

Tema XIII

La partición hereditaria

SUMARIO: 1. Noción 2. Principios 3. Formas 4. Efectos 5. Rescisión por lesión 6. Partición hecha por el ascendiente

1. NOCIÓN¹

Al producirse el hecho de la muerte, se abre la sucesión del *de cuius* y siendo varios los sujetos llamados a la herencia, estos se encontraran en comunidad hereditaria², especie del género de la comunidad³. La existencia

¹ Véase: ESCOVAR LEÓN, Ramón: «Notas sobre la partición hereditaria». En: *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. N.º 147 (nueva etapa N.º 6). Caracas, 1983, pp. 91-148; DUQUE SÁNCHEZ, José Román: «La comunidad y la acción de partición». En: *Libro homenaje a las X Jornadas Dr. José Santiago Núñez Aristimuño, Maturín-estado Monagas*. Valencia-Caracas, Vadell Hermanos Editores-Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, 2000, pp. 99-113; ALFONZO VILLEGAS, Nohelia Yareth y ABANO CASTILLO, Jesús: «La tutela judicial efectiva en los proceso de partición de herencia». En: <http://www.monografias.com>; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 199-418; RIVERS SANDOVAL, Carlos Fernando: *La partición hereditaria en el Derecho Sucesorio guatemalteco*. Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Tesis, 1976, biblioteca.oj.gob.gt/.../getFicha.asp?...(@buscable%20S)%20and%20(@encabezamiento%20DER...; LAFONT PIANETTA, ob. cit., t. II, pp. 544-744; SERRANO GARCÍA, *Las sucesiones en general...*, pp. 26-29.

² Véase: GONZÁLEZ VALVERDE, *La comunidad hereditaria*, ob. cit., <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/277289/TAGV.pdf?sequence=1>; FERRANDIS VILELLA, José: *La comunidad hereditaria*. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1954, p. 83, la comunidad hereditaria supone la concurrencia de varias personas llamadas a suceder a una misma herencia; COLINA GAREA, Rafael: «Algunas consideraciones básicas en torno a la comunidad hereditaria». En: *Anuario da Facultade de Dereito*. N.º 6. La Coruña, Universidade da Coruña, 2002, p. 237, <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2211/1/AD-6-11.pdf>, la comunidad hereditaria es aquella situación en

de varios herederos que hayan aceptado la herencia, da lugar entre ellos a una comunidad hereditaria⁴, porque la cotitularidad de los bienes hereditarios

la que se encuentra la herencia desde la aceptación hasta su división o adjudicación, como consecuencia de la existencia de una pluralidad de personas que han sido llamadas simultáneamente a recibir en la misma una parte alícuota o participación ideal o abstracta; LÓPEZ COLMENAREJO, Francisco *et al.*: *Instituciones de Derecho Privado*. Madrid, Civitas, t. II (Reales), vol. I, 2002, p. 569, la comunidad hereditaria puede ser considerada como la cotitularidad de los llamados a la herencia que se inicia con la apertura y cesa con la partición; ARRUE, ob. cit., «Si concurren dos o más sucesores a adquirir una misma herencia, o una parte de ella, se configura la llamada comunidad hereditaria. En virtud de esta comunidad, y puesto que el llamamiento a la herencia tiene carácter universal, el derecho sobre los bienes que la constituyen pertenece al conjunto de los coherederos; RAMÍREZ, ob. cit., p. 308, la apertura de la sucesión genera indefectiblemente un estado de comunidad que no es otra cosa que la situación de los coherederos respecto de los que no ha mediado liquidación o partición; GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, ob. cit., p. 362, la comunidad hereditaria está formada por los sucesores a título universal que al fallecimiento de una persona asumen el *universum ius*; GONZÁLEZ VALVERDE, *La comunidad hereditaria*, ob. cit., p. 45, cuando son uno o más herederos los llamados a la sucesión en la mayoría de los casos se produce una comunidad singular hasta que tenga lugar la partición; ARCE Y CERVANTES, ob. cit., pp. 213-217.

³ Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 398, El género es la comunidad y una de sus subespecies es la comunidad sucesoral.

⁴ RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 345; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 199; BRICEÑO C., ob. cit., pp. 61 y 62. Véase también: CARRIÓN OLMOS *et al.*, ob. cit., p. 295, la comunidad hereditaria se impone siempre que a la herencia concurren varios herederos; GUTIÉRREZ BARRENENGOA *et al.*, ob. cit., p. 415, existe comunidad hereditaria cuando sean más de uno los herederos llamados a una sucesión; ZANNONI, ob. cit., p. 267, si concurren dos o más sucesores a adquirir una misma herencia, o una parte de ella, se configura la llamada comunidad hereditaria; Díez-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., p. 564, la comunidad hereditaria surge como consecuencia del llamamiento de varias personas como sucesores a título universal; SUÁREZ FRANCO, ob. cit., p. 395, los herederos no lo son de cada bien individualmente considerado, sino que todos son miembros de una comunidad que posee la totalidad de los bienes del causante; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, sent. del 29-11-07, citada *supra*, «Cuando en la sucesión hay varios llamados, se origina entre éstos una comunidad que comprende todas las relaciones jurídicas que coronen la herencia, todo elemento patrimonial activo o pasivo corresponde a los sucesores».

recaen sobre varias personas⁵; teniendo que actuar en colectivo respecto de la disposición de los bienes o derechos en su conjunto o totalidad en tanto no opere la división⁶. Pero, a su vez, mientras subsiste la indivisión cada coheredero puede en principio disponer válidamente de su cuota o porción⁷. Esta pluralidad de sucesores supone que sus integrantes comparten el título de heredero, siendo todos a su vez titulares de los bienes, derechos y obligaciones de la herencia⁸. Al efecto afirma una decisión judicial: «La comunidad hereditaria no es más que la relación jurídica que nace cuando el *de cuius* deja varios herederos y estos aceptan la herencia y la manera de finiquitar esa comunidad es o bien de común acuerdo o a través del procedimiento de partición o división de la herencia, como lo establece nuestro Código Civil en su artículo 765»⁹.

Para algunos, no se califica de hereditaria porque los partícipes sean herederos, cosa que no es precisa, pues basta que sean sucesores, ya que pueden ser herederos o legatarios¹⁰. La indivisión resulta de una comunidad por causa de muerte, ya se trate de herederos llamados a la totalidad o legatarios

⁵ ALBALADEJO, *Curso...*, p. 119. Véase también: ZANNONI, ob. cit., p. 12, la comunidad hereditaria provoca entre los coherederos la cotitularidad de la herencia.

⁶ Véase: GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, ob. cit., p. 371, Vale recordar que mientras no opere la partición los coherederos se encuentran en comunidad hereditaria, pero ello no es óbice para que todos los coherederos juntos puedan vender, hipotecar o gravar un inmueble o derecho sin necesidad de realizar operaciones particionales. El precio quedará subrogado en el puesto de la cosa vendida y la cantidad recibida pasará a formar parte del acervo hereditario.

⁷ Véase: artículo 765 del Código Civil; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 203. Véase sobre la posibilidad de retracto de otro comunero: ibíd., pp. 207 y 208.

⁸ Véase: LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 97, «Llamadas varias personas a una herencia, por partes alícuotas, comparten todas el título de heredero, y son, todas ellas a la vez, titulares de los bienes relictos, deudores de las deudas, etc. La estructura de esta titularidad plural ha sido y es distinta según las épocas y ordenamientos jurídicos».

⁹ Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 03-12-13, citada *supra*.

¹⁰ ALBALADEJO, *Curso...*, p. 120.

llamados a la totalidad¹¹. Aludiéndose así a «indivisión sucesoria». Pero aclara FERRANDIS que el hecho de recaer sobre la herencia y no sobre objetos concretos de la misma diferencia la comunidad que puede existir la comunidad entre colegatarios –a quienes se les ha legado en comunidad una misma cosa que sería una comunidad entre sucesores a título particular– de la comunidad hereditaria, que por recaer sobre la herencia tiene lugar entre sucesores a título universal, llamados conjuntamente a suceder a una misma persona¹². De allí que la idea general que preside todo proceso particional y punto de partida del concepto de partición es una situación de comunidad entre los herederos o partícipes¹³. Afirma una decisión judicial que la partición de sucesión hereditaria no tiene lugar propiamente entre colegatarios¹⁴, por lo que pudiera precisarse que la sucesión «hereditaria»

¹¹ CLARO SOLAR, ob. cit., t. XVII (v), p. 302.

¹² FERRANDIS VILELLA, ob. cit., p. 83.

¹³ ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., p. 602.

¹⁴ Véase: Sala de Juicio Décima del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 28-01-09, citada *supra*, «En efecto, en consonancia a lo antes deducido, se tiene que el presente caso no se refiere a una partición de sucesión hereditaria, sino que un bien inmueble del que una testadora es propietaria del 50 %, acuerda legar los derechos que sobre tal bien ella detenta (...) lo anterior simplemente se ratifica lo afirmado por la causante, cuando asienta que los derechos de propiedad que ella está legando en su testamento no pueden pasar a formar parte de la herencia o mejor dicho del acervo hereditario, en consecuencia el accionante tiene el derecho no solo de exigir su legado, tal y como lo plantean los artículos 927 y 928 del Código Civil, sino que tiene derecho a que se declare que; de los derechos de propiedad de los que disponía la testadora, ciudadana (...) sobre la casa (...) los cuales alcanzan el 50 % del total que la conforman, la mitad le corresponde al actor –25 % del total de los derechos sobre el inmueble– y la otra mitad –25 % de los derechos totales sobre el inmueble– a los hermanos (...) No habiendo otro argumento de defensa y por cuanto ha lugar en derecho la acción de partición de la parte actora, debe prosperar la presente demanda y fijarse la oportunidad legal para la convocatoria a los comuneros del inmueble en cuestión, para la designación del partidador respectivo y en caso de no ser decidido por ellos en una mayoría absoluta de las personas copropietarias o haberes sobre la casa (...) se procederá a tal designación por parte de esta juez, para luego pasar a la publicación del cartel de remate respectivo

acontece respecto de la sucesión universal, esto es, entre coherederos, no obstante que también existirá comunidad entre colegatarios, en virtud del fenómeno sucesorio a título particular¹⁵, que también precisará de «partición» para hacer cesar el estado de comunidad o indivisión.

Las reglas relativas a la partición hereditaria están contenidas en los artículos 1066 y siguientes del Código Civil¹⁶. Por disposición del artículo 1082, en lo no previsto se observarán las disposiciones establecidas en el Título de la comunidad (artículos 759 a 770), mientras no sean incompatibles con las normas especiales de la materia sucesoral¹⁷, tales como que nadie puede ser obligado a permanecer en comunidad¹⁸ y por tal opera la partición (artículo 768), cada comunidad tiene la plena disponibilidad de su cuota (artículo 765), etc.

sobre la misma, todo esto de conformidad a lo contemplado en los artículos 1076 y 1066 y siguientes de nuestro Código sustantivo».

- ¹⁵ Véase: La comunidad, según indicamos, es el género, y las especies varían según el título u origen de que se trate –hereditaria, legado, conyugal, ordinaria, etc.–; COLINA GAREA, ob. cit., p. 241, se trata de una comunidad universal que no recae sobre bienes particulares o concretos, sino sobre la herencia globalmente considerada como una unidad.
- ¹⁶ Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, sent. del 12-02-08, citada *supra*, «... en relación a los artículos 1066 y siguientes del Código Civil, que regula todas las fases de división y adjudicación de los bienes hereditarios...».
- ¹⁷ Véase: ROJAS, ob. cit., p. 729, a esta comunidad hereditaria se le aplican por analogía las normas que rigen la comunidad ordinaria.
- ¹⁸ Véase: Tribunal Primero de Primera Instancia del Régimen Procesal Transitorio de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Yaracuy, sent. del 25-01-10, citada *supra*, «... siendo que las partes no pueden obligarse a permanecer en comunidad y siempre puede cualesquiera de los participantes demandar la partición, por lo que se hace necesario partir los referidos bienes, considera que la presente acción debe prosperar...»; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 29-1-10, exp. 09.10209, [http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2010/enero/2138-29-09.10209-10.007-int\(comp\)-civ.html](http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2010/enero/2138-29-09.10209-10.007-int(comp)-civ.html), «El artículo 768 del Código Civil prescribe que nadie puede ser obligado a permanecer en comunidad».

Dicha cuota –según aclara ZANNONI– forma parte del patrimonio de cada comunero como entidad autónoma, separada de las de otros comuneros. Pero la cuota no es un derecho con un contenido propio, sino la medida aritmética de un derecho. Por lo que los bienes, como atribución singular, no son, en concreto, coparticipados o coposeídos en el patrimonio individual de cada copartícipe o sucesor¹⁹. Todos los herederos pro indiviso, tienen el derecho de propiedad sobre todos los bienes y objetos de la sucesión, sobre cada uno de ellos y sobre cada parte, por pequeña que sea: *totum in toto, et totum in qualibet parte*²⁰.

La comunidad hereditaria se produce tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada siempre que a ellas sean llamadas varias personas²¹. Integrada así dicha comunidad, es facultativo de sus integrantes continuar en esa situación jurídica o ponerle fin a esa indivisión²². Los herederos se encuentran sometidos al régimen de indivisión hasta el término de las operaciones de partición²³. De allí que se afirme que la herencia «tiene una vida efímera»²⁴, y la razón es que está llamada a terminar con la partición.

¹⁹ ZANNONI, ob. cit., p. 11. Véase también: ARRUE, ob. cit., «Pero es importante destacar que esta comunidad no significa que cada bien reproduzca, singularmente, una situación de copropiedad o cotitularidad en concreto. El derecho hereditario *in abstracto*, recae sobre el complejo de titularidad transmisibles como una totalidad patrimonial»; FERRANDIO BUNDIO, ob. cit., p. 83, la comunidad hereditaria vendrá calificada por la inconcreción de los bienes y derechos que les corresponden a los sucesores, en tal caso, los herederos no presentan un derecho concreto sobre la herencia.

²⁰ SANOJO, ob. cit., p. 89.

²¹ SERRANO ALONSO, *Manual...*, p. 87.

²² PIÑA VALLES, ob. cit., p. 207. Véase bajo el título de «La indivisión hereditaria»: *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*. Buenos Aires, La Ley, 1965, t. x, vol. ii Sucesiones (2ª parte Transmisión sucesoria–Partición). Trad. Delia GARCÍA DAIREAUX, pp. 299 y ss. Cuando existen dos o más herederos la transmisión sucesoria crea una indivisión que es una forma particular de propiedad, a saber, la copropiedad: la propiedad del difunto es sustituida por los derechos de los herederos sobre la cuota parte (ibíd., p. 299).

²³ MAZEAUD *et al.*, ob. cit., vol. IV, p. 10.

²⁴ SEPÚLVEDA CERLIANI, ob. cit., su vida comienza con la apertura, esto es, al momento de la muerte del causante y dura mientras dure la indivisión, o sea, termina

Siendo la partición, el modo más frecuente y normal en virtud del cual se extingue la comunidad hereditaria²⁵.

«El estado de comunidad que se crea entre los coherederos como copropietarios del acervo patrimonial al fallecimiento del causante, cesa en virtud de la partición o división de la comunidad»²⁶. «La partición de bienes es el complejo conjunto de operaciones que tiene por objeto poner fin a la comunidad que recae sobre la universidad jurídica de la herencia, reemplazando el derecho cuotativo, que cada heredero tiene en el total, por bienes determinados que se adjudican a éste»²⁷. «Lo tradicional en la disolución de la comunidad hereditaria es la partición de la herencia indivisa, mediante ella se pone fin al complejo fenómeno hereditario que tuvo su comienzo con la muerte del *de cuius*, y continuó con el llamamiento y adquisición de la herencia por los herederos»²⁸.

La comunidad hereditaria acaba, como toda comunidad, por la división de su activo²⁹. Agrega TORRES-RIVERO que partir es «dividir, y dividir es repartir. En consecuencia, partir es repartir. Jurídicamente, partir significa también liquidar, distribuir o adjudicar»³⁰. La partición es el acto

con la partición que es el conjunto complejo de actos destinados a radicar derechos cuotativos en bienes singulares.

²⁵ COLINA GAREA, ob. cit., p. 259.

²⁶ Véase: ABOUHAMAD HOBAICA, ob. cit., p. 260.

²⁷ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés: «Décimo tercera parte: de la partición de bienes». En: www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho_civil.../civil4_sucesorio_13.pdf.

²⁸ MONTES SALGUERO, Jorge J.: «Notas sobre el Derecho Sucesorio en los fueros de Cuenca y Úbera». En: *Boletín de la Facultad de Derecho*. N.º 3. Madrid, UNED, 1993, pp. 139-150. En: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-1993-3-C7D37942&dsID=PDF>.

²⁹ LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 107. Véase también: ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, p. 92, la división es el acto con el cual se pone término a la comunidad hereditaria.

³⁰ TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, pp. 395 y 396. Véase también: Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, sent. del 27-07-09, exp. KP02-R-2009-000189, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/julio/648-27-KP02-R-2009-000189-KP02-R-2009-000189.html>, La palabra «partición» alude

de separar, dividir y repartir los bienes que forman parte de una herencia entre los sucesores³¹. Partir es el acto por medio del cual cesa el estado de comunidad o de indivisión, mediante la adjudicación de derechos singulares o particulares a cada uno de los que fueron copartícipes³². Reseña una decisión judicial que «la partición es la operación que tiene por objeto la división y distribución de los bienes hereditarios indivisos entre todos los herederos llamados a la sucesión del causante»³³.

«El efecto inmediato de la partición es poner fin a una situación pluriobjetiva, por regla general, derivada del fallecimiento de una persona y considerada como antieconómica –por mimetismo de la comunidad en general– y llamada comunidad hereditaria. En efecto, hecha la partición, cada heredero se transforma en propietario de cosas determinadas –sin perjuicio de poder formarse una comunidad ordinaria entre los coherederos–,

a división o reparto en dos o más partes entre dos o más partícipes. Más en especial en el mundo jurídico, la distribución o repartimiento de un patrimonio singularmente la herencia o una masa social de bienes, entre varias personas con iguales o diversos derechos sobre el condominio a que se pone fin.

³¹ SERRANO ALONSO, *Manual...*, p. 74. Véase: ALONSO TRICA, ob. cit., «La partición sucesoria es el acto jurídico mediante el cual se pone fin al condominio de la herencia, adjudicándole a cada sucesor lo que le corresponde».

³² Véase: DOMINICI, ob. cit., p. 346, es el acto por el que termina el estado de comunidad de los bienes hereditarios; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., p. 570, es el acto o negocio jurídico que extingue el estado de indivisión y comunidad, atribuyendo bienes y derechos singulares a los coherederos; Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 23-09-15, exp. AP71-R-2015-000696, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2015/septiembre/2139-23-ap71-r-2015-000696-.html>, «la partición sucesoria persigue salir del estado de indivisión que produce la comunidad».

³³ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, sent. del 12-08-09, exp. 35 178, <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2009/agosto/516-12-35178-853.html>, agrega «y de conformidad con el artículo 768 del Código Civil venezolano vigente, a nadie se le puede obligar a permanecer en comunidad y siempre puede cualquiera de los copartícipes demandar la partición».

evolucionando así su posición jurídica de titular de cuotas»³⁴. La partición tiene lugar mediante la distribución entre los coherederos de las titularidades activas contenidas en la herencia³⁵. De allí pues que al margen de la discusión relativa a la naturaleza jurídica de la partición³⁶, la misma se traduce en el fin o la culminación de la comunidad hereditaria que atribuye a cada heredero la propiedad individual de los bienes adjudicados.

Sin embargo, concluye la doctrina que la partición o el acto particional debe ser entendido como parte del proceso sucesorio que comienza con la muerte que da lugar a la apertura de la sucesión, pues la conclusión de ese proceso producirá el activo líquido partible, pero «la titularidad del heredero adjudicatario tras la partición no será ni mejor ni peor que durante la comunidad hereditaria»³⁷. Se trata pues de lograr la atribución concreta de los bienes

³⁴ COCCORESE, ob. cit., *passim*.

³⁵ ZANNONI, ob. cit., p. 323, agrega: «el contenido de la adquisición a título universal, representado por el todo o una parte alícuota de la herencia, obtiene, mediante la partición o división existiendo pluralidad de sucesores, una atribución concreta entre ellos de las titularidades comprendidas en la herencia».

³⁶ Véase sobre su naturaleza jurídica: ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., pp. 605-610, en cuanto a la naturaleza jurídica de la partición hereditaria, se distinguen varias teorías: traslativa, entiende que los herederos se transmiten recíprocamente cuotas indivisas de los bienes de la herencia, de modo que existen recíprocas permutas y enajenaciones entre ellos; declarativa, considera que los herederos nada se transmiten en la partición, la cual se limita a declarar o confirmar lo que cada uno de ellos ha adquirido desde que aceptó la herencia; determinativa o específica, que parte de una pretendida posición intermedia en que la partición ni es meramente traslativa ni meramente declarativa, porque no constituye por sí sola título de adquisición, sino operación de reparto. Véase sobre su naturaleza en el Derecho español, que se debate entre las citadas teorías: *ibid.*, pp. 619-622. Véase en la doctrina nacional: ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, p. 117, la división tiene carácter declarativo y no atributivo; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 215-218. Véase también: POLACCO, ob. cit., t. II, p. 318, se ha señalado el principio de que la división tiene carácter declarativo; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., pp. 692 y ss.

³⁷ ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., p. 622. Véase: JÖLD, Carlos: *Manual práctico de sucesiones*. Buenos Aires, 2.^a, Abeledo-Perrot, 1981, p. 15, refiere el autor que, no obstante la denominación «proceso sucesorio» que hace el Código Procesal, la doctrina no es pacífica y reserva la palabra «proceso» para el caso que exista *litis* o contención.

a los efectos de la comodidad práctica y jurídica de quien fuera comunero por razón de la herencia. Recordemos que para constituirse la comunidad hereditaria y acceder a la partición deben acontecer los tres momentos del proceso sucesorio relativos a apertura, aceptación y adquisición³⁸.

La partición supone el resultado unitario de una serie de operaciones jurídico-matemáticas a fin de distribuir entre los coherederos el acervo hereditario³⁹. Y así se alude entre sus pasos a la necesidad de un inventario⁴⁰ a fin de precisar los bienes y obligaciones de la herencia, el avalúo o tasación de tales bienes, la liquidación, etc.⁴¹. La liquidación generalmente tiene lugar por iniciativa del heredero⁴². LÓPEZ HERRERA señala que la liquidación de la herencia consta de dos etapas; la determinación de los sucesores y acreedores del *de cuius*, y una vez satisfechos y dada la aceptación plural se culmina con la partición a fin de hacer cesar el estado de indivisión entre coherederos⁴³.

2. PRINCIPIOS⁴⁴

La doctrina alude básicamente a dos principios o reglas básicas que orientan la partición sucesoria: la igualdad de los copartícipes y proporcionalidad, en las deudas y en los derechos o bienes, a recibir la porción correspondiente en los bienes de la herencia⁴⁵. Del principio de la igualdad se deriva la integridad cualitativa de las cuotas⁴⁶. Se trata de

³⁸ Véase *supra* II.3.; Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana, sent. del 28-05-07, citada *supra*; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Mérida, sent. del 31-07-08, citada *supra*.

³⁹ Véase: CARRIÓN OLMOS *et al.*, ob. cit., p. 301.

⁴⁰ Véase sobre la importancia del inventario: ARMUZZI, ob. cit., pp. 9-68.

⁴¹ CARRIÓN OLMOS *et al.*, ob. cit., pp. 316 y 317.

⁴² CICU, ob. cit., p. 104.

⁴³ LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 213.

⁴⁴ Véase: *ibíd.*, pp. 247-253.

⁴⁵ Véase: *ibíd.*, p. 247.

⁴⁶ ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, ob. cit., p. 110.

principios que se complementan toda vez, que «igual» no es lo mismo que «proporcional»⁴⁷.

Los antiguos tratadistas franceses señalaban que la igualdad es el alma de las particiones⁴⁸; por lo que se presenta como principio fundamental de la partición⁴⁹; regla cardinal en la materia según la cual los herederos deben recibir un trato equitativo⁵⁰ y reflejado, entre otros, en el artículo 1075 del Código Civil que a propósito de la formación de los lotes, según veremos, dispone un trato igual en lo posible entre copartícipes. La responsabilidad entre coherederos por saneamiento y perturbaciones también es un reflejo, según repararemos, del citado principio de igualdad⁵¹. La proporcionalidad se evidencia tanto respecto de la adquisición de derechos como de las deudas y cargas, que, como se comentara de seguidas, son distribuidas entre los coherederos de conformidad con sus respectivas cuotas.

El artículo 1070 del Código Civil dispone que «cada uno de los coherederos puede pedir en especie su parte de bienes muebles o inmuebles de la herencia...». De lo que se afirma que ningún coheredero, en principio, puede ser obligado a recibir el equivalente de sus derechos en dinero en efectivo, ni tampoco en otros bienes que no formen parte del caudal hereditario⁵². Se reconoce, sin embargo, la dificultad práctica de que todos los bienes muebles e inmuebles se dividan proporcionalmente entre todos los herederos, pues

⁴⁷ No debe existir una atribución «igual» de bienes y deudas si los coherederos responden a cuotas distintas, de allí que en tal caso, la designación será «proporcional». La igualdad apunta hacia un trato paritario de los copartícipes en condiciones de «igualdad», respetando obviamente la proporcionalidad de las cuotas. Es regla universal que no se puede tratar igual a los desiguales y si existe desigualdad en la cuota, ha de regir la proporcionalidad.

⁴⁸ PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 737; MAZEAUD *et al.*, ob. cit., vol. IV, p. 126.

⁴⁹ LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 247, el principio de la igualdad es la regla cardinal en materia de partición e implica que todos los copartícipes deben recibir idéntico.

⁵⁰ Véase: ídem.

⁵¹ Véase *infra* XIII.3.

⁵² Véase: ídem.

en la mayor parte de los casos, el bien no es susceptible de división. Sin embargo, por no tratarse de un aspecto de orden público podría mediar al respecto la voluntad del causante y de los propios copartícipes⁵³. Por motivos socioeconómicos, la ley puede matizar los principios citados, lo que se aprecia en caso de muebles e inmuebles, en los artículos 1170, 1171 y 1175 del Código Civil⁵⁴, según veremos⁵⁵.

Salvo disposición en contrario del testador que no afecte la legítima, las cargas y gravámenes de la herencia son compartidas entre los coherederos en proporción a su respectiva cuota. Así lo prevé el artículo 1110: «Los coherederos contribuyen al pago de las deudas y cargas de la herencia en proporción a sus cuotas hereditarias, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa». Tal norma consagra la regla fundamental en torno al pago de las deudas y cargas hereditarias⁵⁶. Se trata de la regla —derivada de la proporcionalidad— de la división de las deudas, por el cual el heredero tiene que contribuir al pasivo hereditario en proporción a la cuota que se le atribuye⁵⁷. El pasivo sucesoral comprende las deudas del difunto, los legados y las cargas propiamente dichas, es decir, las deudas que graven la herencia sin haber pesado sobre el difunto⁵⁸. Las deudas hereditarias forman parte integrante de la comunidad indivisa⁵⁹.

Cada uno de los herederos responde de las deudas en proporción a su cuota hereditaria⁶⁰, salvo previsión distinta del causante⁶¹. Se entiende

⁵³ *Ibíd.*, p. 248.

⁵⁴ *Ibíd.*, pp. 249-252.

⁵⁵ Véase *infra* XIII.3.

⁵⁶ Véase: POLACCO, ob. cit., t. II, pp. 427-436.

⁵⁷ PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 419. Véase también sobre el principio de la división de las deudas: JOSSEAND, ob. cit., vol. II, pp. 259-271.

⁵⁸ MAZEAUD *et al.*, ob. cit., vol. III, p. 162.

⁵⁹ COLINA GAREA, ob. cit., p. 248.

⁶⁰ CASTILLO FREYRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe: «El derecho sucesorio y las obligaciones de sujeto plural». En: www.castillofreyre.com/.../el_derecho_sucesorio_y_las_obligaciones.pdf.

⁶¹ Véase: BRICEÑO C., ob. cit., p. 62.

por deudas las obligaciones que incumbían al difunto y que de él han pasado a los herederos y por cargas aquellas obligaciones con carácter póstumo⁶², que nacen para el heredero después de la muerte del causante —como gastos de funeral, inventario, etc.—; los legados también son cargas de la herencia⁶³. Efectivamente, tal regla lógica y antigua, supone en principio la responsabilidad proporcional de las deudas según la cuota del heredero⁶⁴, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa en cuanto al pago de las deudas y cargas de la herencia. Se indica al efecto que se podría insertar cláusulas en la que se adjudique bienes a uno de los herederos a fin de que pague las deudas de la herencia. Situación que, para algunos, no está pensada en beneficio de los acreedores, para asegurar el pago de sus créditos, sino para liberar de la preocupación de ese pago a la colectividad de herederos, encargando a uno de ellos tal encomienda y liberando a los demás del asunto y posibles reembolsos⁶⁵.

En resumen —añade RAMÍREZ al comentar la citada norma—, los herederos se distribuyen lo que queda después de cubierto el pasivo porque dice un antiguo adagio, «donde hay deudas no hay herencia». Los herederos contribuyen a solventar el pasivo proporcionalmente a las cuotas hereditarias, salvo disposición contraria del testador⁶⁶.

⁶² Véase: JOSSERAND, ob. cit., vol. II, p. 181, las cargas de la sucesión por oposición a las deudas del difunto, tal como el Código las entiende, se oponen a las deudas del difunto en el sentido de que éste no estuvo nunca obligado por ellas; nacen contra el heredero o contra la sucesión por primera vez; tienen un carácter póstumo, en consecuencia, no están bajo la influencia del principio de la continuación de la personalidad. Véase también: ALONSO TRICA, ob. cit., Son las obligaciones del causante al momento de su deceso. Son solamente las transmisibles pues personalísimas no son objeto de transmisión.

⁶³ SANOJO, ob. cit., p. 121.

⁶⁴ Véase: RICART, Encarnació: «Nomina hereditaria *ipso iure divisa sunt indivisa pignoris causa*. Confluencia de dos *regulae iuris* en D.20,4,19». En: www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/2001/ricart.pdf, p. 237, en caso de pluralidad de herederos la nomina de la herencia, es decir créditos y deudas se dividen *ipso iure* entre los coherederos en proporción a su cuota de participación en la herencia.

⁶⁵ LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 104.

⁶⁶ RAMÍREZ, ob. cit., pp. 327 y 328.

Es de recordar que dicha responsabilidad del o los herederos por las cargas y deudas de la herencia se extiende en principio hasta sus bienes propios en razón de la confusión de patrimonios que causa el fenómeno de la sucesión, a menos que el heredero en su beneficio que se haga uso de la aceptación a beneficio de inventario⁶⁷. Dispone el artículo 1112: «Los herederos están obligados a satisfacer las deudas y cargas hereditarias personalmente, en proporción a su cuota, e hipotecariamente por el todo, salvo su recurso, si hay lugar, contra los coherederos en razón de la parte con que deben contribuir». Los herederos están obligados personalmente en proporción a su cuota por ministerio de la ley, pero si la deuda está garantizada con hipoteca, el acreedor puede proceder por el todo contra el heredero en cuya porción esté comprendido el inmueble hipotecario, quien le queda a salvo el recurso contra los coherederos en sus respectivas cuotas⁶⁸. Se aludía a la indivisibilidad de la prenda respecto del heredero desde tiempos antiguos⁶⁹.

Norma que debe complementarse con el artículo 1113 del Código Civil: «El coheredero que, en fuerza de la hipoteca, haya pagado una deuda común superior a su parte, no tiene recurso contra los demás coherederos, sino por la parte que corresponda a cada uno de ellos personalmente, aunque se haya hecho subrogar en los derechos de los acreedores. Este coheredero conserva en lo demás la facultad de reclamar su crédito personal como cualquiera otro acreedor, con deducción de la parte que él debe pagar». Y el artículo 1114: «En caso de insolvencia de un coheredero, su parte en la deuda hipotecaria se repartirá proporcionalmente entre todos los demás».

De allí que la especialidad del derecho de hipoteca se hace evidente inclusive en materia sucesoral. Pues la doctrina aclara que tal situación no

⁶⁷ Véase *supra* III.1.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 317.

⁶⁹ Véase: RICART, ob. cit., p. 241, indica la autora que en la época clásica del Derecho romano no estaba prevista la acción de regreso de un heredero contra otro (*ibid.*, p. 244). El régimen romano de indivisibilidad del *pignus* se ha transmitido a muchos ordenamientos jurídicos de influencia romana (*ibid.*, p. 246).

sucede en los demás casos de insolvencia, pues si uno de los herederos es insolvente no por ello su débito se reparte a los demás en proporción a sus cuotas, pues cada uno responde del débito en la medida de su cuota y el acreedor debe soportar tal insolvencia. Igualmente, si el heredero es acreedor del difunto, la extinción del crédito por confusión se efectúa en proporción a la cuota hereditaria⁷⁰.

Se aclara entonces que la división del débito hereditario entre coherederos puede no verificarse: cuando por la naturaleza de la prestación o por disposición legal la obligación sea indivisible; cuando el testador así lo disponga (artículo 1110); en el caso citado de la deuda hipotecaria (artículo 1112). La doctrina indica que en este último caso de deuda hipotecaria, estando todos los herederos personalmente expuestos en cuanto a su cuota, si se trata de una acción hipotecaria responde total y exclusivamente aquel a quien se le atribuya el fundo hipotecado. La responsabilidad de uno por el todo es una necesidad impuesta al deudor. Pero la disposición del testador de obligar a un solo heredero a una determinada prestación no obliga al acreedor que podría accionar contra todos en función de su cuota⁷¹.

Prevé el artículo 1111: «Cuando alguno o algunos inmuebles de una herencia estén gravados con el pago de una renta redimible, cada coheredero puede exigir que los inmuebles queden libres antes de que se proceda a la formación de las cuotas hereditarias. Si los coherederos dividen la herencia en el estado en que se encuentra, los inmuebles gravados se estimarán del mismo modo que los demás; y de su valor se deducirá el capital correspondiente a la pensión o renta. El heredero a quien se adjudique el fundo o fundos gravados, quedará obligado al pago de la pensión, con la obligación de garantizar a sus coherederos».

En cualquier caso, subsiste entre herederos el principio de la responsabilidad proporcional, para lo cual quien pagó cuenta a su favor con la acción de

⁷⁰ Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 387; RAMÍREZ, ob. cit., p. 329.

⁷¹ Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 386.

reembolso a fin de exigir la parte correspondiente a cada heredero, salvo que el testador adjudique la carga a un heredero en particular sin que se afecte su legítima.

En cuanto al legatario es un causahabiente a título particular, prevé el artículo 1115: «El legatario no está obligado a pagar las deudas de la herencia⁷², sin perjuicio de la acción hipotecaria que compete a los acreedores sobre el fundo legado, y salvo también el derecho de separación; pero el legatario que haya satisfecho la deuda con que estaba gravado el fundo, se subroga en los derechos del acreedor contra los herederos».

3. FORMAS⁷³

La comunidad hereditaria cesa por efecto de la «partición» ya sea amigable⁷⁴ o judicial⁷⁵. La primera tiene lugar de mutuo acuerdo por vía contractual

⁷² Véase *supra* VIII.6.

⁷³ Véase: ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, pp. 96-100; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 218-221, distingue por la forma o procedimiento –voluntaria o amigable por oposición a judicial o forzada–, por la extensión o amplitud –total, complementaria o individual–, según el carácter –*ope legis* o a iniciativa de los herederos–, por su finalidad –definitiva o provisional–, por el contenido –propiedad o de usufructo–; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., pp. 566 y ss., aluden respecto a las formas de partición a extrajudicial y judicial y, también, a definitiva y provisional; RIPERT y BULLANGER, ob. cit., 2.^a Parte, pp. 441 y 442, las dos formas de partición puede ser privada o puede ser judicial; la primera cuando el reparto de los bienes indivisos tiene lugar por el libre acuerdo de los coherederos, la segunda cuando debe hacerse como consecuencia de un procedimiento ante un tribunal civil; JOSSERAND, ob. cit., vol. II, 359, a la partición amistosa se opone la judicial; MAZEAUD *et al.*, ob. cit., vol. IV, pp. 126-161, amigable y judicial; RAMÍREZ, ob. cit., p. 311, la división puede proceder de común acuerdo o por vía judicial. Véase sobre las formas de división de la herencia en el Derecho romano: BERNAD MAINAR, *Derecho romano...*, pp. 147-149.

⁷⁴ Véase: ROJAS, ob. cit., pp. 731 y 732; ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, p. 97, la partición amigable o convencional es un contrato; RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 348, siempre que se llegue a un acuerdo entre los coherederos se podría realizar una partición amistosa, que precisa aprobación del tribunal en caso de incapaces; MAZEAUD *et al.*, ob. cit., vol. IV, p. 126, es una convención que supone el acuerdo unánime de los copartícipes.

entre los coherederos, la segunda, acontece a falta de la primera, pues en ausencia de acuerdo voluntario o amigable, los coherederos deben proceder a la respectiva partición por vía judicial o jurisdiccional⁷⁶. En el supuesto de incapaces de obrar, la partición precisa de la debida subsanación de la incapacidad⁷⁷, previo cumplimiento de las formalidades legales según el caso, pues se trata de un acto de disposición⁷⁸. Toda vez que la capacidad para partir es

⁷⁵ Véase: ROJAS, ob. cit., pp. 732 y ss.; ALFONZO VILLEGAS y ABANO CASTILLO, ob. cit., «REYES señala que existen además, otras dos formas de realizar la partición. Una de ellas es la extrajudicial, es decir, por convenimiento entre partes y la otra, es la judicial, la cual puede ocurrir por muchos motivos, y es realizada por un tribunal»; PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, ob. cit., p. 143, el procedimiento de división de herencia pretende poner fin a la indivisión de una comunidad, esto es, cuando existe pluralidad de partícipes.

⁷⁶ Véase: BONNECASE, ob. cit., p. 598, distingue en cuanto a su forma, la partición amigable y la judicial, en la primera los herederos se ponen de acuerdo para liquidar como les convenga la indivisión; la judicial supone, por el contrario, la intervención judicial en formas rigurosamente determinadas por la ley.

⁷⁷ Ya sea en el ámbito negocial o procesal, según se trate de partición amigable o judicial, respectivamente.

⁷⁸ Esto es, excede de la simple administración e implica un potencial riesgo al patrimonio del interesado. Véase: Código Civil artículos 267, 365 –menores de edad sometidos a representación–, 383 –menor emancipado–, 409 –inhabilitado–, 397 –entredicho–, 1078 –autorización judicial–, 998 –beneficio de inventario–, 364 –opinión del protutor para ejercer acción–; RAMÍREZ, ob. cit., p. 311, en caso de incapaces se requiere previa autorización judicial y aceptación a beneficio de inventario; ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, p. 97, la división amigable procede también en caso de incapaces observando las reglas de ley, cuya inobservancia propicia la invalidez de la división que solo puede ser invocada por el incapaz. Véase sobre la incapacidad de los copartícipes: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 223-227. Véase también sobre la necesidad de opinión del menor de conformidad con el artículo 80 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Corte Superior del Tribunal de Protección del Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, sent del 11-03-09, exp. 01284-09, <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2009/marzo/528-11-1284-09-22-09.html>, «sometida al cumplimiento de la notificación del fiscal del Ministerio Público para que emita su opinión con respecto a la actuación realizada por las partes (...) según lo previsto en el artículo 267 del Código Civil, y a la escucha de la opinión de los niños o adolescentes de autos...».

distinta a la capacidad para suceder y para testar: quien es capaz de testar no lo es necesariamente para partir⁷⁹. La partición exige en principio capacidad de obrar plena⁸⁰.

DUQUE SÁNCHEZ distingue tres formas o clases de partición: i. la judicial contenciosa, ii. la judicial no contenciosa, y iii. la extrajudicial o amistosa⁸¹. Según refiere el citado autor –siguiendo a CUENCA–, la partición judicial no contenciosa es la consagrada en los artículos 1069 y siguientes del Código Civil⁸². TORRES-RIVERO pareciera pronunciarse en sentido semejante al afirmar que «... la partición judicial, que no siempre resulta litigiosa»⁸³. Se aprecia en el mismo sentido decisión judicial⁸⁴.

⁷⁹ TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, pp. 399 y 400. Véase: ibíd., p. 402, la partición amistosa la capacidad se determina en función de la capacidad para los actos jurídicos en general. Véase: ibíd., p. 404, la partición judicial precisa de la *legitimitatio ad causam* y *ad processum*, por lo que en atención a la última los incapaces de obrar precisaran del respectivo régimen de representación o asistencia.

⁸⁰ LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 112.

⁸¹ DUQUE SÁNCHEZ, José R.: *Procedimientos especiales contenciosos*. Caracas, 3.^a, UCAB, 1985, p. 178.

⁸² Ibíd., pp. 191-193.

⁸³ TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. I, p. 404.

⁸⁴ Véase: Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 29-01-10, citada *supra*, «El artículo 768 del Código Civil prescribe que nadie puede ser obligado a permanecer en comunidad, y para individualizar los bienes que se encuentra en comunidad, el legislador instituyó el mecanismo de la división de los bienes, por o a través de la partición, la que puede ser: i. judicial contenciosa; ii. judicial no contenciosa; y iii. extrajudicial. Se inscriben esos dos últimos tipos dentro de la denominada partición amigable que permisa el artículo 788 del Código de Procedimiento Civil. Partición amigable a la que los comuneros pueden optar, bien a presentarla ante un juez, para la ritualidad de su aprobación. O simplemente, elaborar el acta de partición y protocolizarla en casos de bienes inmuebles o autenticarla en caso de bienes muebles. Pero en ambas hipótesis, la partición es no contenciosa y es solo impugnabile mediante la correspondiente acción de nulidad contractual. En este caso los justiciables han presentado al conocimiento judicial una solicitud de aprobación de partición de bienes, que dicen que han convenido de mutuo y amistoso acuerdo, conforme a las previsiones del artículo 1069 del Código Civil. Es decir, que

Por su parte, los artículos 777 y siguientes del Código de Procedimiento Civil regulan el procedimiento judicial contencioso de partición⁸⁵, aplicable a la partición de herencia como subespecie de la comunidad—según algunas decisiones judiciales, inclusive en caso de menores de edad en cuanto no se oponga al procedimiento de la Ley Orgánica para la Protección de

optaron por la vía de la partición judicial no contenciosa, al presentar ante un juez su acuerdo amistoso, para que más que su aprobación le de visos de autenticidad. No hay procedimiento, por no haber contención y solo se pretende cumplir con el rito de la aprobación. Entonces, no entiende quien sentencia, que si habiéndose establecido en el artículo 3 de la mencionada Resolución de la Sala Plena, que los juzgados de municipio conocerán de forma exclusiva y excluyente de todos los asuntos de jurisdicción voluntaria o no contenciosa en materia civil, como tratándose de una materia no contenciosa civil, se le quiera excluir del conocimiento del juzgado municipal, por consideraciones cuánticas. El ser la jurisdicción voluntaria, materia exclusiva y excluyente de los juzgados municipales, no permitida generar incompetencias funcionales, ni atribuirle competencia en esa materia a juzgados de categorías distintas a los municipales».

⁸⁵ Véase en general sobre el procedimiento contencioso de partición: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 340-348; SÁNCHEZ NOGUERA, Abdón: *Manual de procedimientos especiales contenciosos*. Caracas, 2.^a (3.^a reimpr.), Ediciones Paredes, 2006, pp. 483-514; ÁLVAREZ, Tulio Alberto: *Procesos civiles especiales contenciosos*. Caracas, Editora Anexo 1, 2000, pp. 302-342; RENGEL-ROMBERG, Aristides: *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano*. Caracas, Edit. Altolitho, t. VI, 2004, pp. 423-426; HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo: *Código de Procedimiento Civil*. Caracas, 2.^a, Ediciones Liber, t. V, 2004, pp. 371-391; BAUDIN L., Patrick J.: *Código de Procedimiento Civil venezolano*. Caracas, Justice Editorial, 2007, pp. 1201-1209; CALVO BACA, Emilio: *Código de Procedimiento Civil venezolano*. Caracas, Ediciones Libra, t. VI, 2000, pp. 141-171. Véase aunque anteriores al vigente Código adjetivo: BORJAS, Arminio: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano*. Caracas, Edit. Atenea, t. V, 2007, pp. 269-303; PINEDA LEÓN, Pedro: *Lecciones elementales de Derecho Procesal Civil*. Mérida, ULA, tomos III y IV, 1980, pp. 224-236; BRICE, Ángel Francisco: *Lecciones de procedimiento civil*. Caracas, s/f, t. IV, 1967, pp. 54-68; ARCAYA, Mariano: *Código de Procedimiento Civil*. Caracas, El Cojo, t. V, 1966, pp. 353-377; REYES, Pedro Miguel: *Anotaciones al Código de Procedimiento Civil*. Caracas, Editorial Perfiles Venezolanos, s/f, pp. 208-210; FEO, Ramón F.: *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil venezolano*. Buenos Aires-Caracas, Editorial Biblioamericana, t. III, 1953, pp. 50-62.

Niños, Niñas y Adolescentes⁸⁶—, debiendo distinguirse, a tenor del artículo 778 *eiusdem*, la existencia o no de oposición⁸⁷. Se aprecian decisiones

⁸⁶ Véase *supra* II.3.1.: Juzgado Superior Civil, Mercantil, de Tránsito y de Menores de la Circunscripción Judicial del estado Trujillo, sent. del 13-10-09, <http://trujillo.tsj.gov.ve/decisiones/2009/octubre/1588-13-2930-09-.html>, Por su lado, el artículo 178 *eiusdem* dispone que los jueces de protección de niños y adolescentes «Conocerán de los distintos asuntos y de los recursos conforme al procedimiento que, en cada caso, prevé esta Ley y, en su defecto, conforme a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil» (*sic*). En los artículos comprendidos entre el 450 y el 492, ambos inclusive, la aludida Ley establece el procedimiento contencioso que se seguirá para el trámite y decisión de asuntos de familia y patrimoniales, con excepción de las materias de adopción, guarda –responsabilidad de crianza o custodia– y obligación alimentaria –obligación de manutención–. El artículo 452 *ibidem* dispone que se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil en cuanto no se opongan a las que dicha Ley especial contiene. Así las cosas, es claro que la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente no establece un procedimiento para el juicio de partición, por lo que, a tenor de las previsiones de los artículos 178 y 452 *eiusdem*, deberán aplicarse supletoriamente las disposiciones que para el trámite de tal juicio, trae el Código de Procedimiento Civil. Por manera que, ciertamente, cuando se trata de un juicio de partición en el cual se encuentren involucrados niños o adolescentes, se aplicarán las normas de procedimiento que para ese juicio se encuentran contenidas en el Código de Procedimiento Civil, pero sin perder de vista los privilegios y fuero procesales de que son beneficiarios los niños y adolescentes, debiendo tenerse presente que, como lo dispone el citado artículo 452 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, las referidas normas del Código de Procedimiento Civil se podrán aplicar en tanto en cuanto no se opongan a las previstas por dicha Ley especial»; Corte Superior del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, sent. del 08-05-09, citada *supra*, «... y por cuanto se está en presencia de una demanda de liquidación y partición, que tiene por objeto hacer cesar entre los coherederos la comunidad de bienes de la herencia, en cuyo caso, si hubiere discusión sobre el carácter o cuota de los interesados, luego de sustanciada la causa, resuelto el juicio que embarace la partición, se designa el partidor, a quien el juez debe fijar término para cumplir el encargo, con apremio en el cumplimiento de su deber, según lo previsto en los artículos 780, 781 y 782 del Código de Procedimiento Civil, partición que será necesario previamente oír la opinión del fiscal del Ministerio Público para la aprobación del tribunal de causa, cuando existan entre los coherederos niños, niñas o adolescentes, ello sin perjuicio

judiciales que se pronuncia, sobre el matiz de orden público de dicho procedimiento⁸⁸. La competencia judicial, según indicamos, viene dada en

del derecho que tienen los interesados de practicar una partición amigable»; Juzgado Superior Civil, Mercantil, del Tránsito y Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del estado Bolívar, sent. del 13-04-09, exp. 08-3278, <http://cfr.tsj.gov.ve/decisiones/2009/abril/1898-13-09-3278-.html> «aún llevándose a efecto el acto oral de pruebas, el cual a juicio de esta sentenciadora tampoco debió realizarse por expresa disposición del artículo 778 *eiusdem*; pero aún así, ante la omisión de la parte demandada, el fallo que se debió producir no era precisamente declarar sin lugar la demanda y menos con tan absurdo razonamiento. Es así que, en acatamiento a lo establecido en el artículo 778 del Código de Procedimiento Civil, se ordenará al Juez *a quo* emplazar a las partes para el nombramiento del partidor en el décimo día siguiente»; respecto de menores de edad; Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Sucre, sent. del 09-01-09, exp. 4519-07, <http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2009/enero/1238-9-TP2-4519-07-.html>. Véase *supra* ii.3.1.

⁸⁷ Véase entre otras: TSJ/SCC, sent. N.º 383, del 31-05-07, «la parte accionada sí contradujo la demanda al oponer la falta de cualidad pasiva, pues, de conformidad con la doctrina anteriormente citada, no es imprescindible para realizar oposición, expresar textualmente la frase “me opongo”, sino que ello puede derivarse de una forma negativa de contestación a la demanda tal como sucedió en el caso bajo examen (...) Por consiguiente, tal punto de oposición ha debido sustanciarse y decidirse por los trámites del procedimiento ordinario, con vista a la pruebas que pudieren promoverse y sustanciarse, y una vez resuelto esto, procederse a emplazar a las partes para el nombramiento del partidor»; Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 15-10-07, exp. 6658, <http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/.../2121-15-6658-.html>; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, sent. del 12-08-09, citada *supra*, «... artículo 778 del Código de Procedimiento Civil (...) De la norma anteriormente transcrita se evidencia, que si el demandado no se opone a la partición, ni manifestare discusión sobre el carácter o cuota de los interesados, se emplaza directamente al partidor a los fines de que se proceda a la liquidación en la forma solicitada»; Sala de Juicio N.º 1 del Tribunal de Protección de Niños y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Lara, sent. del 06-08-04, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2004/agosto/645-6-KH07-Z-2002-000244-.html>, Juzgado Superior Civil, Mercantil, del Tránsito y Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del estado Bolívar, sent. del 13-04-09, citado *supra*; Juzgado Superior en

principio por el último domicilio del *de cuius* —que podría variar en caso de que participen menores de edad—⁸⁹.

lo Civil, Mercantil, Transito, Bancario y Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Monagas, sent. del 07-01-09, exp. N.º 008822, <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2009/enero/1695-7-008822-.html>, «... juicio de partición de herencia en el cual deben ser citados los sucesores desconocidos de conformidad con el artículo 231...»; Juzgado Primero del municipio Heres del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del estado Bolívar, sent. del 27-02-12, exp. FP02-V-2010-000253, <http://bolivar.tsj.gob.ve/decisiones/2012/.../1987-27-fp02-v-2010-000253-pj...>, en los juicios de partición en donde no hubiere oposición a dicha partición, debe continuarse con la próxima etapa procesal, en la que el juez deberá emplazar a las partes para el nombramiento del partidor. Pero en los supuestos de que formulase oposición sobre todos o algunos de los bienes, o sobre la cualidad de algún comunero, se seguirá la vía del juicio ordinario y contra las decisiones tomadas podrá ejercerse el recurso de apelación y el extraordinario de casación. Se observa entonces que nos encontramos frente a un juicio especial, y en el mismo por la falta de oposición no era necesario continuar por los trámites del juicio ordinario subsumiendo tal situación en el caso de marras, del contenido de la demanda se desprende que lo se pretende es la partición del bien común dejada por la causante de las partes; TSJ/SCC, sent. N.º 564, del 26-11-10, la Sala estima pertinente, en primer término, referirse brevemente al procedimiento de partición, el cual, conforme a la Ley, se desarrolla en dos fases claramente diferenciadas, una que se tramita por la vía del juicio ordinario, y que solo se abre si hubiere oposición a la partición o se discutiere el carácter o la cuota de los interesados; la otra, que es la partición propiamente dicha, en la cual se designa un partidor y se ejecutan las diligencias de determinación valoración y distribución de todos los bienes del caso. En ambas fases podrán interponerse los recursos ordinarios y extraordinarios que la cuantía permita, pudiéndose ejercer, bien, contra la sentencia del juicio previo que embarace la partición, así como contra las determinaciones del partidor; TSJ/SCC, sent. N.º 331, del 11-10-00, en el procedimiento de partición hubo oposición sobre algunos de los bienes objeto de ella; ahora bien, sobre aquellos bienes contra los que no la hubo, al estar de acuerdo los herederos en relación a su división, procedía solo emplazar a las partes para que se realizara el nombramiento del partidor, no era menester realizar ningún otro pronunciamiento al efecto, de acuerdo a la doctrina comentada.

⁸⁹ Véase: Juzgado Superior Civil, Mercantil, del Tránsito y Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del estado Bolívar, sent. del 13-04-09, citado *supra*, «Nuestro ordenamiento procesal, establece un solo procedimiento para la partición judicial de bienes, sea cual fuere el origen de

El objeto del juicio sucesorio es dar fin a la indivisión que nace al momento de la muerte del causante⁹⁰. Tal comunidad sucesoral ha de ser probada a los efectos de la partición judicial⁹¹. Dicha acción de partición, según

la comunidad y la naturaleza de los bienes a dividir. Una de las características de la acción de partición es precisamente el carácter de orden público que deriva de las pautas que el propio legislador ha señalado y la consideración de que las comunidades no regladas son contrarias al interés de la sociedad; de modo que si su objeto es poner fin a la correspondiente situación de indivisión, en ello está comprendido el interés del legislador y de la sociedad, para concluir el estado de comunidad que pueda perjudicar el tráfico jurídico de los bienes que la integran o facilitar situaciones de inseguridad jurídica para los propios comuneros y para terceros, cuando se llegue a situaciones extremas de imposibilidad de determinar quienes son los comuneros y a cuanto alcanzan sus derechos en la comunidad»; Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent del 23-07-08, exp. 5.708 <http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2008/julio/2147-23-5708-6.html>, en virtud de lo expuesto, opina el sentenciador que estamos en presencia de una causal de inadmisibilidad de la demanda de las previstas en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, concretamente, la prohibición expresa de la Ley de admitirla, lo cual es relevable de oficio, pues, una de las características de la acción de partición es precisamente la de ser de orden público.

⁸⁹ Véase *supra* II.3.1.

⁹⁰ AGUILAR GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 129.

⁹¹ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Aragua, sent. del 16-06-08, citada *supra*, «siendo que de la revisión de los autos no se evidencia que el litisconsorcio que conforma la parte actora, haya cumplido con presentar los documentos que acrediten la existencia de la comunidad, esto es, no los señalados por la parte demandada, sino las actas de defunción de los ciudadanos antes mencionados y las actas de nacimiento de los hijos llamados de forma directa a heredar, conforme la ley. Siendo que son precisamente estas actas civiles –defunción y nacimiento–, las que cierta y decididamente permiten al juez determinar la existencia o no de la comunidad sucesoral, así como la posible falta de citación de algún comunero. No obstante, una cosa es que la parte actora no haya hecho constar los documentos que acreditan la existencia de la comunidad y otra es el hecho de que no lo haya expresado en el libelo, ya que de la lectura de la demanda se evidencia que ciertamente los accionantes aducen ser hijos de los finados (...) asimismo aducen ser hermanos y solicitar la partición en virtud de la negativa del ciudadano (...) a partir el bien inmueble objeto de controversia (...) Y en cualquier caso el artículo 778 *eiusdem* se encuentra estrechamente vinculado con el

refiere la jurisprudencia, no está supeditada al cumplimiento de otros requisitos formales asociados de los deberes de los herederos⁹². Vale recordar

artículo 777, que establece la obligación de expresar el título que comprueba la existencia de la comunidad, esto es en caso de: i. comunidad conyugal: acta de matrimonio y sentencia de divorcio, ii. comunidad concubinaria: sentencia declarativa del concubinato, en la que se indique clara y ciertamente fecha de inicio y finalización; iii. comunidad sucesoral: acta(s) de defunción y de nacimiento dependiendo del parentesco; iv. comunidad ordinaria: documento en que conste la adquisición del bien en comunidad, o documento de cesión de derechos sobre bien comunal. De tal suerte, que verdaderamente la parte actora no ha demostrado con la documentación apropiada, la existencia de la comunidad sucesoral, cuya partición pretende, lo que conduce forzosamente a declarar con lugar la cuestión previa alegada».

⁹² Véase a propósito del artículo 51 de la Ley de Donaciones y Sucesiones: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Mérida, sent. 19-6-08, exp. 21 592, <http://aragua.tsj.gov.ve/decisiones/.../959-19-21592-1.html>, «Ahora bien, examinada con detenimiento la norma invocada por el codemandados, concluye este sentenciador que de ella no dimana ninguna prohibición expresa que de forma alguna impida a los tribunales de primera instancia sustanciar y decidir causas relativas a partición de herencias, razón por la cual dicha cuestión previa no puede prosperar (...) Por las razones expuestas, y al no existir texto legal expreso que prohíba el ejercicio de la acción de partición de bienes hereditarios, la cuestión previa contemplada en el ordinal 11° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, opuesta por la parte demandada, debe ser declarada sin lugar»; TSJ/SPA, sent. N.º 1395, del 05-12-13, en este orden de ideas, esta Sala advierte que el juez de la causa para dictar su pronunciamiento debió exigir a las partes que presentasen el certificado de solvencia correspondiente a la declaración, liquidación y pago de los derechos sucesorales pendientes, requisito legal indispensable para disponer de los bienes del *de cujus*, por lo que lo procedente es ordenar la apertura de una incidencia de conformidad con el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil y solicitar a los accionantes que consignen la respectiva solvencia tributaria en materia sucesoral o de cualquier otro impuesto, tasa o contribución, para posteriormente pasar a dictar el fallo definitivo, y así garantizar los derechos del Fisco Nacional, de conformidad con lo establecido en los artículos 12 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y 51 de la Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos, pero no negar el acceso a la jurisdicción de los demandantes (*vid.* sentencia de la TSJ/SC, sent. N.º 1305, del 08-10-13). Por todos los razonamientos anteriormente expresados, debe esta Sala declarar con lugar el recurso de regulación de jurisdicción interpuesto y, en consecuencia, que el Poder

que el fenómeno sucesorio supone un título que deberá ser acreditado en el juicio de partición⁹³, mediante la prueba o acta correspondiente⁹⁴, cualidad de sucesor que no se deriva con la respectiva planilla sucesoral⁹⁵. Señala LÓPEZ HERRERA que no es necesario el certificado de solvencia del respectivo impuesto sucesoral⁹⁶, pero son instrumentos fundamentales de la

Judicial sí tiene jurisdicción para conocer y decidir la solicitud de homologación (...) No obstante, debe advertirse y reiterarse, que el pronunciamiento anterior no exime de la obligación que tienen los accionantes de declarar y efectuar el respectivo pago, y así demostrar su solvencia, con relación al impuesto exigido en la Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y Demás Ramos Conexos, así como de cualquier otro tributo, tasa o contribución establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

⁹³ Véase: Juzgado de Primera Instancia Agraria de la Región Agraria del estado Lara, sent. del 10-05-06, citada *supra*, «La acción de partición en los términos previstos en el Código Civil obliga a que las personas que comparezcan al proceso determinen diversos factores, entre los cuales se encuentra el título que origina la comunidad».

⁹⁴ Véase *supra* II.5.2.

⁹⁵ Véase: TSJ/SCC, sent. N.º 591, citada *supra*; Juzgado Superior Segundo Agrario del estado Aragua, sent. del 19-01-06, citada *supra*, por otra parte, la planilla de liquidación sucesoral también puede asimilarse a un documento privado reconocido, en el sentido de que el órgano administrativo al recibir la declaración, constata la identidad de quien lo presentó, pero no acredita la condición de heredero legítimo, toda vez que, en dicha declaración pueden agregarse personas que no poseen cualidad de herederos o bien, omitirse a alguien que efectivamente la tenga».

⁹⁶ LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 343, ya que la Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y Demás Ramos Conexos solo exige que ello se haga cuando se trata de protocolización, autenticación o reconocimiento de documentos en los que se transmite la propiedad o constituyen derechos recibidos por herencia o legado; TSJ/SCC, sent. N.º 445, citada *supra*, «no le está dado al juez determinar causal o motivación distinta al orden establecido para negar la admisión *in limine* de la demanda, quedando legalmente autorizado para declarar la inadmisibilidad de la misma, siempre y cuando dicha declaratoria se funde en que la pretensión sea contraria al orden público, a las buenas costumbres o alguna disposición expresa de la ley. Fuera de estos supuestos, en principio, el juez no puede negarse a admitir la demanda, y en el caso particular de la exigibilidad de la planilla de declaración sucesoral, certificado de solvencia o liberación como requisito de admisibilidad de este tipo de causas, de una revisión de las disposiciones fundamentales de la Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos, no se evidencia ninguna disposición expresa de la Ley que establezca, que no deberá admitir

acción de partición, el acta de defunción del causante, las actas que comprueben vínculos con el *de cuius* como las de nacimiento y matrimonio⁹⁷, el testamento si es el caso⁹⁸, o la respectiva prueba del concubinato⁹⁹.

Se aclara que la partición hecha por el causante no pone fin a la comunidad sino que la evita, ya que los bienes partidos no llegan nunca a ser comunes de los herederos, pues cada uno recibe directamente del difunto lo que les adjudicó¹⁰⁰. Se indica que tal posibilidad se funda en la consideración de que el testador se halla en mejor situación que cualquier otro para conocer

la demanda si no se presenta ésta como documento fundamental de la demanda, pues la única disposición al respecto, es decir, el citado artículo 51 *eiusdem*, solo refiere a la imposibilidad de los registradores, jueces y notarios de protocolizar, autenticar o dar fe de reconocimiento de documentos en que a título de heredero o legatario, se transmita la propiedad o se constituyan derechos reales sobre bienes recibidos por herencia o legado, si no media el certificado de solvencia o la autorización del ministerio con competencia en materia de finanzas respectiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos».

⁹⁷ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, sent. del 09-12-04, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2004/diciembre/1328-9-15622-.html>, «Tercero: Con los recaudos presentados, actas de nacimiento de las partes y el reconocimiento mismo que hace la demandada en el acta de defunción de la causante, ha quedado demostrada la cualidad de heredero de la contraparte en el presente caso, cualidad ésta cuestionada por la demandada en sus escritos extemporáneos de impugnación a la partición misma».

⁹⁸ LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 342 y 343.

⁹⁹ Véase *supra* v.7.

¹⁰⁰ ALBALADEJO, *Curso...*, p. 138. Véase también: CARRIÓN OLMOS *et al.*, ob. cit., p. 295, la comunidad hereditaria se impone salvo que el testador realice por sí mismo la partición; GUTIÉRREZ BARRENENGOA *et al.*, ob. cit., p. 422, es consecuencia del *ius disponendi* que tiene el testador sobre sus bienes; SUÁREZ FRANCO, ob. cit., p. 166, el testador podría en el mismo acto testamentario hacer la partición de sus bienes; ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, p. 130, el acto del testador por el cual asigna y distribuye las cuotas, impide la constitución de la comunidad; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 410, en la partición por el ascendiente nos encontramos con la anomalía de que en realidad no existe división de una comunidad entre herederos puesto que la misma nunca llega a existir.

las aptitudes de herederos y legatarios, la utilidad y entidad de los bienes, así como la conveniencia de eliminar pugna y litigios que inevitablemente suelen surgir del estado de indivisión¹⁰¹. Supuesto que presenta limitaciones en el caso venezolano, según veremos al referirnos a la partición del ascendiente¹⁰². De allí que se afirme que no hay comunidad entre varios llamados por un testamento, cuando el llamamiento se limita a una parte concreta y determinada de la herencia¹⁰³. Pues, en tal caso, el testador no solo establece quien ha de ser el heredero, sino lo que ha de heredar cada uno¹⁰⁴.

Ahora bien, el proceso sucesorio en su fase final a los fines de acceder a la división o adjudicación definitiva, está integrado por varias etapas u operaciones progresivas, que mencionaremos de seguidas.

Una vez establecida la masa de la herencia¹⁰⁵ y estimación de los bienes hereditarios¹⁰⁶, mediante la realización del correspondiente inventario,

¹⁰¹ LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 135.

¹⁰² Véase *infra* XIII.5.

¹⁰³ FERRANDIS VILELLA, ob. cit., p. 83.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, pp. 83 y 84.

¹⁰⁵ Véase sobre la «formación de la masas activa y pasiva» de la herencia: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 253-258, la masa activa se corresponde por los bienes y derechos de la herencia, la masa pasiva por las cargas y gastos de la herencia; MONTIEL VILLASMIL, ob. cit., pp. 101 y 102, el activo está constituido por los bienes muebles e inmuebles, dinero efectivo, valores negociables, joyas, mercancías vendibles, y todo aquello de que se tenga la facultad de disponer; el pasivo lo integran las obligaciones asumidas comprobables mediante documentos públicos o privados, facturas, pagarés, efectos de cambio, créditos fiscales, tasas o contribuciones debidas; BRICEÑO C., ob. cit., p. 63 supone reunir todos los elementos activos y pasivos del causal hereditario.

¹⁰⁶ Véase: ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, p. 108, la estimación de los bienes hereditarios es indispensable para la formación de los lotes, cuotas o hijuelas en proporción a los valores que corresponde a cada heredero con base en su vocación hereditaria. La estimación la hará el partidor teniendo en cuenta el valor de los bienes al tiempo de la división; BRICEÑO C., ob. cit., p. 63, supone la valoración de los bienes hereditarios al valor que tengan en el momento de la partición; POLACCO, ob. cit., t. II, p. 297, hay que establecer el valor de cada uno de los bienes que componen la herencia, lo

procede la partición de los bienes entre los herederos. La herencia en su concepción residual es lo que queda para dividir entre los herederos luego de pagar las deudas¹⁰⁷. La partición en general, según indicamos, puede tener lugar de forma amigable o no contenciosa¹⁰⁸ y en su defecto en forma judicial. El Código sustantivo prevé expresamente normas especiales para aquellos casos en que no ha sido posible la partición amigable. Al efecto, dispone el artículo 1069: «Cuando los coherederos no puedan acordarse para practicar una partición amistosa, se observarán las reglas de los artículos siguientes».

En consonancia con la norma general (artículo 768 del Código Civil) que consagra el derecho de todo comunero a pedir la partición, pues nadie puede ser obligado a permanecer en comunidad¹⁰⁹, en materia hereditaria ni siquiera el testador puede obligar a los herederos a permanecer en comunidad, salvo excepcionalmente acuerdo de los comuneros no superior a cinco años, o la previsión del causante de prohibirla en caso de menores hasta un año después de la mayoría, pero cuya partición podría autorizar

cual podría hacerse mediante peritos; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 581, la tasación de los bienes es indispensable; MAZEAUD *et al.*, ob. cit., vol. IV, p. 38, resulta prácticamente imposible proceder a una partición sin evaluar los bienes que han de partirse; DE PAGE, ob. cit., pp. 746-748.

¹⁰⁷ Véase ALVAREZ-CAPERACHIPI, ob. cit., p. 39, el proceso que va desde la muerte del causante hasta el pago de acreedores y legatario se denomina «ejecución hereditaria», la herencia es lo que queda después de la ejecución hereditaria.

¹⁰⁸ Véase: ABOUHAMAD HOBAICA, ob. cit., pp. 261 y 262, señala que es frecuente la búsqueda constante de soluciones extrajudiciales en la materia, dada la ineficacia o inoperancia del juicio partible; proceso demorado y lento que puede persistir en su tramitación por más de una década.

¹⁰⁹ Véase: ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., pp. 604 y 605, califican la partición como un acto jurídico necesario e irrevocable; necesario porque nadie es obligado a estar en comunidad e irrevocable—salvo la realizada por el causante— porque la realizada por acto *inter vivos* nuevamente no se corresponde técnicamente con una revocación, sino que se produce un nuevo acuerdo de transmisión entre los herederos.

el juez por graves motivos¹¹⁰. Vale observar que los acreedores hereditarios pueden oponerse a la partición¹¹¹ hasta que se les pague o afiance¹¹².

La acción de partición no prescribe¹¹³, por cuanto el comunero no pierde el derecho a solicitarla en cualquier tiempo. Sin embargo, el tiempo, unido a los demás requisitos de ley, puede beneficiar al heredero que alegue a su favor prescripción adquisitiva. Al efecto prevé el artículo 1068: «La partición procede aunque uno de los coherederos haya gozado separadamente de una parte de la herencia a menos que haya habido una posesión suficiente para la prescripción, cuando haya lugar a ésta».

Según indicamos, por disposición expresa del artículo 1169 del Código Civil, a falta de partición amigable la partición hereditaria se rige por las normas de los artículos 1070 siguientes. Según las cuales cada coheredero puede pedir en especie su parte de bienes muebles o inmuebles de la herencia

¹¹⁰ «Artículo 1067.- Se puede pedir la partición de una herencia, no obstante cualquiera prohibición del testador. Sin embargo, cuando todos los herederos instituidos o algunos de ellos sean menores, el testador puede prohibir la partición de la herencia hasta un año después que hayan llegado a la mayor edad los menores. La autoridad judicial podrá, no obstante, permitir la partición, cuando así lo exijan circunstancias graves y urgentes». Véase sobre la norma: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 209 y 210. Véase respecto del Derecho español: MUÑOZ DE DIOS, Mariano: «La divisibilidad de la herencia y sus posibles limitaciones: por prohibición del testador y por acuerdo de los coherederos». En: *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, vol. VI, 1969, pp. 613-653.

¹¹¹ Véase sobre tal derecho: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 232-241. Véase también sobre el derecho de los acreedores a hacer revocar y declarar simulación de la partición, así como de ejercer los derechos del copartícipe deudor: *ibíd.*, pp. 241-245.

¹¹² «Artículo 1081.- Los acreedores hereditarios podrán oponerse a que se lleve a efecto toda partición de la herencia, hasta que se les pague o afiance».

¹¹³ Véase: PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, p. 558, la acción de partición es imprescriptible mientras dura la indivisión; Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 03-12-13, citada *supra*, la partición «es un derecho imprescriptible de cada comunero».

salvo que fuere necesaria otra disposición de los muebles y considerando que algunos de éstos pertenecen al cónyuge del *de cuius*, como el mueblaje y enseres de uso personal¹¹⁴. Los inmuebles no susceptibles de división serán objeto de subasta pública¹¹⁵. A falta de acuerdo entre coherederos las condiciones de venta serán fijadas por el juez¹¹⁶. Se respetarán las reglas relativas

¹¹⁴ «Artículo 1070.- Cada uno de los coherederos puede pedir en especie su parte de bienes muebles o inmuebles de la herencia, sin embargo, si hubiere acreedores que hayan embargado los muebles o que se opusieren a ello, o si la mayoría de los coherederos juzgare necesaria la venta para el pago de las deudas y cargas de la herencia, los muebles se venderán en pública subasta. En todo caso el mueblaje y otros enseres de uso inmediato y personal del cónyuge del *de cuius* se considerarán como bienes propios de éste y no se incluirán en el acervo hereditario». Véase: DOMINICI, ob. cit., pp. 355 y 356, se incluye, muebles como armarios, cama, cómoda. Véase también: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 200, disposición lógica que evita perjuicios y molestias al cónyuge sobreviviente. El mueblaje está definido en el artículo 535 del Código Civil.

¹¹⁵ «Artículo 1071.- Si los inmuebles no pueden dividirse cómodamente, se hará también su venta por subasta pública. Cuando las partes sean todas mayores y consientan en ello, la venta podrá hacerse por las personas que designen». Véase: SANOJO, ob. cit., p. 93, respecto de los inmuebles se les venderá en subasta pública cuando no pueda dividirse cómodamente, lo que será una cuestión puramente de hecho que la autoridad judicial resolverá teniendo en cuenta la importancia y naturaleza de los bienes hereditarios; Sala de Juicio N.º 1 del Tribunal de Protección de Niños y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Lara, sent. del 06-08-04, citada *supra*, «... en concordancia con lo establecido en los artículos 1071 y 1072 *eiusdem*, los cuales establecen que al no poder dividirse cómodamente los bienes, y de no existir acuerdo entre las partes será la autoridad judicial quien proceda a la subasta de los bienes; teniendo siempre presente el respeto de los derechos de terceros que representan el límite de la protección espacialísima del interés superior del niño, sin que ello se traduzca en el detrimento del derecho a la vivienda (...) En consecuencia subástense públicamente, remátense los bienes y atribúyasele, cada uno de los coherederos la cuota parte que le corresponde, siendo necesario dejar sentado que la atribución de los derechos de cada heredero sobre los bienes discriminados y de cuya existencia indubitable existe prueba en las actas, se efectúa sin desmedro ni menoscabo del derecho que asiste a cualquiera de los herederos a demandar la partición de otros bienes cuya existencia no fue demostrada en el presente proceso».

¹¹⁶ «Artículo 1072.- Los pactos y las condiciones de la venta, si los copartícipes no se pusieren de acuerdo, se establecerán por la autoridad judicial con arreglo a derecho».

a la colación –de donaciones¹¹⁷ y de deudas^{118–119}, y de no hacerse en especie debe adjudicarse en función de la misma naturaleza y calidad¹²⁰.

En la formación de los lotes¹²¹ debe evitarse perjuicios respecto de los bienes¹²², pues constituye la más importante y delicada de las operaciones de la división de herencia en opinión de LÓPEZ HERRERA¹²³.

¹¹⁷ Véase *supra* IV.

¹¹⁸ Véase: ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, p. 110, el autor señala que la referencia a la palabra «colación» utilizada por el artículo 1073 del Código Civil incluye no solo la colación de donaciones de llevar a la masa lo recibido por tal por el *de cuius*, sino a la colación de deudas propiamente, pues el heredero puede ser deudor de una cantidad frente a la masa hereditaria, ya sean anteriores a la apertura de la sucesión o a la partición. Véase sobre la colación de deudas: POLACCO, ob. cit., t. II, pp. 305-311; JOSSERAND, ob. cit., vol. II, pp. 352-359; MAZEAUD *et al.*, ob. cit., vol. IV, pp. 86-92; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 261-270.

¹¹⁹ «Artículo 1073.- Cada uno de los coherederos traerá a colación, según las reglas que más adelante se establecen, lo que se le haya dado y las cantidades de que sea deudor».

¹²⁰ «Artículo 1074.- Si no se hace en especie la colación, los coherederos a quienes se les deba tienen derecho a una parte igual de la masa hereditaria, que debe adjudicárseles, en cuanto sea posible, en objetos de la misma naturaleza y calidad de los que no se han traído a colación en especie».

¹²¹ Véase: POLACCO, ob. cit., t. II, pp. 312-314, determinada la masa a repartir se forman tantos lotes como herederos; ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, p. 114, de la masa de los bienes a dividir, hechas las debidas colaciones y después de ejecutadas, se formarán tantas cuotas o lotes iguales como coherederos hayan, para que todos concurren en partes iguales, y en caso de sucesión por representación, se formaran tantos lotes como estirpes concurren.

¹²² «Artículo 1075.- En la formación y composición de los lotes se debe evitar, en cuanto sea posible, desmembrar los fundos y causar perjuicios por la división a la calidad de las explotaciones; y se procederá de manera que entre en cada parte, en lo posible, igual cantidad de muebles, inmuebles, derechos y créditos de la misma naturaleza y valor».

¹²³ LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 258, véase sobre la misma: *ibíd.*, pp. 258-260, los lotes –también denominados hijuelas– deben formarse respetando los principios hereditarios, tomando en cuenta la cuota, el valor de los bienes comprendido en esos lotes, en relación con el valor total del cuerpo de bienes, etc.

El testador podría disponer por testamento u otro instrumento público que un tercero que no sea heredero asuma la partición. Prevé el artículo 1066: «Puede encargarse a otra persona la simple facultad de hacer la partición de los bienes que alguien deje a su fallecimiento, con tal de que no sea a uno de los coherederos. Esta facultad deberá darse en testamento o en instrumento público».

La división de la herencia puede tener lugar por partidor designado por el causante¹²⁴. A falta de previsión testamentaria, la mayoría absoluta de los herederos o, en su defecto, el juez¹²⁵ elegirá un partidor¹²⁶ que formará

¹²⁴ Véase: *ibíd.*, pp. 348 y 349.

¹²⁵ Véase: Sala de Juicio Décima del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 28-01-09, citada *supra*, «... No habiendo otro argumento de defensa y por cuanto ha lugar en derecho la acción de partición de la parte actora, debe prosperar la presente demanda y fijarse la oportunidad legal para la convocatoria a los comuneros del inmueble en cuestión, para la designación del partidor respectivo y en caso de no ser decidido por ellos en una mayoría absoluta de las personas copropietarias o haberes sobre la casa (...) se procederá a tal designación por parte de esta juez, para luego pasar a la publicación del cartel de remate respectivo sobre la misma».

¹²⁶ Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 270-272, es la persona designada para efectuar la división de la herencia. Su nombramiento puede ser hecho por el causante, los herederos o el juez (*ibíd.*, p. 270). Véase también: Ley de Arancel Judicial, artículo 57: «Los partidores cobrarán sobre el monto total de los bienes partidos, cuando el valor de éstos no exceda de 5000 U.T., el 3 %, por el exceso hasta 10 000 U.T. el 2 % y por el exceso de esta última cantidad el 1 %». Véase entre otras: Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 19-05-09, exp. AH15-F-1999-000006, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2009/mayo/2120-19-AH15-F-1999-000006-.html>, los honorarios solicitados por la partidora, se ajustan a lo establecido en la referida norma del artículo 57 de la Ley de Arancel Judicial; Superior Tercero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 29-09-08, exp. 9662, <http://aragua.tsj.gov.ve/decisiones/2008/septiembre/2140-29-9662-.html>; Juzgado Superior Civil, Mercantil, de Tránsito y de Menores de la Circunscripción Judicial del estado Trujillo, sent. del 06-11-07, <http://trujillo.tsj.gov.ve/decisiones/2007/noviembre/1588-6-2507-07-.html>.

partes y procederá a la adjudicación de los lotes¹²⁷ a cada heredero¹²⁸. De no haber objeción¹²⁹ dentro del plazo indicado por el juzgador a tal efecto, la partición quedará concluida; en caso de incapaces de obrar en general se

¹²⁷ Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, sent. del 21-07-09, citada *supra*, «... la figura legal tendiente a la adjudicación del referido caudal hereditario a través de la partición judicial de la comunidad»; Véase sobre la adjudicación de los lotes: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 260 y 261, el partidor o quien haga sus veces señala cual de los diferentes lotes o hijuelas corresponde a cada uno de los herederos; POLACCO, *ob. cit.*, t. II, pp. 314-318.

¹²⁸ «Artículo 1076.- Un partidor nombrado por la mayoría de los interesados, formará las partes y las adjudicará a cada heredero. Para formar la mayoría se necesita el concurso de la mayoría absoluta de personas y de haberes; caso de no obtenerse esta mayoría, el juez elegirá el partidor». Véase: DOMINICI, *ob. cit.*, p. 361, los herederos pueden hacer la partición sin el nombramiento del partidor, lo que quiere decir el artículo es cuando no se procede amistosamente.

¹²⁹ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del estado Bolívar, sent. del 23-07-09, exp. FP02-F-2008-000395, <http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2009/julio/2177-23-FP02-F-2008-000395-PJ0192009000432.html>, «Por lo que respecta a la tercera objeción el juzgador la encuentra infundada por cuanto ningún precepto legal contenido en el Código Civil o en el Código Procesal Civil obliga al partidor a consultar a los condóminos. Por el contrario, si ellos desperdiciaron la facultad que les reconoce el ordenamiento jurídico de proceder a la partición amigable (artículos 1069 del Código Civil y 788 del Código de Procedimiento Civil) no puede pensarse que una vez encargada la partición a un auxiliar de justicia éste deba consultarlos sobre aquello respecto de lo cual no pudieron acordarse: la mejor manera de hacer la división de los bienes comunes. En consecuencia, se desestima por infundada la objeción (...) En cuanto a la sexta objeción referida a que en la división de los bienes no se atendió al principio equitativo de adjudicar a cada parte bienes de una misma categoría e igual naturaleza, la apoderada actora no explica cómo resultó infringido este principio ínsito en la parte final del artículo 1075 del Código Civil. La explicación es necesaria puesto que solo así puede el juez examinar sus fundamentos y determinar si se refiere a un reparo leve o grave. En cualquier caso, la objeción es manifiestamente infundada ya que en este proceso los bienes indivisos son dos inmuebles de manera que es virtualmente imposible la violación por parte de la partidora del principio denunciado por la actora».

requiere aprobación del juez¹³⁰. A propósito de los incapaces de obrar, podría plantearse «oposición de intereses» entre el representante y el incapaz, que sería solventada mediante la respectiva designación de un curador especial para el caso concreto¹³¹.

Cualquier interesado podrá objetar¹³² la partición y se seguirá por el juicio ordinario¹³³; si por sentencia ejecutoriada se declara fundada la objeción, se reformará la partición en tal sentido, y se concluirá después de la misma¹³⁴. Concluida la partición se hará entrega de los respectivos documentos de adjudicación de la propiedad¹³⁵ en las condiciones de ley¹³⁶.

¹³⁰ «Artículo 1078.- Si dentro de un término que fijará el juez ninguno de los copartícipes hiciere objeción, la partición quedará concluida, y así lo declarará el tribunal. Si entre los herederos hubiere menores, entredichos o inhabilitados, será necesaria la aprobación del tribunal, previo detenido examen de la partición, para que ésta quede sellada». Obsérvese que se precisa autorización aunque se trate de incapaces relativos como los inhabilitados. Véase: RIPOLL JAÉN, Antonio: «El incapacitado como sujeto de la partición hereditaria. Una dimensión notarial de su problemática». En: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/articulos/2009-particionincapaz.htm>, «Todas las cuestiones jurídicas en las que está involucrado un incapacitado, incluida la partición hereditaria, deben de estar presididas por el principio del *utiliter* para el incapacitado, liberándolo de cargas que no hacen más que disminuir el patrimonio hereditario. No se trata con ello de sustituir el alcance imperativo de la Ley y sí de dar una interpretación a la norma adecuada al caso concreto, con lo que afirmo que la aprobación judicial no puede predicarse genéricamente, sino según la clase de partición ante la que nos encontramos (...) Todo ello explica la inexcusable necesidad de la aprobación judicial, sin excepción alguna».

¹³¹ Véase artículo 270 del Código Civil.

¹³² Véase: DOMINICI, ob. cit., p. 362, pueden fundarse en infracciones legales, testamentarias o aritméticas.

¹³³ «Artículo 1077.- Practicada la partición, cualquier interesado podrá objetarla si no la creyere justa, y continuar la controversia en juicio ordinario con los demás».

¹³⁴ «Artículo 1079.- Si la objeción se declarare fundada por sentencia ejecutoriada, la partición se reformará en el sentido que indique la sentencia, quedando concluida la partición después que esto se verifique».

¹³⁵ Véase sobre la terminación de la partición y la entrega de títulos: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 272 y 273.

¹³⁶ «Artículo 1080.- Concluida la partición, se entregarán a cada uno de los copartícipes los documentos relativos a los bienes y derechos que se les hayan adjudicado.

Vale recordar que de ser discutida la condición de heredero porque este reclama la posesión de los bienes hereditarios, se precisa previamente a la partición, la acción de petición de herencia¹³⁷, siendo ésta cuestión prejudicial¹³⁸. Se admite en torno a la legitimación del juicio de partición no solo al coheredero, sino también los acreedores y cesionarios de aquellos¹³⁹, contra todos aquellos que por su parte habrían podido promoverlo por tratarse de una acción recíproca¹⁴⁰ o «duplex»¹⁴¹.

ESCOVAR LEÓN afirma que «Los gastos del juicio de división son una carga de la masa y se imputarán a cada coheredero proporcionalmente a su cuota»¹⁴². Pero, obviamente, dentro del curso del procedimiento de partición judicial propiamente dicha o contenciosa habría que precisar la posibilidad de una condenatoria en costas, según las actuaciones de las partes¹⁴³.

Los documentos de una propiedad adjudicada a varios y los comunes a toda la sucesión, quedarán en poder del copropietario elegido por la mayoría formada con arreglo al artículo 1076. Si la mayoría no pudiese avenirse en la elección, o si alguno de los interesados lo pretendiere, los documentos se archivarán en el Registro Principal de la jurisdicción donde se abrió la partición».

¹³⁷ Véase *supra* II.5.2.

¹³⁸ ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, pp. 100 y 101. Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 168, no se puede acumular la acción de partición y la petición de herencia.

¹³⁹ ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, p. 101. Véase también *ibíd.*, p. 116, en la partición tiene derecho a intervenir acreedores y cesionarios del heredero, a los efectos del artículo 766 del Código Civil a objeto de ejercer la facultad de hacer formal oposición para el caso que se proceda a dividir sin su intervención. Pues posteriormente no pueden impugnar la división, salvo en caso de fraude en cuyo caso corresponde la acción pauliana según el artículo 1279 del Código Civil; DE PAGE, *ob. cit.*, p. 804.

¹⁴⁰ CLARO SOLAR, *ob. cit.*, t. XVII (v), p. 77, aquellos contra los cuales es intentada tienen los mismos derechos que los que la intentan.

¹⁴¹ ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, p. 102.

¹⁴² Véase: *ibíd.*, p. 116.

¹⁴³ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, sent. del 09-12-04, citada *supra*, «Cuarto: La valoración hecha por concepto de costas procesales queda a título de reserva, cuestión esta a ser decidida posteriormente, dependiendo en todo caso de la actitud de las partes, tal y como lo señala el partidador en el numeral cuarto

4. EFECTOS¹⁴⁴

Señala la doctrina que la partición tiene dos efectos básicos: i. cada copartícipe se reputa propietarios de los bienes de su lote desde el momento de la apertura de la sucesión y no desde la partición –efecto declarativo– y ii. cada copartícipe a su vez responde de las perturbaciones y evicciones que sufran los demás, aludiéndose así a la obligación recíproca de la «garantía de los lotes»¹⁴⁵.

El Código Civil reputa que cada heredero solo sucede los bienes comprendidos en su lote, según prevé el artículo 1116: «Se reputa que cada coheredero ha heredado solo e inmediatamente todos los efectos comprendidos en su lote, o que le hayan tocado en subasta entre los coherederos, y que no ha tenido jamás la propiedad de los otros bienes de la herencia». Norma con base en la cual se ha interpretado el efecto declarativo de la

al referirse al pasivo de la herencia»; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Lara, sent. del 30-03-09, exp. KP02-F-2007-000110, <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2009/marzo/653-31-KP02-F-2007-110-.html>, «con lugar la pretensión de partición de herencia (...) En consecuencia se advierte a las partes que (...) tendrá lugar el acto para el nombramiento de partidor. Se condena en costas a la parte demandada, en virtud de haber resultado totalmente vencida»; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, sent. del 12-08-09, citada *supra*, «De la norma anteriormente transcrita se evidencia, que si el demandado no se opondrá a la partición, ni manifestare discusión sobre el carácter o cuota de los interesados, se emplaza directamente al partidor a los fines de que se proceda a la liquidación en la forma solicita (...) No se condena en costas, en virtud de lo decidido en el presente fallo»; Tribunal Primero de Primera Instancia del Régimen Procesal Transitorio de juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Yaracuy, sent. del 25-01-10, citada *supra*, «Por la naturaleza de la presente acción no se condena en costas a la parte vencida de conformidad con el artículo 485 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes».

¹⁴⁴ Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 351-374.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 351.

partición¹⁴⁶, señalándose que la misma no constituye un acto traslativo o atributivo de derechos, ni siquiera cuando se trata de partición amigable¹⁴⁷, sino que presenta un carácter declarativo por efecto de una ficción legal¹⁴⁸, apoyada en razones de orden práctico y continuidad¹⁴⁹. La doctrina distingue las consecuencias del efecto declarativo respecto de la constitución de hipotecas y otras garantías reales, constitución de usufructo y servidumbres, enajenaciones y medidas preventivas¹⁵⁰.

En cuanto al aspecto relativo a la garantía de los lotes, ello significa que los coherederos se deben en principio entre sí, saneamiento por evicción y saneamiento por perturbaciones. A ello se agrega la garantía de la solvencia de los deudores de créditos¹⁵¹.

¹⁴⁶ Véase: Casación sent. del 07-06-60 (citada por PERERA PLANAS, ob. cit., pp. 568 y 569), el artículo 1116 es la consagración del principio de que la partición no es título traslativo de dominio, sino declarativo de propiedad. Véase sobre el efecto declarativo de la partición: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 352-356; ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, p. 119; RAMÍREZ, ob. cit., p. 330; POLACCO, ob. cit., t. II, p. 318; MAZEAUD *et al.*, ob. cit., vol. IV, pp. 167 y ss.; CLARO SOLAR, ob. cit., t. XVII (v), p. 183.

¹⁴⁷ LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 353.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, p. 355, que se impone como principio absoluto, de no ser así resultaría incomprensible las obligaciones de garantía que impone la ley recíprocamente a los copartícipes. No obstante, tal ficción que pretender proteger a los coherederos conforme a la igualdad, no es de orden público, de allí que los herederos sean libres de renunciar a sus ventajas.

¹⁴⁹ MESSINEO, ob. cit., p. 381, especialmente la utilidad que entre los codivisionarios opere la garantía y dejar a salvo la hipoteca concedida antes de la división. Véase *ibíd.*, p. 401, ese efecto declarativo tiende a garantizar la continuidad de las relaciones entre *de cuius* y heredero.

¹⁵⁰ LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 356-361.

¹⁵¹ Véase sobre «la garantía de los lotes»: POLACCO, ob. cit., t. II, pp. 323-334, alude a «de la garantía de las cuotas recíprocamente debidas por los co-partícipes en la división»; ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, pp. 119-123; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 361-373, dicha garantía incluye saneamiento por perturbación y evicciones y garantía de la solvencia de los deudores de créditos; RAMÍREZ, ob. cit., p. 331; BRICEÑO C., ob. cit., p. 66.

El saneamiento por evicción¹⁵² y perturbaciones está consagrado en el artículo 1117 del Código Civil: «Los coherederos se deben mutuo saneamiento por las perturbaciones y evicciones procedentes de causa anterior a la partición. No se debe saneamiento si la evicción se ha efectuado expresa y señaladamente en la partición, o si aquélla se verifica por culpa del coheredero». Los coherederos son garantes entre sí de las evicciones y perturbaciones que pueda sufrir cada uno de ellos, teniendo una acción de garantía contra los demás¹⁵³. La perturbación es una molestia judicial o extrajudicial originada por un tercero en relación con un bien o derecho comprendido en el lote de quien la sufre; la evicción es el despojo resultante de una decisión judicial, sufrido por el adjudicatario del bien que integraba la herencia; por su parte, los vicios ocultos no dan lugar al saneamiento dada la distinta naturaleza entre la compraventa y la partición¹⁵⁴. Ello se debe a decir de JOSSERAND que se trata de institutos desemejantes aunque pertenezcan a la misma familia¹⁵⁵. No obstante, la doctrina española se pronuncia por la prudente aplicación supletoria de las normas de la compraventa en materia de saneamiento de la partición¹⁵⁶.

El efecto de dicha obligación es hacer cesar la perturbación a objeto de evitar la evicción o de producirse esta última, indemnizar al copartícipe¹⁵⁷.

¹⁵² Véase sobre el fundamento de la responsabilidad por evicción en la partición hereditaria: ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., pp. 728 y ss.

¹⁵³ RIPERT y BOULANGER, ob. cit., 2.^a Parte, p. 531.

¹⁵⁴ LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 362 y 363, esto es, además de que la norma no lo prevé expresamente por oposición a la norma de la compraventa (artículo 1503 del Código Civil), en la venta tiene sentido porque el comprador no tiene interés en adquirir un bien con vicios ocultos, pero en la división de la herencia es imperativo dividir el caudal hereditario.

¹⁵⁵ JOSSERAND, ob. cit., vol. II, p. 413.

¹⁵⁶ ALBALADEJO, *Curso...*, p. 175. Véase también: LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 127, «El saneamiento tiene su regulación propia en la compraventa. En todo caso, la aplicación de los preceptos de la venta que regulan el saneamiento debe ser prudente, teniendo en cuenta la finalidad de cada norma frente a la naturaleza de la partición».

¹⁵⁷ LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 365; CLARO SOLAR, ob. cit., t. XVII (V), p. 219, están obligados a protegerse recíprocamente de las molestias y perturbaciones y si uno de ellos sufre evicción los otros deben indemnizar.

Agrega SANOJO que es necesario que la perturbación o evicción sea de derecho, porque si es de hecho, el copartícipe debe defenderse por sí mismo como propietario¹⁵⁸.

Tal obligación recíproca se justifica, a decir de la doctrina, en el efecto declarativo de la partición, que supone que la transformación de los derechos indivisos se realiza sobre bases equitativas, por el cual cada copartícipe debe recibir su lote de manera efectiva¹⁵⁹. Se apoya, pues, en el principio básico de la partición de igualdad de los coherederos¹⁶⁰. Amén de propiciar la igualdad, se pretende asegurar al mismo tiempo la estabilidad de la división¹⁶¹. El propio artículo 1117 del Código Civil establece una doble excepción: si la evicción ha sido exceptuada expresamente en el acto de partición, y si el coheredero sufre la evicción por su culpa¹⁶². Por contrapartida, se responderá por evicción en casos no previstos por la norma –vicios ocultos– si así lo prevén expresamente las partes en el instrumento de partición por no ser una materia de orden público¹⁶³.

Señala acertadamente la doctrina que el valor que debe darse a la cosa ha de ser al momento de la evicción y no de la partición¹⁶⁴; así como que la perturbación o evicción debe ser anterior a la partición¹⁶⁵.

¹⁵⁸ SANOJO, ob. cit., p. 126.

¹⁵⁹ RIPERT y BOULANGER, ob. cit., 2ª Parte, p. 531. Véase en el mismo sentido: JOSSE-RAND, ob. cit., vol. II, p. 412.

¹⁶⁰ ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, p. 119, pues el autor es del criterio que la partición tiene efecto declarativo, por lo que la obligación de saneamiento debería descansar sobre el *de cuius*, pero «una conclusión semejante no tendría mayores alcances prácticos»; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 247, el principio de la igualdad es la regla cardinal en materia de partición.

¹⁶¹ SANOJO, ob. cit., p. 126.

¹⁶² ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, p. 120.

¹⁶³ LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 364.

¹⁶⁴ ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, p. 122.

¹⁶⁵ LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 365.

Al efecto, agrega el artículo 1118 del Código Civil: «Cada coheredero queda obligado personalmente a indemnizar, en proporción a su parte, a los demás coherederos, de la pérdida ocasionada por la evicción. Si algún coheredero es insolvente, concurrirán proporcionalmente, en la parte con que él debiera contribuir, los coherederos solventes, inclusive el que haya padecido la pérdida». Se indica que la solución de la norma sobre la insolvencia del coheredero es contraria a los principios generales del Derecho, según los cuales no existe una relación solidaria o hipotecaria en la que pueda dirigirse contra el propio deudor personal¹⁶⁶.

Finalmente, agrega el artículo 1119 del Código Civil: «La garantía de la solvencia del deudor de una renta, no dura más de cinco años después de la partición. No ha lugar a la garantía por la insolvencia del deudor de un crédito, si ésta ha sobrevenido después de la partición». Se trata de una garantía que opera si se incluyó en la partición, créditos del causante contra terceros, siendo también consecuencia del principio de igualdad¹⁶⁷. La garantía de saneamiento se aplica no solo a los créditos de rentas, sino también a los créditos de capital que hayan sido asignados a uno de los coherederos¹⁶⁸.

5. RESCISIÓN POR LESIÓN¹⁶⁹

La partición es un negocio jurídico y como tal está sometido a las circunstancias de ineficacia¹⁷⁰ que los afectan, tales como nulidad¹⁷¹ y rescisión¹⁷²,

¹⁶⁶ ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, pp. 122 y 123.

¹⁶⁷ LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 367.

¹⁶⁸ ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, p. 121. Véase también: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 367-371.

¹⁶⁹ Véase: POLACCO, ob. cit., t. II, pp. 336-346; RIPERT y BOULANGER, ob. cit., 2.^a Parte, pp. 537-543; MAZEAUD *et al.*, ob. cit., vol. IV, pp. 223-229; ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, pp. 125-129; SANOJO, ob. cit., pp. 129-135; RAMÍREZ, ob. cit., pp. 332-335; BRICEÑO C., ob. cit., pp. 65 y 66.

¹⁷⁰ Véase: ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., pp. 692 y ss.; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Curso de Derecho Civil III...*, pp. 569-578; ÁLVAREZ OLIVEROS, Ángel: «Notas sobre la

aun cuando, dada la complejidad de la partición, el legislador es más benevolente respecto de las mismas¹⁷³. Al efecto, LÓPEZ HERRERA distingue

rescisión por lesión». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 5 (Edición Homenaje a Fernando Parra Aranguren). Caracas, 2015, pp. 289-310 (especialmente pp. 296-299); FARRERA, Celestino: «Acciones de nulidad y de rescisión». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 35. Caracas, UCAB, 1986, pp. 105-113.

¹⁷¹ Véase referencia a la nulidad sustantiva y a la nulidad procesal de la partición: VARAS BRAUN, Juan Andrés: «Sentencia sobre rescisión de partición hereditaria (Corte de Apelaciones de Temuco)». En: *Revista de Derecho*. Vol. XIX, N.º 1. Valdivia, 2006, pp. 275-282, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502006000200014&script=sci_arttext, «la sentencia vuelve correctamente sobre la distinción –largamente asentada en nuestra doctrina y jurisprudencia, pero que la doctrina de RODRÍGUEZ GREZ rechaza, y el fallo de la instancia había olvidado– entre las nulidades procesales y la nulidad civil, que es capital para la adecuada inteligencia del artículo 1348. Como apuntaba SOMARRIVA, “el carácter híbrido de la partición hecha ante un partidor, donde se mezclan el contrato y el juicio, hace posible que puedan presentarse en ella vicios que ocasionen la nulidad civil, y otros que traigan consigo nulidades procesales. El artículo 1348, disposición de carácter sustantivo, no se aplica a los vicios de procedimiento. Sobre este punto, nuestros autores están totalmente de acuerdo”. Diferenciar es esencial, porque los vicios procesales se sanean automáticamente con la terminación definitiva del juicio, y su ulterior discusión queda vedada por la fuerza de la excepción de cosa juzgada. En cambio, los vicios sustantivos son susceptibles de reclamarse en juicio de nulidad o rescisión una vez ejecutoriada la sentencia, y mientras no opere la prescripción. En resumen, la nulidad sustantiva permite impugnar la partición como resultado, pero es inviable para impugnar el proceso por el que se llegó a ese resultado, para lo cual estuvieron abiertas las vías procesales franqueadas por la ley adjetiva».

¹⁷² SERRANO ALONSO, *Manual...*, p. 98; ALBALADEJO, *Curso...*, p. 177, sería inútil querer enumerar todos los posibles casos de nulidad o anulabilidad en la partición; LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., pp. 129 y 130, se puede distinguir en cuanto a la partición las siguientes categorías de invalidez, a saber, nulidad absoluta, anulabilidad –por falta de capacidad o vicios del consentimiento– y rescisión; CARRIÓN OLMOS *et al.*, ob. cit., p. 322; GUTIÉRREZ BARRENGOIA *et al.*, ob. cit., pp. 464-467, nulidad, anulabilidad –subsancionable– y rescisión; ROCA FERRER *et al.*, ob. cit., p. 693. Por ello se habla de particiones nulas, anulables y rescindibles para distinguir los diferentes vicios que pueden afectar las particiones.

¹⁷³ Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 373, indica que dada la gravedad que aparejaría la ineficacia de la partición no se rige por las mismas reglas de los negocios

diversas causas de ineficacia de la partición¹⁷⁴, entre las que cita: la nulidad¹⁷⁵, la inoponibilidad¹⁷⁶, la revocación¹⁷⁷, la declaratoria de simulación¹⁷⁸, la resolución¹⁷⁹ y la rescisión por causa de lesión.

El Código Civil en su artículo 1120 alude a la rescisión en una remisión general a los contratos¹⁸⁰, que se rige por el Derecho común¹⁸¹ –como sinónimo de «anulación» según opinión de LÓPEZ HERRERA¹⁸²–, y una rescisión –que pudiera calificarse de especial– relativa a un porcentaje de la cuarta parte del bien de que se trate. Esta última se orienta a evitar el perjuicio económico. El Código Civil trae disposiciones al respecto en los artículos 1120 al 1125. Se alude en tal caso a «rescisión por lesión»¹⁸³. Aunque vale acotar respecto de la opinión del autor, que nulidad y rescisión no son equivalentes¹⁸⁴. Se afirma que el legislador quiso asegurar que

jurídicos en general, porque vista su importancia, el legislador se esfuerza en mantener su validez y vigencia.

¹⁷⁴ Véase: ídem.

¹⁷⁵ Véase: íbid., pp. 374-381, el autor hace referencia a los vicios del consentimiento que podría acontecer en la partición amigable, con solo afectar un copartípe, refiriendo que podría darse el error de derecho y el error en la persona, mas no en la sustancia; la incapacidad, la inobservancia de formalidades habilitantes, irregularidades relacionadas con los artículos 1066 y 1067 del Código Civil.

¹⁷⁶ Véase: íbid., pp. 381 y 382, para el autor son dos las causas que determinan la inoponibilidad: la exclusión de algún heredero en la partición y la no inscripción en el correspondiente registro cuando se trata de inmuebles.

¹⁷⁷ Véase: íbid., p. 382, a solicitud de los acreedores hereditarios o de los herederos proponentes de la acción (artículos 766, 1279 y 1280 del Código Civil).

¹⁷⁸ Véase: ídem, simulación declarada (artículo 1281 del Código Civil).

¹⁷⁹ Véase: íbid., pp. 382 y 383, los copartípe pueden someter la partición a condiciones resolutorias (artículo 1197 del Código Civil) como relativas al incumplimiento de obligaciones respectivas.

¹⁸⁰ Véase: ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, pp. 123-125.

¹⁸¹ RAMÍREZ, ob. cit., p. 333, la partición es un contrato y puede anularse por incapacidad o vicios del consentimiento.

¹⁸² LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 383.

¹⁸³ Véase sobre la misma: íbid., pp. 383-392.

¹⁸⁴ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Curso de Derecho Civil III...*, pp. 574 y 575.

la igualdad entre los copartícipes y proscribir la idea de lucro entre miembros de una misma familia¹⁸⁵.

Así dispone el artículo 1120 CC: «Las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que dan lugar a la rescisión de los contratos. Puede también haber lugar a la rescisión, cuando uno de los coherederos ha padecido lesión que exceda del cuarto de su parte en la partición. La simple omisión de un objeto de la herencia, no da lugar a la acción de rescisión, sino a una partición suplementaria».

La norma alude a tres varias causas de rescisión de la partición –o más precisamente, ineficacia para incluir la nulidad o anulabilidad–, una general por las mismas causas de los contratos –vicios del consentimiento aunque se aclara la improcedencia del error– y una particular por lesión. Señala DOMINICI que la violencia y dolo son comunes a los contratos al viciar el consentimiento, el error no es causa de anulación porque cuando se refiere a cosas o cantidades que son objeto de ella, equivale a lesión¹⁸⁶. Se indica a los fines de la cuota o porcentaje que da lugar a la rescisión por lesión que el legislador establece un margen de tolerancia más allá del cual, considera que se ha producido lesión¹⁸⁷. Si la lesión no excede el monto mínimo que prevé la Ley la partición no puede rescindirse, poco importa lo que reciben algunos herederos en exceso con tal de que el afectado no haya sufrido lesión que exceda del cuarto de su respectiva cuota hereditaria; esto atendiendo a razones de conveniencia social¹⁸⁸. La norma aclara que la omisión de bien solo propicia una partición suplementaria¹⁸⁹, y no la rescisión.

¹⁸⁵ MAZEAUD *et al.*, ob. cit., vol. IV, p. 223.

¹⁸⁶ DOMINICI, ob. cit., p. 418.

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 410.

¹⁸⁸ ROJAS, ob. cit., p. 847.

¹⁸⁹ Véase: Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, de Protección del Niño y del Adolescente, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, sent. del 05-12-06, exp. 1379, <http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2006/diciembre/1323-5-1379-.html>, la acción de partición suplementaria no es acumulable a la acción de rescisión.

Cuando la ley hace rescindible un acto por causa de lesión es siempre una medida de carácter excepcional, pues vale recordar la máxima francesa según la cual «la igualdad es el alma de las particiones»¹⁹⁰.

La estimación del bien a los efectos de la rescisión se efectúa en función de su estado y valor al tiempo de la partición¹⁹¹. La acción prospera igualmente ante otros actos traslativos de propiedad como permuta o transacción¹⁹², pero no es admisible en caso de venta del derecho hereditario sin fraude entre coherederos¹⁹³, ni es procedente si se ha enajenado el bien con posterioridad al dolo o violencia ejercida¹⁹⁴. El demandado puede hacer cesar el efecto de la acción mediante el suplemento de su porción hereditaria¹⁹⁵.

¹⁹⁰ PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 737, se extiende a particiones extrajudiciales y judiciales; MAZEAUD *et al.*, ob. cit., vol. IV, p. 126.

¹⁹¹ «Artículo 1123.- Para averiguar si ha habido lesión, se procede a la estimación de los objetos, según su estado y valor en la época de la partición». Véase: SANOJO, ob. cit., p. 133, porque es entonces cuando se declara o trasmite a cada copartícipe la propiedad de los bienes respectivos; RAMÍREZ, ob. cit., p. 335, después de la partición, las cosas sobre que versó pueden haber aumentado o disminuido de valor y ello corresponde al adjudicatario; Casación, sent. del 05-05-59 (citada por PERERA PLANAS, ob. cit., pp. 570 y 571), para averiguar si hubo o no lesión el fallo recurrido se apartó de la regla del artículo 1123 del Código Civil que le ordenaba atenerse al estado y valor de los bienes a la época de la partición; RIPERT y BOULANGER, ob. cit., 2.^a Parte, p. 538, para juzgar si hubo lesión es preciso retroceder al momento de la partición y estimar el valor que tenían entonces los objetos.

¹⁹² «Artículo 1121.- La acción de rescisión se da contra todo acto que tenga por objeto hacer cesar entre los coherederos la comunidad de los bienes de la herencia, aun cuando se lo califique de venta, de permuta, de transacción o de cualquiera otra manera. La acción de rescisión no será procedente contra la transacción celebrada después de la partición, o acto que la supla, sobre dificultades reales que haya presentado el primer acto, aunque no se haya intentado ningún juicio sobre el asunto».

¹⁹³ «Artículo 1122.- Esta acción no se admite contra la venta del derecho hereditario hecha sin fraude a uno de los herederos a su riesgo, por uno o más coherederos».

¹⁹⁴ «Artículo 1125.- El coheredero que ha enajenado su haber en todo o en parte, no tiene derecho a intentar la acción de rescisión por dolo o violencia, si la enajenación se ha verificado después de haber conocido el dolo, o después de haber cesado la violencia».

¹⁹⁵ «Artículo 1125.- El demandado por rescisión puede detener el curso de la acción e impedir una nueva partición, dando al demandante el suplemento de su porción hereditaria en dinero o en especie».

Los efectos de la rescisión en un orden netamente teórico, deberían consistir en devolver o retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de la partición: reconstituir la comunidad hereditaria y volver a partir¹⁹⁶. La partición lesiva queda anulada y los bienes respectivos vuelven a la indivisión¹⁹⁷. La acción para algunos está sujeta a un lapso de prescripción de cinco años computable según las circunstancias¹⁹⁸, aunque somos del criterio que, dada la diferencia entre nulidad y rescisión, a falta de norma expresa, el tiempo de prescripción la última debería ser el de la prescripción ordinaria, a saber, diez años¹⁹⁹.

Vale recordar que por expresa disposición del artículo 1120 del Código Civil la rescisión por lesión aplica a la lesión de un cuarto del bien o los bienes objeto de partición, pues la omisión de determinado bienes en la partición lo que propicia es una partición suplementaria, más no la rescisión por lesión.

6. PARTICIÓN HECHA POR EL ASCENDIENTE²⁰⁰

Bajo el título «De la partición hecha por el padre, por la madre o por otros ascendientes entre sus descendientes», los artículos 1126 al 1132 del Código

¹⁹⁶ LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 132.

¹⁹⁷ PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 743.

¹⁹⁸ Véase en tal sentido: POLACCO, ob. cit., t. II, p. 343; PIÑA VALLES, ob. cit., pp. 213 y 214; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 392, lo que coincide con el interés general de no extender demasiado la duración de la misma; p. 135, la acción de rescisión de la división cesa por prescripción de cinco años a contar desde el día de la partición, si la acción corresponde por causa de lesión y desde que se haya descubierto el dolo y haya cesado la violencia si nace de estas causas.

¹⁹⁹ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Curso de Derecho Civil III...*, p. 575, si partimos que no obstante la ubicación sistemática de la norma, rescisión y nulidad constituyen figuras diversas, pareciera que —a falta de previsión especial— le resulta aplicable el lapso de prescripción ordinaria decenal o de diez años.

²⁰⁰ Véase: ROJAS, ob. cit., pp. 869-890; ESCOBAR LEÓN, *Notas...*, pp. 129-146; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 409-418; SANOJO, ob. cit., pp. 136-142; RAMÍREZ, ob. cit., pp. 336-339; JOSSERAND, ob. cit., vol. II, pp. 457-475; MAZEAUD *et al.*, ob. cit., vol. IV, pp. 238-270.

Civil contienen normas especiales relativas a la partición respecto de los descendientes que permiten inclusive la partición en vida respecto de los bienes presentes.

La figura es una antiquísima institución²⁰¹. Tal modalidad, conocida como partición por ascendientes, resulta del acto por el cual un ascendiente dispone por sí mismo la forma de dividir su herencia entre los descendientes²⁰², presuntos herederos forzosos o legitimarios, estableciendo o asignando los bienes que cada uno le corresponderá en su lote²⁰³. La partición del ascendiente por testamento viene del Derecho romano, en el que no fue conocida la que tiene lugar por acto entre vivos. Presenta la ventaja de permitir al progenitor o ascendiente distribuir entre sus herederos descendientes los bienes que ha de dejarles, evitar gastos, distribuir los lotes²⁰⁴. El fundamento de la presente posibilidad de partición por el ascendiente, radica en que tal partición evitaría disputas y discordias, amén del conocimiento de la situación de los familiares y los bienes. Se le critica, no obstante, que su decisión podría no ser imparcial e imponerse las preferencias²⁰⁵

²⁰¹ BONNECASE, ob. cit., p. 18.

²⁰² Véase: Sala de Juicio N.º 1 del Tribunal de Protección de Niños y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Lara, sent. del 06-08-04, citada *supra*, «... en nuestra legislación civil la cual regula la partición que hagan el padre, la madre y demás ascendientes de sus bienes entre sus hijos y descendientes, entendiéndose por estos últimos, todos los que al tiempo de la muerte del padre, madre o ascendientes sean llamados a su sucesión; entran por consiguiente, bajo la denominación de descendientes los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio –antes o después–, cuya filiación esté legalmente probada, los hijos adoptivos y ulteriores descendientes de grado más remoto, es decir, los nietos, bisnietos, etc.; los cuales tienen derecho a la herencia cuando aquél a quien representan haya muerto para el momento en que se haga la partición».

²⁰³ ZANNONI, ob. cit., p. 400.

²⁰⁴ DOMINICI, ob. cit., p. 427. Véase también: ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, p. 130, tiene su origen en el Derecho romano; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 410, presenta un interés múltiple, como evitar pleitos y problemas.

²⁰⁵ Véase: ROJAS, ob. cit., pp. 869-890; ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, p. 131, pretende evitar discordias entre hermanos, lo cual no parece haberse logrado, al menos en la legislación

y ser vehículo de favoritismo de algunos descendientes en desmedro de otros²⁰⁶, lo cual podría generar litigios debido a la falta de imparcialidad y a la falsedad del mecanismo de la institución misma, que se traduce, a decir de DOMINICI, en un acto de liquidación²⁰⁷. Sin embargo, salvo que la preferencia afecte la legítima u otras normas imperativas, la distribución se encuentra dentro de la disponibilidad del donante o causante.

La particularidad de la presente partición consiste en la facultad de determinar concretamente la cuota de cada partícipe, con el señalamiento individual de los bienes que han de formar las respectivas partes²⁰⁸. Al efecto, indica el artículo 1126: «El padre, la madre y demás ascendientes pueden partir y distribuir sus bienes entre sus hijos y descendientes, aun comprendiendo en la partición la parte no disponible». Se aclara que la norma está dirigida aunque se extienda al grado más remoto exclusivamente a ascendientes a favor de sus «descendientes» —hijos, nietos, bisnietos o tataranietos—²⁰⁹. De lo que se deduce que solo los ascendientes pueden hacer tal partición entre sus descendientes y, por ende, no aplica a otros grados de parentesco, como en línea colateral o entre extraños.

Esta partición de presucesión que pretendan hacer otros parientes no tendría el carácter de partición del ascendiente²¹⁰, lo que se traduce en que

italiana que borró la institución del Código Civil de 1942; Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 408, «la experiencia europea ha demostrado que la división por el ascendiente, más bien ocasiona frecuentes problemas y litigios. En Venezuela no se utiliza en la práctica».

²⁰⁶ ZANNONI, ob. cit., p. 401.

²⁰⁷ DOMINICI, ob. cit., pp. 427 y 428.

²⁰⁸ RAMÍREZ, ob. cit., p. 336.

²⁰⁹ Véase: MAZEAUD *et al.*, ob. cit., vol. IV, p. 244, el ascendiente debe realizar por sí mismo una verdadera partición únicamente a favor de sus hijos y demás descendientes herederos *ab intestato*; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, p. 408, el instituto se refiere exclusivamente al caso comprendido en los siguientes supuestos: una acto de distribución real, el causante-partidor debe ser el padre, la madre u otro descendiente, y los copartícipes a su vez tiene que ser los hijos o ulteriores descendientes del primero, llamados a la sucesión intestada.

²¹⁰ JOSSELAND, ob. cit., vol. II, p. 441.

entre los sucesores no existiría una obligación recíproca de garantía ni operaría la rescisión por causa de lesión, ni es anulable por la omisión de alguno de los herederos²¹¹. Indica SANOJO que si la división se hace entre otras personas que no sean hijos o descendientes del que las verifica, el acto no constituye una verdadera división, sino una disposición testamentaria o una donación; lo mismo se ha de decir de la división que haga un abuelo entre sus nietos, que por vivir sus hijos no son llamados a la sucesión²¹². Al efecto, comentan los MAZEAUD que como la partición del ascendiente deroga el Derecho Sucesorio común los partidarios de la exégesis quieren imponer una interpretación estricta de sus disposiciones y, por ende, niegan la validez a todo procedimiento distinto de los artículos que la informan, por el que el ascendiente intente imponer a sus herederos una partición anticipada de sus bienes; sin embargo, concluyen los autores que no se debe reducir el alcance de una institución socialmente útil y cuyo desarrollo debe ser asegurado dentro de los marcos generales del Derecho²¹³.

No obstante, la doctrina considera que el presente supuesto de partición del ascendiente no valdría al «padre entre su hijo único y los hijos de ese hijo único»²¹⁴, sino como distribución de liberalidades, que subsistirán o no conforme a las reglas legales ordinarias²¹⁵. Interpretación que, aunque parezca exagerada, toda vez que podría argumentarse que la utilización en plural del término «descendientes» no es significativa, lo cierto es que la partición encuentra sentido ante una pluralidad de titulares, según indicamos²¹⁶.

Obsérvese que la norma no incluye al cónyuge; de hecho, la figura se denomina partición por el ascendiente, lo que atribuyen autores como ZANNONI

²¹¹ *Ibíd.*, p. 442.

²¹² SANOJO, *ob. cit.*, p. 136.

²¹³ MAZEAUD *et al.*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 242, agregan «La jurisprudencia tiene el deber de ajustarse a la finalidad del legislador al igual que a las realidades sociales y económicas, más bien que petrificarse en una interpretación estéril y arcaica».

²¹⁴ Véase: DOMINICI, *ob. cit.*, p. 428; ROJAS, *ob. cit.*, pp. 872 y 873.

²¹⁵ DOMINICI, *ob. cit.*, p. 428.

²¹⁶ Véase *supra* XIII.1.

a diversas circunstancias como que median bienes inherentes a la comunidad conyugal no partibles hasta su extinción, ya que su disolución atiende a causas taxativas. El autor concluye que subsistiendo la sociedad conyugal no es posible la partición del ascendiente²¹⁷. De allí que indicara DOMINICI²¹⁸ que no vale la presente partición para el hijo único, así como para otros herederos *ab intestato*, tales como ascendientes o cónyuge²¹⁹.

Señala LÓPEZ HERRERA que el supuesto supone una verdadera y efectiva partición propiamente dicha, no siendo el caso de prelegados o recomendaciones²²⁰. La partición por testamento no hace legatarios a los descendientes, sino copartícipes²²¹. Se agrega, que, según dicha norma del Código sustantivo, se puede inclusive comprender o afectar la cuota no disponible. El Código Civil²²² prevé la posibilidad de realizar tales particiones por acto entre vivos o por testamento, pero, en el primer caso, solo pueden comprender –como es natural– los bienes presentes; según el caso han de seguirse las formalidades relativas a la donación o el testamento. La partición por acto entre vivos, según se aclara, no se corresponde con un partición de herencia, sino con una liberalidad que ha de regirse por las normas de donaciones²²³.

La partición testamentaria²²⁴ o partición realizada por el propio testador, constituye una forma de evitar anticipadamente la comunidad según

²¹⁷ ZANNONI, ob. cit., pp. 409-412.

²¹⁸ Véase: DOMINICI, ob. cit., p. 432, los bienes deben ser propiedad del donante o testador y no pertenecer a la comunidad conyugal.

²¹⁹ *Ibíd.*, p. 428.

²²⁰ LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 409.

²²¹ MAZEAUD *et al.*, ob. cit., vol. IV, p. 241.

²²² «Artículo 1127.- Estas particiones pueden hacerse por acto entre vivos o por testamento, con las mismas formalidades, condiciones y reglas establecidas para las donaciones y testamentos. Las particiones por acto entre vivos no pueden comprender sino los bienes presentes».

²²³ Véase: ROJAS, ob. cit., pp. 874 y 875; DOMINICI, ob. cit., p. 429; ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, pp. 132-142; RAMÍREZ, ob. cit., p. 337; ZANNONI, ob. cit., p. 403.

²²⁴ Véase: ROJAS, ob. cit., pp. 876-877; ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, pp. 142-146.

indicamos²²⁵ y por tal es denominada «partición anticipada»²²⁶; la cual simplemente constituye una opción dentro de la disposición testamentaria. De allí que se distinga entre la partición del ascendiente por acto entre vivos o por testamento: la primera produce su efecto cuando es aceptada por las partes –donante y donatario–, en tanto que la segunda a la muerte del causante, es obligatoria en caso que se acepte la herencia; la primera solo puede comprender los bienes presentes, la segunda podría comprender bienes presentes pero también futuros; la primera puede ser impugnada por lesión cuando excede la cuarta parte del caudal hereditario, en tanto que la testamentaria solo cuando se ha afectado la legítima²²⁷.

En la partición *mortis causa* estamos en presencia de una acto de disposición que afecta el modo de operar la trasmisión hereditaria a favor de los descendientes, que encierra un carácter dispositivo-atributivo, pues la herencia se defiere ya dividida entre los descendientes. Lo que ocurre es que el testador sustituye la propia de los codivisionarios o en su defecto del partidor, sin que obste a que los herederos gocen de un llamamiento a la universalidad, lo contrario sería sustituir la naturaleza del llamamiento y transformarlos en simples legatarios que reciben a título singular, los bienes atribuidos en partición. Se trata en definitiva de una partición vinculante entre coherederos que se traduce en un modo de impedir la comunidad²²⁸. Toda vez que, según indicamos, la partición por parte del causante no crea en principio comunidad, sino que la evita²²⁹.

El ascendiente que efectúa la partición no está obligado a mantener la integridad de la cosa, pues el artículo 1128 del Código Civil indica: «El

²²⁵ Véase *supra* XIII.2.

²²⁶ Véase: JOSSERAND, ob. cit., vol. III, p. 437, el autor señala que se trata de una «partición, anticipada» realizada por el causante; los derechohabientes no hacen la partición sino que la encuentran hecha.

²²⁷ ROJAS, ob. cit., p. 878. Véase sobre «la donación-partición y partición testamentaria»: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. II, pp. 411-418.

²²⁸ ZANNONI, ob. cit., p. 403.

²²⁹ Véase *supra* XIII.2.

ascendiente puede hacer partición sin sujetarse a la regla del artículo 1075». Esta última norma relativa a la formación y composición de los lotes pretende preservar el bien en la medida que sea posible. El Código Civil²³⁰ dispone una suerte de remisión a las normas relativas a la partición hereditaria que incluyen los deberes del heredero relativo al pago de deudas y saneamiento. La partición que se realice con arreglo a la presente hipótesis no precisa incluir todos los bienes del testador o donante, pues a la muerte de este último, los no incluidos se rigen por las respectivas normas legales²³¹. Podría acontecer que el causante no incluyera todos los bienes y que los haya adquiridos con posterioridad, lo que daría lugar a una partición complementaria.

En razón de que el sentido de la ley es concederle eficacia a la voluntad del donante o testador, pero en función de un sentido de equidad a fin de evitar los inconvenientes que propiciaría una partición judicial, el Código Civil dispone²³² la nulidad de la partición en que no se han comprendido todos los hijos y descendientes de los premuertos, quienes podrán incitar una nueva partición. Se aprecia entonces, que si bien la omisión de los bienes propicia una partición complementaria y no nulidad, no así la omisión de los hijos²³³, pues recordemos que el sentido del instituto es propiciar una distribución de los bienes entre los descendientes en general, a fin de evitar inconvenientes. Lo contrario, según refiere DOMINICI, constituiría una forma de desheredación prohibida por nuestro Derecho²³⁴.

²³⁰ «Artículo 1129.- Los copartícipes se considerarán entre sí como herederos que hubieren hecho la partición de la herencia. Están obligados al pago de las deudas, se deben saneamiento y gozan de los privilegios que la Ley acuerda a los copartícipes».

²³¹ «Artículo 1130.- Si en la partición no se han comprendido todos los bienes que a su muerte ha dejado el ascendiente, los omitidos se partirán con arreglo a la Ley». Véase: ESCOVAR LEÓN, *Notas...*, pp. 143, 144 y 147; RAMÍREZ, ob. cit., p. 338, el ascendiente no está obligado a incluir en la partición todos sus bienes, los que no incluya se someterán a la sucesión *ab intestato*.

²³² «Artículo 1131.- Es nula la partición en que no se han comprendido todos los hijos y descendientes de los premuertos llamados a la sucesión. En este caso, así los hijos y descendientes a quienes no se ha hecho adjudicación, como aquéllos a quienes se ha hecho, pueden promover una nueva partición».

²³³ DOMINICI, ob. cit., p. 434.

²³⁴ Ídem.

Finalmente, dispone el artículo 1132 del Código Civil: «La partición hecha por el ascendiente puede atacarse si resulta de la partición, o de cualquiera otra disposición hecha por el ascendiente, que alguno de los comprendidos en aquélla ha padecido lesión en su legítima. Si la partición se hace por acto entre vivos puede también atacarse por causa de lesión que pase del cuarto, según el artículo 1120». Toda disposición por acto entre vivos o testamentaria puede atacarse por violentar la legítima o que presente rescisión por lesión de un cuarto²³⁵. En la doctrina española se observa igualmente que no procede la rescisión por lesión de la partición hecha por el causante, sino solo si se ha afectado la legítima, en atención al respeto de la voluntad del testador²³⁶.

²³⁵ *Ibíd.*, pp. 436 y 437.

²³⁶ Véase: ROCA FERRER *et al.*, *ob. cit.*, p. 708.