

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, sala I

14 de julio de 2016

B., N. R. s/ sucesión ab intestato

TEXTO COMPLETO

En la Ciudad de Azul , a los 14 días del mes de Julio de 2016 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Esteban Louge Emiliozzi y Lucrecia Inés Comparato, encontrándose en uso de licencia el Dr. Ricardo César Bagú, para dictar sentencia en los autos caratulados: "B. N. R. S/ SUCESION AB-INTESTATO ", (Causa N° 1-60954-2016), se procede a votar las cuestiones que seguidamente se enunciarán en el orden establecido en el sorteo oportunamente realizado (arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C.), a saber: Doctores LOUGE EMILIOZZI – COMPARATO - BAGU.-

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

-CUESTIONES-

1ra.- ¿Es justa la resolución de fs. 126/129?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-VOTACION-

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Señor Juez Doctor ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI, dijo:

a) El presente proceso sucesorio de la Sra. N. R. B., fallecida el día 31.05.2008 (conf. fs. 4), fue iniciado el día 18.06.2008 (conf. fs. 13/14) por su cónyuge G. M. G., quien fue declarado único y universal heredero (conf. declaratoria de fs. 28 de fecha 28.08.08.).

Con posterioridad el Sr. G. denunció la existencia de dos bienes inmuebles pertenecientes al acervo de la causante, siendo el primero de ellos –en el que recalo por ser el que importa a los fines de la apelación- un departamento o unidad funcional n° 5 ubicado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, calle F. A. de F. n° ..., identificado catastralmente como Circ...., Sección 19, Manzana ..., Parcela ...e inscripto el dominio en la matrícula ... del Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal (fs. 49).

b) Sin embargo, el día 16.08.2012 se presentó al proceso el Sr. L. M. (conf. fs.

107/108) manifestando ser donatario del inmueble antes individualizado en virtud de la oferta de donación que le efectuara la causante el día 19.08.04, mediante escritura pública N°29 -cuya copia certificada adjunta a fs. 103/105- que pasara por ante el Registro N°4 del Distrito Notarial T., a cargo de la Esc. S. V. de Ch.

En el marco de esta presentación el Sr. M. manifiesta que tomó conocimiento de la oferta de donación al producirse el fallecimiento de la causante, y como no tenía en ese momento posibilidades económicas de efectuar la aceptación, y a su vez se encontraba viviendo en la propiedad, decidió hacerlo cuando mejorare de fortuna.

Prosigue diciendo que transcurrido un tiempo del deceso de la titular registral, se sorprendió al ser anoticiado de la existencia de los autos caratulados "G., G. M. c/ M. D. A. S/ Desalojo por vencimiento de contrato", de trámite por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil N° 98 de la C.A.B.A.

Aclara que dicho juicio tiene por causa un viejo contrato de locación que fue dejado sin efecto oportunamente por la oferta de donación acompañada, y que sus progenitores residen con él en el inmueble, destacando que la oferta en cuestión contiene como cargo la constitución de usufructo vitalicio con derecho recíproco de acrecer a favor de la donante y de aquéllos, habida cuenta la relación que los unía con ésta, de quienes fueron testigos del matrimonio con Don G. M. G..

Pone de resalto que nunca tuvo premura por realizar la aceptación de la oferta, ya que la "de cujus" no tenía ascendientes, descendientes, ni cónyuge, pues estaba separada de aquél en los términos del art. 67 bis de la Ley de Matrimonio 2393, mediante sentencia dictada el 26.07.84. en el Expte. N°122.628, que tramitara ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 1 de Capital Federal -cuya copia simple anexa a fs. 78/101- y, asimismo, el resto de sus familiares conocían su voluntad de donarle la propiedad.

Como corolario de su exposición solicita que se deje sin efecto la inscripción de la declaratoria de herederos dispuesta el 03.11.2008, y que se ordene la aceptación de la oferta de donación denunciada y su anotación pertinente.

Ofrece prueba documental e informativa y, a su vez, pide que se decrete prohibición de innovar respecto de la titularidad dominial del inmueble (fs. 107/108 vta.).

c) Sustanciada dicha presentación con el único heredero declarado como tal, éste procede a contestarla a fs. 122/125, con fecha 27.08.2015, solicitando su rechazo, con costas.

Sostiene –en lo medular- que Sr. M. carece de legitimación, ya que resulta aplicable el art. 1545 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y, en consecuencia, la oferta de donación invocada caducó con la muerte de la donante, acaecida el 31.05.2008, no existiendo la posibilidad de su aceptación "post mortem".

También afirma que si el Sr. M. tomó conocimiento de la oferta de donación con posterioridad al deceso de la causante es porque ésta no tuvo intención de dar a conocer ese acto al interesado, deduciéndose de ello que no quiso que la donación se perfeccionara y transmitir, por ende, el dominio del inmueble aludido.

Reconoce que la causante tenía suscripto un contrato de locación con el padre del incidentista, instrumento del que surge la relación contractual que los vinculaba, más allá de la afectiva.

Con relación a su vocación hereditaria, expresa que con la causante incoaron su divorcio en el año 1984, en el marco del art. 67 bis de la Ley 2393, porque en ese momento debió arriesgar un capital importante en algunos negocios promovidos y para evitar que pudieran afectarse los bienes propios de aquélla. Desde esa perspectiva, afirma que el trámite era una formalidad que en nada modificaba la situación de hecho, y que luego de notificados de la sentencia ninguno de los dos solicitó su inscripción ante el Registro de las Personas, ni tampoco la conversión en divorcio vincular una vez sancionada la Ley 23.515. También dice –siempre en relación a este aspecto- que la relación con la causante continuó intacta, al punto que la cuidó hasta sus últimos días, afrontando todos los gastos de su fallecimiento.

II) De este modo arribamos a la resolución apelada de fs. 126/129, cuya apelación genera la actual intervención de este tribunal, en la que se rechaza la pretensión incoada por el Sr. M., con costas a su cargo, y se difiere la regulación de honorarios hasta tanto se acredite la valuación fiscal del inmueble en cuestión.

Para así decidir, luego de pasar revista al contenido de la escritura que contiene la oferta de donación y a lo obrado en este proceso, el Sr. Juez de grado comenzó por aclarar que no corresponde –en esta instancia- que se expida respecto a la vocación hereditaria de Don G. M. G., sino únicamente a si es procedente la aceptación de la oferta de donación efectuada por la causante el 19.08.2004.

Así delimitado el objeto del decisorio, puntualizó que asiste razón al heredero declarado en autos en cuanto a que la cuestión debe resolverse a la luz de lo previsto por el Código Civil y Comercial de la Nación (vigente desde el 01.08.2015), cuyas normas resultan de aplicación inmediata a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (art. 7).

Partiendo de esa idea inicial, añadió que la norma específicamente aplicable al caso es el art. 1545 del nuevo ordenamiento, según el cual "La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto a la forma de las donaciones. Debe producirse en vida del donante y del donatario".

Afirmó, en torno a esta norma, que la oferta de donación caduca, siguiendo en ello la regla general -en materia de oferta contractual- del art. 976, aspecto en el que existe una drástica modificación al sistema imperante en el Código Civil derogado, trayendo a colación la opinión de calificados autores que explican las implicancias de este cambio legislativo en materia de aceptación de donaciones.

Dijo, por último, que tanto el anterior como el nuevo Código establecen que deben ser hechas en escritura pública, bajo pena de nulidad, las donaciones de bienes inmuebles y de prestaciones periódicas o vitalicias (arts. 1810 y 1552, respectivamente). Se trata -explicó- de un requisito de forma solemne (es decir, exigido para la celebración y existencia del acto y su incumplimiento acarrea la nulidad), dada la trascendencia de dichas donaciones. Por la misma circunstancia, también deben ser aceptadas por el donatario en la misma escritura, o en otra, si está ausente (arts. 1811, 980 y 1545, respectivamente).

En consecuencia, si bien durante la vigencia del Código Civil si el donante moría antes de que el donatario hubiera aceptado la donación de inmuebles, podía éste sin embargo aceptarla (art. 1795), lo cierto es que debía hacerse mediante escritura pública (art. 1811), sin que pueda ser suplida dicha forma por otros medios, razón por la que la presentación formulada por Don L. M. el 16.08.2012 (fs. 107/108 vta.), tampoco era válida, en ese momento, para tener por aceptada la oferta de donación que la causante le efectuara el 19.08.2004 mediante escritura pública.

III) El decisorio reseñado en el apartado anterior fue apelado por el Sr. M. a fs. 132, recurso que se le concedió en relación a fs. 133. Expresó agravios a fs. 134/143, obteniendo respuesta a fs. 145/150.

Las críticas pueden resumirse del siguiente modo:

a) Antes de la expresión de agravios propiamente dicha, y bajo el título de "Antecedentes" (fs. 134/136), vuelve a relatar cómo fue la relación que vinculó a la causante con él y con sus padres y las vicisitudes en torno a la donación.

En ese marco vuelve a hacer referencia al proceso de desalojo tramitado ante el Juzgado en lo Civil n° 93 de la Ciudad de Buenos Aires, pero en esta oportunidad

agrega que el mismo culminó con el rechazo de la demanda por haber entendido el juez civil que había mediado una aceptación tácita de la donación.

Es dable abrir un paréntesis para hacer notar que si bien el recurrente había hecho mención al proceso de desalojo en su primera presentación en estos autos (fs. 107/108), en la misma no había mencionado qué suerte había corrido dicho proceso. Sin embargo ello es fácilmente comprensible, ya que la presentación de fs. 107/108 en este proceso es de fecha 16.08.2012, mientras que la sentencia recaída en el desalojo es de fecha 11.10.2013 (conforme dichos del apelado al contestar los agravios –fs. 146 vta.- y sentencia del proceso de desalojo que se tiene a la vista por haber sido consultada a través de la página web del Poder Judicial de la Nación).

Volviendo al contenido de la pieza recursiva, señala el recurrente que intentó por todos los medios que el heredero le reconozca sus derechos sobre el inmueble, pero ante el fracaso de esos intentos no tuvo más remedio que solicitar al juez del sucesorio la inscripción de la oferta de donación.

También manifiesta –siempre en el acápite titulado “Antecedentes”- que su parte no cuestionó la calidad de heredero del Sr. G., ya que se presentó al sucesorio con la única finalidad de aceptar la oferta. Sin perjuicio de ello, vuelve a hacer mención al proceso de separación de los cónyuges y a la maliciosa conducta procesal llevada a cabo por el supuesto heredero.

b) Seguidamente, y ya bajo el título de “Expresa Agravios”, cuestiona en primer término que se haya decidido que no correspondía en ese momento expedirse sobre la vocación hereditaria del Sr. G.. Ello así, pues es el juez del sucesorio quien debe dictar declaratoria de herederos conforme los vínculos que le son acreditados, y de la documental acompañada a su primera presentación surge la existencia del proceso de separación.

c) Dice luego, a modo de segundo agravio, que la inscripción del inmueble a nombre del supuesto heredero le impidió proceder a la aceptación de la oferta de donación mediante escritura pública.

d) Finalmente se agravia de la aplicación del derecho transitorio, poniendo de resalto que la situación ventilada en autos es de antigua data –es decir, muy anterior a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial- y que su parte ya había aceptado la donación en forma tácita.

IV) A fs. 157 se dispuso que por ser definitiva la cuestión objeto de la apelación debía resolverse con la formalidad del acuerdo, y a fs. 159 se practicó el sorteo de ley,

por lo cual las actuaciones se encuentran en estado de resolver.

V. a) Creo necesario comenzar a trazar mi propuesta decisoria abordando un aspecto que fue mencionado por el recurrente a fs. 135 de su expresión de agravios, es decir, al reseñar los “Antecedentes” de la causa y antes de la expresión de agravios propiamente dicha. Me refiero, puntualmente, al pasaje en el que hace referencia al proceso de desalojo tramitado ante el Juzgado en lo Civil n° 93 de la Ciudad de Buenos Aires, y además afirma que el mismo culminó con el rechazo de la demanda por haber entendido el juez civil que había mediado una aceptación tácita de la donación.

Como ya lo aclaré en la reseña inicial, el ahora recurrente ya había hecho mención al proceso de desalojo en su primera presentación en estos autos (fs. 107/108), pero en la misma no había mencionado qué suerte había corrido dicho proceso. Sin embargo, también dije que ello es fácilmente comprensible, ya que su presentación de fs. 107/108 en este proceso es de fecha 16.08.2012, mientras que la sentencia recaída en el desalojo es de fecha 11.10.2013 (conforme dichos del apelado al contestar los agravios –fs. 146 vta.- y sentencia del proceso de desalojo que se tiene a la vista por haber sido consultada a través de la página web del Poder Judicial de la Nación).

Me detengo en estas referencias vertidas por el recurrente en relación al proceso de desalojo pues, tal como han sido formuladas, obligan a analizar la posible existencia de una cosa juzgada en relación a lo que en este juicio se debate.

En efecto, tal como lo explican Azpelicueta y Tessone (“La Alzada. Poderes y Deberes”, págs. 73/74), citando en este aspecto a Podetti, la cosa juzgada se disciplina con miras al interés privado, ya que al vencedor le interesa la indiscutibilidad de la sentencia; pero tiene también una finalidad pública, que se desdobra en dos aspectos: la economía de esfuerzo jurisdiccional, al evitar la repetición de la misma controversia, y la paz social, al establecer la inmodificabilidad del pronunciamiento. Es sobre estas bases que en el CPCCN, luego de la reforma de la ley 22.434, no caben dudas acerca de la potestad de los órganos judiciales para declarar de oficio la cosa juzgada, ya que el último párrafo del art. 347 confiere ahora tal poder, agregando que la declaración puede efectuarse en cualquier estado de la causa. Mientras que en la Provincia de Buenos Aires, pese a que no se adoptó la mentada reforma, los jueces también deben declarar de oficio la cosa juzgada, y así lo ha expresado la S.C.B.A. en fallos que citan. Refiriéndose a continuación a la Alzada, afirman los autores mencionados que le es extensiva la atribución de declarar de oficio la cosa juzgada.

Expresan en tal sentido que aun cuando el apelante o el apelado no aleguen en la fundamentación o en el responde del recurso la cosa juzgada, y aunque el tema no haya integrado los escritos liminares del proceso, la Cámara deberá hacer mérito de la res iudicata, pues se está en presencia de un requisito de admisibilidad, de carácter negativo, cuya existencia provoca ineludiblemente la desestimación de la pretensión y el consecuente archivo del expediente (doc. art. 354 inc. 2do. C.P.C.N.; art. 352 inc. 2° C.P.C.B.A.; esta Sala, causas n° 56.520 “Regairaz”, del 16.10.12. voto del estimado colega Dr. Ricardo Bagú, n° 56.896, “Friggieri”, del 15.11.12., n° 57.621, “Aroztegui”, del 12.03.13., éstas últimas con primer voto del suscripto).

Es dable aclarar que el proceso de desalojo al que vengo haciendo referencia no se tiene a la vista, ya que el incidente al que dio lugar la presentación del Sr. M. y que culminó con la resolución apelada no fue abierto a prueba (doctr. art. 181 del C.P.C.C.), e inclusive el incidentista, al ofrecer prueba, no había pedido la remisión del proceso sino simplemente que el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil n° 98 de Capital Federal informara sobre su existencia (fs. 108 vta., punto b). Sin embargo, la existencia de dicho proceso es admitida por las dos partes de este proceso, e inclusive, en la expresión de agravios y su contestación, ambas son contestes en que el mismo culminó con el dictado de la sentencia de primera instancia de fecha 11.10.2013. Así las cosas, a fin de analizar la posible existencia de cosa juzgada sin causar demoras innecesarias, este tribunal procedió a consultar dicha sentencia a través de la página web del Poder Judicial de la Nación, y para una mejor ilustración se agregará -por Secretaría- una impresión de la misma precediendo a esta sentencia.

Aclarado lo anterior, la compulsas del mentado pronunciamiento –cuya copia queda ahora agregada a fs. 160/163 del presente proceso- permite dar la razón al Sr. G. en cuanto a los alcances que le asigna al contestar la expresión de agravios (fs. 146vta.).

En efecto, si bien es cierto que el sentenciante dijo en un pasaje del decisorio que la aceptación de la donación puede ser tácita (fs. 162, tercer párrafo), no afirmó categóricamente que ello hubiera ocurrido en el caso de autos. Y, tal como lo señala el apelado al contestar los agravios, en el último tramo del decisorio queda en claro que el motivo concreto que condujo al rechazo del desalojo fue el considerar que el ocupante había alegado y probado su calidad de poseedor, por lo que el desalojo no era viable contra él. Inclusive cabe observar –y esto también es mencionado por el heredero al contestar los agravios- que en el último párrafo de los considerandos (fs. 162vta.) se concluye que se desestimará el desalojo “V sin perjuicio de los derechos y deberes, a los que las partes puedan creerse acreedoras, los que deberán ejercer por

la vía y forma correspondiente.”

Con lo dicho, cabe concluir que el análisis efectuado en el marco del desalojo se circunscribió a determinar si un donatario que no aceptó la donación por escritura pública pero está en posesión del bien puede ser considerado poseedor a los fines de repeler la acción de desalojo, cuestión que –dicho sea al pasar- también fue considerada en un fallo de la Excma. S.C.B.A. (Ac. 75700 S 30/04/2003, “Sotelo de Palavecino, Pilar J. c/ Méndez, Eduardo Alberto y/o cualquier otro ocupante s/Desalojo”. En consecuencia, la sentencia analizada no proyecta efectos de cosa juzgada sobre la presente.

b) Despejado lo anterior, me abocaré ahora al primero de los agravios propiamente dichos, a través del cual el Sr. M. cuestiona que el Sr. Juez de grado haya considerado que no correspondía -en esa instancia- expedirse sobre la vocación hereditaria del Sr. G., sino únicamente acerca de si era procedente la aceptación de la oferta de donación.

Ahora bien, previo a ingresar de lleno en la consideración del agravio, es dable efectuar algunas aclaraciones preliminares.

El pasaje de la sentencia al que alude el recurrente es el anteúltimo párrafo de fs. 127 vta. y textualmente dice así: “II) Sentado lo que precede, cabe señalar que no corresponde –en esta instancia- que me expida sobre las alegaciones formuladas por Don L. M. con respecto a la vocación hereditaria de Don G. M. G., sino que analizaré únicamente si es procedente la aceptación de la oferta de donación efectuada por la causante el 19/08/2004.”

En primer lugar, es casi innecesario aclarar que la expresión “en esta instancia” no debe interpretarse referida a la primera instancia, sino que cabe inferir que fue empleada como sinónimo de “en este estado” o “en este proceso”.

En segundo lugar, la frase sugiere que la cuestión puede o debe ser analizada más adelante. Sin embargo, no se aclara si lo será oficiosamente o a instancia de algún interesado, ni si lo será en el marco del mismo sucesorio o en un proceso de conocimiento. Volveré sobre estas cuestiones infra.

Por otra parte, el escrito de expresión de agravios también genera dudas interpretativas. Nótese, por ejemplo, que en el cuarto párrafo de fs. 136 el Sr. M. manifiesta enfáticamente que en ningún momento cuestionó la calidad de heredero del Sr. G. –a pesar, dice, de que es evidente que no lo es-, y que su única intención, al presentarse en este proceso, fue la de aceptar la oferta de donación. Sin embargo, en

la foja siguiente se agravia –como vimos- de que el Sr. Juez de grado haya considerado que no corresponde que en esa instancia se pronuncie sobre la vocación hereditaria del Sr. G.. Así las cosas, la única forma de procurar armonizar ambas manifestaciones sería interpretando que el Sr. M. no objeta la vocación sucesoria del Sr. G. pero sí pretende que el “a quo” lo haga de oficio.

Sin embargo, estas expresiones vertidas en la expresión de agravios deben necesariamente ser cotejadas con las volcadas en el escrito en el que se promovió el incidente (fs. 107/108; doct. arts. 266 y 272 del C.P.C.C.). Así observamos que en esa pieza se narran los antecedentes fácticos, se hace referencia a los dos procesos vinculados al presente –el divorcio que en copia se acompaña a fs. 78/101 y el desalojo- y concretamente se pide “... se proceda sin más trámite a dejar sin efecto la inscripción de que dan cuenta las piezas libradas en fecha 20/11/2008, de fs... y ..., por contrario imperio y asimismo se proceda a ordenar la aceptación de la oferta de donación denunciada por este, (a)sí como la inscripción de la misma, por considerar ello ajustado a derecho.” (fs. 107 vta./108, los puntos suspensivos sin completar son del original). La lectura de este párrafo no deja dudas respecto a que el Sr. M. expresó su voluntad de aceptar la oferta de donación, pero contrariamente no queda claro qué es lo que pretende respecto al Sr. G.. Nótese que simplemente peticiona –sin citas legales- que se deje sin efecto la inscripción de que dan cuenta las piezas libradas en fecha 20.11.2008, que son precisamente las vinculadas al departamento del que se pretende donatario (conf. fs. 49, 54, 55/56 y 57), pero nada pide respecto al otro bien que se denunció en el sucesorio y cuya inscripción también fue ordenada con fecha posterior (conf. fs. 72 y 77).

Estas apreciaciones me llevan a concluir que lo que el Sr. M. pretendió al presentarse en este proceso –en relación al Sr. G.- es atípico, pues en definitiva solicitó que se lo excluya de la calidad de heredero pero sólo en relación al departamento situado en la ciudad de Buenos Aires (objeto de la donación). La primera reflexión que cabe es que ello no es jurídicamente posible, ya que el heredero, en principio, está llamado a suceder al causante en todos sus bienes (arts. 3279, 2312, 3417 y conc. del Código Civil derogado –luego volveré sobre la cuestión de derecho transitorio-; conf. Maffía, Jorge O., “Manual de Derecho Sucesorio”, Depalma, T. I, pág. 33 y sig., capítulo V, “Contenido de la sucesión”). Sin embargo, hemos de convenir que la lectura integral de su primera presentación en autos y de la expresión de agravios conduce a esa conclusión, ya que si la pretensión del Sr. M. sólo hubiera tenido apoyatura en la oferta de donación carecerían de sentido sus referencias al proceso de divorcio tramitado entre la causante y su cónyuge, del que inclusive

acompañó las copias. Además, existe un motivo que explica acabadamente por qué el Sr. M. solicitó esa exclusión del carácter de heredero del Sr. G. al menos en relación al mentado departamento: si el Sr. G. conserva su vocación sucesoria es altamente probable que la donación afecte su legítima y por ende sea atacada de inoficiosa a través de la acción de reducción (arts. 1830/1832, 3591 y conc. del Código Civil derogado; Facco, Javier H. en la obra colectiva “Fundamentos de derecho contractual. Parte Especial”, dirigida por N. L. Nicolau, La Ley, T. II, págs. 730/731).

Efectuadas estas aclaraciones consideraré la procedencia del agravio.

Pese a las dificultades interpretativas que he procurado disipar en los párrafos precedentes, podemos afirmar que lo que el Sr. M. pretendió –además de procurar aceptar la donación- fue impugnar la declaratoria de herederos dictada en autos a fs. 28, y así debe ser calificada su pretensión (art. 163 inc. 6 del C.P.C.C.).

El régimen de impugnación de la declaratoria de herederos se encuentra previsto en el art. 737 del C.P.C.C. El instituto encuentra su razón de ser en que como la declaratoria de herederos se dicta “en cuanto hubiere lugar por derecho”, circunscribiéndose a admitir a quienes se hubieran 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 (esta Cámara, Sala II, causa n° 56227, “Olarán”, del 30.08.12., primer voto del Dr. Peralta Reyes).

En lo que hace a la legitimación activa, la doctrina ha aclarado que cuando la norma procesal preceptúa que “cualquier pretendiente” podrá promover demanda impugnando la validez o exactitud de la declaratoria de herederos, para excluir al heredero declarado o para ser reconocido con él, no limita ni impide el ejercicio por esa vía legal de la acción de impugnación, ya que pueden solicitar la ampliación, modificación o nulidad de la declaratoria de herederos todos aquellos que tengan interés real en esas actuaciones (Beatriz Areán, comentario al art. 702 del C.P.C.C.N. –equivalente al art. 737 del C.P.C.C.B.A.- en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, dirigido por Highton-Areán, T. 13, pág. 624).

Por otra parte, en lo que hace al trámite procesal, la doctrina y la jurisprudencia son contestes en que la impugnación de la declaratoria de herederos excede el marco del sucesorio y debe ventilarse en proceso ordinario, a no ser que el título surja de modo indudable de la documentación adjunta o los coherederos consientan el trámite incidental, por tratarse de aspectos de simple comprobación (esta Cámara, Sala II,

causa n° 45180, “Lucotti”, del 23.12.2002; esta Sala, causa n° 58060, “Madsen”, del 27.08.13.; Fenochietto-Arazi, “Código...”, T. 3, pág. 397; Morello-Sosa-Berizonce-Tessone, “Códigos...”, 4ta. edición ampliada y actualizada, T. VIII, pág. 366; Palacio, “Derecho Procesal Civil”, T. IX, pág. 426; Goyena Copello, “Procedimiento sucesorio”, pág. 307; Camps, “Código Procesal...”, T. II, pág. 580; Medina, “Proceso sucesorio”, T. I, págs. 356/357; Areán, comentario..., cit., pág. 623; Azpiri, “Juicio sucesorio”, pág. 232).

Más aún, en muchas de las obras antes citadas se dice expresamente que las controversias en torno a la vocación hereditaria del cónyuge supérstite deben ventilarse en juicio ordinario (vgr. Goyena Copello, “Procedimiento sucesorio”, pág. 307; Medina, “Proceso sucesorio”, T. I, pág. 356). Del mismo modo, las dos sentencias de esta Cámara también citadas en el párrafo anterior recayeron en procesos sucesorios y en ambas se dijo que la cuestión atinente a la vocación hereditaria del cónyuge excedía ese marco y debía ventilarse en un proceso de conocimiento (Sala II, causa n° 45180, “Lucotti”, del 23.12.2002; esta Sala, causa n° 58060, “Madsen”, del 27.08.13.). Y, como natural correlato de ello, en los precedentes de esta Cámara en que efectivamente se resolvió sobre la vocación hereditaria del cónyuge –sea para reconocérsela o para denegársela- recayeron en procesos de conocimiento (esta Sala, causas n° 55.769, “Cairo”, del 07.08.12., voto de mi estimada colega Dra. Lucrecia Comparato y n° 60727, “Calderón”, del 07.07.16., primer voto del suscripto; Sala II, causa n° 56.227, “Olarán”, del 30.08.11., primer voto del Dr. Peralta Reyes).

No paso por alto que todas esas sentencias recayeron en supuestos en los cuales los cónyuges se encontraban simplemente separados de hecho, por lo que era aplicable el art. 3575 del Código Civil derogado que admitía que el cónyuge inocente de la separación alegara y probara la culpa del otro cónyuge, de modo que la necesidad de la amplitud del debate –que sólo puede lograrse en un proceso de conocimiento- ya venía impuesta por la propia norma. Así las cosas, podría pensarse que la situación es diferente en este caso, ya que los cónyuges tramitaron el proceso de divorcio en los términos del art. 67 bis de la ley 2393 –incorporado por la ley 17711-, conforme lo ilustra la copia de dicho proceso obrante a fs. 78/101, por lo que prima facie parecería que la tarea del juzgador debería limitarse a analizar los efectos jurídicos –en el plano sucesorio- de un divorcio decretado en tales términos. Sin embargo, ya vimos en la reseña inicial que cuando el cónyuge supérstite contestó a fs. 122/125 el traslado de la presentación del Sr. M. de fs. 107/108 esgrimió varios argumentos en defensa de su vocación hereditaria, lo que ratifica que la cuestión debe ventilarse en un proceso ordinario.

Estas consideraciones me llevan a afirmar que el primer agravio no es de recibo, ya que asistió razón al Sr. Juez de grado al señalar que no correspondía que en esa instancia se expidiera sobre la vocación sucesoria del Sr. G., al menos si entendemos que con la expresión “en esta instancia” se refirió al marco del proceso sucesorio.

Ahora bien, el razonamiento anterior conduciría a pensar que el Sr. Juez de grado debió limitarse a indicar al Sr. M. que debía ocurrir por otra vía, pero sin embargo no fue eso lo resuelto, ya que en la parte resolutive del decisorio apelado directamente se rechaza la pretensión por aquél deducida (fs. 129).

Pero resulta claro que lo que en rigor se rechaza es la pretensión del Sr. M. de aceptar la donación, y nada se resuelve en concreto sobre la vocación sucesoria del Sr. G., puesto que, como acabamos de ver, en los considerandos el “a quo” se limitó a decir que no correspondía pronunciarse sobre esta última cuestión en esa instancia.

Y a esta altura surge un interrogante inevitable: ¿es posible escindir ambas cuestiones como lo hizo el “a quo”? ¿O debió remitir a un proceso de conocimiento para ventilar la cuestión atinente a la vocación sucesoria del cónyuge supérstite y allí analizar también lo atinente a la aceptación de la donación por parte del Sr. M. -ya que en definitiva es lo que le conferiría legitimación para impugnar la declaratoria de herederos-?

A mi modo de ver el proceder seguido por el Sr. Juez de grado fue correcto, ya que se trata de cuestiones lógicamente escindibles, y ciertamente sería antieconómico indicar al Sr. M. que promueva un proceso de conocimiento en el que se sabe de antemano que carecerá de legitimación (doctr. art. 34 inc. 5to. apartado “e” del C.P.C.C.). Es que la cuestión atinente a la vocación sucesoria del Sr. G. atañe al derecho de familia y al derecho sucesorio, mientras que la legitimación del Sr. M. encontraría su fuente en el derecho contractual. Un razonamiento análogo se vertió en un reciente precedente de una Cámara de esta provincia, en el que se dijo que la legitimación de la persona que pretendía iniciar una sucesión no debía buscarse en el derecho sucesorio sino en las normas atinentes a los contratos pues ella no revestía el carácter de heredera universal, sino que invocaba ser donataria de un bien (Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala 2da., “Irigoyen, Agustín Ángel s/ Sucesión ab-intestato”, del 02.06.2016, fallo publicado en la base JUBA).

c) La conclusión antedicha impone analizar los restantes agravios esgrimidos por el Sr. M., referidos al rechazo de su pretensión de que se tenga por aceptada la donación.

i. En esa faena comenzaré refiriéndome a las críticas relativas al derecho

transitorio, aunque para ello creo pertinente efectuar una consideración previa tendiente a aclarar cuál es la verdadera importancia de esta cuestión en el marco del presente proceso.

A primera vista parecería evidente que la cuestión del derecho transitorio se presenta en autos con singular intensidad con motivo de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial desde el día 01.08.2015 (Ley 26994 promulgada según Decreto 1795/2014 y publicado en el Boletín Oficial N° 32.985 del 8-10-2014; con la modificación introducida por la Ley 27077 cuyo art. 1° sustituyó el art. 7° de aquella y dispuso su entrada en vigencia a partir de la fecha antes mencionada), y en especial por lo dispuesto en el art. 1545 del nuevo ordenamiento, el cual dispone –en lo que aquí interesa– que la aceptación de la donación debe producirse en vida del donante y del donatario.

Ahora bien, es dable observar que no obstante que el “a quo” anticipó en un pasaje del decisorio apelado que la cuestión atinente a la aceptación de la donación debía resolverse a la luz de lo dispuesto por el nuevo Código (fs. 127 vta./128), una lectura integral de dicha resolución nos permite apreciar que algunas aristas de esta cuestión fueron resueltas conforme al Código Civil derogado.

Para ser más precisos, recordemos que la primera presentación en autos del Sr. M. data del 16.08.2012 (fs. 107/108), y allí manifestó su intención de aceptar la donación. Sin embargo, esa presentación fue contestada por el heredero recién el día 27.08.2015 (fs. 122/125) –las razones de esta demora se explicarán infra, aunque anticipo que no son imputables al juzgado ni al heredero- es decir, estando ya vigente el nuevo Código Civil y Comercial, y fue en este responde que el heredero trajo a colación la cuestión atinente a la caducidad de la oferta por aplicación del nuevo art. 1545 del Código Civil y Comercial. Así llegamos a la resolución apelada de fs. 126/129, en la que se aborda el planteo del Sr. M. en el considerando III de fs. 128 vta., afirmándose que si bien durante la vigencia del Código Civil derogado el donatario podía aceptar la donación aún luego de fallecido el donante (art. 1795), lo cierto es que debía hacerlo por escritura pública (art. 1811), por lo que la mentada presentación de fs. 107/108 no era idónea para tener por aceptada la oferta de donación. Mientras que el planteo del heredero fue abordado en el considerando II) de fs. 127vta./128vta., dándosele la razón respecto a que por aplicación del art. 1545 del nuevo Código Civil y Comercial la oferta ya había caducado y por ende ya no podría ser aceptada en el futuro.

De modo que podemos concluir esta aclaración inicial afirmando que si bien el

recurrente se agravia por la aplicación al caso del nuevo Código Civil y Comercial, es lo cierto que el nuevo cuerpo normativo se aplicó para resolver sólo una arista de la cuestión. Tanto es así que la pretensión concreta que el Sr. M. introdujo el día 16.08.2012 fue resuelta en base a normas del Código derogado, mientras que el nuevo Código sólo fue aplicado por el “a quo” para dejar aclarado –en base al nuevo art. 1545- que la oferta había caducado y en consecuencia ya no podría ser aceptada en el futuro, planteo que –como vimos- fue introducido por el heredero al contestar la presentación del Sr. M..

Ahora sí, efectuada esta aclaración previa, me abocaré a analizar los agravios relativos al derecho transitorio.

En algunos de los pasajes de la pieza recursiva destinados a este tópico el apelante hace notar que la oferta de donación es del año 2004, que el sucesorio se promovió en el año 2008, y que él efectuó el planteo en el año 2012, es decir, cuando aún no se avizoraba una eventual reforma al Código Civil (ver en especial fs. 138/139). De modo que, aunque al apelante no lo plantee expresamente, este argumento parece estar direccionado a sostener que la nueva ley no puede ser aplicada a un proceso que ya se encontraba en trámite con anterioridad a su entrada en vigencia.

Sin embargo, sin desconocer posturas en contrario, esta Sala ya ha adherido a la tesis de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, en la que sostiene que el estadio procesal en el que el expediente se encuentra (primera o ulterior instancia) no afecta la aplicación de las normas de transición dispuestas al efecto por el nuevo Código Civil y Comercial (“El art. 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en lo que no existe sentencia firme”, L.L. del 22.04.2015, citado por esta Sala en causa n° 59.891, “Banco Patagonia S.A.”, del 11.08.15., y subsiguientes en idéntico sentido).

Es que, como lo explica la eminente jurista mendocina en ese trabajo, la noción de “consumo jurídico” -que subyacía en el art. 3 del Código Civil derogado (conforme ley 17.711) y ahora lo hace en el art. 7 del nuevo Código Civil y Comercial- no se vincula a la existencia de un proceso judicial o al estado en que el mismo se encuentre.

Y, en este análisis, no podemos soslayar que esta tesis fue expresamente adoptada por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación a los pocos días de entrada en vigencia del nuevo ordenamiento. Ello acaeció en un precedente en el que se dijo que las sentencias deben atender a las nuevas circunstancias existentes al momento de su dictado, y si en el transcurso del tiempo han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis también deben ser tenidas en cuenta, lo que

condujo –en el caso– a considerar inoficioso un pronunciamiento que versaba sobre una cuestión atinente al nombre de un niño que pasaba a estar regulada, en sentido favorable a los actores, en el nuevo Código Civil y Comercial (CSJN, “D. I. P., V. G. y otro c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ Amparo”, del 06.08.15., LL 2015-E-, 194).

Por lo tanto, este primer agravio vinculado al derecho transitorio no es de recibo.

En otro orden, el recurrente también considera desacertada la resolución en crisis en tanto entiende que consagra una aplicación retroactiva de la nueva ley.

Sin embargo, me anticipo a decir que ello no es así, pues el “a quo”, al pronunciarse sobre la caducidad de la oferta, hizo una aplicación inmediata y no retroactiva de la nueva ley, en total consonancia con lo dispuesto por el art. 7 del nuevo Código Civil y Comercial.

Es que, como lo dijo la Cámara marplatense en el precedente antes citado, la aplicación inmediata del art 1545 del CCyC ha sido (casi) unánimemente señalada por la doctrina especializada, considerando que la muerte del causante configuraría una situación jurídica acaecida en instancia previa a la aceptación, o sea, al perfeccionamiento del contrato, entonces ya vigente la nueva norma, para que el contrato se perfeccione, requerirá que el donante esté vivo al momento de la aceptación. No se trata de una situación agotada o concluida a la que se aplique la ley anterior, sino de una situación *in fieri*, en formación, pues no hay contrato mientras no exista aceptación (Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala 2da., “Irigoyen, Agustín Ángel s/ Sucesión ab-intestato”, del 02.06.2016, fallo publicado en la base JUBA, con sus citas: Kemelmajer de Carlucci, Aída "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal Culzoni, págs. 157/8, Santa Fe, abril 2015; Armella, Cristina "El contrato de donación y sus vicisitudes en el Código Civil y Comercial", Supl. Esp Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), cita on line AR/DOC/1132/2015; Otero, Esteban Daniel en "Código Civil y Comercial de la Nación comentado" Dir. Rivera-Medina, tº IV p. 675/676, entre otros; en el mismo sentido Catalina Moggia, comentario al art. 1545 en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, dirigido por Ricardo L. Lorenzetti, T. VII, pág. 686).

No paso por alto que cierta doctrina especializada se ha expresado en sentido contrario, por entender –aun reconociendo la opinabilidad del tema que llevó al propio autor a modificar su parecer inicial- que motivos de justicia y seguridad jurídica imponen respetar la voluntad del donante, quien ofertó a sabiendas de que el

donatario podría aceptar aun luego de que él falleciera o se tornara incapaz (Gastón R. Di Castelnuovo –con la colaboración de Franco Di Castelnuovo–, comentario al art. 1545 en “Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado”, coordinado por Eduardo Gabriel Clusellas, Astrea y Editora Notarial, T. 5, págs. 427 a 446).

Sin embargo, he de disentir respetuosamente con esta opinión que al menos hasta el presente es minoritaria. Es que –a más de lo ya dicho acerca de que no hay contrato sin aceptación de la oferta, y por ende no es una situación agotada sino in fieri– viendo que al pregonarse la aplicación inmediata del art. 1545 del Código Civil y Comercial no se afectan, al menos irrazonablemente, los valores justicia y seguridad jurídica. Ciertamente es –desde el prisma de la justicia y el respeto a la voluntad del donante– que éste ofertó a sabiendas de que el donatario podría aceptar aun luego de que él falleciera o se tornara incapaz. Sin embargo, también debería saber que la donación es un contrato que en ciertos casos es formal, solemne, de solemnidad absoluta, y por ende su oferta debe ser aceptada bajo una forma determinada. Y estas formas, o sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, pueden ser cambiadas por nuevas leyes, que se presumen conocidas por todos –entre ellos, naturalmente, por el donatario– para lo cual son promulgadas y prevén una fecha para su entrada en vigencia (arts. 1, 2, 3, 20 y conc. del Código Civil derogado; arts. 4, 5, 7 y conc. del Código Civil y Comercial). Desde esta perspectiva el valor justicia no se ve resentido, ya que el donatario, obrando diligentemente, podría haber aceptado la oferta antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. Y otro tanto ocurre con la seguridad jurídica. Ciertamente es que la cuestión de la seguridad jurídica está presente en las entrañas mismas del problema del derecho transitorio, ya que es el valor enarbolado por quienes se inclinan por el mantenimiento de la ley anterior (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación...”, cit., pág. 19; Rivera, Julio C. “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, T. I, pág. 208). Sin embargo, el mantenimiento a ultranza del valor seguridad jurídica llevaría a disponer que la nueva ley no tenga efectos retroactivos ni tampoco inmediatos, sino que solo se aplique a relaciones o situaciones jurídicas nacidas con posterioridad a su entrada en vigencia.

Pero, como sabemos, no fue ese el criterio adoptado por la ley 17711 al reformar el art. 3 del Código Civil derogado, ni es el criterio adoptado en el art. 7 del nuevo Código Civil y Comercial, normas ambas que optaron por proscribir el efecto retroactivo de la nueva ley –salvo que el legislador disponga lo contrario sin afectar derechos amparados por garantías constitucionales– pero admitir la aplicación inmediata de la nueva ley, en la inteligencia que de ese modo no se vulnera irrazonablemente la seguridad jurídica y se facilita la aplicación más próxima en el

tiempo de la nueva ley, que por definición se presume mejor que la anterior.

Por todo lo expuesto entiendo que este agravio tampoco es de recibo, por lo que a la luz de lo normado por el art. 1545 del nuevo Código Civil y Comercial el donatario ya no podrá aceptar la oferta de donación en lo sucesivo.

ii. Vinculado a la cuestión del derecho transitorio, el recurrente también afirma al expresar agravios que cuando su parte se encontraba recolectando documentación para aceptar la donación ante una escribana fue anoticiado del desalojo (fs. 135), y que al menos tres escribanos le indicaron que no allanándose el heredero a admitir la donación debía presentarse en el sucesorio y solicitar la pertinente aceptación de la donación y entrega de la cosa donada en los términos del art. 1795 del Código Civil (fs. 138). En este marco argumentativo expresa que el heredero actuó maliciosamente, impidiéndole aceptar la oferta, y que de compartirse la solución adoptada en el fallo en relación a la caducidad de la oferta ya no podrá hacerlo en el futuro.

A fin de dar respuesta a este agravio, en primer lugar no advierto que el heredero haya desplegado una actividad obstruccionista en perjuicio del donatario, al menos en el marco del incidente entre ellos entablado. En efecto, recordemos que el donatario se presentó en el expediente el día 16.08.2012 (fs. 107/108) a introducir las pretensiones a cuyo contenido ya me he referido, y también solicitar una medida cautelar de no innovar sobre el inmueble objeto de la donación, la que fue favorablemente proveída el día 21.08.2012 (fs. 109). En esta misma providencia se dispuso la sustanciación de la presentación con el heredero, pero aclarándose que la misma se haría efectiva una vez trabada la medida y mientras tanto las actuaciones permanecerían reservadas. El 03.07.2013 el donatario prestó caución juratoria (fs. 111) pero posteriormente, con fecha 15.07.2015, manifestó que desistía de la traba de la medida por factores administrativos que demoraron la misma (sic) y por no poder afrontar sus costos (fs. 118). Así fue que la notificación del traslado conferido al heredero se efectivizó recién el 20.08.2015 (cédula de fs. 120/121) y el heredero lo contestó el día 27 del mismo mes y año (fs. 122/125), tras lo cual sobrevino directamente el dictado de la resolución objeto de la apelación (fs. 126/129). Este sencillo análisis permite concluir –conforme se anticipara– que no puede reprocharse una conducta procesal al heredero, al menos en este aspecto, ya que la demora en la tramitación y resolución del incidente se debió pura y exclusivamente a quien lo promovió y tenía la carga de impulsarlo (Excma. S.C.B.A., C. 77457, “Vicente”, del 02.07.08.).

Por lo demás, y yendo al aspecto que considero dirimente para la desestimación

de este agravio, una lectura detenida de la primera presentación efectuada por el Sr. M. en este expediente (fs. 107/108) revela que en ningún pasaje manifestó que en algún momento hubiera iniciado los trámites de aceptación de la donación ante escribano público, ni que tuviera intenciones de hacerlo en el futuro. Lo que pretendió hacer el Sr. M. en esa presentación –y lo diré una vez más aún a riesgo de ser reiterativo- es aceptar la donación a través de ese mismo escrito judicial, y lograr que el “a quo” accediera a inscribir tal aceptación (fs. 107vta./108). Es dable aclarar que tampoco existe ninguna presentación posterior del Sr. M. en la que manifestara su intención de aceptar la donación por escritura pública ni, por añadidura, que ello se viera impedido por la inscripción del bien a nombre del heredero.

Así las cosas, y como ya vimos, la pretensión del Sr. M. de aceptar la donación a través de un escrito judicial presentado en el sucesorio fue desestimada por el anterior sentenciante, por entender que bajo la vigencia del Código derogado –que en este aspecto no difiere del actual- la aceptación de la donación de bienes inmuebles debía hacerse por escritura pública (art. 1811), sin que pueda ser suplida dicha forma por otros medios, razón por la cual concluyó que la presentación formulada por el Sr. M. a fs. 107/108 vta. no era idónea a esos fines (fs. 128 vta., especialmente último párrafo).

Es dable observar que el ahora recurrente no vierte una crítica concreta y razonada (doctr. art. 260 del C.P.C.C.) contra esta importante conclusión jurídica que contiene el fallo apelado y que encuentra apoyatura en una correcta interpretación del escrito de fs. 107/108 vta., del que surge diáfana la intención del Sr. M. de aceptar la donación a través de ese mismo escrito.

Lejos de ello, el apelante opta por variar su versión de los hechos, afirmando al expresar agravios que se encontraba realizando los trámites para aceptar la donación por escritura pública cuando fue sorprendido por la notificación del desalojo, lo que a su vez lo llevó a tomar conocimiento del inicio de la sucesión, y que la inscripción del bien a nombre del heredero le impidió aceptar la donación por escritura pública.

Sin embargo, estos nuevos argumentos fácticos no pueden ser atendidos. Ha de tenerse presente que el ordenamiento procesal sólo admite –al menos por vía de principio– que la Cámara falle sobre cuestiones de hecho y de derecho sometidas al juez de primera instancia que hubieren sido materia de apelación (arts. 266 y 272 del C.P.C.C.; esta Sala, in extenso en causas n° 53.058 “López” del 22.06.09.; n° 53.417, “Tandil Redes”, del 25.06.09., voto Dra. Fortunato de Serradell; n° 53.567, “Bruni”, del 28.10.09.; n° 53.905, “García”, del 17.12.09.; n° 54.180, “Verón”, del 18.06.10.; n° 54.485 “AADI-CAPIF” del 05.10.10.; n° 54.693, “Abelairas”, del 07.04.11.; n° 54.928,

“Strada Jáuregui”, del 09.06.11., entre muchas otras). Sumamente esclarecedores son los términos utilizados en un precedente de la Excma. Suprema Corte Provincial, que si bien están referidos a la instancia extraordinaria, resultan aplicables –mutatis mutandi– a la alzada, en virtud de lo dispuesto por el 266 del C.P.C.C. Allí se dijo que “no es posible examinar en casación argumentos o temas que se exponen por primera vez en la instancia extraordinaria o que se han planteado antes con un enfoque o dimensión distintos, o con variantes en la defensa” (Causa C. 101.874, “Alvarez, Oscar y Sabre, Simón c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Amparo”, del 18.11.09., con citas del mismo superior tribunal: Ac. 83.114, sent. del 13-IV-2005; Ac. 94.617, sent. del 5-IV-2006, entre otras).

En consecuencia, entiendo que este agravio no puede ser considerado por esta alzada.

iii. Por último, también manifiesta el recurrente en algunos pasajes de su expresión de agravios –vgr. fs. 139- que vive en la propiedad desde el año 2004, y por ende ya habría aceptado la donación de forma tácita.

He de decir, obiter dicta, que esta cuestión fue objeto de un meduloso análisis en el precedente de la Cámara marplatense reiteradamente citado en este voto (Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala 2da., “Irigoyen, Agustín Ángel s/ Sucesión ab intestato”, del 02.06.2016, fallo publicado en la base JUBA), donde a su vez se recoge un precedente de la Excma. S.C.B.A. que también abordó la cuestión (C 97616 S 07/10/2009, “Lazzarini, Norma. Quiebra; Lazzarini Amadeo. Quiebra s/ Incidente de verificación de créditos”).

Ahora bien, en el caso de autos se presenta el mismo obstáculo procesal al que nos referimos en el apartado anterior, es decir, no fue una cuestión sometida al juez de primera instancia, lo que explica, a su vez, que el “a quo” no se haya pronunciado sobre la misma, sin que pueda endilgársele que haya mediado omisión al respecto (doctr. arts. 163 inc. 6to., 273 y conc. del C.P.C.C.).

No soslayo que en la primera presentación del Sr. M. en autos éste menciona que ya se encontraba viviendo en el inmueble. Sin embargo, no lo hizo para esgrimir una aceptación tácita, sino, por el contrario, para explicar que por el hecho de encontrarse ya viviendo en el inmueble no le urgía efectuar la aceptación de la donación (fs. 107, apartado I, segundo párrafo).

De modo que este agravio tampoco puede ser abordado por esta alzada (doctr. arts. 266, 272 y conc. del C.P.C.C.).

d) Si lo hasta aquí expuesto es compartido desembocamos en una situación atípica que impone efectuar una última consideración.

En efecto, en el apartado b) de este considerando arribamos a la conclusión de que lo atinente a la vocación hereditaria del Sr. G. M. G. debe ventilarse en un proceso de conocimiento, pero en el apartado c) concluimos que el Sr. M. no aceptó ni podrá aceptar la oferta de donación y por ende carecerá de legitimación para promover dicho proceso (doctr. art. 737 del C.P.C.C.).

Así las cosas, ante la posibilidad de que una eventual exclusión hereditaria del Sr. G. dé lugar a una herencia vacante, se considera conveniente hacer conocer el contenido de esta resolución a la Fiscalía de Estado (arts. 768 y sig. del C.P.C.C.), ya que el Fisco también puede demandar la exclusión si por falta del cónyuge tiene que recibir bienes hereditarios (Pérez Lasala y Medina, "Acciones judiciales en el derecho sucesorio", Rubinzal Culzoni, 2da. edición ampliada y actualizada, págs. 539/540). Dicha notificación se practicará por cédula al domicilio de la Fiscalía de Estado en esta ciudad sito en calle O.

Por otro lado, también considero necesario hacer saber el contenido de esta resolución al Ministerio Público. No paso por alto que en un reciente y fundado dictamen emitido por el Fiscal General departamental entendió que el Ministerio Público no debía intervenir en los procesos de exclusión de herencia (causa n° 60727, "Calderón", del 07.07.16., con primer voto del suscripto). Sin embargo, en las restantes causas de esta Cámara que versaron sobre la exclusión hereditaria del cónyuge, antes citadas, el Fiscal General había dictaminado sobre el fondo de la cuestión, y otro tanto ocurrió en el marco de otra causa tramitada ante esta Sala en la que se daba una situación similar a la presente, en la que el Fiscal General manifestó que advertida la irregularidad en relación a la declaratoria de herederos tomaría intervención en el proceso sucesorio y en caso de comprobarse la comisión de un delito daría intervención a la justicia penal (causa n° 55.039, "Vera", del 11.08.11., primer voto de mi estimada colega Dra. Lucrecia Comparato). Por lo demás, destacada doctrina ha explicado que si bien en los procesos sucesorio el fiscal interviene hasta el dictado de la declaratoria de herederos (art. 693 inc. 1 del C.P.C.C.N.; ídem art. 728 inc. 1 del C.P.C.C.B.A.), y que ello es así porque la declaratoria le concierne en lo atinente a la filiación y estado civil de las personas, si posteriormente a ello se presentan coherederos solicitando modificación de la declaratoria o se plantea su nulidad, el fiscal tomará intervención nuevamente, en su carácter de agente fiscalizador (Graciela Medina, "Proceso sucesorio", T. I, págs. 359/360).

Es casi innecesario aclarar que lo expuesto en el párrafo anterior no está orientado, en modo alguno, a insinuar que los dictámenes de la Fiscalía General hayan sido contradictorios. En primer lugar, es público y notorio que desde hace varios años el cargo de Fiscal General Departamental se encuentra vacante, por lo que han sido diversos los Funcionarios del Ministerio Público que han subrogado dicho cargo, y es natural que entre ellos existan diferencias de criterios. Por otro lado, y como bien se explica en el último dictamen antes mencionado –recaído en la causa “Calderón”–, la cuestión atinente a la intervención del Ministerio Público en materia civil y comercial muchas veces da lugar a interrogantes. Es por ello que el único objetivo de este tramo de mi propuesta decisoria es que simplemente se ponga en conocimiento de la situación planteada en autos al Ministerio Público para que éste evalúe si le corresponde tomar intervención en este proceso y/o promover o intervenir en el proceso de exclusión de herencia.

Así lo voto.-

La Señora Juez Doctora Comparato adhirió por los mismos fundamentos al voto precedente.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Señor Juez Doctor ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI, dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo:

I) Disponer que por Secretaría se extraiga, a través del sitio web del Poder Judicial de la Nación, una impresión de la sentencia de primera instancia recaída con fecha 11.10.13. en los autos "G., G. M. c/ M. D. A. y otros s/ Desalojo por vencimiento de contrato", de trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 98 con asiento en la ciudad de Buenos Aires, y se agregue la misma antecediendo a la presente sentencia.

II) Desestimar el planteo de cosa juzgada introducido de manera implícita por el Sr. L. M. al expresar agravios.

III) Confirmar, en todo cuanto fue materia de agravios y con los alcances y efectos asignados en esta resolución la sentencia interlocutoria apelada de fs. 126/129.

IV) Con costas al recurrente perdedor (arts. 68 y 69 del C.P.C.C.), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 8904.

Así lo voto.-

La Señora Juez Doctora Comparato adhirió por los mismos fundamentos al voto precedente.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del CPCC.; se Resuelve:

I) Disponer que por Secretaría se extraiga, a través del sitio web del Poder Judicial de la Nación, una impresión de la sentencia de primera instancia recaída con fecha 11.10.13. en los autos "G., G. M. c/ M. D. A. y otros s/ Desalojo por vencimiento de contrato", de trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 98 con asiento en la ciudad de Buenos Aires, y se agregue la misma antecediendo a la presente sentencia;

II) Desestimar el planteo de cosa juzgada introducido de manera implícita por el Sr. L. M. al expresar agravios;

III) Confirmar, en todo cuanto fue materia de agravios y con los alcances y efectos asignados en esta resolución la sentencia interlocutoria apelada de fs. 126/129;

IV) Con costas al recurrente perdidoso (arts. 68 y 69 del C.P.C.C.), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 8904. Regístrese, notifíquese a las partes, a la Fiscalía de Estado y al Ministerio Público, y oportunamente devuélvase.

Fdo.: Esteban Louge Emiliozzi - Lucrecia Inés Comparato