

Expte: 50.616

Fojas: 584

En la ciudad de Mendoza, el veintitrés días del mes de febrero de dos mil dieciséis se reúnen en la Sala de Acuerdos de la Excma. Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, las Sras. Juezas titulares de la misma Dras. Gladys Delia Marsala, María Teresa Carabajal Molina, y la Dra. Silvina del Carmen Furlotti traen a deliberación para resolver en definitiva la causa N° 118.907/50.616 caratulada “P., R. H. C/ S. H. HUGO P/O.” originaria del Décimo Segundo Juzgado Civil Comercial y Minas, de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, venida a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 551 por la actora, contra la sentencia dictada el 26 de setiembre de 2.013, obrante a fs. 542/544, que rechaza la demanda interpuesta por la Sra. R. P., que tenía por pretensión que los bienes de calle Álvarez Condarco N°XXXX de San José y de calle Tiburcio Benegas n° XXXX, Nueva Ciudad Guaymallen, no integraran el acervo hereditario de la sucesión de H. S.; impone costas y regula los honorarios de los profesionales intervinientes.

Habiendo quedado en estado los autos a fs. 454, se practicó el sorteo que determina el art. 140 del C.P.C., arrojando el siguiente orden de votación: Dras. Marsala, Furlotti y Carabajal Molina.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, planteándose las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es justa la sentencia apelada?

SEGUNDA: Costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTION LA DRA GLADYS MARSALA, dijo:

1. Llegan los autos a la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuestos a fs. 551 por la actora, contra la sentencia dictada el 26 de setiembre de 2.013, obrante a fs. 542/544.

2. Para resolver como lo hizo el Sr. Juez de la instancia precedente razonó del siguiente modo:

- Que existía absoluta orfandad en la demanda en torno a

la fundamentación en derecho. La actora solicita que dos bienes determinados de su titularidad (ubicados en calle Álvarez Condarco N°XXX, San José, Guaymallen; y calle Tiburcio Benegas Nro. XXX, San José Guaymallen, denunciados a fs.62 de autos 114789) no vayan a integrar el acervo hereditario del causante S. H. en la parte ganancial que le correspondería por el hecho de estar unido a ella en matrimonio, y dice que la razón es que se encontraba separada de hecho de él con anterioridad a su adquisición, pero no individualiza la norma jurídica por la cual la separación de hecho anterior a la adquisición de un bien de titularidad exclusiva excepciona la que impone que su parte ganancial, por el matrimonio del titular con el causante, vaya a integrar el acervo hereditario del causante (art. 1315 C.Civ.). Y en consecuencia carece de interés legítimamente protegido en los términos del art. 41 del CPC.

-Que no existía ninguna posibilidad de sustituir el principio *iura novit curia* en este caso. Tanto el régimen sucesorio como familiar es de orden público, (Comp. Suprema Corte de Mendoza, 8-7-70, Expte. 21963 Marin Reina Dionisio y Otros en J: Marin Salvador p/ Sucesión, LS 074-333; Eduardo A. Zannoni, Manual de Derecho de las Sucesiones, 2da edición actualizada, pag 448, segundo párrafo, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989) y en consecuencia las excepciones a las normas que los rigen deben tener consagración legislativa expresa, sin que el juez pueda suplir la falta con sus propias interpretaciones (arg. Art. 148 y 149 de la Constitución Provincial).

-Que mal podría pretender la actora estar legitimada eventualmente para participar en los bienes de carácter ganancial del causante, éste en cambio no hiciera ingresar los gananciales de titularidad de ella al acervo como consecuencia de la disolución por muerte de la sociedad conyugal (art. 1291, 1315 Código Civil). Por otra parte aquí ni siquiera se ha incoado una demanda de divorcio o separación personal por ninguno de los cónyuges, y por lo tanto de ninguna manera podría hipotizarse la aplicación de las normas antedichas (id. Graciela Medina, op. y lug. cit.).

-Que si se observa concordantemente el régimen jurídico familiar, la solución es la misma. Si ninguno de los cónyuges recurre al instituto de la separación personal o el divorcio vincular para disolver la

sociedad conyugal anticipadamente a la muerte, la sociedad conyugal subsiste hasta este último momento, y salvo la posibilidad de revocar la vocación hereditaria que se explicara en el párrafo anterior, ninguna norma supone que la separación de hecho obste al régimen de ganancialidad que esa sociedad conyugal supone. Es más: la jurisprudencia que ha discutido los alcances del últ. párrafo del art. 1306 del Código Civil supone en todos los casos una demanda de divorcio incoada, al menos por mutuo acuerdo o causal objetiva (LL 1999-F,3).

-Que no podía considerarse que aquella norma pueda implicar correr la fecha de disolución por causal de muerte, a la que necesariamente debe estar la aquí actora a los efectos de soportar la ganancialidad, que ninguna acción judicial de su parte intentó siquiera detener en vida del causante para enervar los efectos propios de la sociedad conyugal.

-Que la demandante no acciona pretendiendo semejantes analogías, pero es necesario subrayar también que de ninguna manera las ha pretendido. Así como que no pueden siquiera suponerse por hipótesis. Como no se planteó de ninguna manera tampoco cabe duda alguna sobre la constitucionalidad del régimen jurídico sucesorio o familiar vigente, o eventualmente algún abuso de derecho en los términos del art. 1071 del Código Civil.

3. A fs.561/567 expresa agravio la parte actora.

Se agravia por cuanto la sentencia expresa en su punto I que la demanda interpuesta carece de fundamentación en derecho, siendo ello ilógico y antijurídico, ya que la demanda tiene por objeto que los bienes que fueron adquiridos por la Sra. Penin con posterioridad a la separación de hecho de la actora con el causante, no integren la sociedad conyugal.

Refiere que, la separación de hecho produce efectos jurídicos que no pueden ser ignorados, toda vez que con el paso de los años las leyes 23.264 y 23.515, incorporaron consecuencias jurídicas, a tal institución de derecho.

Alega que existe doctrina y jurisprudencia que ha manifestado que resulta irrelevante el derecho que se invoca en la demanda, en base al principio *iura novit curia*.

Como segunda queja refiere que, posee interés legítimo,

económico y moral en el ejercicio de la acción, con lo cual resulta agravante la sentencia cuando sostiene que carece de interés legítimo protegido.

Expresa que, tanto la parte actora como el difunto demandado, no vieron la necesidad de iniciar un proceso judicial de divorcio o separación personal, debido a la buena relación que mantenían, a pesar de que estaban separados de hecho desde el año 1.964. Agrega que, no existió culpa de ninguno de los dos cónyuges que motivase la separación.

Argumenta que la situación que se presenta en autos, no tiene marco legal alguno toda vez que, el art. 1306 del CC en su tercer párrafo solo prevé la separación de hecho culpable, pero nada dice sobre la separación sin culpa.

Afirma que, nada impide que se realice la calificación de los bienes adquiridos con posterioridad a la separación de hecho de manera diferenciada.

Como tercer agravio refiere que, el sentenciante realiza un incorrecto enfoque jurídico de lo peticionado en la demanda, toda vez que su parte nunca reclamó la exclusión de la vocación hereditaria, sino que solicitó la calificación de determinados bienes como gananciales no repartibles o bienes gananciales anómalos.

Precisa que existen números antecedentes jurisprudenciales referidos a la separación de hecho, que al fallecer uno de ellos el otro pretende compartir su patrimonio en razón del carácter ganancial, y no obstante ello, la justicia le ha negado tal derecho por aplicación de los arts. 1769 y 3575 del CC.

Pone el acento en que, el sentenciante no puede aplicar al caso de marras el art. 1.315 del CC porque no estamos frente a una convivencia matrimonial al momento de la adquisición de los bienes aquí cuestionados, como tampoco puede aplicar el art. 1306 del CC porque no existe un culpable en la separación entre los cónyuges.

Expone que, el fundamento de la ganancialidad de los bienes esta dado por la presunción del esfuerzo común, situación que claramente no se observa en el presente caso. Con lo cual concluye que, considerar irrelevante la separación de hecho acreditada en autos, implica vulnerar el principio del enriquecimiento sin causa.

3. A fs. 570 contesta el demandado el recurso de apelación, cuyas consideraciones me remito en mérito a la brevedad.

4. A fs. 576 el expediente queda en estado de resolver.

5. Solución al caso:

5.1. Entrando en la cuestión traída a resolver, trataré conjuntamente el primer y segundo agravio, por versar los mismos sobre temas vinculados; anticipando a mis colegas de Cámara que propiciaré la admisión del recurso, y explicaré por que.

Inicialmente considero que, yerra el juzgador de grado al sostener que, como la demanda, no tenía fundamentación en derecho, tal situación no podía ser sustituida en el caso, por el principio *iura novit curia*, ya que tanto el régimen sucesorio como familiar es de orden público. Es más, expresado esto, luego a párrafo seguido, en una postura contradictoria, analiza la demanda desde el punto de vista de la exclusión de la vocación hereditaria. Es decir, sí realizó una calificación jurídica de la acción, pero fuera de lo peticionado por la parte actora.

Sabido es que, en virtud del principio *iura novit curia* el juez es el único dotado de la facultad específica de administrar justicia aplicando e interpretando la norma para resolver los conflictos de los particulares, sin embargo, debe pronunciarse sobre el tema que éstos – las partes – han planteado, sin transgredir, ignorar o modificar lo pedido, en virtud también de otro principio: el de Congruencia Procesal.

Este principio está referido a la concordancia existente entre el pedimento planteado por las partes y la decisión que de tal pedido desprende el juez; quedando entendido que el juez no puede modificar el petitorio ni los hechos planteados en la demanda. Es decir, debe existir una adecuación “entre la pretensión u objeto del proceso y la decisión judicial”.

La jurisprudencia en un caso análogo al presente, ha resuelto en los autos “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” de la Sala II de la CNAT, que “aún no existiendo cita concreta en la demanda de la Ley 23592, al alegarse una discriminación arbitraria, se trata de un supuesto de “*iura novit curia*” con lo que el remedio para conjurarla queda dentro de la

facultad judicial en torno a la calificación jurídica de los hechos y su pertinente aplicación normativa, máxime si se tiene en cuenta que los accionantes hicieron referencia puntual al art. 16 de la CN que consagra el principio de igualdad. En tal sentido, es menester referir que en la demanda se aportaron la totalidad de los presupuestos fácticos que habilitan el encuadre del caso concreto en la ley antidiscriminatoria y además se demostró, en autos, la vinculación existente entre las decisiones rupturistas cuestionadas y la filiación sindical de los reclamantes en su calidad de miembros de la comisión directiva de un sindicato recientemente inscripto. (Del voto de la Dra. González en mayoría)(Dra. Andrea F. Mc. Donald, Qué significa el principio de Iura Novit Curia, <http://aldiaargentina.microjuris.com/2011/06/21>)

En tal inteligencia valoro, sin adentrarnos a conjeturar a esta altura, -si la demanda tenía alguna deficiencia en la fundamentación del derecho-, que el Juez a quo se encontraba facultado para suplir tal omisión, independientemente si es materia o no de orden público lo discutido en la causa. Es más, podría el accionante haber realizado un encuadre jurídico erróneo, ante lo cual el Magistrado debe aplicar el principio en estudio, y enmarcar lo peticionado en el correcto derecho, ello siempre con los límites del principio de congruencia y defensa en juicio.

5.2. El otro agravio está referido a que la resolución atacada le niega a la actora, interés jurídico para interponer la acción.

El interés jurídico que debe presentar una parte para interponer la acción, está previsto en el art. 41 del CPC, más allá de lo que a su turno dispone el derecho sustancial para cada acción.

Podetti explica que, el interés legítimo nace de la conjunción de los elementos de la acción. a) Un cierto hecho específico jurídico, o sea una relación una relación entre un hecho una norma; b) la legitimación sustancial, activa o pasiva, y c) el interés procesal. El interés jurídico la toma en el sentido amplio y comprensivo de la situación material y jurídica del individuo que va a recurrir a los jueces(Tratado de la tercería, 2º ed. Ediar, Buenos Aires, 1971, pg.36).

En este entendimiento hago presente que, la parte actora solicita que se excluya del acervo hereditario del Sr.

Sarmiento dos bienes de su titularidad (ubicados en calle Álvarez Condarco N°1895, San José, Guaymallen; y calle Tiburcio Benegas Nro. 355/361, San José Guaymallen, denunciados a fs.62 de autos 114789), por ser adquiridos durante la separación de hecho. Ese, representa desde mi punto de vista un verdadero interés jurídico, que la habilita a petitionar a las autoridades. No existe en el mundo jurídico la posibilidad de que los cónyuges cambien voluntariamente la calificación como bien propio o ganancial, de los bienes que integran la sociedad conyugal.

5.3. Se queja la parte actora por entender que el magistrado de grado, dirigió su sentencia hacia la exclusión de la vocación hereditaria de la sucesión del Sr. Héctor Sarmiento, lo cual no fue petitionado por su parte.

Afirma la recurrente que, su intención con la presente demanda era excluir los bienes detallados en la demanda del proceso universal, pero sin relación con lo resuelto por el Juez a quo.

En orden a ello, y de la lectura de la sentencia obrante en autos a fs. 542/544, advierto que el magistrado de grado realiza, un incorrecto análisis de la petición que efectuó la recurrente, toda vez que, del texto de la demanda no surge que buscaba ser excluida de la vocación hereditaria de la sucesión del Sr. Héctor Sarmiento.

En efecto, el objeto de la demanda era un proceso ordinario contra el Sr. Héctor H. Sarmiento, en su calidad de heredero declarado, a fin de que los bienes que individualiza no ingresaran a los autos n° 114.789 caratulados “Sarmiento Héctor p/Sucesión”.

5.4.Despejado lo precedente, corresponde ingresar al estudio de la pretensión de la parte actora.

No se encuentra controvertido entre las partes, el hecho de que la actora y el Sr. Héctor Sarmiento contrajeron matrimonio el día 07/12/1.956, según partida de matrimonio obrante a fs. 2.

Disienten actora y demandado, en cuanto a la fecha en la que ocurre la separación de hecho del vínculo matrimonial, que según la accionante se produjo en el año 1.964, mientras que el demandado afirma se produjo 1985.

La existencia o no de la separación de hecho, tiene implicancia respecto a la calificación de los bienes que se adquirieron en dicho periodo, lo cual es relevante al momento de liquidación de la

sociedad conyugal, sea por divorcio o por muerte del causante.

5.5. Sabido es que, de la celebración del matrimonio más allá del nuevo proyecto de comunidad de vida que se encara, surgen para los contrayentes deberes y derechos, algunos de carácter personal, otros de carácter patrimonial.

En este sentido, el Código Velezano, disponía como régimen imperativo, el de la ganancialidad de bienes.

El régimen patrimonial matrimonial argentino se presentaba como un estatuto legal, inmutable, forzoso, que encuadraba en el sistema de comunidad de ganancias,(SCJ, L.S 222-347), de administración separada con tendencia a la gestión conjunta, separación de deudas, en los términos del artículo 5 de la ley 11.357 y división entre los cónyuges o sus herederos a la extinción del régimen, cuyo comienzo se remonta a la celebración del matrimonio y su fenecimiento responde a alguna de las causales legisladas. El régimen patrimonial de la sociedad conyugal se encuentra organizado en base a normas que, en su casi totalidad, son de orden público y por lo tanto, no pueden ser mutadas por voluntad de los esposos.

Esta situación ha variado después de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual posibilita a los cónyuges, optar por un régimen jurídico de separación de bienes o de ganancialidad; sin embargo mantiene la separación de deudas entre los cónyuges.

El régimen matrimonial de bienes tiene principios que rigen sobre la calificación y sus efectos. Así, nuestro Máximo Tribunal, ha explicado los mismos de la siguiente manera: “... Resulta muy interesante destacar que a la luz de la normativa referida, la doctrina ha analizado que existen principios primarios o centrales del régimen de bienes en el matrimonio a los efectos de la calificación y así se han señalado los siguientes: (i) El de comunidad; (ii) El de incolumidad de las masas y (iii) El de protección de terceros. (Basset, Úrsula Cristina “La calificación de bienes en la Sociedad Conyugal. Principios, reglas, criterios y supuestos.”, Abeledo Perrot, 2010).(i) El principio de comunidad y la presunción de ganancialidad de los bienes: El principio de comunidad es el principio general que tiende a absorber todos los bienes de los cónyuges para beneficio de la sociedad conyugal. La

presunción dispuesta precedentemente es *iuris tantum*, por ello, quien sostenga que un bien existente en el patrimonio de cualquiera de los esposos al producirse la extinción del régimen patrimonial matrimonial es bien propio, debe demostrarlo. Por otra parte, cabe señalar que la interpretación que tiende a sustraer bienes a la ganancialidad debe ser restrictiva. (En tal sentido la jurisprudencia: CNac. Civ., sala G en LL 1982-B-231 entre otros)... (ii) El principio de incolumidad de las masas: Este es otro principio importante pues tiende a proteger la incolumidad de las masas gananciales y propias de cada uno de los cónyuges a través de las vicisitudes del matrimonio. También se lo ha llamado como el de “integridad” o “intangibilidad” de las masas. Este principio tiene mucha más trascendencia en un sistema comunitario, pues resulta el contrapeso de la comunidad al mantener las masas especialmente las propias, incólumes. (Basset, Ursula Cristina, obra citada precedentemente...)(iii) El principio de protección de terceros o de seguridad jurídica: Es uno de los fundamentos de la existencia de un régimen transparente de calificación pues las reglas sobre ésta, son la clave que permite a los terceros esclarecer sus derechos sobre los bienes de los cónyuges. (SCJ, LS431-088).

En el sentido que vengo argumentando, sumo a lo expuesto que, los bienes de los cónyuges se dividen en propios y gananciales. Los bienes propios se deducen de los artículos 1.263, 1.271 y 1.272 del CC. Resulta de ellos que, son bienes propios los llevados por los cónyuges al matrimonio y los adquiridos gratuitamente durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial. Los bienes gananciales son aquellos incorporados al patrimonio de uno u otro cónyuge, vigente el régimen patrimonial matrimonial, por causa distinta de la herencia, el legado o la donación, en términos generales, onerosamente, pero siempre que no corresponda calificarlos como propios, presumiéndose la cualidad de ganancial en todos los bienes existentes a la terminación del régimen. (María Josefa Méndez Costa, en Código Civil de la República Argentina Explicado, ed. Rubinzal Culzoni Editores, pag. 375 y sgtes.).

La distinción entre los bienes propios y gananciales es relevante, pues son únicamente estos últimos los que, al tiempo de disolverse y liquidarse la sociedad conyugal, deben dividirse por

partes iguales entre los esposos, o entre uno de ellos y los herederos del otro, quedando el cónyuge supérstite excluido (cuando concurre con descendientes) de los gananciales que correspondían al fallecido (art. 3576 del Código Civil); mientras que si concurre con ascendientes, le corresponderá la mitad de los gananciales del esposo difunto (art. 3571 CC). Por lo demás, la correcta calificación de los bienes puede tener importancia en cuanto a la disposición de los bienes y en relación a la contribución por las cargas de la sociedad conyugal.(4CC 42.170/115.170 caratulados “B.F.D.T. C/G.T.D.Y Y N.T.D.A. P/ORDINARIO”,26/05/2010).

En esta línea de pensamiento, también agrego que, la disolución del matrimonio válidamente constituido, estando vivos los contrayentes, puede darse por separación personal o divorcio vincular. Los efectos en uno y otro caso son diferentes, a saber: a) en la separación personal el régimen de la sociedad conyugal queda reemplazado por el régimen de separación de bienes y puede reconstituirse por la reconciliación de los esposos; b) en el divorcio vincular la disolución de la sociedad conyugal opera irreversiblemente con la retroactividad dispuesta por el art. 1.306 del CC, siendo imposible la recuperación del vínculo matrimonial, salvo si contraen nuevas nupcias entre sí.

También se produce la disolución de la sociedad conyugal por la muerte de alguno de los cónyuges. En este caso al igual que en el divorcio, la disolución de la sociedad conyugal es una consecuencia que sobreviene después de desaparecido el vínculo matrimonial sea por muerte de uno de los cónyuges o por sentencia de divorcio. No hay comunidad, porque ya no hay cónyuges.

5.6. La parte actora reclama la exclusión del acervo hereditario del Sr. H. S., quien fuera su cónyuge, de los inmuebles ubicados en calle Álvarez Condarco N°XXXX, San José, Guaymallen; y calle Tiburcio Benegas Nro. XXXX, San José Guaymallen, denunciados a fs.62 de autos 114789). Dicha petición tiene como base que alega haber comprado los bienes inter tanto se encontraba separada de hecho respecto del causante, y por lo tanto, son bienes gananciales anómalos.

Asegura la recurrente que se produce la separación de patrimonios a partir de la separación de hecho producida en el año 1.964,

cuando de común acuerdo con el difunto H. S., decidieron llevar vidas por caminos separados. Agrega también que dicha desvinculación fue de común acuerdo y siendo ambos inocentes de la misma.

El primer acercamiento a los efectos de encuadrar jurídicamente lo peticionado, lo brinda el art. 1.306 del CC en su tercer párrafo, que dispone que: “Producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuere culpable de ella no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable”.

La norma contempla el caso de que uno de los cónyuges fuera culpable de la separación de hecho, pero el ordenamiento legal guarda silencio en el sentido de que si los dos cónyuges son inocentes de la misma. Ello, advierto tiene un fundamento jurídico, y es que, salvo prueba en contrario, que en la separación de hecho de común acuerdo se presume culpable a ambos contrayentes, por haber incumplido los mismos el deber de cohabitación; por ende el cónyuge o sus herederos que afirmen que la separación no le es imputable o no es imputable a su causante, deben demostrarlo. (Solari, Néstor E, “ Adquisiciones posteriores a la separación de hecho de los cónyuges”, Cita Online: AR/DOC/7157/2010).

Profundizando este análisis, agrego a lo expuesto que,- siguiendo en el tema a la Dra. María Méndez Costa-, la culpa concurrente, es decir, la culpa de ambos cónyuges, puede presentarse simultánea o sucesivamente. Hay culpa concurrente simultánea en los consortes que resuelven y consuman la separación de mutuo acuerdo, hayan o no infringido sus deberes y existan o no causas graves que imposibiliten la vida en común, y también los protagonistas del abandono de hecho recíproco sin previo acuerdo. Hay culpa concurrente sucesiva cuando el cónyuge abandonado o forzado a separarse por la conducta del otro, asume posteriormente la decisión de no reanudar la convivencia, salvo que le resulte inaceptable por razonables motivos, o incurre en adulterio o en actos de grave desorden moral. Conviene recordar que no todos los autores encuentran ilicitud en el acuerdo de separación de hecho. Se ha sostenido que "el deber de cohabitación no significa prohibir que ambos esposos resuelvan vivir separados", lo que no es óbice para

que cada uno sea excluido de la herencia del otro (SPOTA, Alberto G., "Tratado de Derecho Civil", vol. 12, núm. 244, ps. 744 y sigts., Buenos Aires, 1968.). Sin embargo, negada la ilicitud del comportamiento, es coherente no adjudicarle efecto perjudicial alguno. Pero no puede ser así porque el incumplimiento del deber de cohabitación es siempre ilícito ya que comporta la violación de un deber jurídico y entra en la noción "lato sensu" de la ilicitud como "infracción a la ley que trae aparejada una sanción para el infractor (LLAMBIAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", t. III, núm. 2135, p. 498, Buenos Aires, 1973.), por supuesto, si no obedece a motivos de fuerza mayor o estado de necesidad, expresiones de amplios alcances donde caben motivos de salud, trabajo, de mínimo bienestar, etc. Tanto el art. 3575 como el 1306 se refieren a "culpa", a "culpable" y a "no culpable" o "inocente". Además, es preciso mantener la independencia de las instituciones: el mutuo acuerdo para poner fin a la vida en común no constituye la causal del inc. 7º del art. 67 de la ley matrimonial porque evidentemente no configura "abandono voluntario y malicioso" pero es suficiente para la exclusión hereditaria conyugal y para la no participación de cada uno de los esposos en los gananciales adquiridos por el otro a partir de la interrupción de la convivencia. Incluso y ya al margen del acuerdo de separación, el supuesto de culpa no originaria en el art. 1306 puede entenderse como más extenso que el del art. 3575: éste requiere adulterio o grave inconducta moral, en aquél puede comprenderse, aunque sólo sea como hipótesis teórica, la situación del consorte que sin encontrar una repugnancia insuperable en el restablecimiento de la convivencia, asume la voluntad de no unirse que hasta entonces había sido excluida del otro consorte. ("Dos importantes cuestiones sobre sociedad conyugal, separación de hecho y divorcio por presentación conjunta", LL, LA LEY 1980-D , 234).

Anoto a lo ya dicho que, el fundamento de los bienes gananciales se halla en la colaboración de ambos esposos en la formación del patrimonio conyugal, conclusión válida cualquiera sea el modelo de familia que consideremos, sea que los aportes de un cónyuge se reflejen en ingresos y el aporte del otro en la atención de tareas domésticas, o bien ambos produzcan, extinguida esa comunidad de

esfuerzos e intereses debe cesar también la ganancialidad. Es decir que, si ya no existe vida en común, ni aportes para un mismo fin, debe cesar los efectos jurídicos económicos de la ganancialidad de los bienes.

No hay un criterio uniforme en la doctrina, respecto a la denominación que debe darse a los bienes adquiridos durante el periodo de separación de hecho.

Así un sector importante liderado por Méndez Costa, sostiene que hay que distinguir los bienes gananciales puros propiamente dichos que serán alcanzados por la regla del 1315 de los bienes gananciales anómalos no sujetos a partición una vez operado el cese de la comunidad patrimonial. Otra postura asevera que los bienes adquiridos durante dicho período no revisten el carácter de gananciales sino de propios de cada uno de los esposos, elevando a la separación de hecho como causal de interrupción de la ganancialidad por haber desaparecido los presupuestos de la misma, tales como el esfuerzo compartido, la solidaridad matrimonial y la vida en común. La jurisprudencia se encolumna en la postura que incorpora la definición de bienes gananciales anómalos para distinguirlos de los gananciales propiamente dichos, que menciona el codificador, los cuales no serán a su hora divididos por mitades tal como estipula el artículo 1315, sino que serán excluidos del régimen comunitario (Webb, María Soledad, Bienes gananciales adquiridos durante la separación de hecho, Publicado en: D.F. y P 2011 (noviembre),

Operada la separación de hecho, la "ganancialidad subsiste a todos los efectos distintos de la división entre los cónyuges, con la importancia que esto reviste en cuanto a los actos de disposición incluidos en la preceptiva: del art. 1277 del Cód. Civil y a la ejecutabilidad por las deudas de los esposos antes y después de la disolución de la sociedad conyugal. Fuera de los cónyuges, sólo se verán afectados por la "anormalidad" sus herederos, porque en el acervo del culpable difunto no será comprendida la mitad de los gananciales adquiridos por el otro desde la separación, inobjetable resultado: los herederos no pueden pretender mejores derechos que su causante.

Esta es la situación de autos, donde la actora busca excluir los

bienes inmuebles adquiridos durante la separación de hecho, del acervo hereditario del Sr. H. S.

5.7. Es el turno de analizar el material probatorio adjuntado a la causa, a los efectos de verificar según el criterio de la sana crítica racional (art. 207 del CPC), si tanto actora como demandada, han logrado de probar los hechos de la demanda como de la contestación.

Le incumbe demostrar a la parte actora que: a) se produjo la separación de hecho en el año 1.964, y b) que los bienes inmuebles que pretende excluir del acervo hereditario del Sr. H. S., los adquirió producida la separación de hecho.

A su turno el demandado deberá probar: a) que la actora no se separó de hecho del Sr. H. S., sino hasta el año 1.985 y b) que los bienes que pretende excluir son gananciales.

5.8. Entiendo ya ha esta altura, que la recurrente logra acreditar que la separación de hecho con el Sr. H. S. se produjo para el año 1.964, de común acuerdo entre ambos. Explicaré porque.

Los testigos fueron contestes en tal sentido al declarar:

-La Sra. M. E. S. declara a fs.152 que, el matrimonio P.-S. dejaron de convivir, cuando se separaron en el 64, algo así. (Respuesta cuarta sustitución); agrega en las respuestas a la quinta y sexta sustitución, que se separaron de común acuerdo, habiéndose retirado el Sr. S. del hogar conyugal.

-También el Sr. J. A. V. declara a fs.153, en la respuesta a la tercera sustitución, que los Sres. P.-S. dejaron de convivir más o menos a los siete u ocho años que vivían juntos después se separaron y ella-actora- quedó en la misma casa.

-Agregó el Sr. O. M. quien prestó declaración a fs.155, en la respuesta a la séptima ampliación, que el matrimonio dejó de convivir más o menos en el año 1.964 y que se separaron de común acuerdo.

A su turno, la parte demandada debió a tenor de lo normado por el art. 179 del CPC, probar los hechos de su resistencia. Si bien ofreció prueba a tal efecto, la misma no fue rendida en la causa, y en consecuencia, no puede darse por probado, que la separación de hecho se produjo en el año 1.985 tal como lo afirmara al contestar demanda. Sumo a lo dicho que, según constancia de fs.514 de

autos, se declaró la caducidad de la prueba ofrecida por la accionada.

Explica Chiovenda en las Instituciones II pag-253 que: “ El demandado, tiene interés en la no existencia de los hechos afirmados por el actor, pero mientras que el actor no pruebe los hechos que afirma el demandado no tiene necesidad de probar nada. Por lo tanto el interés y la obligación o carga de la prueba en el demandado nace únicamente cuando el no afirmar o el no probar causarían daño al demandado; y esto sucede cuando el actor ya ha probado hechos idóneos para constituir un derecho en su favor de manera que el Juez debería estimar su demanda si la otra parte no afirmase o probase hechos que se opongan a ellos”. (Citado en Guarino Arias, en el Código Procesal de Mendoza, pag.19).

Probada la separación de hecho, corresponde avanzar al siguiente punto al cual dirige la demanda.

5.9. Los bienes detallados en la demanda son :

El bien raíz, ubicado en calle Álvarez Condarco N°XXX, San José, Guaymallén, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble bajo la matrícula n°XXXX; y el existente en calle Tiburcio Benegas Nro. XXX, San José Guaymallén, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble bajo la matrícula n°XXXX

Ambos inmuebles figuran inscriptos a nombre de la actora como soltera, es decir que, según tal constancia implicaría que el bien tiene la calificación de “propio”.

Ahora bien, si tomamos la fecha de inscripción de los mismos, el primero para fecha 20-11-85 y el segundo 02-02-94, se constata claramente que, ambos fueron adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal.

Es decir que, más allá que la recurrente declarara que era soltera al momento de la adquisición de los bienes, ello no se condice con la verdadera realidad jurídica en cuanto a su estado civil, toda vez que era casada, por lo tanto el bien presenta el carácter de ganancial.

Fallecido el Sr. H. S. para el año 1.996, y disuelta la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, es relevante determinar la calificación de los bienes como propios o gananciales, a los efectos de precisar los bienes que ingresarán al caudal relicto.

Llegada a la conclusión que la separación de hecho se produjo en el año 1.964, verificaré si, la recurrente tenía ingresos suficientes para poder adquirir los bienes inmuebles detallados.

La recurrente afirma que los ingresos para adquirir los bienes inmuebles surgieron de su trabajo como empleada doméstica, como empleada de “Pollo al Dedo”, del Hospital Central, por las ganancias del Taxi cuando lo condujo y luego con la venta del mismo. Así como también de préstamos solicitados en Montemar.

Dichas afirmaciones se encuentran probadas con las pruebas instrumentales acompañadas a fs.9,10/11,fs.13/17, fs.157, 159/172,fs.440/445,fs.462, fs.491/494.

En este orden de ideas, también se rindió prueba testimonial de la que surgió: a) Sr. A. L. D. -fs.150-, quien declara que le alquila el taxi a la actora; b) Sra. P. A. S.- fs.154- quien fuera vecina de la actora, que declara que, la misma le hacía trabajos de planchado en su casa, y que su madre fue la que la ayudó a conseguir el trabajo del Hospital Central; c) Sr. O. M. -fs. 155- declara en la respuesta a la décima tercera sustitución, que la actora manejaba un taxi, que trabajaba en el hospital central, habiendo tenido dos o tres actividades; d) Sra.S. M. -fs. 173- declara que sabía que la actora trabajaba en el Hospital Lagomaggiore y de taxista; e) Sra. A.R.N.,- fs.174- manifestó saber, que la recurrente trabajaba de doméstica, en el Hospital y en Tarascón al Pollo; f) V. H. M. O.- fs.217-declara que la actora trabajaba de noche en el taxi, y que a las seis de la mañana entraba al Hospital.

La prueba rendida me convence de que, la actora recurrente tuvo la posibilidad económica de adquirir los inmuebles detallados, con el esfuerzo de su trabajo.

En contrario sensu, el demandado, alegó al momento de contestar demanda, que los inmuebles los compró su difunto padre con el anticipo de herencia que recibiera el mismo, de la sucesión de S. D. y T. V. de S. Si bien acompaña los instrumentos del sucesorio referido, éstos no son demostrativos de las operaciones de compra de los inmuebles objetos del litigio. Sólo surge de tales documentos que el Sr. S. recibió un anticipo de herencia, y que luego procedió a la división de condominio (fs.66/76).

Por otro lado, de la prueba instrumental acompañada por la parte

recurrente, surge que los inmuebles referidos, están escriturados a nombre de la Sra. R. P. (Fs.20/28).

Sumó a lo dicho, como lo hiciera en el anterior punto de la presente, que según constancia de fs. 514 al accionado se le caducó la prueba ofrecida, en virtud de que no fue producida.

6. No desconozco que con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se establece todo un nuevo plexo normativo respecto del Régimen patrimonial del Matrimonio previsto en el Título II Capítulo I; sin embargo la conclusión a la cual se arriba en autos, no varía bajo la nueva normativa que en su artículo 466, mantiene la presunción de ganancialidad de un bien al momento de la extinción a la sociedad conyugal en el régimen de comunidad de ganancias, salvo prueba en contrario.

Es decir que, a los efectos de demostrar que los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal pero separados de hecho son “propios” o gananciales “anómalos”, la parte interesada deberá probar tal afirmación.

7. Conclusión, propongo al Acuerdo modificar la sentencia obrante a fs. 542/544 atento a que la recurrente ha logrado probar que los bienes inmuebles ubicados en: a) calle Álvarez Condarco N°XXX, San José, Guaymallén, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble bajo la matrícula n°XXX; y b) en calle Tiburcio Benegas Nro. XXX, San José Guaymallen, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble bajo la matrícula n°XXX, fueron por ella adquiridos, durante el periodo de separación de hecho de su difunto esposo, Sr. H. S., debiendo a tenor de lo normado por el art. 1306 del CC, ser excluidos los mismos del acervo hereditario a liquidarse en la sucesión n° 114.789 caratulados “S. H. p/ Sucesión”.

ASI VOTO.

Las Dras. Furlotti y Carabajal Molina, dijeron que adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION LA DRA GLADYS MARSALA, dijo:

Por cómo se resuelve la cuestión, las costas de Alzada deben ser impuestas al demandado vencido.

ASI VOTO

Sobre la misma cuestión las Dras. Furlotti y Carabajal Molina dijeron que adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Con lo que se dio por concluido el presente acuerdo dictándose sentencia, la que en su parte resolutive dice así:

SENTENCIA

Mendoza, 23 de febrero de 2.016

Y V I S T O S: Por lo que resulta del acuerdo precedente, el Tribunal

RESUELVE:

1. Admitir el recurso de apelación interpuesto a fs. 551 por la Sra. R. P. contra la sentencia obrante a fs.542/544, la que se modifica y queda redactada de la siguiente manera: “I-Hacer lugar a la demanda interpuesta por la Sra. R. P. contra el Sr. H. H. S. y en consecuencia ordenar excluir del acervo hereditario del Sr. H. S. que se liquida en la sucesión 114.789 caratulados “ S. H. p/ Sucesión”, los bienes inmuebles que se individualizan: a) calle Álvarez Condarco N°XXX, San José, Guaymallén, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble bajo la matrícula n°XXX; y b) en calle Tiburcio Benegas Nro. XXXX, San José Guaymallén, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble bajo la matrícula n°XXXX, por ser los mismos, bienes gananciales anómalos. II- Imponer las costas al demandado vencido (art36 del CPC). III. Diferir la regulación de honorarios hasta tanto las partes acompañen elementos que permitan su cálculo”.

2. Imponer las costas de la Alzada al recurrido vencido (art. 35 y 36 ap. I del C.P.C.)

3. Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se regulen los de primera instancia.

NOTIFIQUESE Y BAJEN.

Dra. Gladys Delia MARSALA
Dra. Silvina Del Carmen FURLOTTI

Dra. María Teresa CARABAJAL MOLINA