

SUPRESION DE LA LICITACION EN EL PROCEDIMIENTO DE LA PARTICION

SANTIAGO C. FASSI

I. En la reforma del Código Civil, por la denominada ley 17.711, ha sido suprimido el art. 3476 del Código Civil.

Fue el camino fácil, para cerrar un ciclo de errónea interpretación del texto redactado por Vélez Sarsfield, que lo tornaba inequitativo y arbitrario en sus consecuencias, por lo demás extrajudicialmente complicadas. Más hubiera valido darle un mejor contenido.

A su vez, la norma equivalente a la licitación tal como lo reconoce el derecho comparado, y no pudo estar ajeno al pensamiento de nuestro ilustre codificador, está dada por la segunda parte del art. 3475 bis. *La división de los bienes no podrá hacerse cuando consista en antieconómico el aprovechamiento de las partes, según lo dispuesto en el art. 2326.* En estos casos, imposible o inconveniente la división en especie, no queda otro camino que la subasta, si es que las partes no se conforman con adjudicar el bien en una de las hijuelas.

La comprensión de esas normas, obliga a una recapitulación y un análisis.

II. Licitación no es una especie distinta a subasta. Según el diccionario de la lengua, *licitación* es la acción y efecto de licitar. *Licitar* es ofrecer el precio de una cosa en subasta o almoneda. No significa, por cierto una subasta cerrada, en que sólo puedan participar los coindivisos. Es así desde el derecho romano. En latín *licere* equivale a subastar y se aplicaba también a la venta en subasta de una cosa común.¹ En este caso la licitación no limitaba la puja entre los coindivisos, sino que podía ser entre ellos o públicamente.²

¹ MAYNE, *Course de droit romain*, t. II, (Bruselas-París, 1870 3ª ed.) par. 363, nota 23, p. 475.

² MAYNE, *op. y loc. cit.* texto y nota 24 p. 475.

III. Sin embargo, incurrió en error Segovia, en la apreciación del art. 3467 y dada su gran autoridad, erró la doctrina subsiguiente.³ Contra ese error postulé la buena doctrina, es decir, que la licitación era una subasta provocada por uno de los coindivisos, disconforme con la tasación, en la cual sería adjudicatario el ofrecía el mayor precio, pero en puja abierta a los demás coindivisos y con extrasños.⁴

Ese esfuerzo interpretativo no tuvo eco en la interpretación judicial subsiguiente, que transitó por los mismos caminos. Se siguió considerando que en la licitación podían participar los coindivisos, pero se admitió cada vez con mayor restricción ese medio de hacer cesar la indivisión.

Los frutos de aquel esfuerzo para enderezar la doctrina, rinde sin embargo sus frutos en la reforma. En ningún Código se ha sostenido que la licitación es una subasta en que solo pueden pujar los coindivisos y así entendido no podía sobrevivir a ninguna reforma, por limitada que fuere. Ahora, se recurrirá como siempre a la subasta, cuando la partición no es idónea, pero en ella participarán los herederos hasta llegar al precio más alto. Ya no se beneficiará el heredero o coindiviso rico en desmedro del pobre que no puede llevar la puja hasta el precio real de la cosa, que sólo resulta de la intervención de todo interesado. Que es lo que he postulado.

IV. Sin embargo, la supresión del artículo 3467 y la incorporación del art. 3475 bis, merecen un análisis más profundo que el que hasta ahora ha merecido de los juristas que ya han hecho un inestimable aporte para la interpretación de los nuevos textos. Prometiéndole para más adelante, formularé algunas consideraciones orientadoras.

V. En primer lugar debemos aclarar si ha sido borrada la subasta cerrada, para la que se había reservado por la doctrina

³ SEGOVIA, El código civil de la República Argentina. Su explicación y crítica bajo la forma de notas, (Buenos Aires, 1881), t. II nota 62 p. 492; LLERENA, Concordancias y Comentarios del Código Civil argentino, (Buenos Aires, 1931) t. X p. 348/9; LAPAILLE, Curso de derecho civil (Sucesiones) (Buenos Aires, 1932) t. I, p. 338 N° 459 in fine; REHORA, Derecho de las sucesiones (2a. ed. Buenos Aires, 1932) t. I párr. 348 p. 354; FORMIELES, Tratado de las sucesiones, (4a. ed. Buenos Aires, 1944) p. 343 N° 374; BORDA, Tratado de Derecho Civil Argentino, Sucesiones (Buenos Aires, 1938) p. 440 N° 397; DE GASPERI, Tratado de derecho hereditario" (Buenos Aires, 1933) t. II p. 237 N° 243; SEPTA, El derecho de licitar en las sucesiones, en J. A. 1965-11-302; CASTRO, Licitación entre herederos, en Rev. de Derecho Procesal, año I N° 1 (Buenos Aires, 1943) p. 37; COLOMBO, L. De la licitación en las sucesiones, La Ley t. 91 p. 937.

⁴ FASSI, La interpretación de las leyes. A propósito de la interpretación por Carlos Cosca de Derecho de Licitación del art. 3476 del Código Civil, en La Ley, t. 102, p. 1112.

unánime, salvo mi disidencia la palabra licitación. Es decir, si los herederos o coindivisos, pueden resolver que un bien se adjudique a uno de ellos, mediante una puja limitada también a ellos mismos.

No podrá ser, por la pretensión de uno o varios, invocando como motivo su propósito de ofrecer tomar el bien o los bienes por mayor valor que el de la tasación.

La decisión de adjudicar el bien en subasta cerrada, solo puede tomarse por la unanimidad de los coindivisos, en ejercicio del derecho que las confiere el art. 3482 del Cód. Civ. Para ello se requiere que todos los herederos estén presentes y sean capaces. Es decir, es una solución imposible, si hay incapaces, ni aún con autorización judicial. Habiendo incapaces, el bien se partirá, si hay posibilidad de división y adjudicación en especie, o se sacará a subasta pública abierta a todo postor.

VI. En los sistemas legislativos en que la licitación es una subasta corriente, se faculta también a los herederos a limitarla excluyendo a los terceros. Es que hay ocasiones en que resulta conveniente, para completar cada parte dígita, sin los gastos de tasación y remate; en otros supuestos los coindivisos pueden considerar con razón que el bien debe permanecer en la familia. Por eso habría sido razonable admitirla aún habiendo menores, con la previa valoración judicial de las razones que la justifiquen.

VII. Si los herederos convinieren en licitar algún o algunos bienes entre ellos, resolverán sobre la forma de ejecutarla. Si quieren darle toda la autoridad de un acto judicial, aún siendo un supuesto distinto al previsto por el art. 752 del Cód. Procesal, no creemos razonable que el juez no haga lugar a la audiencia donde la licitación se practique.

VIII. La licitación cerrada tendrá efecto declarativo y no traslativo de la propiedad (arts. 3503, 2695, 2696 y 2697 Cód. Civ.).

Los coindivisos convendrán cómo se compensará el importe de la adjudicación, que puede exceder el haber hereditario y abonarse en efectivo. Si el adjudicatario es persona casada, puede ser que lo cubra con dineros gananciales, pero el bien continuará siendo propio, sin perjuicio de la recompensa que adeude a la sociedad conyugal.

IX. Cualquiera de los coindivisos puede pedir la subasta de bienes comprendidos en la indivisión y ella procede:

a) Cuando concuerdan en ella todos los sucesores universales.⁶

⁶ C. N. Civ. Sala C, 29/4/1958, La Ley, t. 95, p. 532.

b) Cuando los bienes no son susceptibles de ser divididos en especie. Así sucede cuando se trata de un bien único, que corresponde al heredero como sucesor y como condómino, si además concurre un legatario de cuota.⁶

c) Cuando aún siendo posible la división en especie, ella convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes (art. 3475 bis Cód. Civ.).⁷

d) Cuando sea indispensable para satisfacer deudas y cargas de la sucesión y en la medida de esa necesidad.⁸

Concurriendo tales supuestos procede la subasta aún cuando no se haya inscripto la declaratoria de herederos.⁹ La acción de petición de herencia pendiente no impide tampoco la subasta que tiene por finalidad atender gastos impostergables, "bastando para salvaguardar los derechos del embargante que esa medida se tenga presente en la extensión que corresponda al hacerse inversiones de los fondos procedentes de dicha venta".¹⁰ IX. En la subasta el coindiviso actúa como todo otro postor. Si formula la postura mayor debe adjudicársele el bien.

X. No hay disposiciones legales expresas que regulen la subasta de los bienes indivisos, no obstante ser muy corriente y a veces necesaria. A falta de normas propias, se aplican por analogía las dictadas para la subasta de los juicios ejecutivos. Por ejemplo, en cuanto al anticipo de fondos al martillero,¹¹ a la posterior subasta sin base.¹²

XI. No habiendo menores, se ha admitido que la mayoría puede decidir la subasta de los bienes, prescindiendo de la tasación¹³ que solo sirve para establecer la base del remate y puede ser reemplazada por el valor de los bienes a los efectos del pago de la contribución territorial. Ello sin perjuicio del derecho de quien solicita la tasación, de practicarla a su exclusivo cargo.¹⁴

XII. Cuando los sucesores universales tienen la posesión de pleno derecho o judicial de la herencia, les está permitido compensar el precio de su adquisición en la subasta, con la porción que les corresponde¹⁵ para lo cual no es necesario esperar a que

⁶ C. C. 1º Cap. 11/12/1938, Gaceta del Foro, t. 127, pág. 8.

⁷ CN Civ., sala B, 16/10/1967, La Ley t. 128, p. 968, Nº 18.263-B.

⁸ CN Civ., sala E, 30/11/1962, La Ley, t. 122, p. 917, Nº 12.460-B.

⁹ CN Civ., sala D, 15/5/1963, La Ley, t. 119, p. 798, C. C. 2º Cap. 8/5/1935, Gaceta del Foro, t. 117, p. 70.

¹⁰ C. C. 2º, Cap. 22/6/1936, Gaceta del Foro, t. 124, p. 86.

¹¹ CN Civ., sala C, 26/11/1954, L. L. 77, p. 687.

¹² C. C. 3º Cap. 30/16/1933, Gaceta del Foro, t. 109, p. 217.

¹³ C. C. 3º Cap. 2/4/1938, La Ley, t. 10, p. 500.

¹⁴ CN Civ., sala E, 2/12/1968, La Ley diario del 19-7-1969, Nº 2047-B; CN Civ., sala A, 31/12/1963, El Derecho, t. 3, p. 372.

¹⁵ C. C. 3º Cap. 13/16/1926, Gaceta del Foro, t. 85, p. 85.

se practique la cuenta particionaria, bastando una liquidación que determine aproximadamente el monto de las futuras hijuelas¹⁸ o la suficiencia prima foris de sus cuotas hereditarias.¹⁷ Sin embargo no se ha admitido la compensación por no haberse practicado en la sucesión la cuenta de gastos ni la hijuela de bajas¹⁸ o cuando el haber sucesorio no ha sido determinado.¹⁹ En suma, la compensación queda sometida al prudente arbitrio judicial que atenderá a las circunstancias del caso.

El sucesor universal comprador de un bien sucesorio que no depositó el precio no está obligado a abonar intereses²⁰ pero si el adjudicatario se opuso al retiro de fondos existentes en la herencia pedido por otros herederos, a cuenta de su haber, y estos hicieron reserva del derecho de cobrarlos, corresponde el pago de intereses²¹ pues si algunos sucesores han sido eximidos de pagar el precio de bienes adquiridos en subasta, los otros tienen que recibir sumas equivalentes si las hay disponibles.²²

El sucesor universal comprador está obligado a integrar el precio de su compra en la cantidad que exceda el importe de su hijuela que es hasta donde alcanza la compensación que alega²³, no pudiendo compensar con el precio de compra partidas que no están reconocidas, tanto más cuando este precio está afectado al pago del impuesto sucesorio.²⁴ Tampoco se admite compensación que sobre pase su alcuota aunque sea acreedora por otros conceptos si no existe cantidad líquida al respecto.²⁵ Sin embargo, se ha admitido la compensación con otros créditos.²⁶

Si el precio alcanzado en la subasta excede la porción del sucesor adjudicatario, y si no deposita esa diferencia, procede el pedido de otros sucesores universales o de los cesionarios de estos que se deje sin efecto la subasta, salvo que los intereses de los peticionantes estén ampliamente garantizados con los fondos depositados en autos, provenientes de la venta de otros bienes.²⁷ En todo caso el heredero cumple depositando únicamente la cantidad que el juez estime suficiente para garantizar los derechos de los demás herederos y del fisco.²⁸

¹⁸ C. C. 1^ª Cap. 12/3/1930, Gaceta del Foro, t. 86, p. 342.

¹⁷ CN Civ., sala F. 14/6/1933, La Ley, t. 56, vos sucesión N^º 2973-B.

¹⁸ CN Civ., sala F. 18/10/1962, La Ley, t. 110, p. 940.

¹⁹ CN Civ., sala C. 21/4/1938, La Ley, t. 81, p. 204 y Jurisprudencia Argentina, 1938, II, pág. 485 y Gaceta del Foro, t. 215, p. 81.

²⁰ C. C. 2^ª Cap. 13/8/1930, Gaceta del Foro, t. 116, p. 118.

²¹ C. C. 2^ª Cap. 19/11/1934, Gaceta del Foro, t. 116, p. 118.

²² C. C. 1^ª Cap. 11/4/1934, J. A. 12-523.

²³ C. C. 1^ª Cap. 18/5/1938, Gaceta del Foro, t. 134, p. 244.

²⁴ C. C. 2^ª Cap. 15/2/1933, Gaceta del Foro, t. 108, p. 148.

²⁵ C. C. 2^ª Cap. 25/2/1938, La Ley, t. 3, p. 691.

²⁶ C. C. 1^ª Cap. 2/9/1938, La Ley, t. 3, p. 742.

²⁷ C. C. 2^ª Cap. 12/3/1938, La Ley, t. 16, p. 1131.

²⁸ C. C. 1^ª CC. Recurso 18/4/1963, Juris. t. 3, p. 193.

El sucesor universal puede solicitar antes de la subasta que se lo exima, en caso de resultar adjudicatario, de depositar suma alguna en concepto de seña y a cuenta de precio y de oblar luego el saldo.²⁸ Si no pidió y obtuvo la exoneración premencionada, se le intimará oblar el saldo de precio, ocasión en que podrá pedir compensación. Si no lo hace y arguye excusas, una vez vencido el plazo que se le otorgó para oblar el precio, corresponde tenerlo por desistido de la adquisición, con la responsabilidad del art. 587 del Código de Procedimientos.²⁹

XIII. *Herederos ocupantes.* Sea al tiempo de abrirse la sucesión, sea más adelante, hasta el momento de la subasta y entrega de la posesión al comprador, el inmueble puede estar ocupado por uno de los sucesorios universales.

La doctrina se divide sobre los efectos de la transmisión cuando esa ocupación es a título de locatario, y anterior a la apertura de la sucesión.

Parte de ella sostiene que la calidad de heredero y de locatario no se confunden, y que el heredero inquilino conserva el derecho de tal, y la propiedad no se puede vender libre de ocupantes.³⁰ Es la tesis que aceptamos.

A su vez se ha sostenido que quien fue locatario del causante con respecto al bien que recibió en copropiedad como heredero, no puede hacer valer aquella relación contractual para oponerse a la entrega libre de ocupantes, al venderse el inmueble³¹ y debe entregarlo libre de ocupantes.³²

Cuando la ocupación es por cualquier otro título, sea de dueño, de comodatario, etc. procede el desalojo y mientras éste no tenga lugar, no corresponde intimar al comprador la toma judicial de la posesión del bien subastado.

XIV. Cuando la adjudicación se hace a un sucesor universal, a cuenta de su hijaela, y aún cubriendo un exceso con dinero suyo, ella será meramente declarativa. Si se trata de una persona casada, el bien le pertenecerá como propio, sin perjuicio de la recompensa que adeude a la sociedad conyugal por la diferencia abonado con fondos gananciales.

²⁸ C. C. 2º Cap. 25/8/1920, Jurisprudencia Argentina, t. 5, p. 530.

²⁹ C. C. 2º Cap. 3/11/1932, Gaceta del Foro, t. 109, p. 103.

³⁰ CN Civ., sala B, 30/12/1929, L. L. 81-598; CN Civ., sala B, 12-6-1929, LL del 12/7/1929 Nº 1991-S; CN Civ., sala F, 16/4/1929 LL del 7/6/1929; Nº 1824-S; CN Civ., sala F, 2/7/1930, LL del 2/8/1929, Nº 2126-S; CN Civ., sala D, 31/12/1924, LL 118, p. 931, Nº 12256-S; J. A. 1925-IV-193.

³¹ SC Bs. As. 9/8/1943, ED, 4-383.

³² SC Bs. As. 6/7/1934 DJBA, 9349 XLIII p. 681; SC Bs. As. 13/7/1924, DJBA 934 XLIII-711.