



NEUQUEN, 30 de Marzo del año 2022

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**SANCHEZ PROGRESO GUI S/SUCESION AB-INTESTATO**" (**JNQC12 EXP 510192/2015**) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- En la hoja 158 (11/08/2021), se intimó a Josefina Panes Kunz para que en el plazo de cinco días acompañe un proyecto de partición, bajo apercibimiento de decretar la venta del inmueble en subasta.

1.1.- La intimada interpuso recurso de reposición con apelación en subsidio.

Destacó que la decisión no fue fundada en norma alguna, ni existe disposición del Código Civil y Comercial que obligue a esa parte a cumplir con tal intimación, menos aún bajo apercibimiento de subasta.

Agregó que, por el contrario, se está violando el procedimiento previsto para el proceso sucesorio, ya que no se ha confeccionado el inventario y avalúo de los bienes.

Recuerda lo previsto por el art. 723 del CPCyC, en punto a la necesidad de celebrar una audiencia para designar un inventariador y un tasador.

En consecuencia, solicitó se revoque la providencia recurrida y se orden cumplir con los arts. 723 y 745 del CPCyC, con la finalidad de avanzar con las etapas del proceso sucesorio.

Finalmente, en punto a la improcedencia del apercibimiento de subasta, recordó el derecho real de habitación que le reconoce el art. 2383 del CCyC.

1.2.- Corrido el pertinente traslado, fue contestado por el apoderado de las restantes herederas en las hojas 162 a 163.



Dijo que, en el caso, nos encontramos ante la ocupación del único bien hereditario por parte de una heredera, sin el consentimiento de los restantes herederos, agregando que loca la propiedad a terceros y obtiene frutos que no distribuye, además de explotar su propio negocio en ese lugar.

Sostuvo que dilata el proceso en miras a obtener mayor tiempo en ese aprovechamiento.

En punto a la aplicación del art. 2383 del CCyC, dijo que el causante y la apelante se casaron el 23/07/2014, y que un día después (24/07/2014) el causante ingresó a España, para luego ir a Francia donde se asentó con sus hijas y falleció en enero de 2015, por lo que se torna difícil identificar cual fue el asiento del hogar conyugal.

Finalmente, recordó que, por la fecha del fallecimiento, es de aplicación el art. 3573 bis del Código Civil, y que producto de los trámites administrativos llevados a cabo en Francia, la apelante recibió 27.000 euros.

**1.3.-** En fecha 28/09/2021 se rechazó el recurso de reposición, concediéndose la apelación deducida en subsidio (hoja 165).

**2.-** A fines de dar respuesta al conflicto suscitado, debe tenerse presente que, *«Existiendo pluralidad de sucesores, la partición es el negocio jurídico mediante el cual se adjudican individualmente los bienes integrantes del acervo sucesorio a cada uno de ellos, poniendo fin al estado de indivisión»* (Título: Adjudicación del único inmueble a un solo heredero- Autor: Podestá, Andrea I. - Publicado en: DFyP 2014 (enero), 23/01/2014, 123 -Cita: TR LALEY AR/DOC/4711/2013).

En punto a la modalidad para su realización, la partición privada procede cuando todos los *«coparticipes están presentes y son plenamente capaces»*, decidiendo unánimemente



la forma y actos que entiendan convenientes para su realización (art. 2369, CCyC).

Por el contrario, cuando hay coparticipes incapaces, terceros con un interés legítimo se oponen, o no existe acuerdo (art. 2371, CCyC), la partición debe ser judicial.

En nuestro caso no existe acuerdo, por lo que se impone esta última modalidad, con las reglas procedimentales que la regulan.

Esas reglas se encuentran esbozadas tanto en el Código Procesal, como en el Civil y Comercial (de aplicación inmediata, en lo tocante a las normas procesales dispuestas en el Libro V, Título VII -art. 2335 y sig.-, conf. art. 7, CCyC).

Así, nos encontramos con una serie de pasos que van desde el inventario hasta la aprobación de la cuenta particionaria.

Se ha señalado que *«...la partición judicial es aquella que se realiza por medio de un perito inventariador y partidor, que es un delegado del juez, el cual debe seguir las normas procesales locales de manera estricta. Adherimos nuevamente a la opinión de Iglesias cuando sostiene: "...La característica fundamental de esta partición radica en que el perito decide y define la partición. Los herederos tienen escasa participación en la elección de los bienes, que se limita -en su caso- a cuestiones muy puntuales, como el planteo de nulidades procesales derivadas de la actuación del perito, o la deducción de incidentes relativos a la inclusión o exclusión de bienes hereditarios, o los valores de los lotes, entre otros aspectos muy puntuales. Esto significa que, si no se plantea un problema en los términos descriptos (es decir, casi formales) por más que el heredero no esté de acuerdo con los bienes que le asignaron en su hijuela (porque, por ejemplo, preferían otros) no tienen margen de cuestionamiento. Por último, **esta partición a diferencia de lo***



**que ocurre con la privada o la mixta, requiere una mirada exhaustiva y minuciosa del juez, que debe controlar todas las operaciones de inventario, avalúo y partición, a través de su delegado que es el perito..."»** (Título: La partición judicial de la herencia y la manifiesta inobservancia del principio de división en especie. Una sentencia que huele a nulidad - Autor: Griffa, María F. - Publicado en: RDF 2017-IV, 08/08/2017, 82 - Cita: TR LALEY AR/DOC/3811/2017).

Ahora bien, lo hasta aquí expuesto no implica que el juez de la sucesión deba hacer una aplicación mecánica y descontextualizada de las normas procesales que rigen la partición.

Digo esto porque no se vislumbran las razones para hacer un inventario, como lo exige la apelante, cuando no alega la existencia de bienes distintos del inmueble sobre el que aquí se discute.

Igual razonamiento cabe aplicar al avalúo. Qué sentido tendría determinar el valor global de un inmueble sobre el que se desconoce si es posible su división.

Entonces, y conforme las constancias del expediente, no existe agravio por haberse omitido esos pasos.

**2.1.-** Sin embargo, pese a la conclusión precedente, entiendo que le asiste razón en su queja con respecto a la intimación y apercibimiento cursados.

Es que, sin desconocer el rol del juez como director del proceso, con el margen de decisión que de ello se deriva, la providencia atacada altera el principio de división en especie que rige en la materia.

Véase que, «...tal como se desprende del art. 2374, CCiv.yCom.: "Si es posible dividir y adjudicar los bienes en especie, ninguno de los copartícipes puede exigir su venta..."».

Al respecto, Azpiri sostiene: "La regla general es clara (...) en consecuencia, mientras esta forma de división



*sea viable ninguno de los coherederos tiene derecho a requerir la venta de todos o de alguno de los bienes indivisos. O, dicho de otro modo, la voluntad de uno solo de los herederos es suficiente como para imponer que la partición se haga en especie, aunque la mayoría de ellos hubiera optado por la enajenación".*

*En igual sentido, Córdoba expresa: "...el principio general que guía la tarea del partidor es que deberá tener en cuenta la división en especie. La Cámara Nacional Civil, sala A, consideró que 'Ello es así porque en la herencia no sólo han de verse valores, sino también bienes concretos cargados de significación moral y afectiva... el heredero puede hacer valer su derecho a recibir su porción hereditaria en especie, aunque medie oposición de la mayoría de los demás coherederos. Sólo en caso en que impedimentos insalvables la tornen irrealizable o haya unanimidad de los coherederos, debe recurrirse a la venta...".*

*No obstante lo expuesto hasta aquí, cabe destacar que dicho principio reconoce dos excepciones, en primer lugar, la establecida en el art. 2375, CCiv.yCom.: "División antieconómica. Aunque los bienes sean divisibles, no se los debe dividir si ello hace antieconómico el aprovechamiento de las partes. Si no son licitados, pueden ser adjudicados a uno o a varios de los copartícipes que los acepten, compensándose en dinero la diferencia entre el valor de los bienes y el monto de las hijuelas". En segundo lugar, lo dispuesto por el art. 2365, última parte: "...cualquiera de los copartícipes puede pedir que la partición se postergue total o parcialmente por el tiempo que fije el juez si su realización inmediata puede redundar en perjuicio del valor de los bienes indivisos"» (Título: La partición judicial de la herencia y la manifiesta inobservancia del principio de división en especie. Una sentencia que huele a nulidad -Autor: Griffa, María F. -*



Publicado en: RDF 2017-IV, 08/08/2017, 82 - Cita: TR LALEY AR/DOC/3811/2017).

Este principio es justificado, en tanto «Los bienes, además de su valor económico, tienen un valor sentimental y es bueno respetar el amor por los que pertenecieron a la familia. Además, afirman, este principio contribuye al principio de proporcionalidad de los lotes, exigiendo una igualdad material, tangible, exenta de riesgos, imprecisiones y errores que supone la tasación, a la que hay que recurrir cuando unos valores se compensan con otros para establecer la igualdad de las hijuelas.

La excepción es la venta y ella será indispensable cuando:

(i) La división es material o jurídicamente imposible, por ejemplo un lote urbano que tiene las medidas mínimas de conformidad con los reglamentos de las municipalidades.

(ii) Cuando la división convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes. Ejemplos de este supuesto puede ser la existencia de lotes desparejos o fondos de comercios.

(iii) Cuando resulta necesaria para pagar las deudas de la sucesión.» (Título: La venta de bienes en la sucesión. El principio de división en especie, ¿se ha flexibilizado?- Autor: Casado, Eduardo J. Publicado en: LA LEY 02/10/2018, 02/10/2018, 1 - LA LEY2018-E, 964 - ADLA2018-12, 99 - DFyP 2019 (febrero), 01/02/2019, 109 Cita: TR LALEY AR/DOC/1586/2018).

**2.2.-** Debe recordarse que esta regla ya había sido introducida por la ley 17.711 en el derogado Código Civil.

En el artículo 3475 bis se expresaba que «"Existiendo posibilidad de dividir y adjudicar los bienes en especie no se podrá exigir por los coherederos la venta de ellos".

Explica Borda que los condóminos tienen derecho a exigir la división de la cosa en especie, siempre que ello sea



posible, principio que consagrado por la jurisprudencia, fue receptado por el art. 3475 bis con la reforma.

*Esta disposición entra en funcionamiento por la voluntad de uno sólo de los condóminos que así lo requiera aunque la mayoría prefiera la venta. Y es lógico que así sea dado que el derecho real tiene mejor concreción cuando se logra transformar la parte ideal en una materia concreta y no tan sólo reemplazar la misma por dinero como medida de valor sucedánea.*

*Las cosas son divisibles para el derecho cuando al ser partidas cada una de las partes conserve la especie, cualidad y función u objeto.*

*La excepción a la división en especie está dada cuando las cosas no son materialmente divisibles dado que perderían su individualidad de ser fraccionadas o cuando siendo físicamente posible su división la misma convertida en antieconómico el aprovechamiento de las partes, según lo dispuesto en el artículo 2326 (conf. art. 3475 bis).*

*En realidad siempre se trata de un concepto jurídico ligado a la funcionalidad de la cosa. Porque en rigor la materia puede dividirse en partes pequeñísimas, pero si al hacerse la cosa pierde la posibilidad de cumplir el destino para la que sirve es indivisible para el derecho.*

*Como se dijo, no pueden dividirse las cosas cuando ello convertida en antieconómico su uso y aprovechamiento. Como bien se ha resuelto la partición en especie del bien en condominio no puede hacerse cuando traiga desmedro para el aprovechamiento de las partes y también pérdida del valor venal o la división convertida en antieconómico el uso y aprovechamiento de la edificación existente.*

*Se adopta pues un criterio moderno de tipo económico que impide la división material de la cosa no solo cuando ello está impuesto por su propia naturaleza sino cuando, aunque posible, resulta no rentable» (Título: El principio de la*



división en especie en el condominio - Autor: Cossari, Nelson G. A. - Publicado en: LLLitoral 2003 (mayo), 01/01/2003, 439 - Cita: TR LALEY AR/DOC/18017/2001).

**2.3.-** Trasladando estas consideraciones al caso, y como ya adelanté, es este principio general el que determina que el recurso sea procedente.

Si la regla es la división en especie, la carga de la prueba sobre las circunstancias que obstan a esa posibilidad, recae sobre aquellos que solicitan una solución distinta.

Al intimarse a la señora Panes Kunz en los términos en que se hizo, se invirtió esa carga, debiendo agregarse que se puso en su cabeza el cumplimiento de una tarea que, en principio, debe ser realizada por un auxiliar del juez.

Remarco que, más allá de las referencias que las restantes herederas han realizado en punto a la imposibilidad de subdividir el bien, no ha mediado ninguna investigación, prueba, ni decisión concreta al respecto.

En resumidas cuentas, se desconoce si existen razones jurídicas o económicas que tornen inviable la división en especie, por lo que se impone dejar sin efecto la intimación y apercibimiento dispuestos.

**2.4.-** A fines de dar continuidad al expediente, deberán realizarse las indagaciones correspondientes ante las autoridades competentes, con el objeto de conocer si existen impedimentos de orden administrativo para dividir el inmueble.

Esa investigación, a fines de reducir los costos, podrá ser llevada adelante por las partes, disponiéndose un plazo perentorio para ello.

De acuerdo al resultado obtenido, y dejando a salvo lo que las partes pudieren acordar, se dará continuidad al trámite, designándose un martillero o un partidor, según corresponda la subasta o deba evaluarse la división en especie.



En punto al derecho real de habitación respecto del que la apelante hace reserva pero no ejerce, no corresponde emitir opinión.

Considerando el resultado obtenido, en tanto se deja sin efecto la providencia atacada, pero no se hace lugar a la petición de que se designe inventariador y tasador, las costas se imponen por su orden (art. 71, CPCyC).

**TAL MI VOTO.**

**Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

**RESUELVE:**

**1.** Hacer lugar parcialmente al recurso deducido por María Josefina Panes Kunz y, en consecuencia, dejar sin efecto la intimación y apercibimiento dispuestos en la providencia de fecha 11/08/2021 (hoja 158). En la instancia de grado deberá darse continuidad al trámite de acuerdo a lo dispuesto en los considerandos.

**2.** Imponer las costas de esta instancia en el orden causado (conf. art. 71, CPCC).

**3.** Diferir la regulación de honorarios para el momento de contar con base para ello.

**4.** Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Cecilia PAMPHILE    Jorge D. PASCUARELLI

Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA