PODER JUDICIAL DE NEUQUÉN

NEUQUEN, 30 de Agosto del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"A. M. D. C/ P. C. S/ EXCLUSION DE HERENCIA E/ A A. J. R. S/ SUCESION AB INTESTATO (EXP 470238/12)"**, (**ICC** Nº **61364/2012**), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 6 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 204/206 vta., que excluye a C. P. como heredera en el proceso sucesorio tramitado bajo expte. N° 470238/12, apela la incidentada a fs. 209, expresando agravios a fs. 219/226 vta., cuyo traslado ordenado a fs. 227, no es contestado por la incidentista.

II.- El primer agravio se refiere al incumplimiento de deberes por parte de la magistrada art. 34 del Código Procesal y art. 47 bis de Reglamento de justicia, alegando que procedió a aplicar en forma errónea el nuevo Código Civil y Comercial, en virtud de haber dictado la sentencia luego de seis meses del llamamiento de autos para sentencia.

Manifiesta que no existió resolución fundada que justifique el apartamiento del orden cronológico previsto en el art. 47 bis del Reglamento, mencionando la apelante varios expedientes donde fue dictado el llamado de autos para sentencia.

Sostiene que de mantenerse el fallo de primera instancia, claramente estaría conculcando su derecho de propiedad por aplicación retroactiva del CCyC, lo cual está

vedado conforme el art. 7 de dicho ordenamiento, razón pro la cual solicita que la cuestión sea debatida aplicando la normativa vigente al momento del fallecimiento del causante, rechazándose la demanda en todas sus partes con imposición de costas a la contraria.

Bajo el título inviolabilidad de la defensa en juicio, prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional, alega que se la priva de un derecho claramente adquirido desde el fallecimiento de su marido, aplicándosele una normativa que entró a regir más de 3 años después de producido el fallecimiento del mismo.

Califica de errónea la interpretación de la sentenciante en lo que respecta a la vigencia de la relación o situación jurídica de la cónyuge supérstite, alegando que la separación de hecho de los cónyuges tuvo un momento de nacimiento, obviamente antes de la vigencia del nuevo código, pero incluso, tuvo su extinción, cuanto menos el día del fallecimiento del causante, es decir el 07/06/121 y por lo tanto la existencia o no de la vocación hereditaria, debe ser analizada al momento del fallecimiento del causante, no más de 3 años después.

Se agravia por la afirmación de la sentenciante cuando sostiene que por aplicación del nuevo Código Civil y Comercial, al haberse eliminado el análisis de la culpa en la ruptura de las relacione de familia, dicha situación, la considera suficiente para excluir a su parte, de la vocación hereditaria de quien en vida fuera su marido.

Expresa que tampoco se tuvo en cuenta que en ambas legislaciones conforme lo dispuesto en los arts. 3282 y 3283 y art. 2277 del CCyC, que las sucesiones o derecho hereditario se rigen por la ley vigente al momento de

fallecimiento del causante y que en tal caso sería el Código de Vélez Sarsfield atento a la fecha de fallecimiento.

Manifiesta errónea interpretación de la normativa aplicable al caso, y señala que yerra la sentenciante cuando sostiene que el régimen probatorio aplicable a los presentes, es el correspondiente al derecho de familia, pero luego sostiene que es la propia accionada quien tiene que probar que mantuvo voluntad de unirse o no.

Critica que no se haya considerado culpa en la separación de hecho por parte del causante, alegando que por la aplicación de la normativa contenida en el nuevo CCyC., omitió considerar lo realmente acreditado por la actora y por la demandada.

Manifiesta que la actora simplemente invocó y acreditar que los esposos al momento del fallecimiento del Sr. A. se encontraban separados de hecho pero ni siquiera acreditó que lo estuvieron sin voluntad de unirse.

Refiere que según los testigos R., J., R., G., propuestos por al actora, el Sr. A., convivió desde varios años antes de producirse su fallecimiento con otro hombre con quien había formado pareja estable y ninguno conoció a la Sra. P., por lo que mal puede atribuirse a su parte, culpa en la separación.

Finalmente invoca omisión de valorar los efectos que acreditan que la accionada mantenía la voluntad de volver a unirse con el causante, ya que quedó demostrado con el informe en psiquiatría de fs. 85 el fuerte vínculo que unía a la accionada con su esposo y lo mucho que le afectó su muerte.

Igualmente a fs. 86, respecto del informe de la psicóloga ... y del certificado médico obrante a fs. 96 que acredita que estuvo al cuidado de su esposo en la Unidad de

Terapia Intensiva, desde su internación el día 14/05/12 hasta el día de su fallecimiento 07/06/12.

Asimismo, invoca comunidad de bienes que surgen de los informes de Lucaioli, Banco de Galicia, respecto de las cuentas corrientes en el comercio mencionado y cuenta bancaria y de tarjetas de crédito en forma conjunta, en la entidad crediticia.

III.- Entrando al estudio de los agravios, adelanto mi opinión en el sentido de que le asiste razón al apelante, bien que en forma parcial.

En efecto, coincido con la incidentada en cuanto a que no correspondía resolver la cuestión bajo los preceptos del nuevo Código Civil y Comercial (ley N° 26994), ya que en virtud del juego armónico de los arts. 7 y del CCyC y art. 3 del Código de Vélez Sarsfield, rige el principio de irretroactividad de la ley, excepto disposición en contrario, no surgiendo norma expresa de aplicación en tal sentido al caso que nos ocupa.

Además conforme lo ilustra Aída Kemelmajer de Carlucci, al referirse a la aplicación del art. 7 del CCyC según la jurisprudencia reinante, “en el derecho sucesorio del heredero ab-intestato se rige por la ley vigente al momento de la muerte del causante” (la aplicación del código civil a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, pagina 105, citando nota de Roubier, bajo numero 76.).

Por lo tanto y teniendo en cuenta que el causante J. R. A. falleció el 07/06/12, año en el que se promovió la sucesión; que con fecha 19/02/2013, fue iniciado este incidente de exclusión de heredero, con fundamento en lo dispuesto por el art. 3575 del Código Civil y que en base a la aplicación del primero o segundo supuesto de la citada norma, fue girando el debate en autos y toda la prueba producida,

considero que corresponde a los fines de este pronunciamiento, atento la irretroactividad ya señalada y a fin de mantener incólume el derecho de defensa en juicio, decidir la cuestión planteada bajo la órbita del art. 3575 del código civil de Vélez Sarsfield.

Consecuentemente, es que pasaré a expedirme sobre el agravio planteado en octavo lugar, ya que la primera de las quejas en lo que debe guardar relación con lo debatido en la instancia de grado (conf. art. 277 del código procesal), deviene inoficiosa, atento lo decidido en torno a la normativa aplicable.

Asimismo, el contenido de los cinco agravios siguientes, se encuentran alcanzados por la decisión de aplicar la normativa peticionada.

IV.- Plantea la apelante, bajo la octava queja, falta de acreditación de culpa atribuible a su parte, en la separación de hecho entre ésta y el causante.

Veamos. El art. 3575 del Código Civil (de Vélez Sarsfield) establece que cesa también la vocación hereditaria de cónyuges entre si en caso que viviese de hecho separados sin voluntad de unirse o estando provisionalmente separados por el juez competente. Si la separación fuese imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria siempre que no incurriere en las casuales de exclusión previstas en el art. 3574.

En tal sentido, se ha dicho que "…*la separación de hecho también trasciende jurídicamente como causa objetiva de cesación del derecho de sucesión de los cónyuges entre sí y, como consecuencia de ello, cabe aplicar al ámbito sucesorio el régimen probatorio de la separación personal y el divorcio fundados en la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de unirse: al peticionante de la exclusión*

hereditaria le basta probar el elemento objetivo, separación de hecho sin una razón jurídica que lo justifique. El cónyuge supérstite que pretende conservar el derecho hereditario tiene la carga de probar que es inocente, pues la separación de hecho hace cesar el fundamento de la vocación sucesoria conyugal, así como el fundamento de la ganancialidad" (Kemelmajer de Carlucci, Gowlan, Zanoni, Cifuentes, Wagmaister-Levy-Iñigo, Arianna, Ferrer, IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho, 1989, citado por Graciela Medina, en Código Civil comentado, Ferrer-Medina, Sucesiones, T.II, comentario al art. 3575, p. 116).

Asimismo, Medina; "entiende aplicable un doble régimen probatorio: si la separación fuese menor a dos años, los interesados deben probar la culpabilidad del supérstite en la separación, pues no puede presumirse; si la duración fuese superior a ese limite, no sería necesaria esa prueba, en virtud de la coordinación del artículo 3575 con los artículos 204, 214, y 3575 in fine".(ob. y página citada).

En esa línea de pensamiento, Liliana Kalafattich señala que;

"La discusión se mantuvo durante la vigencia del Código anterior respecto a quine poseía la carga de la prueba, es decir, sobre quine debía acreditar tal inocencia. Al respecto sostuvo Borda que "si se ha comprobado una real separación de hecho, incumbe al cónyuge supérstite que pretende la herencia probar que fue inocente en aquélla, de lo contrario se presume que la culpa es común. Igual conclusión se impone si no se pueden establecer claramente las causas de separación, entendiendo que el art. 204 del Código Civil ha puesto fin a la cuestión, disponiendo que le cónyuge que alega su inocencia en la separación, debe probarla. En el mismo sentido se expide Zanoni, expresando: "…así como para nuestro derecho positivo la separación de hecho sin voluntad de unirse

trasciende por si misma como una causa objetiva de separación personal que priva d evocación, debe reputarse también como situación que coloca a los cónyuges separados de hecho en la hipótesis primaria del art. 3575 y que, en consecuencia, debería el supérstite que pretende heredar probar él-del mismo modo que en el caso del art. 204 , párr. 2°- que no dio causa a la separación de hecho, o, lo que es igual, que la culpa debe ser atribuida al causante" (en "Cónyuge separado de hecho y la vocación hereditaria. Una solución volviendo al pasado", en Revista de Derecho de Familia Nº 2015-IV, Editorial Abeledo Perrot, p. 20).

Así también, señala María Soledad Webb que tal postura es la que ha sostenido la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y varias Salas de Cámara provinciales, como Rosario, San Isidro, La Plata, entre otras (Conf. SCBA LL. 1994, B-256; 21/07/1997, L.L. 1999, C-747; 07/07/1993, DJBA, 145-6663, en articulo publicado en Revista de Familia y de las Personas, La Ley, "La vocación sucesoria entre cónyuges separados de hecho", Año 4, Nro. 1, enero/febrero 2012).

Ahora bien, aplicando estos conceptos al caso que nos ocupa, surge que se encuentra acreditado que el causante se encontraba separado de hecho desde el año 2004.

Así, testigos R. (fs. 118/119vta.) y J. (121/122), que declararon ser vecinas y que vivían respectivamente, la primera en la casa contigua y la segunda enfrente de la casa que habitaba A., y son coincidentes en cuanto a que convivía allí con W. desde el año 2004 y que ambas sabían que estaba separado, más no los motivos.

El testigo G. (a fs. 165/166), también declara sobre el estado de separación del causante y de la relación de convivencia de éste con el Sr. W..

R. (fs. 107/108), amigo del causante, declara que conoció como 4/5 años atrás (2009/2010), y que ya estaba en pareja con W..

Por lo tanto, y a tenor de estas declaraciones, si el causante estaba en pareja con otra persona conviviendo desde hacía más de ocho años antes de su muerte, no cabe interpretar sino que la Sra. P. y el Sr. A. se encontraban separados de hecho sin voluntad de unirse. No encuentro otra explicación.

Abordando ahora la voluntad de unirse que la Sra. P. invoca y su falta de culpa “en la separación” que es el objetivo de la norma, es decir la atribución de culpa del causante, no advierto ninguna prueba al respecto, ya que del relato de la Sra. P. al contestar la demanda, la causal invocada es de injurias graves del causante ya que sostiene que por su inclinación sexual (homosexualidad) tuvo relaciones incluso en algunos casos, parejas con cierta permanencia y continuidad, aún mientras vivían bajo el mismo techo con la suscripta.

Sin embargo, nada de esto fue motivo de prueba, porque lo que debió haber acreditado la apelante, es que el causante mantenía a la par de su vida marital otra relación.

Al respecto, la testigo G. (a fs. 145/146), señala que “ella me lo dijo una vez, que ellos estaban separados por decisión de los dos, por la vida que llevaban cada uno” (séptima respuesta), lo cual resulta coincidente con la constancia policial obrante a fs. 6, donde expone el causante que se encontraba separado desde diciembre del año 2003, de común acuerdo.

Tampoco surge ninguna prueba de la causal invocada de las declaraciones de D. (fs. 138/139), A. (fs. 147/148) y B. (fs. 153/154), ya que estos son coincidentes en

la relación laboral que los unían a todos los declarante con el causante y cónyuge, debido a un contrato de trabajo que le gestionara A. en la Dirección de Estadística, como encuestador y supervisor. También se desprende que la concurrencia de manera conjunta a los eventos sociales fue en el ámbito laboral, además de que nada aportan esas declaraciones sobre alguna injuria por parte del causante.

Sí en cambio, advierto tolerancia por parte de la apelante respecto del cambio de vida cotidiana que adoptaron luego del cese de la convivencia marital, ya que no fue ni siquiera invocado y mucho menos probado que el causante mantuviera con ella, paralelamente, relaciones íntimas, y por otra parte, se encuentra acreditado que ha concurrido algunas ocasiones al domicilio de convivencia del Sr. A. con el Sr. W., incluso a llevarse las mascotas (conf. testigo J. y R.).

Con relación a la restante prueba, los informes psiquiátricos y psicológicos obrantes a fs. 85 y 86, resultan contemporáneos al fallecimiento del Sr. A., y no a la separación.

Los informes de cuentas bancarias, obrantes a fs. 170/171, denotan cierto grado comunidad económica la cual es ajena para probar la causal subjetiva alegada.

No paso por alto las propias manifestaciones de la Sra. P. al contestar este incidente, donde se desprende que fue a partir de su amenaza (mediante la promoción de juicio contencioso) de que ventilaría la situación intima del Sr. A., que “todo se mantuvo inalterable y la relación entre nosotros volvió a ser consolidada” (conf. 35 segundo párrafo).

Por lo tanto, considero que no habiéndose acreditado la culpabilidad del causante A., la separación producida debe ser considerada como por culpa en común, con lo cual corresponde aplicando lo dispuesto por el art. 3575 del

anterior Código Civil, la Sra. P. debe ser excluida de su calidad de heredera, confirmándose la decisión de primera instancia, bien que por distintos fundamentos.

IV.- Consecuentemente, en función de lo señalado, propongo al Acuerdo se rechace el recurso interpuesto, confirmándose la sentencia dictada a fs. 204/206 vta. en todas sus partes, con costas a la incidentada en su calidad de vencida (art. 68 del Código Procesal), debiendo regularse los honorarios profesionales de esta instancia bajo las pautas del art. 15 de la L.A.

La Dra. Patricia CLERICI, dijo:

I.- Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en cuanto a la ley aplicable al presente caso, ya que para juzgar la vocación hereditaria debe estarse a la ley vigente al momento de la apertura de la sucesión, o sea al momento del fallecimiento del causante. Incluso el art. 2.644 del Código Civil y Comercial prevé expresamente que la sucesión por causa de muerte se rige por el derecho vigente a la época del fallecimiento del causante.

II.- Sin embargo, disiento en lo que refiere a la exclusión de la vocación hereditaria de la demandada.

El Código Civil de Vélez Sarsfield –ley vigente al momento del fallecimiento- previó expresamente la situación de los esposos separados de hecho ante el derecho sucesorio en el art. 3.575 (cuya última redacción responde a las reformas introducidas por las leyes 17.711 y 23.515).

Aída Kemelmajer de Carlucci, analizando la causal de exclusión hereditaria prevista por el art. 3.575 del Código Civil precisa que existe en ella un elemento objetivo, cual es la no cohabitación de modo permanente, con rasgos de definitividad. Pero este solo elemento no es suficiente para habilitar la exclusión hereditaria prevista en la norma bajo

estudio, sino que se requiere de la presencia de un elemento subjetivo. (cfr. aut. cit., “La exclusión del separado de hecho en la sucesión del cónyuge. Carga de la prueba”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2000-2, pág. 31).

Textualmente dice la Dra. Kemelmajer de Carlucci: *“No obstante el agregado introducido por la ley 17.711 al artículo 3.575 (mantenido por la ley 23.515), la causal exige que no haya voluntad de unirse, por lo que si uno de los cónyuges conserva esa voluntad, la exclusión no opera. Para perder la vocación sucesoria, entonces, sería necesario que ninguno de los dos cónyuges desee reanudar la vida en común. La consecuencia de esta posición es que el cónyuge que dejó el hogar conyugal que luego se arrepiente y quiere volver a unirse, si la convivencia no se reanuda porque el otro no aceptó el arrepentimiento, hereda en la sucesión del cónyuge, porque mantenía la voluntad de unirse. O sea, el culpable arrepentido cumple con el mandato matrimonial de hacer vida en común y por eso hereda; el inocente que desea que el otro no herede, en cambio, debe acudir a los medios legales a fin de obtener una sentencia de divorcio que declare la culpabilidad.*

“En mi opinión, esta posición, además de injusta, carece de toda base normativa después de la ley 17.711 que, frente al debate existente a la época de su sanción, entendió que el elemento subjetivo de la exclusión no es la falta de voluntad de unirse sino la culpa en el hecho originario de la separación de hecho.

“El elemento que decide la exclusión del cónyuge es la inocencia o culpabilidad en la causa de la separación de hecho. En consecuencia, el cónyuge inocente conserva la vocación sucesoria, aunque carezca de voluntad de unirse. Ello es así porque en determinadas circunstancias intentar la unión

contraría la más elemental dignidad personal” (aut. cit., op. cit.).

En autos se encuentra acreditado que los cónyuges se separaron de hecho en diciembre de 2003, y que esta situación se mantuvo hasta el fallecimiento del marido, ocurrido el día 7 de junio de 2012 (ver acta de defunción de fs. 18).

Sin embargo, también se encuentra probado que el marido contemporáneamente con la separación comenzó a convivir con su nueva pareja; en tanto que la esposa no tuvo relación sentimental ninguna, o cuanto menos, ello no se encuentra acreditado.

Parto de la fecha reconocida por el causante como de ocurrencia de la separación de hecho: 26 de diciembre de 2003 (fs. 15).

Luego, la testigo G. M. R., vecina lindera de la vivienda del causante, declara que aquél *“…convivía con W. Y. …ellos vivieron como vecinos desde el 2004 hasta que J. falleció…No se si antes ya estaban en pareja o no…Por los dichos de J., ya estaba hacía bastante tiempo ellos juntos…Los veías todos los días, ellos salían juntos, iban y venían…Ellos convivían, yo en su intimidad no te puedo decir”* (acta de fs. 118/119 vta.).

La testigo R. G. J. vive en la casa de enfrente de la del causante, y señala que éste *“desde que llegó al barrio se lo vio con un muchacho, que lo acompañaba; se lo veía a diario…por lo que yo tuve oportunidad de charlar con J. y con W., eran pareja…desde que llegaron al barrio, unos 10 años, al barrio llegaron juntos”* (acta de fs.121/122).

El testigo E. D. D. es compañero de trabajo de la demandada. Preguntado sobre los motivos del cese de la convivencia entre los esposos contesta: *“yo no lo sé de boca*

de ella; los rumores pasan porque ella tenía conocimiento de que él tenía… otra pareja o algo por el estilo…que él estaba conviviendo con un muchacho más joven” (acta de fs. 138/139).

El testigo C. H. B., fue también compañero de trabajo de la demandada, y preguntado que fue sobre los motivos de la separación, contesta: *“Lo sé por comentarios de la oficina que hacían los compañeros, que había formado una nueva pareja con otro hombre, y bueno, se había ido de la casa”* (acta de fs. 153/154).

De la prueba se sigue, entonces que, como lo adelanté, fue el causante quién se retiró del hogar conyugal por haber formado otra pareja, y tener la intención de convivir con ella, debiendo reputarse la inocencia de la demandada en la producción de la separación de hecho.

Consecuentemente, no cabe hacer lugar a la exclusión hereditaria peticionada por la hermana del causante.

En igual sentido se ha expedido la jurisprudencia, sosteniendo que no corresponde excluir de los derechos hereditarios al cónyuge supérstite (en el caso se trataba de una separación de hecho de 20 años), pues se acreditó que el abandono del hogar conyugal en el que incurrió la esposa obedeció a razones justificadas dado que el marido había mantenido relaciones con terceras mujeres (cfr. Cám. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala III, “C., A.O. c/ S., F.D.”, 22/8/2013, ED, fascículo del 4/11/2013, pág. 7).

Por similares razones la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contenciosoadministrativo de 1° Nominación de Río Cuarto rechazó la pretensión de exclusión hereditaria, ya que se había acreditado que a muy pocos años de celebrado el matrimonio el cónyuge fallecido tuvo relaciones íntimas con distintas mujeres, por lo que se entiende que fue éste el causante de la separación (autos “R.,

L.H. s/ declaratoria de herederos", 11/6/2014, DFyP 2014, pág. 126).

Por lo dicho, en el entendimiento que ha sido la conducta del causante la que originó la separación de hecho de los esposos, es que he de propiciar la revocación del fallo de grado, rechazándose la demanda de autos, con costas en ambas instancias a la incidentista perdidosa (art. 69, CPCyC).

Existiendo disidencia en los votos emitidos por los Sres. Vocales preopinantes, se integra Sala con el **Dr. Fernando GHISINI** quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos por la Dra. Patricia CLERICI, adhiero al mismo.

Por ello esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Revocar la resolución de fs. 204/206 vta., rechazándose la demanda de autos.

II.- Imponer las costas en ambas instancias a la incidentista perdidosa (art. 69, CPCyC).

III.- Diferir la regulación de honorarios para el momento de contarse con pautas a tal fin (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. FERNANDO GHISINI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria