

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA PRIMERA

PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 65

CUIJ: xxxxx

B. J. A. Y OTS. EN J° 84377/45087 F. M. A. Y OT. C/ B. J. A. Y OTS. P/ ESCRITURACION P/
REC.EXT.DE INCONSTIT-CASACIÓN

103736349

En Mendoza, a veintiséis días del mes de abril del año dos mil dieciséis, reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-03709444-1/1, caratulada: "B., J. A. Y OTS. EN J° 84.377/45.087 F. M. A. Y OT. C/ B., J. A. Y OTS. P/ ESCRITURACIÓN S/ INC. CAS."

De conformidad con lo decretado a fs. 61 quedó establecido el siguiente orden de estudio en la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero: DR. JORGE H. NANCLARES; segundo: DR. JULIO R. GÓMEZ y tercero: DR. ALEJANDRO PEREZ HUALDE.

ANTECEDENTES:

A fs. 17/26 vta. los SRES. J. A., J. A. y V. B., por intermedio de apoderado, promueven recursos extraordinarios de Inconstitucionalidad y Casación contra la sentencia dictada a fs. 345/348 por la Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz, Tributario y de Familia de la Primera Circunscripción Judicial en los autos N°84.377/45087, “F. M. A. Y OT. C/ B., J. A. Y OTS. P/ ESCRITURACIÓN”.

A fs. 42 y vta. se admiten formalmente los recursos interpuestos, de los cuales se ordena correr traslado a la parte contraria, quien a fs. 43/47 vta. contesta solicitando su rechazo.

A fs. 54/55 vta. obra el dictamen del Procurador el cual, por las razones que expone, aconseja rechazar los recursos interpuestos.

A fs. 60 se llama al acuerdo para sentencia y a fs. 61 se deja constancia del orden de estudio de la causa.

A fs. 63 obra constancia de recepción de la causa n° 128.700, “Fragapane, José p/ sucesión” solicitada por el tribunal ad effectum videndi.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTION: ¿Son procedentes los recursos de Inconstitucionalidad y Casación interpuestos?

SEGUNDA CUESTIÓN: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA CUESTIÓN: Costas.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. JORGE H. NANCLARES, DIJO:

I. RELACIÓN SUCINTA DE LOS HECHOS DE LA CAUSA.

Entre los hechos relevantes para la resolución del recurso interpuesto, se destacan los siguientes:

1. La Sra. M. E. M. incoó proceso por escrituración contra los herederos del Sr. José F., con base en el boleto de compraventa celebrado con el difunto en el año 1.999, mediante el cual éste le transfería la propiedad del inmueble ubicado en calle Virrey Vertiz n° 359 del departamento de Godoy Cruz, por la suma de \$ 16.000. Habiendo abonado la totalidad del precio y ostentando la posesión del inmueble desde la celebración de la compraventa, emplazó extrajudicialmente por carta documento a los herederos del vendedor que falleció en el año 2000, inició demanda en el año 2006 contra éstos para obtener la escrituración. Acompañó el boleto de compraventa, carta documento y poder especial irrevocable otorgado a su favor por el Sr. F. dos meses después de la firma del boleto, mediante el cual le había conferido poderes bastantes y suficientes para tramitar la escrituración del inmueble y que quedó trunco luego de su muerte. Dicho poder, instrumentado en escritura pública, enuncia como dato personal del poderdante su estado civil viudo.

2. La contestación de demanda fue desglosada por falta de ratificación luego de un largo devenir de vaivenes procesales, y al momento de alegar los Sres. B., herederos por representación de su madre, Sra. E. F. (única hija premuerta del difunto), se opusieron a la escrituración. Sostuvieron que del título, del poder y del boleto resultaba que el inmueble era ganancial, y que el Sr. F. lo había vendido sin recabar el asentimiento conyugal previsto por el art. 1277 C.C. ni la venia judicial. En consecuencia, la escrituración solicitada por la actora procedía solamente por el 50% del inmueble objeto de litis.

3. En el transcurso del proceso la actora acompañó cesión de derechos y acciones litigiosos respecto de lo que pudiese corresponderle en la causa a favor de la SRA. M. A. F. y el SR. M. A. F. mediante escritura pública, acompañada en original y reservada en caja de seguridad del tribunal, y respecto de la cual se notificó a los demandados por orden del tribunal, de conformidad a lo dispuesto por el art. 1460 C.C.

4. La juez de primera instancia hizo lugar a la demanda respecto del 50% del inmueble. Razonó del siguiente modo:

- No existía en la litis controversia sobre el derecho a escriturar de los cesionarios, sino sobre su extensión.

- De las pruebas surgía que el bien era de carácter ganancial y no figuraba que el titular registral lo hubiese adquirido con dinero propio. Si al momento de la celebración del boleto el vendedor ya era viudo, la cuestión no radicaba en la falta de asentimiento conyugal, sino en la necesidad de completar el acto con el consentimiento de los restantes copropietarios del inmueble, dado que el mismo se encontraba dentro de la comunidad hereditaria, y nadie puede transmitir un derecho mejor ni más extenso que el que poseía (art. 3270 C.C.).

- Sólo los demandados podían plantear la nulidad de la venta celebrada en tales condiciones, pero en lugar de así solicitarlo, consintieron la misma sobre el 50% del bien.

5. La decisión fue apelada por la parte actora, ya que el sentenciante había fallado “extra petita”, pues no existía controversia en los presentes y debía hacerse lugar a la demanda en su totalidad. La Cámara hizo lugar a la apelación y ordenó la escrituración del 100% del inmueble, fundada en las siguientes consideraciones:

- El juez de primera instancia se había extralimitado, pues los accionados no contestaron la demanda, y los elementos aportados a la litis no autorizaban a la solución parcial desestimatoria, que no había sido procesalmente canalizada por ninguna de las partes.

- La accionante había pagado la totalidad del inmueble y tomó en el año '99 sobre el mismo posesión material, real, pacífica y efectiva; fue investida de mandato irrevocable para escriturar que quedó sin efecto por haber fallecido el mandante durante la vigencia del poder, antes de cumplirse la manda; y constituyó en mora a los Sres. B. el 30 de junio de 2000 a los efectos pertinentes de la escrituración pendiente.

- La falta de asentimiento conyugal, o, en todo caso, la existencia de una venta comprometida por un condómino con respecto de una cosa parcialmente ajena, sólo pudieron constituir, en el mejor de los casos, supuestos de ineficacia relativa, no declarables ni considerables de oficio, mucho menos en virtud de una oponibilidad extemporánea (alegatos).

6. Contra este decisorio, los demandados interponen recursos extraordinarios ante esta sede.

II.- LOS AGRAVIOS DE LOS RECURRENTES:

1) Recurso de Inconstitucionalidad:

* La sentencia es arbitraria por encuadrar erróneamente la situación, desconociendo los términos de la litis, omitiendo considerar que la actora conoció el estado de viudez del vendedor al momento de la venta y que el bien era ganancial. Debió rechazar la demanda pues la venta de cosa indivisa por un copropietario es de ningún efecto (art.1331 C.C.) * Si bien la venta del bien pudo quedar validada por la ratificación o consentimiento de los herederos de la cónyuge premuerta, esto no se probó en autos y no puede otorgarse a su inacción el carácter de una confirmación tácita de la venta.

* Fueron demandados como herederos del Sr. José F., y no como herederos de la cónyuge premuerta, titular del otro 50% de la propiedad. Por tal razón confirmaron, en su caso, el 50% de la venta accediendo a escriturar en esa proporción: La sentencia, en cambio, otorga a la accionante un derecho más extenso que el que tenía quien se lo transmitió.

* El decisorio entiende que la obligación de escriturar consiste en una obligación de hacer que los herederos del vendedor están obligados a cumplir, y dado el carácter ganancial del bien, sólo pueden hacerlo respecto del 50% que corresponde al Sr. F.

* Omitió valorar prueba decisiva, esto es, el boleto de compraventa en el que luce el estado de viudez del vendedor, y los antecedentes registrales obrantes en el principal, de los que surge el carácter ganancial del inmueble, de todo lo cual se desprende que el bien estaba sometido a un estado de indivisión postcomunitaria. La accionante omitió probar que el bien era propio del vendedor o adquirido después de disuelta la sociedad conyugal, o bien que la venta estuviese ratificada por los herederos de la cónyuge premuerta.

* En primera instancia no se declaró ninguna nulidad parcial, sólo hizo lugar parcialmente a la escrituración, sin apartarse, en consecuencia, de lo dispuesto por los arts. 89 y 90 del C.P.C.M. como considera la Cámara.

* Incurre en exceso de rigor procesal atribuyéndola a la incontestación de su parte presunción de veracidad de los hechos demandados y documentación acompañada, dejando de lado la motivación del fallo de primera instancia y prescindiendo de prueba esencial.

2) Recurso de Casación:

* Aplica los arts. 505, 1185, 1187 y 1195C.C., mientras que omite aplicar lo dispuesto por los arts. 1271 y 1272 C.C. referido a la ganancialidad de los bienes habidos en el matrimonio.

* Estando frente a una venta efectuada sobre una propiedad sujeta a un estado de indivisión postcomunitaria, debió aplicarse en principio, por analogía el art. 1329 C.C. que establece que las cosas ajenas no pueden venderse; y por aplicación del art. 1330 C.C. no se ratificó la nulidad, que podía ser convalidada por los herederos del copropietario (cónyuge premuerta).

* Resuelve en omisión de lo previsto por los arts. 1331 y 3270 C.C., ya que la ineficacia de venta de cosa indivisa es total aún en la parte del vendedor, y en el caso, no podía concederse a la compradora un derecho mejor y más extenso que el que tenía el vendedor.

* La obligación de escriturar conjuntamente con la validez del contrato de compraventa celebrado hacen “cosa juzgada material” con relación a su eficacia. Del mismo surge el carácter ganancial del inmueble y en éste no obra constancia del consentimiento para la venta de los herederos de la copropietaria de manera que la compradora sólo pudo adquirir el 50% del bien.

III. LA CONTESTACIÓN DE LA PARTE ACTORA RECURRIDA:

* Los recursos carecen de crítica concreta y razonada de la sentencia y el recurso de casación es formalmente improcedente porque redundante en el alcance hermenéutico que se pretende dar a normas del Código Civil.

* Los demandados reconocen que la vía procesal elegida para validar la venta era la acción de escrituración. Debieron precisar que la ineficacia era absoluta y que se planteó en tiempo y forma la defensa que destruía la presunción de validez del contrato celebrado, lo que no hicieron.

* Los recurrentes no se agravian de la naturaleza relativa de la hipotética nulidad expresada, y reconocen que no contestaron demanda. Esta falencia argumental sella su suerte procesal, pues mal puede la jurisdicción declarar de oficio nulidades o ineficacias que no son absolutas.

* Insisten en hacer jugar las normas de la sociedad conyugal, cuando la sentencia no desconoce su eventual aplicación en caso de corresponder.

* No han explicitado cuál sería la vía procesal para lograr la escrituración del 100% del inmueble, simplemente porque no existe otra que la elegida.

* La falta de planteo de una supuesta nulidad debe ser tenido como confirmación del acto que se pretende anular, no sólo por la presunción que deriva de la falta de contestación de demanda, sino también por la presunción de abandono del derecho que el instituto de la prescripción liberatoria supone por el solo transcurso del tiempo en materia de nulidades relativas.

IV. ALGUNAS REGLAS LIMINARES QUE DOMINAN LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN NUESTRA PROVINCIA:

Tiene dicho este Tribunal que, "la tacha de arbitrariedad requiere que se invoque y demuestre la existencia de vicios graves en el pronunciamiento judicial recurrido, consistentes en razonamientos groseramente ilógicos o contradictorios, apartamiento palmario de las circunstancias del proceso, omisión de consideración de hechos o pruebas decisivas o carencia absoluta de fundamentación (L.S. 188-446, 188-311, 102-206, 209-348, etc.)" (L.S. 223-176). Siguiendo este orden de ideas, reiteradamente ha sostenido que hay arbitrariedad en los casos de análisis erróneo (cuando el error es inexcusable) ilógico o inequitativo del material fáctico. La omisión o merituación torcida de prueba decisiva, relevante, esencial y conducente para la adecuada solución del litigio, hace que el fallo no

sea una derivación razonada de lo alegado y probado en la causa, agravando el art. 18 de la Constitución Nacional" (L.S. 238-392).

Asimismo, esta Sala resuelve constantemente que en el procedimiento mendocino la procedencia formal del recurso de casación implica dejar incólumes los hechos definitivamente resueltos por los tribunales de grado. En efecto, esta vía permite canalizar dos tipos de errores: los de interpretación de las normas, y los de subsunción de los hechos en las normas; en cualquiera de las dos situaciones, la interpretación y valoración final de los hechos y de la prueba es privativa de los jueces de grado (Ver, entre muchos, LS 324-63).

También decide de modo reiterado que conforme lo disponen los incs. 3 y 4 del art. 161 del C.P.C. y su nota, es imprescindible que el recurrente señale en qué consiste la errónea interpretación legal y de qué forma ese vicio ha determinado que la resolución recurrida sea total o parcialmente contraria a las pretensiones del recurrente. Consecuentemente, no basta invocar una norma, ni enunciar su contenido, sino que el quejoso debe explicitar cuál es la interpretación que corresponde o el principio que debe aplicarse y a qué resultados lleva (LS 67-227; LA 86-153; 98-197). En otros términos, la sola afirmación de una tesis jurídica no basta para configurar un agravio reparable por casación, desde que es absolutamente necesaria la demostración del error de interpretación atribuido, a fin de que los argumentos de la queja alcancen la entidad requerida por el Cód. Proc. Civil (LS 127-1; 105-432; 147-442; 156-214).

V. LA CUESTIÓN A RESOLVER:

Por una cuestión metodológica, abordaré el tratamiento en forma conjunta de ambos recursos, y desde esta perspectiva, debo analizar si existe arbitrariedad o error normativo en la sentencia que hizo lugar a la demanda por escrituración respecto del 100% del inmueble, dadas las siguientes circunstancias no discutidas que surgen del principal y de los autos n° 128.700, "F., J. p/ Sucesión":

- La compraventa fue celebrada respecto de un bien de titularidad registral del Sr. J. F.
- Ese bien fue adquirido durante su matrimonio con la Sra. M. I. F. como figura en los asientos del Registro de la Propiedad Inmueble, es decir que el inmueble reviste carácter

ganancial, ya que tampoco se dejó constancia que hubiese sido habido por el Sr. F. con fondos propios.

- Al momento de la venta la cónyuge del vendedor ya había fallecido.

- La sucesión de la Sra. F., fallecida en el año 1968, no se ha abierto.

- La venta se efectuó entre el Sr. F. como vendedor y la Sra. M. como compradora, respecto de todo el inmueble.

- La compradora abonó el precio convenido y entró en posesión del mismo a la fecha del boleto. Luego transfirió los derechos litigiosos que pudieren corresponderle en el principal a los ahora recurridos.

- El Sr. F. falleció después de celebrada la operación.

- Los recurrentes son los herederos declarados en la sucesión del Sr. F.; y resultaron adjudicatarios del inmueble, el cual se encuentra inscripto el 100% a nombre de cada uno de ellos en la proporción de 1/3 cada uno por orden del juez del sucesorio.

- Los recurrentes han sido demandados en su calidad de herederos del Sr. F.; y han reconocido el derecho de obtener escrituración sólo respecto del 50%.

a) Legislación aplicable:

En cuanto a la legislación aplicable, teniendo en cuenta que el conflicto gira en torno a la obligación de escriturar nacida de un boleto de compraventa celebrado entre el causante de los demandados, y la cedente de la parte recurrida, el análisis habrá de hacerse, conforme la normativa anterior, dado que:

a) Ésta era la ley vigente a la fecha de celebración del boleto. Cabe recordar además, que tanto en el anterior como en el nuevo código, las normas relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, siendo esta última la primera a aplicar en materia contractual.

b) También era la ley vigente a la fecha de muerte del vendedor.

c) En cuanto a la validez del acto generador de la obligación reclamada, cuestión también ventilada en el ocurrente, la cuestión es más compleja, ya que distintas soluciones se proponen según que el acto sea válido para la ley vigente al momento de celebración, pero nulo según la ley vigente al momento en que se juzga. También presenta dudas el caso opuesto, es decir, cuando el acto es nulo según la ley anterior, pero válido conforme la nueva ley. Señala en su obra la Dra. K. de Carlucci que el tema, en el ámbito del derecho transitorio, no ha tenido solución por parte de los grandes maestros del derecho, aunque destaca la posición de Roubier, para quien la validez o nulidad del acto jurídico debe juzgarse según la ley vigente al momento de realización del acto (Cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 90).

En materia de nulidad de actos jurídicos, el antiguo Código consagraba un sistema de doble clasificación: actos nulos-anulables, y actos de nulidad absoluta y de nulidad relativa. El primer binomio, para la generalidad de la doctrina, se explicaba en función de la manera en que se presentara el vicio: en forma manifiesta o no manifiesta. El criterio que presidía el segundo binomio, en cambio, radicaba en la clase de interés en juego en el acto viciado: el orden público en la nulidad absoluta, y el interés particular en la nulidad relativa (Lloveras de Resk, María Emilia; *Tratado teórico-práctico de las nulidades*; Depalma, Bs. As., 1985, p. 32/34).

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sienta un único criterio de distinción en el art. 386, estableciendo que los actos son de nulidad absoluta o de nulidad relativa, según que contraríen el orden público, la moral y las buenas costumbres, o según que la sanción sea impuesta por la ley sólo en protección del interés de ciertas personas. Conforme el comentario de la Dra. Benavente a la norma, la nueva legislación adopta un criterio diferente para la distinción entre actos viciados de nulidad absoluta o de nulidad relativa, al tomar en cuenta la noción de menoscabo al orden público –y la moral y las buenas costumbres-, con independencia del interés inmediato y preponderantemente tutelado, que puede ser el interés general o particular. Sin embargo, la autora señala que más allá de

la opción legislativa adoptada, para determinar si la nulidad es absoluta habrá de atenderse no sólo al orden público, sino también a si la lesión afecta intereses generales (v.gr. los actos realizados por menores de edad cuando les resultan prohibidos, pese a que el interés protegido directamente es el individual serán nulos de nulidad absoluta por su importancia para la sociedad) (Código Civil y Comercial de la Nación comentado; dirigido por Lorenzetti, Ricardo L., TºII; Rubinzal Culzoni Ed., Bs. As., 2015, comentario al art. 386, p. 518/519).

De lo reseñado se advierte que, en definitiva, el criterio de distinción de ambos regímenes no varía en lo sustancial, razón por la cual, más allá de que considero aplicable la ley vigente a la fecha del acto viciado, la solución del caso a la luz de las nuevas disposiciones, básicamente, no diferiría. En este sentido, y en lo que atañe a los efectos derivados de la declaración de nulidad, la actual regulación recepta los criterios doctrinarios y jurisprudenciales dominantes anteriores a la reforma y en donde se suscitaba discusión, y siguiendo la misma línea rectora que imperaba en la antigua ley.

Estriban, sin embargo, algunas diferencias, ya que ahora la declaración de nulidad absoluta pasa a ser una facultad del juez –no un deber-, y se extiende la cuestión de su análisis y subsistencia hasta el momento del dictado de la sentencia; se restringe el derecho de peticionarla a quien obre con torpeza y fija como requisito de la denegación que pretenda con la acción algún provecho; y establece expresamente su carácter imprescriptible (Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado, dirigido por Bueres, Alberto; Hammurabi, Bs. As., 2015, comentario al art. 387, p. 324).

b) Solución al caso:

El tema a resolver involucra dos aspectos: uno sustancial, relativo a la validez del negocio sobre el que se asienta el principal; y otro procesal, relativo al alcance que sobre ello ha tenido la falta de contestación de la demanda. Abordaré cada uno de ellos por separado.

1) El aspecto sustancial:

Tanto en primera como en segunda instancia, se analizó la eficacia del negocio de compraventa. En este aspecto la sentencia recurrida entendió que, en cualquier caso – asentimiento conyugal o consentimiento de copropietarios-, la compraventa celebrada

ostentaba un vicio susceptible de convalidación, es decir, se trataba de un acto nulo de nulidad relativa.

Como he adelantado, la distinción que hizo Vélez entre los actos jurídicos nulos o anulables de nulidad absoluta y nulos o anulables de nulidad relativa, radica en la clase de interés que esté en juego en el acto alcanzado con la sanción legal. La Dra. Lloveras de Resk hace coincidir el orden público con el interés general al efectuar la distinción (Lloveras de Resk, op. Cit. p. 34) De este modo, aunque existen supuestos donde específicamente la ley de fondo prevé expresamente la sanción de nulidad absoluta, todos aquellos actos en donde se haya visto involucrado el orden público –o esté afectado el interés general-, serán pasibles de tal carácter.

La noción de orden público es una de las más difíciles de precisar dentro del derecho. “Es un tópico afirmar que la noción de orden público es imprecisa y que adolece de vaguedad” (Córdoba, Marcos M; Orden público en el derecho sucesorio; Publicado en: LA LEY 18/11/2015,1; LA LEY 2015-F, 933; Cita Online: AR/DOC/4007/2015). El autor citado, al adentrarse en el estudio del orden público en el ámbito del derecho sucesorio, apela a los conceptos dados por diferentes autores, entre ellos el de Borda, para quien "Una cuestión es de orden público, cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las que sólo juega un interés particular. Por eso, las leyes de orden público son irrenunciables; imperativas, por el contrario, las de orden privado son renunciables, permisivas, confieren a los interesados la posibilidad de apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras". Constituye un conjunto de principios, más que de leyes, razón por la cual es esencialmente variable y mutable conforme varían los principios morales y éticos imperantes en la sociedad.

Nuestra doctrina es coincidente en considerar de orden público las disposiciones que rigen en el ámbito del derecho familiar y sucesorio, ya que las normas que lo integran tienen por finalidad asegurar la subsistencia de la comunidad a través de sus instituciones fundamentales, verbigracia, la familia (Córdoba, Marcos, op. Cit.), y que se traduce en la institución de la legítima, en el derecho de habitación del cónyuge supéstitute, etc.

Sin duda, el fallecimiento de una persona genera el mayor conglomerado de efectos jurídicos, que se irradian a los diferentes campos del Derecho. A modo de ejemplo, y con relación al caso que nos ocupa, en el plano patrimonial, la muerte de uno de los cónyuges disuelve el vínculo matrimonial poniendo fin a la sociedad conyugal de pleno derecho desde el deceso. Consecuentemente, los bienes que la integran (gananciales) quedan ligados a la

sucesión del causante, porque la mitad indivisa de todos ellos - con prescindencia de quién ostente la titularidad-, se incorpora al acervo hereditario, perteneciendo la mitad restante a título de socio al cónyuge supérstite (Roveda, Eduardo, Fleitas Ortiz de Rozas, Abel; Régimen de bienes del matrimonio; La Ley, 2001, Bs. As., p. 147, 152). Es decir que coexistirá la indivisión postcomunitaria entre el cónyuge supérstite y los herederos y la comunidad hereditaria -esta última exclusivamente entre los herederos-, hasta el momento de la partición, previo inventario, donde se describirán lo más detalladamente posible los bienes dejados por el causante a su muerte, así como el carácter propio o ganancial de los mismos. "Y es que la masa hereditaria partible quedará conformada por la sumatoria de los bienes propios -menos las deudas y el porcentaje de gastos causídicos- y la parte líquida de los bienes gananciales que conforman el acervo sucesorio" (Cámara de Apelaciones. Gualeguaychú. Entre Ríos; "Castro, Ángel Juan s. Sucesorio ab intestato"; 08/03/2012; RUBINZAL CULZONI 03-05-2012).

Respecto de la administración y disposición de bienes que integran la indivisión postcomunitaria nacida a partir de la muerte de uno de los cónyuges, la jurisprudencia dominante entiende que no subsiste el régimen previsto por los arts. 1276 y 1277 C.C. y por ende, el acto de disposición de un bien ganancial por parte de uno de los esposos (supuesto de autos) sería nulo por aplicación extensiva del art. 1331 C.C. que prevé la sanción de nulidad de la venta de la cosa común por parte del copropietario indiviso, y por los arts. 2680 C.C. y sgtes., que inhabilitan al condómino a otorgar actos jurídicos que importen el ejercicio actual del derecho de propiedad existente en vida de los cónyuges. Coinciden en esta posición Belluscio, Vidal Taquini y Mazzinghi entre otros. La otra corriente doctrinaria (Zannoni, Fassi, Bossert) considera que, por el contrario, continúa el régimen del art. 1277 C.C., y en lugar del 1276 se aplican las normas de la indivisión hereditaria -subsistiendo su aplicación en los demás casos de disolución de la sociedad conyugal- (Roveda, Eduardo, Fleitas Ortiz de Rozas, Abel; op. Cit. p.158/160).

En la especie, el Sr. F. vendió el 100% del inmueble de su titularidad, pero de carácter ganancial por haberlo adquirido durante su matrimonio con la Sra. M. I. F., premuerta a la fecha de la operación.

De la compulsas del sistema informático del Poder Judicial y de los autos sucesorios traídos ad effectum videndi, surge que del matrimonio nació una hija, la Sra. E. F.; y que la sucesión de la Sra. F., esposa del vendedor, nunca fue abierta. Esto implica que al momento de la compraventa, la indivisión postcomunitaria existía, y subsistió hasta que se abrió la sucesión del Sr. F. y se hizo la adjudicación de bienes en su sucesorio a sus herederos declarados.

Adjudicación que el juez dispuso respecto del 100% del inmueble en condominio, inscribiéndose un 1/3 para cada uno de los herederos (demandados recurrentes).

Esta resolución adjudicó la totalidad del bien a los quejosos pero sin existir sucesión ni declaratoria de herederos de la Sra. F. Tal circunstancia evidencia una irregularidad sobre la cual, sin embargo, ha recaído cosa juzgada material, por lo cual no corresponde en estadio procesal avanzar sobre la misma, ni ha sido tachada de írrita. En efecto, no sólo los recurrentes sino la compradora, que se presentó en el sucesorio acompañando el boleto, consintió la adjudicación efectuada de ese modo, lo que sin duda influye sobre su pretensión.

Lo hasta aquí expuesto y analizado permite hacer algunas aproximaciones: 1) en primer lugar, como bien señaló el juez de primera instancia, no se trata de un supuesto donde esté en juego la aplicación del art. 1277 C.C., sino de un supuesto en el que se requería completar el acto con el consentimiento de los copartícipes de la comunidad hereditaria nacida por el fallecimiento de la Sra. F., para poder operarse la transmisión del dominio de la totalidad del bien; 2) en segundo lugar, como bien señalan los recurrentes, estando frente a una venta efectuada sobre una propiedad sujeta a un estado de indivisión postcomunitaria, debió aplicarse en principio, por analogía el art. 1329 C.C. que establece que las cosas ajenas no pueden venderse, y el 3270 C.C. conforme el cual en el caso, no podía concederse a la compradora un derecho mejor y más extenso que el que tenía el vendedor.

Ahora bien, el art. 1330 C.C. si bien sanciona con nulidad a la venta de cosa ajena, sienta la relatividad del vicio que afecte al acto celebrado con ese objeto, ya que permite su convalidación o perfeccionamiento mediante el ulterior consentimiento del propietario.

¿Cómo conciliar entonces la relatividad del vicio existente en el acto de compraventa, con el orden público imperante en materia sucesoria?

Un precedente similar:

En fallo reciente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, declaró la nulidad de la venta efectuada por el cónyuge supérstite, del 50% indiviso que le correspondía sobre los bienes gananciales, a uno de los tres hijos del matrimonio, cuando aún no se había iniciado la sucesión de su esposa prefallecida. La acción fue intentada por las restantes coherederas,

quienes no habían dado su consentimiento para el acto, ya que el inmueble formaba parte de la comunidad hereditaria no disuelta al momento de la venta (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H; 13/03/2014; V., L. M. y otro c. V., M. C. ; ABELEDO PERROT Nº: AR/JUR/19983/2014;Publicado: RDF 2014-V , 59 RDF-2014-V-59 RDF 2014-VI , 63 RDF 2014-VI-63). Destacó en este fallo el preopinante, que la imposibilidad de disponer del bien no surgía de que el vendedor no tuviera derecho al 50% del inmueble en cuestión, sino de la subsistencia de la indivisión postcomunitaria, nacida por el fallecimiento de su esposa y que a esa fecha no había concluido.

En el precedente, el objeto de la compraventa fue sólo el 50% que le correspondía al vendedor como socio de la sociedad conyugal, respecto de la cual se solicitó expresamente su nulidad, a diferencia del ocurrente, donde el vendedor dispuso del 100% del bien, y sus herederos no han incoado acción de nulidad y además han aceptado la validez de la venta del 50%.

Es decir que en el sublite no se ha discutido si el Sr. F. tenía derecho de disponer del 50% indiviso que a él le correspondía como socio sobre el inmueble, pese a que conforme lo desarrollado hasta aquí, el boleto de compraventa no era el negocio jurídico adecuado sino, en todo caso, una cesión de derechos y acciones hereditarios, dado que tanto la doctrina como la jurisprudencia son coincidentes en que antes de la partición los integrantes de la comunidad hereditaria no pueden vender sino los derechos y acciones que les correspondiesen de manera indivisa sobre los bienes integrantes de la masa partible, por considerar a la misma como una universalidad jurídica. Sin embargo, la forma de trasmisión de la propiedad del inmueble no ha merecido agravio por ninguna de las partes, y más allá de eso, debo tener presente que la realidad negocial ha ido haciendo lugar, en el ámbito del derecho registral y notarial, al reconocimiento y validez de la cesión de derechos hereditarios con individualización de bienes (lo que en principio no correspondería si reconocemos que la masa constituye una universalidad), siempre y cuando la misma contenga un acuerdo partitivo, y bajo la condición de que la adjudicación se efectúe conforme el mismo (Lamber, Rubén, La escritura pública- Contratación inmobiliaria, TºIII, Ed. Notarial Fen; La Plata, 2006, p. 202). En consecuencia, no me adentraré en el análisis de esta cuestión, desde que los sucesores del Sr. F. están dispuestos a otorgar escritura respecto de ese 50% del inmueble en cuestión.

Con respecto del 50% restante, es menester recordar que así como las normas de familia y sucesión procuran fortalecer la solidaridad familiar, también tienen en vista un interés social amplio en la certeza de la consecuencia de continuidad de los negocios jurídicos del causante, surgida a partir del interés que existen en la sociedad de preservar la armonía, la

seguridad y el dinamismo en el tráfico jurídico. Como ya dije, la muerte de una persona da lugar a variedad y cantidad de efectos jurídicos. Así, en la esfera obligacional, las normas sucesorias prevén la continuación de la calidad de deudor o acreedor que en las diferentes relaciones jurídicas que tenía el causante, manteniéndolas intactas en sí misma, siempre y cuando ello resulte posible.

Dentro de ese ámbito se ubica la obligación de escriturar, la cual viene a dar cumplimiento a la obligación principal de compraventa inmobiliaria. Se trata de una obligación de hacer a cargo de ambas partes que no reviste carácter *intuitu personae* (Mosset Iturraspe, Jorge, Novellino, Norberto; La obligación de escriturar; La Rocca, Bs. As. 1994, p. 77 y sgtes.).

De este modo, los recurrentes deben, en principio, cumplir con dicha obligación asumida en vida por su causante. Existe un interés de toda la sociedad en ello. No obstante, no puedo soslayar el hecho de que al momento de celebración del boleto, el inmueble objeto del mismo formaba parte de la comunidad hereditaria surgida por el fallecimiento de la Sra. F. y por ende, el Sr. F. debió recabar el consentimiento de los sucesores de su esposa prefallecida.

Llegados a este punto, considero que desconocer en lo absoluto el derecho de la compradora (ahora de los cesionarios) a obtener la escrituración del inmueble respecto del cual entró en posesión hace más de quince años abonando la totalidad del precio convenido, importaría atentar en el caso contra la seguridad del tráfico jurídico. Pero de convalidar el vicio que ostenta el boleto en su totalidad, se vulneraría el orden público sucesorio, ya que en autos ni tan siquiera se conoce quiénes son los herederos de la Sra. F., mucho menos puede suplirse o tenerse por conferido tácitamente su consentimiento.

b) El aspecto procesal:

Siguiendo el razonamiento antes desarrollado, tengo para mí que, más allá de que la falta de contestación de la demanda permite al juez presumir ciertos los hechos alegados en la demanda y reconocida la instrumental ofrecida, conferir a esta regla procesal alcances por sobre normas sustanciales de orden público, importaría la comisión de un rigor ritual excesivo.

Entiendo que la decisión de primera instancia no resultó violatoria del principio de congruencia, desde que advertido el juzgador, a través del análisis de las constancias de la causa, de los intereses que estaban en juego, hizo lugar a la demanda de manera parcial respecto del 50% del inmueble.

Por un lado, es necesario recalcar que los Sres. B. sólo fueron demandados en su calidad de sucesores del Sr. F. No se los demandó como herederos de la Sra. F., ni tampoco se los emplazó a la apertura de su sucesión, que permanece sin abrir. Por otro lado, han sido contestes en todas las instancias en escriturar el 50% que correspondía al vendedor sobre el inmueble como socio. Ambos intereses, los particulares y el general de la sociedad puesto tanto en la continuación del negocio por los sucesores del vendedor, como en la preservación de la institución de heredero y sus consecuentes facultades, se encuentran amparados con esta solución.

En consecuencia, considero pertinente lo resuelto en primera instancia, asistiendo razón a los recurrentes. Por consiguiente, y pese al dictamen contrario del Sr. Procurador General, propicio a mis colegas de Sala la revocación del decisorio impugnado, restableciendo la validez del dictado en primera instancia.

Así voto.

Sobre la misma cuestión, los Dres GÓMEZ y PÉREZ HUALDE, adhieren al voto que antecede.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JORGE H. NANCLARES, DIJO:

Atento lo resuelto en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar a los recursos de Inconstitucionalidad y Casación interpuestos y en consecuencia, revocar la sentencia dictada a fs. 345/348 por la Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz, Tributario y de Familia de la Primera Circunscripción Judicial en los autos N°84.377/45087, "F. M. A. Y OT. C/ B., J. A. Y OTS. P/ ESCRITURACIÓN".

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. GÓMEZ y PÉREZ HUALDE, adhieren al voto que precede.

A LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JORGE H. NANCLARES DIJO:

Atento al resultado arribado, corresponde que las costas devengadas ante esta sede y las de segunda instancia sean a cargo del recurrido vencido (arts. 35 y 36 del C.P.C.).

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. GÓMEZ y PÉREZ HUALDE, adhieren al voto que precede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

S E N T E N C I A:

Mendoza, 26 de abril de 2.016.-

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

RESUELVE:

1) Hacer lugar a los recursos de Inconstitucionalidad y Casación interpuestos a fs. 17/26 vta. de autos. En consecuencia, revocar en todas sus partes la sentencia dictada a fs. 345/348 por la Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz, Tributario de la Primera Circunscripción Judicial en los autos N° 84.377/45.087, caratulados: "F. M. A. Y OT. C/ B., J. A. Y OTS. P/ ESCRITURACIÓN", y en su lugar se dispone:

“I. Rechazar el recurso de apelación promovido por la actora y, por ende, confirmar el fallo de primera instancia.”

“II. Imponer las costas de alzada a la apelante vencida.”

“III. Diferir la regulación de honorarios correspondientes a la segunda instancia para su oportunidad”

“NOTIFÍQUESE. REGÍSTRESE. BAJEN.”

2) Imponer las costas de esta instancia extraordinaria a la recurrida vencida.

3) Diferir la regulación de honorarios correspondientes a esta instancia hasta tanto se regulen en el principal.

4) Líbrese cheque a la orden del recurrente por la suma de pesos CUATROCIENTOS SETENTA (\$ 470), con imputación a las boletas de depósito obrantes a fs. 29 y 30.-

Notifíquese.

DR. JORGE HORACIO NANCLARES

Ministro

DR. JULIO RAMON GOMEZ

Ministro

DR. ALEJANDRO PEREZ HUALDE

Ministro