientes ...". El art. 2413 del Código Civil y Comercial reitera la directiva: "Al hacer la partición, sea por donación o por testamento, el ascendiente debe colacionar a la masa el valor de los bienes que anteriormente haya donado y sean susceptibles de colación".

A pesar de que se mantiene la misma solución legal, las actuales disposiciones sobre la colación pueden suscitar algunos problemas de interpretación.

Porque el segundo párrafo del art. 3477 del Código Civil disponía que la colación era procedente aunque los valores dados en vida por el causante existieran o no en poder del heredero a la fecha de la muerte del autor de la sucesión. El art. 2393 del Código Civil y Comercial sienta un principio contrario, pues establece que "no se debe colación por el bien que ha perecido sin culpa del donatario".

De acuerdo con este nuevo criterio, -más favorable al donatario-, bien podría ocurrir que, al realizar la partición, -por donación o por testamento-, el ascendiente tomara en cuenta donaciones que se tornaran luego no colacionables por el hecho de que el bien donado no subsistiera en el patrimonio del donatario al tiempo de la muerte del donante.

En una hipótesis como la descripta, el equilibrio de la partición se vería alterado en razón de que el causante habría considerado el valor de un bien que, -por haber perecido luego sin culpa del donatario-, no podría haber dado lugar a la colación.

También puede suscitarse un conflicto entre el texto del art. 2413 del Código Civil y Comercial, -que alude al valor de los bienes donados-, y el art. 2391 del nuevo Código que extiende el deber de colacionar a las convenciones que el heredero hubiera realizado en vida con el autor de la sucesión, y de las que le resultaran al primero una "ventaja particular".

Esta última norma amplía el ámbito de las liberalidades colacionables, abarcando la concesión del uso gratuito de un bien, o un préstamo de dinero sin intereses, o la formalización de un fideicomiso con beneficios para el heredero.

Aunque la norma del art. 2413 sólo se refiere a los bienes donados, parece lógico que el ascendiente pueda incluir en la partición las ventajas particulares o los beneficios comprendidos en el art. 2391 del Código Civil y Comercial.

Otro cambio importante en el régimen de la partición por el ascendiente guarda relación con la oportunidad y la forma de mejorar a uno de los descendientes.

El art. 3524 del Código Civil establecía que la partición realizada por el ascendiente podía incluir una mejora en favor de uno de los hijos, pero dejaba bien en claro que esta mejora no se mantenía ni regía si el causante no incluía en el testamento una cláusula expresa de mejora en favor del descendiente beneficiado en la partición. La norma restrictiva estaba inspirada en el interés por preservar la intimidad y la libre deliberación del causante, disponiendo que la mejora sólo podía resultar del testamento.

El nuevo Código consagra un criterio distinto y más amplio, permitiendo que, en la partición misma, el ascendiente pueda mejorar "a alguno de sus descendientes o al cónyuge dentro de los límites de la porción disponible". La única exigencia de la norma del art. 2414 del Código Civil y Comercial, -que he transcrito parcialmente-, es que el ascendiente realice una manifestación expresa de la que resulte la mejora.

En relación con esta mayor discrecionalidad, conviene recordar que el causante no sólo puede legar su porción disponible, sino que puede afectar la porción legítima de sus

herederos forzosos disponiendo de un tercio en favor de un descendiente o ascendiente que padezca "una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación con su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral".

Al regular la mejora, el art. 2448 del Código Civil y Comercial dispone que el causante puede realizarla "por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso", lo que significa un margen de mayor discrecionalidad al tiempo de asegurar o dirigir el destino de la herencia futura.

V. La partición por los ascendientes y el derecho a pedir la atribución preferencial de algún bien

Los arts. 2380 y 2381 del Código Civil y Comercial contemplan algunas situaciones en las que el cónyuge sobreviviente o alguno de los herederos pueden reclamar la atribución preferencial de algún bien en la partición.

La figura, -que no existía en el Código Civil-, se refiere a la posibilidad de pedir la atribución preferencial del "establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios" en cuya formación participó el peticionante, o la del inmueble en el que el cónyuge o el heredero habitaban al tiempo de la muerte, o la del local en el que el heredero ejercía su actividad profesional o comercial, o la de las herramientas o cosas muebles afectadas a una explotación rural en calidad de arrendamiento o aparcería.

El punto es determinar si las hipótesis de adjudicación preferencial que ahora contempla el nuevo Código Civil y Comercial pueden funcionar y predominan frente a la partición que hubieran realizado los ascendientes sin tener en cuenta los supuestos previstos por la ley [\(9\)](#).

Si el padre o la madre practican una partición de los bienes entre sus hijos, no está del todo claro si éstos pueden cuestionarla o contradecirla invocando el derecho a la atribución preferencial de un establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios, de la vivienda, de un local comercial o profesional, o de las cosas muebles utilizadas en la explotación de un bien rural.

La respuesta a este interrogante admite, a mi modo de ver, una distinción esencial.

a) Como principio general, -o punto de partida-, me inclino a pensar que la partición realizada por los ascendientes es oponible y, en cierto sentido, se impone a la voluntad o a las preferencias de los herederos forzosos.

La partición por los ascendientes está fundada en el derecho de los padres a asegurar el destino de los bienes, evitando los conflictos derivados de la división de la herencia entre los descendientes. La ley presume que los ascendientes tienen un criterio mejor formado acerca de las afinidades y capacidades de sus hijos para poseer unos u otros bienes.

Si los padres deciden concretar la partición, -a través de la donación de sus bienes, o a través de un testamento-, los descendientes y, eventualmente, el cónyuge supérstite respecto de los bienes propios del causante, no tienen derecho a requerir una atribución preferencial distinta, fundada en una situación de hecho anterior a la donación o a la fecha en que se redactó el testamento. [\(10\)](#)

Pensemos, por ejemplo, en el padre que realiza una partición atribuyéndole el establecimiento industrial o agrícola a uno de sus hijos que no es el que contribuyó a formarlo ni el que, por caso, está al frente de su gestión. Esta decisión paterna inhibe, en principio, la posibilidad de que este último invoque la atribución preferencial del art. 2380 del Código Civil y Comercial. Pensemos en la madre que vive con una de sus hijas en el inmueble que fue asiento de la vivienda familiar, y que realiza una partición disponiendo

que el inmueble se atribuya en condominio a favor de varios de sus hijos, -incluyendo o excluyendo a la que lo ocupaba ó que se lo adjudique a una hija distinta a la que vive en el inmueble, o establece en el testamento que se venda para distribuir su precio conforme al mecanismo indicado en la partición.

En estos casos, -y en muchos otros que pueden imaginarse-, la partición realizada por los ascendientes —ya sea por donación o por testamento- se impone y predomina sobre los supuestos legales de atribución preferencial.

b) La situación puede llegar a variar sustancialmente si los hechos que conforman y dan sustento a los supuestos de atribución preferencial se configuran con posterioridad a la fecha en la que el ascendiente estructura la partición.

Si el padre, por caso, realiza una partición testamentaria atribuyéndole el local a uno de sus hijos, y, con posterioridad, otro de sus hijos comienza a ejercer su actividad en el local comercial, explotando el negocio familiar, no está tan claro que la partición le impida a este último invocar la atribución preferencial sobre el inmueble en donde está instalado el negocio cuya gestión ejerce.

Algo similar podría ocurrir con el conjunto de maquinarias y herramientas afectadas a la explotación rural. El padre puede haber realizado una partición atribuyéndolas en conjunto y en partes iguales a todos sus hijos. Si, con posterioridad al dictado del testamento que incluye la partición, uno de sus hijos comienza a utilizar las maquinarias y las herramientas en la explotación de otros campos que arrienda o trabaja como aparcerero, parece injusto negarle la posibilidad de reclamar la atribución exclusiva de los tractores y útiles de labranza que conforman un negocio en marcha.

En estas hipótesis, los hechos que explican y dan fundamento a la atribución preferencial se configuran o terminan de configurarse con posterioridad a la formalización de la partición testamentaria, y pueden justificar su modificación y hasta su neutralización para dar lugar al juego de los mecanismos previstos en la ley.

Si el ascendiente había realizado la partición a través de la donación de los bienes, la posibilidad de alterarla por la aplicación de alguno de los supuestos legales de atribución preferencial aparece como más difícil, pues los donatarios ya han recibido la posesión de los bienes, y la reformulación podría generar problemas en cuanto a los frutos y a los derechos de los terceros.

Si, en cambio, la partición consta en un testamento redactado antes de que se configuraran las situaciones que dan lugar a la atribución preferencial, está más claro que éstas pueden predominar sobre la partición realizada por los ascendientes.

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

En el capítulo que antecede, me ocupé de la tensión que podría suscitarse entre la partición efectuada por los ascendientes y los supuestos en los que la ley autoriza la atribución preferencial de algún bien.

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 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. [\(11\)](#)

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 [\(12\)](#).

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 perjudica [\(13\)](#)

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 superviviente 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. (14)

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 superviviente 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 superviviente 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 superviviente está adecuadamente resguardado y deja sin sustento legítimo a la eventual queja del adjudicatario.

(1) 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 hiciera, 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: "Il testatore può dividere i suoi beni tra gli eredi comprendendo nella divisione anche la parte non disponibile".

(2) 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".

(3) 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, p. 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.

(4) 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 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.

(5) Así lo establece el art. 1002 inc. d) del Código Civil y Comercial: "No pueden contratar en interés propio ... los cónyuges bajo el régimen de comunidad, entre sí".

(6) La posibilidad era aceptada por la doctrina en el marco del Código Civil: "La duda que se plantea está referida al caso en que los dos cónyuges en forma conjunta efectúen la partición por donación. En este supuesto, la mayoría de la doctrina entiende que tal partición es válida siempre que comprenda exclusivamente bienes gananciales y no se refiera a bienes propios". (AZPIRI, Jorge O. "Derecho Sucesorio", 4ª ed., año 2016, p. 474, Editorial Hammurabi).

(7) La norma funciona bien si los bienes gananciales son de la titularidad conjunta de ambos cónyuges, y si los donatarios son hijos de los dos. De no ser así, el cónyuge no titular del bien ganancial estaría renunciando anticipadamente a los derechos que le corresponderían en la partición de la comunidad, y podría estar afectando los derechos de sus eventuales herederos forzosos.

(8) Así lo dice, en términos generales el art. 2416 del Código Civil y Comercial.

(9) En la partición por el ascendiente, la voluntad del causante es determinante. Por eso pienso que, ante una partición efectuada por el padre o por la madre, los herederos no tendrían el derecho a licitar que regula el art. 2372 del Código Civil y Comercial para el supuesto de una partición judicial.

(10) El predominio de la voluntad testamentaria sobre los supuestos de atribución preferencial fue reconocido en el derecho francés: "Les dispositions de l'art. 832 ne réglementent qu'une modalité du partage et ne peuvent trouver applications lorsque, par son testament, le de cuius a attribué l'exploitation agricole dont il était propriétaire a un héritier autre que celui qui réunissait les conditions fixées pour l'attribution préférentielle d'une telle exploitation" (Code Civil 101 édition, Dalloz, n° 33, p. 728, año 2002).

(11) 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 superviviente 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.

(12) 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", JA 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.

(13) El 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.

(14) Conf. RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela; Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo VI, p. 260, La Ley, 1º edición.