

Causa nº56227

“Olaran Zulma Anahí y otra

c/ Pereyra Nancy Noemí

s/ Incidente exclusión heredero”

Juzgado Civil y Comercial nº1-Tandil-

Reg.....73Sent.Civil.

En la ciudad de Azul, a los 30 días del mes de Agosto del año Dos Mil Doce, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores **Víctor Mario Peralta Reyes y María Inés Longobardi** (arts. 47 y 48 Ley 5827), encontrándose en uso de licencia el **Dr. Jorge Mario Galdós** (Resolución nº SE8606/12 del 13/07/12 emanada de la S.C.B.A.), para dictar sentencia en los autos caratulados: **“Olaran Zulma Anahí y otra c/ Pereyra Nancy Noemí s/ Incidente exclusión heredero” (nº56227)**, habiéndose procedido oportunamente a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Dr. Peralta Reyes, Dr. Galdós y Dra. Longobardi.**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-CUESTIONES-

1ra.- ¿Es justa la sentencia apelada de fs.223/226vta.?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-VOTACION-

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez **Dr. Peralta Reyes** dijo:

I. El presente incidente de exclusión de heredero en autos "*Olaran Mario Oscar s/sucesión ab intestato*" (expediente n° 33.234), fue iniciado por **Zulma Anahi Olaran e Ivana Edith Olaran** contra **Nancy Noemi Pereyra** (madre de las actoras y cónyuge del causante), habiendo petitionado las actoras que se excluya a la demandada de la declaratoria de herederos dictada en dicho sucesorio con fecha **2 de julio de 2004**. La acción de exclusión se encuentra basada en la separación de hecho de los cónyuges, sin voluntad de unirse e ininterrumpida, producida en el mes de **diciembre de 1999** y continuada hasta el fallecimiento del causante (**5 de enero de 2004**), motivada por la reprochable conducta de la demandada (fs.32). Afirmaron las actoras que cuando iniciaron el proceso sucesorio junto con la demandada, dejaron expresa constancia de la separación de hecho de los cónyuges (fs.32vta.); y también destacaron que, con fecha **22 de junio de 2004**, la demandada les cedió los derechos y acciones hereditarios mediante instrumento privado, obligándose a extender la escritura pública en caso de ser necesario y a simple requerimiento (fs.33). Posteriormente, las actoras se explayaron en consideraciones mediante las cuales procuran sustentar su pretensión (fs.33vta./41).

La demanda incidental fue contestada por la accionada **Nancy Noemi Pereyra**, quien solicitó su rechazo en base a diversas consideraciones

(fs.69/76vta.). Primeramente, la demandada explicó el motivo por el cual suscribió la constancia de cesión de derechos y acciones hereditarios, señalando que lo hizo para permitir y convalidar un contrato de locación de inmueble rural firmado por sus hijas (fs.70). Afirmó que dicha constancia no puede asimilarse a un contrato de cesión de derechos y acciones hereditarios (fs.70vta.). Sostuvo la incidentada que fue declarada heredera por sentencia firme y consentida, planteando la caducidad del derecho de las actoras para solicitar su exclusión como heredera (fs.72vta./73). Se ocupó, después, de la causal alegada como fundamento de la exclusión hereditaria, dando por acreditado que no existió la pretendida separación de hecho, conforme a las manifestaciones del propio causante ante escribano público (fs.73vta./75vta.).

II. En la sentencia dictada en la anterior instancia que ha llegado apelada a esta alzada, se rechazó el incidente de exclusión de heredero promovido por Zulma Anahí Olan e Ivana Edith Olan contra Nancy Noemí Pereyra, imponiéndose el pago de las costas a las incidentistas perdidosas y difiriéndose la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (fs.226vta.).

Para arribar a esta solución el magistrado de origen utilizó dos argumentos que iré examinando en el decurso del presente voto. El primer basamento del decisorio finca en la preclusión procesal que afecta el derecho de las incidentistas, quienes en el decir del *a quo* han consentido la inclusión de la incidentada como heredera. Luego de analizar las constancias del juicio sucesorio, entendió el sentenciante que debe declararse precluso el derecho de las incidentistas a impugnar la declaratoria de herederos allí dictada (fs.224/225).

El segundo soporte de la sentencia está dado, a mayor abundamiento, por los principios que según el *a quo* rigen la carga de la prueba en estos supuestos. Así sostuvo que demostrada la calidad de la incidentada, su inclusión en la declaratoria de herederos resultaría válida e inmodificable, salvo que las incidentistas lograran acreditar la existencia de la separación que invocan y la culpabilidad de su madre en ella. Y luego de examinar la prueba colectada en autos, concluyó en que las pruebas testimoniales de reconocimiento, testimoniales e informes, no han logrado demostrar la cesación extrajudicial del deber de cohabitación del matrimonio, ni la falta de voluntad de unirse de los cónyuges, ni que la incidentada haya mantenido relación sentimental alguna desde diciembre de 1999 y hasta el deceso de su esposo, y mucho menos aún la culpabilidad reprochada (fs.225/226vta.).

III. La mencionada sentencia fue apelada por las incidentistas (fs.231), quienes en esta instancia expresaron sus agravios mediante el escrito que luce glosado a fs.246/252vta.

Los agravios de las actoras abordan diferentes temáticas que iré desgranando *infra*. Sólo corresponde puntualizar aquí, que las apelantes cuestionaron la preclusión procesal que se consideró configurada en la sentencia, brindando un extenso relato de los actos cumplimentados en el juicio sucesorio y en la faz extrajudicial del caso de marras. Así se refirieron al instrumento suscripto por la incidentada de cesión de derechos y acciones hereditarios a favor de sus hijas, el que, en su decir, exterioriza la voluntad de la demandada libre de todo tipo de presión y coherente con lo que se manifestó desde el inicio del sucesorio. Aludieron a la doctrina de los actos propios, la que

consideraron de aplicación en la especie, e insistieron en la provisoriedad que caracteriza a la declaratoria de herederos dictada en una sucesión, que no hace cosa juzgada entre las partes. Se ocuparon después de la cuestión contemplada en el art.3575 del Código Civil, y dijeron que la lógica de esta norma debe entenderse de la siguiente manera: si al momento de la muerte del causante se demuestra que los cónyuges estaban separados de hecho, el cónyuge supérstite quedará excluido de su vocación hereditaria, salvo que alegue y pruebe que el cese de la convivencia ha sido provocado por su consorte, recuperando, entonces, el llamamiento en cuestión. Analizaron entonces la prueba aportada a los autos, aseverando que ha quedado probado que los cónyuges se hallaban separados de hecho sin voluntad de unirse, y sin haber alcanzado a formalizar el divorcio vincular como consecuencia del deceso. Sostuvieron, asimismo, que la demandada no probó la culpabilidad del causante en la separación de hecho. Pidieron, en suma, la revocación de la sentencia apelada y el acogimiento de la demanda incoada, con costas (fs.246/252vta.).

La referida expresión de agravios fue contestada por la incidentada (fs.254/257vta.), quien brindó diversos argumentos en respaldo de la confirmación de la sentencia apelada. Adujo que de la lectura de los argumentos dados por las apelantes se desprende que no constituyen verdaderos agravios, ni una crítica concreta y razonada de los fundamentos del fallo que consideran equivocados, sino solo una reiteración de las alegaciones oportunamente efectuadas que fueron debidamente analizadas y resueltas por el *a quo*. Destacó que fue incluida en la declaratoria de herederos dictada en la sucesión, por lo que al haber sido aceptada como coheredera no puede estar sujeta a los vaivenes de

conductas contradictorias de las incidentistas, no pudiendo negarse los efectos que genera aquél acto procesal dictado en el juicio sucesorio. Adujo que el objeto de estos autos fue la exclusión como heredera de la incidentada, y no el cumplimiento de una cesión de derechos y acciones hereditarios. Incursionando en la otra temática de autos, puntualizó que el cónyuge, aún separado de hecho, conserva la vocación por la sola inercia de su título, bastándole con la exhibición de la partida de matrimonio, y quien pretenda su exclusión -invocando una separación de hecho- deberá accionar para obtenerla, con el correlato necesario de afirmación y prueba, la que incluye la culpa del cónyuge que se pretende excluir en la separación. Expresó que la contraparte no ha acreditado en autos ni siquiera la separación de hecho de los cónyuges, y mucho menos la culpabilidad requerida para la exclusión. Dijo que en ningún momento tuvo la voluntad de ceder los derechos y acciones hereditarios, si bien esta circunstancia es ajena al litigio.

Habiéndose llamado autos para sentencia y practicado el sorteo de rigor (fs.258 y 266), se requirió el dictamen del Fiscal General Departamental (fs.267), quien se expidió a fs.271/272vta. En este dictamen se solicitó la declaración de deserción del recurso interpuesto (fs.272vta., *in fine*), y se brindaron diversos argumentos en apoyo de la sentencia apelada. Se dijo que el nudo gordiano del planteo de las incidentistas pasa por interpretar adecuadamente la expresión contenida en el escrito de inicio del proceso sucesorio, donde se dejó constancia de la separación de hecho de los cónyuges. Y así se señaló que la conducta coherente con el relato de las incidentistas hubiese sido impugnar inmediatamente la declaratoria de herederos. Se

consideró contradictorio el accionar de las incidentistas, al invocar un acto jurídico en el que intervenía una persona cuya legitimación para ceder derechos ahora cuestionan. En este andarivel, se entendió que la sentencia dictada en primera instancia es la que mejor abarca las constancias de autos y las conductas de las partes. No se compartió el razonamiento de las apelantes sobre la doctrina de los propios actos, brindándose otros argumentos en respaldo de la postura adoptada.

IV. Cabe tratar, en primer término, la solicitud de declaración de deserción del recurso que se plasma en la última parte del dictamen fiscal (fs.272vta.), si bien en el desarrollo de esta pieza se visualiza una refutación de las críticas formuladas por las apelantes hacia la sentencia de origen. De la interpretación del dictamen fiscal no parece surgir un reproche relativo a la insuficiencia técnica de la expresión de agravios, que anide en el art.260 del código ritual; sino que, por el contrario, se observa una refutación de los términos del recurso de apelación, en apoyo de las conclusiones del fallo recurrido. No obstante ello, la incidentada sí ha realizado un cuestionamiento de orden formal, al haber sostenido que las expresiones de las apelantes no constituyen verdaderos agravios, sino solo una reiteración de alegaciones oportunamente efectuadas (ver fs.254vta.).

Con arreglo a ello, debo puntualizar que el escrito recursivo contiene una crítica concreta y razonada de la sentencia en crisis, habiéndose marcado en debida forma los errores que a criterio de las apelantes contiene el decisorio de la anterior instancia, lo que satisface -en plenitud- la carga exigida por el art.260 del código de rito. En función de ello, corresponde desestimar el

pedido de deserción en análisis, debiendo tenerse por cumplida la carga de fundamentación que impone la ley procesal; de manera tal que, seguidamente, me abocaré al examen de procedencia del recurso de apelación deducido.

V. Tal como surge de la reseña precedente, luego de haber analizado las constancias del juicio sucesorio, el magistrado de la anterior instancia **consideró que ha caducado el derecho de las incidentistas de obtener la pretendida modificación de la declaratoria de herederos**, por cuanto desde el inicio de la sucesión solicitaron la inclusión de su madre como heredera, lo que así se resolvió. Dijo el *a quo* que, no obstante ello, luego de haber transcurrido casi un año y cuatro meses del dictado de la declaratoria de herederos, promovieron el presente incidente de exclusión con basamento en la misma causal que habían utilizado como argumento del escrito de inicio del sucesorio, es decir, la separación de hecho de los cónyuges. Extrajo el juzgador de estas circunstancias, que en el caso medió un proceder contradictorio de las incidentistas, al pretender otorgarle a la misma causal invocada un sentido contrario al que habían expuesto primeramente (fs.225, segundo párrafo). Sostuvo el sentenciante, a continuación, que *"habiendo las referidas acompañado el derecho de su madre a ser declarada heredera sin haber manifestado oportunamente oposición a esa inclusión, siendo que con su reconocimiento han manifestado su consentimiento; es con ello que ha precluido para las incidentistas el derecho de solicitar la exclusión hereditaria de su madre"* (fs.225, tercer párrafo). Destacó, por último, que en el caso no median excepciones que impidan dicha caducidad, como sería la configuración de un hecho nuevo o circunstancia sobreviniente para pedir la exclusión, no habiéndose

demostrado, tampoco, que el asentimiento prestado por las hijas se encontrara viciado por documentos falsos y/o nulos presentados por la heredera cuestionada (fs.225, cuarto párrafo).

El régimen de impugnación de la declaratoria de herederos se encuentra previsto en el art.737 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (art.702 del CPCN), si bien la redacción de esta norma no resulta del todo precisa y ha dado lugar a debates. Y es así que, como la declaratoria de herederos se dicta en cuanto hubiere lugar por derecho, circunscribiéndose a admitir a quienes se hubieren presentado y justificado el vínculo invocado, **cualquier pretendiente podrá promover demanda impugnando su validez o exactitud, para excluir al heredero declarado, o para ser reconocido con él** (citado art.737 del Cód. Proc.). No obstante ello, se han planteado dudas acerca de la **posibilidad de impugnación que les cabe a los herederos que intervinieron en el proceso sucesorio y consintieron la correspondiente resolución** (conf. Palacio, Derecho Procesal Civil, tomo IX, pág.426, y nota 58 al pie de página, donde se reflejan las posiciones encontradas que se han dado en esta materia).

Desde una postura restrictiva, se ha decidido que la declaratoria de herederos hace cosa juzgada respecto de los herederos que no hubieren contradicho su carácter hereditario, puesto que quienes han intervenido en dicho proceso se encuentran alcanzados por sus efectos (cfr. Alsina, Tratado, 2da. edición, vol. VI, pág.735, n° 30), **razón por la cual éstos no pueden desconocer la eficacia de un acto procesal firme** (arg. art.737, Cód. Procesal) (Cám. 2da, Sala I, La Plata, causa A-29.956, reg. int. 243/76). En este mismo

orden de ideas, se declaró improcedente el incidente de exclusión promovido por la madre natural del causante contra la esposa separada de hecho sin voluntad de unirse, **si se ha tramitado de común acuerdo el proceso sucesorio, se ha consentido la declaratoria de herederos y, con posterioridad a su iniciación, se ha prestado conformidad con la liquidación del impuesto sucesorio,** reconociendo a la esposa la mitad de los gananciales y la mitad de los restantes bienes a título de heredera (Cám 1ª. Apel. Mar del Plata, sala I, La Ley, v.155, pág.610) (Morello, Sosa, Berizonce, Códigos Procesales, tomo IX-A, págs.246 y 249).

En esta línea de pensamiento se inscribe la doctrina que constituye el basamento jurídico de la sentencia apelada (fs.224/224vta.), según la cual, **caduca el derecho a impugnar la declaratoria de herederos por quienes en el curso de la sucesión reconocieron el derecho de determinadas personas a ser declaradas herederas sin promover oposición,** ya que en este caso se ha operado preclusión y la resolución ha causado ejecutoria, estando revestida de la autoridad de la cosa juzgada formal y sustancial; sin perjuicio de que esta vía impugnatoria pueda concederse, si el asentimiento ha sido en virtud de instrumentos y documentos falsos o declarados posteriormente nulos, ignorando los pretendientes la falla de que adolecían (Goyena Copello, Curso de procedimiento sucesorio, 9ª edición, pág.297).

Ahora bien, más allá de las discusiones que puedan imperar en esta materia -motivadas, esencialmente, por un texto legal que no presenta suficiente claridad-, lo cierto es que **la doctrina restrictiva analizada en el presente apartado no resulta de aplicación al sub caso, en atención a**

las especiales particularidades que el mismo presenta. De allí que habré de escoger una solución distinta a la adoptada por el sentenciante de la anterior instancia, conforme a los desarrollos que realizaré en el apartado venidero.

VI. La postura que cercena la posibilidad de impugnación a los herederos que hubieran consentido el derecho hereditario de aquéllos a quienes, con posterioridad, se pretende excluir del juicio sucesorio, **se afinsa -en última instancia- en la denominada doctrina de los actos propios.** Ha sostenido este tribunal que no es audible el obrar de quien primero exterioriza una voluntad, eficaz y válida, admitiendo las consecuencias de un vínculo contractual, y luego procura cancelar esos efectos desandando sus propios y efectivos actos de relevancia jurídica, desconociendo el sustrato fáctico admitido (esta Sala, sentencia del 4-11-04 en causas n° 47.191 y 47.192). Ello así, puesto que como una derivación necesaria e inmediata del principio general de buena fe, resultan inadmisibles las alegaciones que importan ponerse en contradicción con los propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces (S.C.B.A., Ac.84.480 del 16-3-11; Ac.92.206 y Ac.92.207 del 10-8-11; esta Sala, causa n° 56.073 del 8-5-12, "Rivero", voto del Dr. Galdós).

Pues bien, la aplicación de la doctrina de los propios actos al caso de autos, conduce a una solución diametralmente opuesta a la plasmada en la sentencia apelada. Claro que, para ello, es menester efectuar una **valoración integral de lo actuado por las partes en el juicio sucesorio, indagando la verdadera intención que las mismas tuvieron al concretar sus diferentes actos procesales.** En este sentido, ha puntualizado el tribunal que los escritos judiciales, como actos jurídicos procesales, **deben ser objeto de**

interpretación para desentrañar su verdadera voluntad petitoria, procurando atenerse a lo realmente pretendido por la parte, debiendo superarse apegos formalistas (esta Sala, causa n° 50.726 del 19-7-07, "Fonseca"). Dicho de otro modo, a fin de interpretar los escritos judiciales y determinar el alcance de los mismos, es necesario conocer la **intención real** de las partes intervinientes, como así también captar su voluntad, **observando que los actos procesales sean razonables y coherentes con los resultados que se pretende obtener, y no simples conductas sin sentido** (esta Sala, causa n° 46.078 del 30-9-03, "Banco Velox S.A."). En base a estas premisas analizaré, seguidamente, las distintas actuaciones concretadas en el proceso sucesorio, de las que emana la solución que propongo al acuerdo.

1. La sucesión de **Mario Oscar Olan** fue iniciada con fecha **25 de marzo de 2004**, por quienes revisten el carácter de partes en el presente incidente, esto es, por las aquí incidentistas **Zulma Anahi Olan** e **Ivana Edith Olan (hijas del causante)**, conjuntamente con la aquí incidentada **Nancy Noemi Pereyra de Olan (cónyuge del causante)**. Ahora bien, en lo que presenta relevancia a los fines de la cuestión en examen, las comparecientes dejaron expresa constancia que *"desde diciembre de 1999 hasta el deceso del causante, ambos cónyuges estuvieron separados de hecho, sin voluntad de unirse, en forma ininterrumpida, no habiendo alcanzado a formalizar el trámite de divorcio vincular"* (ver fs.10/10vta. del expediente sucesorio n° 33.234).

La expresa constancia que las partes dejaron al iniciar el sucesorio y que transcribí precedentemente, **se mostraría como carente de sentido si no se la relacionara con otro acto que, con posterioridad, otorgó**

la cónyuge Nancy Noemi Pereyra de Olan (unos días antes de que se procediera al dictado de la declaratoria de herederos). En efecto, si las tres personas que iniciaron el juicio sucesorio hubieran mantenido incólume sus pretensiones sobre la herencia, no se advertiría razón para que hubieran dejado constancia, en ese acto procesal inicial, acerca de la separación de hecho sucedida entre los cónyuges. Sólo después de recalar en el acto procesal posterior otorgado por la cónyuge (al que me referiré en el párrafo siguiente), **se hace posible visualizar el sentido real que tuvo aquella manifestación conjunta volcada en el inicio del expediente sucesorio.**

2. Ha llegado el momento, entonces, de ocuparse de la constancia de cesión de derechos otorgada con fecha **22 de junio de 2004**, en instrumento privado con firma certificada, mediante la cual Nancy Noemi Pereyra de Olan **cedió y transfirió gratuitamente**, a favor de sus hijas Zulma Anahi Olan e Ivana Edith Olan, **la totalidad de los derechos y acciones hereditarios que le correspondían en los autos "Olan Mario Oscar s/sucesión"**; habiéndose obligado a llevar esa cesión a escritura pública, en caso de ser necesario y a simple requerimiento (ver instrumento agregado a fs.58/59 de dicho expediente sucesorio n° 33.234).

En lo que reviste decisiva gravitación, cabe destacar que dicha cesión de derechos y acciones hereditarios fue otorgada **con anterioridad al dictado de declaratoria de herederos en dicha sucesión**, lo que acaeció el día **2 de julio de 2004** (ver fs.29 del expediente n° 33.234). Y esta cesión de derechos y acciones hereditarios, si bien imperfecta en cuanto a su forma por no haberse extendido en escritura pública (art.1184 inciso 6 del Cód. Civil; Zannoni,

Derecho de las sucesiones, 5ª edición, tomo 1, pág.601), **contenía en su texto la obligación de la cedente de otorgar la correspondiente escrituración** (art.1185 del Cód. Civil), lo que muestra a las claras la seriedad y el compromiso que encerraba el acto jurídico cumplimentado por Nancy Noemi Pereyra de Olan (art.384 del Cód. Proc.). Así lo puso de relieve esta alzada en anterior oportunidad, al referirse a una medida cautelar, donde se volcaron consideraciones relativas a la forma del acto jurídico en análisis (ver consideraciones de fs.58vta./59).

3. Y arribo de este modo a una conclusión medular que quiero dejar especialmente asentada, pues no se advierte el proceder contradictorio de las incidentistas que fuera resaltado en la sentencia apelada. Muy por el contrario, la manifestación volcada al inicio del juicio sucesorio relativa a la separación de hecho de los cónyuges (de fecha 25 de marzo de 2004), **debe relacionarse y armonizarse con la cesión de derechos y acciones hereditarios que otorgó la cónyuge supérstite poco tiempo después** (el día 22 de junio de 2004), todo lo cual sucedió **con anterioridad al dictado de la declaratoria de herederos** (el día 2 de julio de 2004). Todo ello trasunta la voluntad real de las partes, plasmada de común acuerdo en el expediente sucesorio, **consistente en excluir a la cónyuge de la herencia por la vía de la cesión de derechos y acciones hereditarios**, pues es sabido que no media ningún impedimento para inscribir registralmente una declaratoria que comprende a tres herederos, **juntamente** con una cesión de derechos otorgada por uno de ellos a favor de los otros dos (conf. Medina, Proceso Sucesorio, segunda edición, tomo I, págs.349 y 350). Y así cabe presumir como sucedido en el caso de autos,

que la cedente no se ha avenido a extender la escritura pública a la que se obligó en instrumento privado, habiéndose frustrado, de este modo, la inscripción registral conjunta que resultaba enteramente factible (arts.163 inciso 5 y 384 del Cód. Proc.).

La cesión de derechos y acciones hereditarios dada en instrumento privado, **se erige -de este modo- en elemento decisivo para desentrañar cuál fue la real intención de las partes**, no pudiendo interpretarse, en modo alguno, que pueda haber caducado el derecho de las aquí incidentistas para impugnar una declaratoria de herederos que, evidentemente, **no reflejaba el verdadero acuerdo de voluntades que se dio en los tramos iniciales del trámite sucesorio** (arts.1137, 1197, 1198, primer párrafo, y ccs. del Cód. Civil). Esta es la interpretación que corresponde dar a las actuaciones procesales referidas, pues de esta manera se logra develar la intención común de las partes, trasuntada en las conductas inequívocas que las mismas han puesto de manifiesto (doct. art.218, incisos 1, 2, 4 y 6 del Código de Comercio; arts.163 inciso 5, 375 y 384 del Cód. Proc.).

Sólo cabe apuntar, por último, que no resultan convincentes las explicaciones dadas por la incidentada, en el sentido de que dicha cesión de derechos y acciones hereditarios habría sido dada con el único objeto de permitir y convalidar un contrato de locación de inmueble rural que había sido firmado por sus dos hijas (ver fs.70/70vta. de este incidente). Y ello porque en autos **no existe ningún indicio acerca de algún inconveniente que pudiera haberse originado con el arrendatario, a raíz de la forma en que se otorgó dicho contrato de arrendamiento**, el que, efectivamente, sólo lleva la rúbrica de las

aquí incidentistas (ver fs.45/48 del expediente sucesorio, y las posteriores actuaciones que lucen a fs.49, 50, 54, 55, 56).

En base a las consideraciones precedentes corresponde concluir en que no se encuentra ajustada a derecho la sentencia apelada, al haberse soslayado la valoración de la cesión de derechos y acciones hereditarios extendida por la cónyuge separada de hecho, y haberse considerado precluso el derecho de las incidentistas a impugnar, por la vía del presente incidente, la declaratoria de herederos dictada en el proceso sucesorio (fs.225; arts.163 inciso 5, 375, 384, 734, 735, 737 y ccs. del Cód. Proc.).

VII. Zanjada la primera problemática abordada en el pronunciamiento recurrido, se impone adentrarse en la otra cuestión también examinada -a mayor abundamiento- por el sentenciante de grado. Me estoy refiriendo, claro está, al cese de la vocación hereditaria del cónyuge supérstite separado de hecho, hipótesis que resulta aprehendida por el art.3575 del Código Civil (ver los desarrollos de fs.225/226vta., puntos 4 y 5).

1. Si bien se está ante una temática por demás espinosa que ha generado variados debates doctrinarios y jurisprudenciales, lo cierto es que en la sentencia apelada se ha adoptado una postura que no se ajusta a la doctrina legal de la Casación Bonaerense (receptada en un precedente de este tribunal), y que es la que mejor se compadece con la evolución actual del pensamiento jurídico nacional, de conformidad con los datos sociológicos que emanan de una realidad que se muestra incontestable. Cada vez con mayor vigor se advierten los importantes efectos jurídicos que acarrea la separación de hecho de los cónyuges; pudiendo mencionarse, a título meramente ilustrativo, el

reciente pronunciamiento de la Suprema Corte Provincial en orden al cese del deber de fidelidad de los esposos (sentencia del 6-6-12, "R., I. I. c. L., M. R. s/divorcio", L.L.B.A., ejemplar de julio de 2012, pág.639, en doctrina ya sentada por este tribunal en causa n° 54.263 "Avendaño", sentencia del 18 de noviembre de 2010), así como la reforma proyectada al régimen sucesorio de los cónyuges, donde la mera separación de hecho sin voluntad de unirse excluye el derecho hereditario entre los mismos (art.2437 del Proyecto del P.E.N. de Código Civil y Comercial de la Nación, redactado por Comisión de Reformas designada por decreto 191/11).

2. Bajo ese prisma, no puede compartirse la jurisprudencia citada en la sentencia apelada, donde se hace recaer la carga de la prueba de las causales de exclusión sucesoria de la cónyuge supérstite, sobre quienes cuestionasen la vocación hereditaria de la misma (ver fs.225vta.). Muy por el contrario, si bien se reconocieron las dificultades de la cuestión en tratamiento, esta Sala adhirió a la postura contraria, habiéndose enrolado en la misma línea de pensamiento sentada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (esta Sala, causa n° 45.180, "Lucotti", sentencia del 23-12-02).

Dijo este tribunal en aquél precedente, que *"la discusión central pasa por establecer las pautas que rigen las cargas probatorias. En efecto, partiendo de la base de que es menester dilucidar la culpa del cónyuge supérstite, una de las posturas entiende que quien pretende la exclusión debe probar la separación de hecho sin voluntad de unirse y que el sobreviviente causó la interrupción. Por el contrario, otra de las posturas exige del que pretende la exclusión, acreditar la separación de hecho sin voluntad de unirse, y*

presume la culpa de ambos cónyuges como consecuencia de la separación (conf. esta Sala, sentencia del 9-5-00, L.L.Bs.As., 2001, pág.960, voto de la Dra. De Benedictis)" (citada causa n° 45.180).

Y se siguió definiendo la cuestión en la mencionada causa n° 45.180, "Lucotti", de fecha 23-12-02, por lo que paso a reproducir los conceptos allí expresados, los que resultan enteramente aplicables al *sub caso*. Allí se dijo lo siguiente: "Reitero que la cuestión jurídica dista, en mucho, de ser pacífica (consultar los ilustrativos trabajos de Wagmaister, Vocación sucesoria del cónyuge separado de hecho sin voluntad de unirse, J.A. 2001-IV, págs. 986 a 992, y de Alvarez, Incertidumbre sucesoria del cónyuge supérstite en la separación personal, Ed. 166, págs. 360 a 362)".

"Empero, parece cobrar relieve (aunque, insisto, con opiniones en contrario) la tesis que repara en la influencia que, sobre el tema, ha tenido el dictado de la ley 23.515. Y es así que se ha postulado una interpretación integradora del actual texto del art. 3575, con la reforma en materia de separación personal y divorcio vincular dispuesta por dicha ley 23.515. En este sentido, son certeras las aseveraciones de Zannoni, quien expresa:- *"Como es sabido, el art. 204 considera la separación de hecho (o interrupción voluntaria de la convivencia) sin voluntad de unirse como causal objetiva de separación personal y de divorcio (conf. art. 214, inc. 2°). Esto significa que si, por hipótesis, los cónyuges hubieren obtenido la separación personal por esta causal, a demanda de cualquiera de ellos, ambos carecerán de vocación hereditaria aun cuando no hubieran probado la culpa en la separación de hecho. Pareciera, pues, que así como para nuestro derecho positivo la separación de hecho sin*

*voluntad de unirse trasciende por sí misma como causa objetiva de separación personal que priva de vocación, 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.2º- que no dio causa a la separación de hecho, o, lo que es igual, que la culpa debe ser atribuida al causante. **Esta interpretación significaría que la separación de hecho importa ausencia de vocación hereditaria recíproca entre los cónyuges, a menos que el supérstite alegue y pruebe que fue el premuerto el culpable de dicha separación**" (Manual de derecho de las sucesiones, 4ta. Edición, Bs.As., 1999, pág. 465, lo destacado en negrita me pertenece)".*

"Con independencia de las posiciones referidas, lo cierto es que, en nuestro ámbito, por imperio constitucional, debemos acatamiento a la doctrina establecida por la Suprema Corte de Justicia Provincial (art. 161, inciso 3º, apartado a, de la Constitución de Buenos Aires; arts. 278, 279, 280 y ccs. del Código Procesal). Y el máximo tribunal provincial ha sentado doctrina en la cuestión bajo examen, disponiendo que *"para la ley 23.515, la separación de hecho se ha convertido en causal objetiva de separación personal y confiere legitimación activa a cualquiera de los esposos para demandar por divorcio, con la consecuencia de que ambos perderán por regla general, su vocación hereditaria recíproca. Se advierte, entonces, que la presunción en estos supuestos de separación de hecho es la de culpabilidad de ambos cónyuges y que quien pretendiera lo contrario tendrá sobre sí la carga de demostrar su falta de culpabilidad en la separación (art. 375 C.P.C.). **Lo propio ocurre en el***

supuesto del art. 3575 del Código civil (exclusión sucesoria del cónyuge supérstite que se encontraba separado de hecho del causante) en el que quien -encontrándose en esta circunstancia- pretende derechos en la sucesión del cónyuge fallecido, deberá probar que fue inocente, que no dio causa, o al menos que fue su cónyuge el exclusivo responsable de la separación de hecho (causa Ac. 49.701, sent. del 9-XI-93)" (S.C.B.A., Ac. 54.551, sent. del 14-6-94, Ac. y Sent. 1994-II, pág. 610, con cita del precedente de fecha 9-11-93, publicado en L.L. 1994-B, págs. 256 a 258; lo destacado me pertenece)".

En un fallo más reciente del ámbito provincial, se decidió que "pesa sobre el peticionario de la exclusión sucesoria el onus probandi de demostrar la separación de hecho sin voluntad de unirse durante el lapso de más de dos años, en tanto que aquella carga se traslada al supérstite que pretende derechos en la sucesión de su cónyuge fallecido, debiendo probar que fue inocente, que no dio causa, o al menos que fue su cónyuge el exclusivo responsable de la ruptura" (Cám. Civ. y Com. Dolores, 88639, RSD-196-9, sentencia del 29-12-09, "Pérez", sumario JUBA B951343). Y en la obra doctrinaria quizás más elaborada sobre esta compleja materia, afirma Méndez Costa que "*renovada reflexión sobre las cuestiones expuestas nos ha conducido a revisar nuestra posición que ponía la prueba de la culpabilidad del consorte sobreviviente a cargo de quienes cuestionaban su llamamiento*". Para puntualizar esta autora, más adelante, a modo de conclusión de su *iter* argumental: "*Así, al tradicional axioma de que el hecho constitutivo debe ser probado por quien lo alega, ergo tanto la separación fáctica como su culpa por quien pretende*

*apoyarse en ellas para excluir al cónyuge supérstite, ha de sustituirse el aporte prestado por la doctrina de las pruebas dinámicas **haciendo recaer sobre el sobreviviente la demostración de su inocencia, porque se halla en mejores condiciones para hacerlo que los otros herederos***" (conf. La exclusión hereditaria conyugal, segunda edición actualizada, págs.188 y 189, lo destacado me pertenece; ver también, en similar sentido, Código Civil comentado y anotado, director Cifuentes, coordinador Sagarna, 3ª edición, tomo V, págs.670 y 671, con cita de doctrina y jurisprudencia).

3. Retomando el análisis del caso de autos, no pueden quedar dudas en el sentido de que **ha quedado plenamente acreditada la separación de hecho acaecida entre los cónyuges**, siendo inaudibles los argumentos defensivos esgrimidos por la incidentada (fs.74vta./75vta.). Aquí cabe destacar, como elemento gravitante, a la manifestación conjunta efectuada en el inicio del proceso sucesorio, **donde la incidentada admitió que desde diciembre de 1999 hasta el deceso del causante, en forma ininterrumpida, se encontró separada de hecho sin voluntad de unirse** (ver apartado V.1 del presente voto). Por lo demás, la prueba de testigos aportada a los autos ratifica, sin hesitaciones, la existencia de dicha separación de hecho (ver declaraciones testimoniales de fs.123, 124, 125, 199/200, 201/203vta.). Debe destacarse, además, **la orfandad probatoria en que incurrió la parte demandada**, quien desistió de las probanzas por ella ofrecidas (ver escrito de fs.213 y certificación de fs.216/216vta.), siendo que su planteo se hallaba estructurado sobre las pruebas testimonial e informativa que, en definitiva, no alcanzó a producir (arts.375, 384, 456 y ccs. del Cód. Proc.).

Y habiendo quedado demostrada, de modo contundente, la separación de hecho que medió entre los cónyuges, cabe precisar que **la incidentada no probó que haya sido inocente, que no hubiera dado causa, o al menos que fue su cónyuge el exclusivo responsable de la ruptura** (S.C.B.A., sent. del 9-11-93, L.L. 1994-B, pág.257, punto 3, quinto párrafo). De este modo, la posición procesal de la accionada se muestra carente de todo basamento probatorio, **por lo que debe hacerse lugar a la demanda incoada y excluirse a Nancy Noemi Pereyra de la declaratoria de herederos dictada en los autos caratulados "Olaran Mario Oscar s/sucesión ab intestato", expediente n° 33.234** (art.3575 del Cód. Civil; arts.163 inciso 5, 375, 384, 456 y ccs. del Cód. Proc.).

Propicio, en consecuencia, la revocación de la sentencia apelada y el acogimiento del incidente de exclusión de heredero promovido por Zulma Anahí Olaran e Ivana Edith Olaran contra Nancy Noemi Pereyra, con imposición de las costas de ambas instancias a la demandada que resulta vencida (arts.68, 69 y 274 del Cód. Proc.).

Así lo voto.

A la misma cuestión, la **Dra. Longobardi** adhirió al voto precedente, votando en igual sentido por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Dr. **Peralta Reyes**, dijo:

Atento a lo que resulta del tratamiento de la cuestión anterior, se revoca la sentencia apelada de fs.223/226vta. y se hace lugar al incidente de exclusión de heredero promovido por Zulma Anahí Olaran e Ivana Edith Olaran, excluyéndose a Nancy Noemi Pereyra de la declaratoria de

herederos dictada en los autos caratulados "*Olaran Mario Oscar s/sucesión ab intestato*", expediente n° 33.234. Las costas de ambas instancias se imponen a la incidentada Nancy Noemi Pereyra, quien ha resultado vencida (arts.68, 69, 274 del Cód. Proc.). Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (arts.31 y 51 del dec.ley 8.904/77).

Así lo voto.

A la misma cuestión, la **Dra. Longobardi** adhirió al voto precedente, votando en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Azul, Agosto de 2012. -

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y conchs. del C.P.C.C., **se resuelve**: revocar la sentencia apelada de fs.223/226vta. y se hace lugar al incidente de exclusión de heredero promovido por Zulma Anahí Olaran e Ivana Edith Olaran, excluyéndose a Nancy Noemi Pereyra de la declaratoria de herederos dictada en los autos caratulados "*Olaran Mario Oscar s/sucesión ab intestato*", expediente n° 33.234. Las costas de ambas instancias se imponen a la

incidentada Nancy Noemi Pereyra, quien ha resultado vencida (arts.68, 69, 274 del Cód. Proc.). Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (arts.31 y 51 del dec.ley 8.904/77). **Regístrese. Notifíquese** por Secretaría y devuélvase. Firmado: Dr. Víctor Mario Peralta Reyes – Juez – Cám. Civ. y Com. Sala II – Dra. María Inés Longobardi – Juez – Cám. Civ. y Com. Sala II. Ante mí: Pedro Eugenio Ribet - Auxiliar Letrado – Cám. Civ. y Com. Sala II.