



Título: La atribución preferencial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012

Autor: Olmo, Juan Pablo

Publicado en: Revista de Derecho de Familia y Sucesiones, N° 2, Octubre 2013, 28/10/2013, IJ-LXIX-263.

I. Atribución preferencial

Abierta la sucesión a partir del momento mismo de la muerte del causante (art. 2277)[1], se forma un estado de indivisión hereditaria entre los coherederos, cuyos bienes no pertenecen a ningún heredero en particular sino a todos en común.

Dicho estado de indivisión de la masa hereditaria sólo cesa con la partición (art. 2363). La partición es un conjunto complejo de actos jurídicos encaminados a poner fin al estado de indivisión, de modo que los copartícipes materializan la porción ideal que en la herencia les corresponde, transformándola en bienes concretos sobre los que tienen un derecho exclusivo.

Es decir, mientras que en el estado de indivisión a cada heredero le pertenece una cuota o porción ideal en el porcentaje que por ley o por voluntad del testador le corresponda, con la partición se procede a la distribución de bienes determinados a través de su adjudicación.

Una vez aprobados el inventario (art. 2341) y el avalúo (art. 2343) de los bienes, quienes se encuentren legitimados (art. 2364) podrán pedir la partición (art. 2365). La partición podrá ser extrajudicial (art. 2369) o en su defecto, en caso de no verificarse los requisitos para su procedencia, deberá entonces realizarse judicialmente (art. 2371) y se designará un partidor a tal fin (art. 2373).

El partidor debe formar la masa partible (art. 2376) tras deducir las bajas comunes (art. 2378 párr. 2º), para luego determinar el valor de las hijuelas de cada heredero. Finalmente, procederá a la formación de los lotes (art. 2377) y su asignación a los herederos (art. 2378). Esto último es la partición propiamente dicha, que implica la adjudicación de los lotes constituidos por los bienes que le han correspondido a cada heredero, tras ser aprobada judicialmente la cuenta particonaria. En efecto, la tarea del partidor se concreta con la realización de la cuenta particonaria, la cual se divide en las siguientes etapas: 1) prenotados —antecedentes del juicio sucesorio, o sea, un resumen del expediente—; 2) cuerpo general de bienes —detalle de los bienes que deben ser computados en la masa partible a los efectos de la partición (art. 2376)—; 3) bajas comunes —los rubros contenidos en el art. 2378 párr. 2º—; 4) masa partible propiamente dicha o líquido partible —el valor resultante del cuerpo general de bienes menos las bajas comunes—; 5) división —lo que debe recibir en valores cada heredero—; 6) formación de los lotes (art. 2377); 7) asignación de los lotes (art. 2378 párr. 1º).

Ahora bien, además del mecanismo previsto para llevar a cabo la formación (art. 2377)[2] y asignación de los lotes (art. 2378)[3], y la entrega de títulos y determinados objetos y documentos comunes (art. 2379)[4], el Proyecto también prevé como novedad para el momento de la partición diversos supuestos de atribución preferencial —a pedido del cónyuge sobreviviente o de un heredero— de cierta clase de bienes que integren la masa: ya sea el establecimiento que constituye una unidad económica (art. 2380)[5] u otros bienes (art. 2381)[6]. El Proyecto además resuelve la petición efectuada por varios interesados (art. 2382)[7]. Finalmente, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite también es un supuesto particular de atribución preferencial que opera de pleno derecho (art. 2383)[8].

Las antecedentes de los preceptos contenidos en los arts. 2380, 2381 y 2382 del Proyecto 2012 los encontramos en el Proyecto de Código unificado de 1998 en sus arts. 2333, 2334 y 2335, respectivamente; de los cuales conservan una redacción similar aunque con algunas modificaciones. Las normas referidas fueron tomadas del derecho francés (arts. 832 y sgtes. del Code).

II. Formación de los lotes: principio general

El principio que sienta el art. 2377 es que para la formación de los lotes, que luego serán adjudicados a los copartícipes, es indistinto cuál sea la naturaleza o destino de los bienes. Pero esta regla no es absoluta, puesto que también se prevé una excepción: que se trate de algunos de los supuestos de atribución preferencial, en cuyo caso será de aplicación lo normado en los arts. 2380, 2381 y 2382. En todo caso, la regla que sí se debe observar es que en la formación de los lotes debe evitarse que se produzca el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas.

Sobre la masa partible —deductidas ya las bajas comunes[9]— se calcula la parte alícuota que a cada heredero corresponde en el haber sucesorio, debiéndose adjudicar a cada uno un lote de igual valor. Es decir, el valor total de los bienes que conformarán cada uno de los lotes debe ser coincidente con las hijuelas de sus respectivos adjudicatarios. Sin embargo, puede que ello no ocurra dada la composición de la masa partible. En ese caso, lo que corresponde hacer es adjudicar los lotes y, en todo caso, saldar las diferencias, para lo cual el art. 2377 prevé que ello se hará con dinero, pero con una limitación: ese saldo no podrá superar la mitad del valor del lote. Dicha limitación no operará en el caso de que el lote haya sido conformado por atribución preferencial (arts. 2380, 2381 y 2382).

III. Requisitos de procedencia de la atribución preferencial

En el supuesto del art. 2380 se exigen tres requisitos para que proceda la atribución preferencial: 1º) legitimación: que sea solicitada por el cónyuge supérstite o los herederos del causante; 2º) objeto: que se trate de un establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios, que constituya una unidad económica; 3º) participación: que el interesado haya participado en la formación del establecimiento.



A su vez, para el caso de que la explotación sea bajo la forma social, se presenta un nuevo supuesto de atribución preferencial en el cual aparece un cuarto requisito que opera como un límite para que se lleve a cabo: la atribución preferencial de los derechos sociales sólo podrá pedirse si ello no afecta las disposiciones legales o las cláusulas estatutarias sobre la continuación de una sociedad con uno o varios de los interesados.

Por su parte, en el supuesto del art. 2381 también está previsto que la atribución preferencial sea solicitada por el cónyuge supérstite o los herederos del causante, y podrá recaer sobre: la propiedad o el derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte, y los muebles existentes en él (inc. a); la propiedad o el derecho a la locación del local de uso profesional donde ejercía su actividad, y los muebles existentes en él (inc. b); el conjunto de las cosas muebles necesarias para la explotación de un bien rural realizada por el causante como arrendatario o aparcero cuando el arrendamiento o aparcería continúa en provecho del demandante o se contrata un nuevo arrendamiento con éste (inc. c).

IV. Saldo

El art. 2380 prevé que el interesado podrá pedir la atribución preferencial con cargo de pagar el saldo si lo hubiere, ya que puede ocurrir que el valor del establecimiento sea mayor al de su hijuela, lo cual no constituye un impedimento para que proceda la atribución. Ese saldo será pagado en la forma en que dispongan los copartícipes y, a falta de acuerdo, deberá serlo al contado.

Por su parte, si bien el art. 2381 no lo menciona expresamente, resulta de aplicación lo prescripto en el art. 2380 con relación al saldo resultante entre el valor de los bienes atribuidos y el de la hijuela del adjudicatario.

Finalmente, resta señalar que en estos casos no se aplica el tope establecido en el párrafo segundo del art. 2377, referido a que el saldo no puede superar la mitad del lote.

V. Atribución del dominio y del derecho a la locación

En el caso del establecimiento que constituye una unidad económica o de los derechos sociales pertinentes en caso de explotación social del establecimiento (art. 2380), la atribución preferencial refiere al dominio sobre los mismos.

Si bien en todos los casos previstos en el art. 2381 la atribución preferencial puede recaer sobre el dominio de los bienes, en los supuestos de los incisos a] y b], además, puede tratarse de la atribución preferencial del derecho a la locación de dichos bienes, para el caso de que el inmueble habitación o el inmueble local de ejercicio profesional no fueran del dominio del causante sino que éste los locaba.

VI. La atribución preferencial y la oposición a incluir el establecimiento en la partición

Dentro del capítulo 2 (Indivisión forzosa) del título VI (Estado de indivisión) el art. 2332 establece que si en el acervo hereditario existe un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituye una unidad económica, o partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad, el cónyuge supérstite que ha adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que es el principal socio o accionista de la sociedad, puede oponerse a que se incluyan en la partición, excepto que puedan serle adjudicados en su lote. La norma extiende ese derecho al cónyuge que no adquirió ni constituyó el establecimiento pero que participa activamente en su explotación. A su vez, el art. 2333 prevé, en las mismas circunstancias, que sea un heredero el que pueda oponerse a la inclusión en la partición del establecimiento que constituye una unidad económica si, antes de la muerte del causante, ha participado activamente en la explotación de la empresa.

Por lo tanto, el art. 2380 debe ser concordado con lo dispuesto en los artículos 2332 y 2333. De modo que, en caso de que no proceda la atribución preferencial del establecimiento, aún les queda al cónyuge sobreviviente y al heredero la posibilidad de oponerse a que se incluya en la partición, en los términos allí prescriptos.

VII. Atribución preferencial solicitada por más de una persona

Puede ocurrir que la atribución preferencial, ya sea de un establecimiento que constituye una unidad económica, de los derechos sociales (art. 2380), o bien de uno de los tres supuestos previstos en el artículo 2381, y sea que se trate del dominio o —cuando proceda— del derecho a la locación, haya sido solicitada por más de un copartícipe, pero sin aceptar que les sea asignada conjuntamente. En este caso, será el juez de la sucesión quien deberá decidir a favor de cuál de ellos operará la atribución.

El Proyecto se aparta de la solución adoptada para los casos de asignación de lotes, esto es, el sorteo (art. 2378). Aquí, en cambio, se establece que el juez deberá valorar la aptitud de los distintos postulantes para continuar la explotación y la importancia de su participación personal en la actividad, y en razón de ello procederá a atribuir el bien.

Esta solución no se aplicará al supuesto de atribución preferencial especificado en el artículo 2381 inc. a] cuando más de un interesado lo invoque y demuestre los extremos de dicho supuesto. En ese caso, de no acordar su asignación conjunta, el juez debería valorar las posibilidades de cada uno de los solicitantes de procurarse habitación y, en última instancia, proceder al sorteo.

VIII. Derecho real de habitación del cónyuge supérstite

1. *El régimen del Código Civil actual*

El art. 3573 bis del Código Civil consagra el derecho de habitación vitalicio y gratuito que tiene el cónyuge supérstite sobre la vivienda que hubiere constituido el hogar conyugal. Para que sea aplicable este derecho se requiere: que el causante dejare un solo inmueble



habitável; que sea integrante del haber hereditario; que aquel inmueble hubiera constituido el hogar conyugal; que su estimación no sobrepase el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia; que el cónyuge supérstite hubiera concurrido con otras personas con vocación hereditaria o como legatarios.

Cabe destacar que no opera de pleno derecho, sino que debe hacerse valer por el interesado a partir de la apertura de la sucesión y hasta la partición —según la opinión mayoritaria—, debiendo ser reconocido judicialmente el derecho, e inscripto en el Registro de la Propiedad para ser oponible a terceros.

Ese derecho se pierde si el cónyuge supérstite contrae nuevas nupcias, o si acepta la partición del inmueble o su venta.

2. *El régimen proyectado*

Ahora el artículo 2383 del Proyecto prevé que el derecho real de habitación del cónyuge supérstite opere de pleno derecho y, asimismo, elimina los siguientes requisitos: que se trate de un solo inmueble, habitable, integrante del haber hereditario, y que su estimación no sobrepase el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia. A su vez, no está previsto el supuesto de extinción en caso de que el cónyuge supérstite contraiga nuevo matrimonio.

El artículo prevé que opere de pleno derecho, por lo que no será necesario que el cónyuge supérstite lo solicite. Sin embargo, el derecho real de habitación se rige por la ley vigente al momento de la apertura de la sucesión (art. 2644). Por ende, en los casos en que el fallecimiento del causante —y con ello la apertura de la sucesión (art. 2277)— se produzca con anterioridad a la eventual entrada en vigencia del Proyecto, el derecho real de habitación deberá ser solicitado por el cónyuge supérstite, ya que en estos casos no operará de pleno derecho.

Con la apertura de la sucesión nace el derecho real de habitación del cónyuge supérstite sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar conyugal. El artículo sólo reconoce este derecho al cónyuge supérstite, mas no así al conviviente.

Este derecho de habitación, como tal, se rige supletoriamente por las normas previstas en el Título XI (Habitación) del Libro Cuarto (Derechos reales) del Proyecto, cuyo artículo 2159 remite a las normas del Título X (Uso), dentro de las cuales el artículo 2155 a su vez remite al Título IX (Usufructo).

3. *Vitalicio y gratuito. Extinción*

El cónyuge supérstite tiene el derecho de por vida, sin que se extinga por contraer un nuevo matrimonio o vivir en unión convivencial. En efecto, el habitador podrá vivir solo o junto con su familia, y el hecho de que sea gratuito implica que los restantes coherederos no pueden reclamarle el pago de un canon por el uso.

El derecho real de habitación se extingue: por la renuncia expresa que haga el cónyuge supérstite, sea a través de escritura pública o de acta judicial incorporada al expediente, por aplicación analógica del artículo 2299 (renuncia de herencia); por la muerte del habitador (art. 2160); por el no uso durante diez años, aun siendo involuntario (art. 2152 inc. c]).

4. Condiciones para su procedencia

Tiene que tratarse de un inmueble de propiedad del causante, sin importar que sea propio o ganancial. Es decir, que a la apertura de la sucesión no se encuentre en condominio con otras personas —incluso otros herederos del causante—.

No obstante ello, esa limitación no opera en el caso de que el inmueble estuviera en condominio con el cónyuge supérstite, como así tampoco cuando se trate de un bien ganancial de propiedad exclusiva de este último. Ello así, puesto que en ambos casos el cónyuge supérstite será beneficiario de una parte indivisa del bien y la restricción se extendería sobre la parte restante, siendo en este caso procedente toda vez que también lo será cuando no tiene participación alguna en él, por aplicación del principio general del derecho: “quien puede lo más, puede lo menos”.

Entendemos que, de ser posible la atribución preferencial de la propiedad del inmueble al cónyuge supérstite en los términos del art. 2381 inc. a] —solución no extensible para el caso allí previsto de la locación—, haría concluir el derecho real de habitación. Ello así, ya que de lo contrario podría configurarse un supuesto de ejercicio abusivo del derecho en los términos del artículo 10 del Proyecto y, específicamente, del artículo 2152 inc. d].

5. Inoponibilidad

Finalmente, resta señalar que el derecho real de habitación es oponible a los acreedores de los herederos; mas no así a los acreedores del causante, quienes entonces podrán llevar adelante la ejecución.

[1] A lo largo de este trabajo, toda cita de artículos se entenderá referida al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012 (mensaje del P.E.N. n° 884/2012), salvo aclaración en contrario.

[2] Art. 2377: “Formación de los lotes. Para la formación de los lotes no se tiene en cuenta la naturaleza ni el destino de los bienes, excepto que sean aplicables las normas referentes a la atribución preferencial. Debe evitarse el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas. 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. Si hay cosas gravadas con derechos reales de garantía, debe ponerse a cargo del adjudicatario la deuda respectiva, imputándose a la



hijuela la diferencia entre el valor de la cosa y el importe de la deuda. Las sumas que deben ser colacionadas por uno de los coherederos se imputan a sus derechos sobre la masa”.

[3] Art. 2378: “Asignación de los lotes. Los lotes correspondientes a hijuelas de igual monto deben ser asignados por el partidor con la conformidad de los herederos y, en caso de oposición de alguno de éstos, por sorteo. En todo caso se deben reservar bienes suficientes para solventar las deudas y cargas pendientes, así como los legados impagos”.

[4] Art. 2379: “Títulos. Objetos comunes. Los títulos de adquisición de los bienes incluidos en la partición deben ser entregados a su adjudicatario. Si algún bien es adjudicado a varios herederos, el título se entrega al propietario de la cuota mayor, y se da a los otros interesados copia certificada a costa de la masa. Los objetos y documentos que tienen un valor de afección u honorífico son indivisibles, y se debe confiar su custodia al heredero que en cada caso las partes elijan y, a falta de acuerdo, al que designa el juez. Igual solución corresponde cuando la cosa se adjudica a todos los herederos por partes iguales”.

[5] Art. 2380: “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, 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”.

[6] Art. 2381: “Atribución preferencial de otros bienes. El cónyuge sobreviviente o un heredero pueden pedir también la atribución preferencial: a) de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte, y de los muebles existentes en él; b) de la propiedad o del derecho a la locación del local de uso profesional donde ejercía su actividad, y de los muebles existentes en él; c) del conjunto de las cosas muebles necesarias para la explotación de un bien rural realizada por el causante como arrendatario o aparcero cuando el arrendamiento o aparcería continúa en provecho del demandante o se contrata un nuevo arrendamiento con éste”.

[7] Art. 2382: “Petición por varios interesados. Si la atribución preferencial es solicitada por varios copartícipes que no acuerdan en que les sea asignada conjuntamente, el juez la debe decidir teniendo en cuenta la aptitud de los postulantes para continuar la explotación y la importancia de su participación personal en la actividad”.

[8] Art. 2383: “Derecho real de habitación del cónyuge supérstite. 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”.

[9] Deudas, cargas pendientes y legados impagos (art. 2378 párr. 2º).