En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil diez, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Graciela Mercedes García Blanco y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M., S., M., C. y M., G. D. c/ P., C. R. s/ EXCLUSIÓN DE VOCACIÓN HEREDITARIA", expte. nro. 324/09,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución nro. 2 (expte. nro. 324/09), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 279), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 243/247vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte demandada contra la sentencia definitiva nro. 1187/2008 del Juzgado de Ejecución nro. 2 de la jurisdicción (fs. 248, fs. 243/47vta.).

La sentencia venida en crisis hizo lugar a la demanda promovida por S. P., C. V. y G. D., todos de apellido M., contra C. R. P., decretando la exclusión hereditaria de esta última en la sucesión del

cónyuge y causante G. P. B. M.. Impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

A fs. 266/275 luce el memorial de agravios de la parte demandada. Inicia la recurrente sus quejas haciendo una síntesis de sus objeciones, se agravia en primer término por la errónea conceptualización de la separación de hecho como fundamento que hace cesar la vocación sucesoria (lo que no siempre es así), segundo por el arbitrario análisis de las pruebas y tercero que como consecuencia imputa a la cónyuge supérstite en un análisis excesivamente liviano la responsabilidad de la ruptura de la relación matrimonial considerando que de esa manera queda conformado el elemento subjetivo necesario para excluirla. No evalúa prueba concordante arrimada por esa parte.

Señala como cuestión preliminar que hay distintas posturas sobre la carga probatoria luego de la sanción de la ley 23515. Seguidamente detalla la posiciones doctrinarias sobre la separación sin voluntad de unirse. Señala también la recurrente que la doctrina frente a la posición jurisprudencial que la interrupción de la convivencia sin voluntad de unirse resolvía la vocación hereditaria, se pronunció por atender a la culpabilidad, la sanción solo alcanzaría al culpable de la separación de hecho y no al inocente. Se diferenció entre la tesis objetiva y la subjetiva según tuviera o no en cuenta la atribución de culpabilidad en la separación o simplemente el mismo hecho de la ruptura.

Remite al texto del art. 3575 del Código Civil en el agregado del segundo párrafo, cita

jurisprudencia sobre la necesidad de indagar quién tiene la culpa, la ley no sanciona la voluntad de separarse sino quien tiene la culpa, luego de efectuar una reseña jurisprudencial trae a su relato el plenario del 12 de febrero del 1986, siguiendo con sus discrepancias y asentando en que la separación de hecho en que se funda el art. 3575 del CC en las causales que determinaron dicha separación y la carga de la prueba recae sobre quienes cuestionaron la vocación hereditaria.

Se agravia porque el juez, casi sin prueba producida por parte de la actora negándole entidad a la ofrecida y efectivamente producida, dictó la sentencia que no tiene correlato con las constancias.

Dice que el juez omitió una relación lógica del pensamiento, mencionó los testimonios e introduce las causales de divorcio que fueron distintas y que ninguna de las dos concluyó la primera por caducidad y la segunda por fallecimiento.

Puntualmente señala que el juez de grado dio trascendencia a la causa del pedido de separación del causante pero no valoró el pedido de la demandada a fs. 8 del expte. 1508/96 que solicitó divorcio dejando a salvo sus derechos de cónyuge inocente.

El a quo ignoró la culpa como presunción de su existencia. Esa recurrente, en su oportunidad, denuncio varias causas penales contra el causante, que no fueron halladas y no fue considerara la noticia en los diarios del Valle a fojas que no indica la apelante.

El juez pretende rotular al abandono en forma de presunción que ni siquiera la actora invocó

como voluntario y malicioso. Debió caracterizarse en un ruptura injustificada y la demandada aportó pruebas en contrario. Descalificó la prueba que fueron contundentes en demostrar la necesidad de la separación y remite a la declaración de la empleada doméstica del causante, no lo consideró, no respetó lo dispuesto en los arts. 411 y 412 del código procesal. Las declaraciones de P. M. sobre que P. era un elemento decisivo como ayuda para el causante no solo en tareas del campo, sino también en el estudio jurídico y actividades sociales. También las declaraciones de V. y D., la conclusión del juez fue valorar como un elemento intencional de voluntad de no unirse. Critica la valoración de la prueba de C. como elemento prefabricado y con sesgos de mecanismos preparados o por lo menos interesados cuando de la declaración surge que la unió una relación amorosa con uno de los herederos que promueve la acción de exclusión, incorporó como documental el testimonio en escritura pública al interponer demanda, además no abonó nada en la escribanía.

Análisis:

Surge de la lectura del memorial bajo análisis -primera parte- que la apelante describe la evolución doctrinaria, legal y jurisprudencial del instituto que ocupa la atención, la exclusión de la vocación hereditaria, no constituye lo que se da en llamar una demanda de impugnación (ver Santiago Fassi, César Yáñez, “Cód. Proc…, ”t. 2, pág. 480, ed. Astrea-89).

La recurrente detallando doctrina y diversos fallos no contradice lo decidido que, como remarcaré en párrafos siguientes, siguió en su

sentencia el A quo acorde con jurisprudencia reiterada. No obstante advierto que centrando su crítica exclusivamente en la valoración de la prueba, por considerar que no se demostró la culpa en la separación de los cónyuges, es decir en el fallo atacado existió una errada valoración de la prueba incorporada, lo cual la agravia y con tal fundamento será abierto el recurso. Agrego desde esta óptica que la doctrina entiende que "el ataque en la expresión de agravios va a variar si se pretende ir por vía de apelación o por vía de nulidad. En la vía de apelación (impugnación por errores in indicando), la fundamentación del memorial trata uno de dos temas o ambos: o demuestra que la fijación de los hechos ha si errada (tanto porque la elaboración de la consideración probatoria es falsa, porque es incompleta, porque se han omitido considerar medios esenciales, etc.) o que la subsunción jurídica es incorrecta (ya sea porque no son de aplicación las normas previstas o el alcance es distintos, etc.)" (ver Falcón E., t. II, pág. 424, ed. Abeledo- Perrot-988).

Ello, sin dejar de señalar que lo extenso de las transcripciones jurisprudenciales no constituyen una crítica concreta y razonada de la sentencia, sino un mero disenso respecto de la doctrina que considera la apelante debe seguirse.

En este orden de ideas, surge de la lectura de la sentencia venida en crisis que el juez a quo enmarcó su razonamiento en que existen dos elementos a considerar, uno de fondo esencialmente, que es la causal de exclusión que comprende dos subelementos uno objetivo, la circunstancia de la no cohabitación y otro subjetivo la causal de ello, y el segundo elemento que es el procesal, que es la

atribución de la carga probatoria. En este segundo consideró que el elemento objetivo, la no cohabitación correspondía probarla a la parte actora mientras que el segundo, la causal era carga probatoria de la cónyuge supérstite, demostrar su inocencia.

En reciente fallo, que me permito transcribir sintéticamente, fue abordado el tema tal y como hiciera el sentenciante de grado y su estrecha vinculación con la sentencia en crisis amerita su transcripción parcial.

"Puede tenerse por cierto que el Sr.... y la Sra.... se encontraban separados de hecho por un plazo sensiblemente superior al de dos años. Esta circunstancia reviste singular importancia en supuestos como el que aquí se dilucida, de conformidad con lo establecido por el artículo 3575 del Código Civil. La norma indicada dispone en su primera parte que "cesa también la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí en caso de que viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse o estando provisionalmente separados por juez competente". Como quedó acreditado, los cónyuges se encontraban separados de hecho por un plazo superior al previsto en el artículo 204 del Código Civil.

"En cuanto a los aspectos subjetivos del instituto, debo señalar que no encuentro siquiera un indicio que me lleve al convencimiento de que los cónyuges hayan tenido voluntad de unirse nuevamente luego de su separación de hecho.

”En lo que respecta al supuesto previsto en la segunda parte del artículo 3575 del Código Civil, lo cierto es que no existen elementos que permitan dilucidar si la separación de los cónyuges fue producto

de un acuerdo entre ambos o si se produjo por decisión unilateral de uno de ellos. En ese sentido, causa agravio al apelante que la sentencia de grado haya determinado que a él le correspondía la carga de la prueba de su inocencia en la separación.

"El detallado tratamiento del tema sub examine realizado por mi colega en la anterior instancia -endeblemente atacado por el recurrente-, me permitiría evitar una mayor exposición respecto del instituto analizado a fin de no incurrir en reiteraciones innecesarias. No obstante, estimo necesario recordar que la cita traída a colación solo refleja una de las posturas asumidas en el tema que aquí se debate y sobre el cual ni la doctrina ni la jurisprudencia presentan unanimidad.

"En ese orden de cosas, entiendo acertada la posición contraria a la asumida por el Sr. M., ampliamente fundada en la sentencia recurrida. Es que, tal como se ha dicho (cf. CNCiv., Sala C del 7/3/95, Lexis N° 10000466), el fallo plenario " Mauri [Fallo en extenso: elDial - AA638]" (publicado en LL 1986-B-134 y ED 117-319) estableció que "1) La exclusión sucesoria del cónyuge supérstite por su culpabilidad en la separación de hecho a que se refiere el art. 3575 del Código Civil, se funda en las causas que determinaron dicha separación; 2) que la carga de la prueba de las causales de tal exclusión sucesoria recae sobre quienes cuestionaron la vocación hereditaria del cónyuge supérstite". Pero si bien es cierto que la reforma introducida por la ley 23. 515 (EDLA 1987-A-3301) no modificó la norma contenida en el art. 3575 del Código Civil, si se hubiera querido mantener la doctrina del aludido fallo plenario, debió

haber modificado el mentado artículo ya que, al haber quedado con su redacción da lugar a diferentes interpretaciones.

"En efecto, si se aplicara el párrafo 2° del citado plenario, la sentencia apelada debería ser revocada, pero ese párrafo 2° -referido a la carga probatoria- ha sido derogado por la ley 23515. Lo que ocurre es que el art. 3575 del Código Civil concuerda con el art. 204 del mismo cuerpo legal, introducido por la ley 23515. En el art. 204 se establece con precisión la presunción inversa (cf. Zannoni, "Manual de derecho de sucesiones", 1989, ps. 453 y 575). Motivo por el cual el párrafo 2° del plenario se encuentra derogado por imperio de la ley 23515.

"Así, el art. 204, parte 2ª dispone "... si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente...". El plenario "Mauri [Fallo en extenso: elDial - AA638]", dispuso que se presume la inocencia del sobreviviente. Pero, el citado artículo introducido por la ley 23515, dispuso lo contrario. Dice que aquel de los esposos que se considera inocente deberá probar su inocencia.

"Es necesario precisar entonces dónde debe ubicarse la carga de la prueba. Para ello corresponde mencionar al art. 3574 del Código Civil. Esta norma distribuye la herencia teniendo por antecedentes un divorcio decretado en vida de los esposos y, en ese supuesto, disuelto el vínculo matrimonial ninguno de los cónyuges conservará vocación hereditaria respecto del otro. También prevé que en los casos de los artículos 204, párrafo 1°, y 205 del mismo cuerpo, ninguno de los cónyuges mantendrá derechos

hereditarios en la sucesión del otro, pero agrega en caso de decretarse la separación por mediar separación de hecho anterior, el cónyuge que probó no haber dado causa a ella, conservará su vocación hereditaria en la sucesión del otro.

"En síntesis, los textos no dejan cabida a la duda; si existe separación por las causas establecidas en el art. 204, el sobreviviente, es decir el viudo, deberá probar que no ha dado causa a la separación de hecho, pues se supone la causación conjunta de la separación de hecho, hasta la producción de prueba que la desmienta. Por otra parte, ello se condice con los más modernos criterios en materia probatoria, pues no cabe duda que es el cónyuge supérstite quien se encuentra en mejores condiciones de acreditar su falta de culpa" (citar: elDial - AA4619 "H. J. A. I." - CNCIV - SALA H - 21/02/2008).

Advertiré que esta doctrina y esta jurisprudencia fueron seguidas a pie juntilla por el sentenciante de grado.

Al incoar demanda a fs. 10/12 los actores hacen hincapié en las acciones iniciados por la demandada, exaltando su voluntad de divorciarse, más aun aluden a la situación que está viviendo en pareja. Ofrecen como prueba un testimonio, la Sra. C., y los expedientes de divorcio.

Al contestar demanda a fs. 31/34, más allá del cumplimiento de lo previsto en las normas del código ritual, en lo que interesa es la específica y puntual negativa de convivencia con otra persona, y haber incurrido en las previsiones de los arts. 202 incs. 4 y 5 del CC, y digo que interesan a este pleito porque son las circunstancias sobre las cuales se

atenderá la culpa o no de la demandada en la separación y por lo tanto la viabilidad de la demanda y la conducta procesal anterior de la parte actora que audiencias previas en el pleito sucesorio fue tratada la accionada como heredera que la parte apelante califica como encuadrada en la teoría de los actos propios. Además que el de cujus convivió en el hogar conyugal no con su hijo sino con dos personas, que los pleitos iniciados por ésta eran consecuencia de la conducta del causante. Ofreció prueba documental e informativa.

Fue desconocida por la parte actora (fs. 37) la fotocopia de la sentencia nro. 957/99 acompañada por la demandada sin que se haya acreditado a posteriori su autenticidad den autos.

Con relación al testimonio de la Sra. C., que hoy la apelante señala como errado en su valoración por el A quo, obra a fs. 64/66, sobre el mismo extraigo diversas conclusiones, en lo que afecta al conflicto en estudio y la decisión final que se adopte. Es relevante destacar que la testigo contesta diciendo ser amiga de los hijos, y seguidamente no estar comprendida por las generales de la ley –los hijos son parte, son los actores en el pleito- ampliándose la información con la declaración que había tenido una relación "similar" a un noviazgo con el actor D. M. (respuestas a la 11 y 12 preguntas).

Dijo la doctrina procesal: "A los efectos de confiar de esta declaración, un buen testigo no debe estar interesado, materia o moralmente, en el proceso. En la prueba testimonial es condición de credibilidad conforme las reglas de la sana crítica, la extrañeidad del testigo respecto de la parte que lo

propone. …la inclusión de preguntas sobre la circunstancias en el interrogatorio particular supone que siguen siendo útiles para juzgar sobre la veracidad de la declaración del testigo. Ello no significa que el juez prescinda de la declaración, sino que juzgue atentamente su verosimilitud…" (autor y obra citada, T. 3, pág. 645).

En la especie no se impugnó ni tachó a la testigo en cuestión de alguna forma en cuanto a su inidoneidad, no obstante, la circunstancia de que haya tenido una relación de similar noviazgo -como declaró- con uno de los actores y que se manifieste como amiga de los hijos del causante litisconsortes activos, obliga a apreciar su declaración con la mayor estrictez y severidad.

La declaración de fs. 121 es imprecisa en el tiempo, y respecto de la declarante que se manifiesta ama de casa y luego dice conocer los hechos como empleada administrativa del estudio de fallecido abogado, reitero no he de valorar atento a esa circunstancia la declaración de la Sra. D.

La declaración de fs. 122 de una persona muy cercana en el trato aporta un poco más de elementos de valoración que no se ven opacados por no existir motivos que induzcan a valorarla con estrictez. Del acta pertinente surge la corroboración de los dichos de la demandada respecto de la conducta del fallecido con ella y la existencia de una persona cohabitando con él.

En el testimonio de fs. 123 no puede precisarse temporalmente. Con relación al de fs. 126, se trata de un pariente, que da cuenta de una buena relación antes de la ruptura matrimonial y el aporte de la demanda en las actividades laborales y sociales del

esposo. En igual sentido a fs. 127 mientras el testimonio de fs. 128 deja en claro que vio al de cujus ebrio y concuerda con la existencia de una persona en casa del fallecido Dr. M. con una conducta de “dueña de casa”.

No encuentro argumentos para apartarme de la jurisprudencia seguida por el magistrado de grado en cuanto a la carga probatoria, y he de tener en cuenta el hecho objetivo probado, por lo que resta valorar con lo aportado si P. es inocente o culpable de la separación si aportó elementos de prueba suficientes en este pleito, habida cuenta que los trámites de divorcio iniciados jamás concluyeron con sentencia definitiva (circunstancia reconocida por las partes en autos).

Corresponde aplicar la doctrina expuesta en otros precedentes por este tribunal, en el sentido de que si las causales subjetivas de divorcio (arts. 202, 214, inc. 1, del Cód. Civ.) resultan acreditadas en el juicio respectivo, el divorcio deberá decretarse sobre éstas quedando desplazada la causal objetiva (art. 214, inc. 2, del citado código), porque la reforma introducida por la ley 23515 impide su concurrencia (SCBA, Ac. 47.552 del 15-3-94, Ac. 78.634 del 2-4-03; esta Sala, causa n° 40. 668 del 19-10-99, causa n° 44.660 del 8-5-03, causa n° 45. 321 del 25-11-03, entre otras). En efecto, la parte actora ha acreditado algunos de los hechos invocados en la demanda, que encuadran en las previsiones del art. 202 del Código Civil; por lo que el divorcio de los cónyuges deberá decretarse con base en tales conductas del demandado, quedando desplazada la causal objetiva de separación de hecho que se introdujo al proceso por

vía reconvencional. En consecuencia, propiciaré al acuerdo la revocación de la sentencia apelada, el acogimiento de la demanda y la desestimación de la reconvención"… "Es reconocida la importancia que en esta clase de procesos adquiere la prueba testimonial, habiéndose validado -en doctrina y jurisprudencia- la declaración de personas allegadas a los cónyuges, por ser quienes tienen mayores conocimientos de los hechos (esta Sala, citada causa n° 43.766 del 10-9-02)" ("L. M. E. c/ D. O. L. O. s/ Divorcio Vincular" - CAMARA EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE AZUL (Buenos Aires) - SALA II - 06/05/2008, citar: elDial - AA4883).

"La causal de injurias graves prevista en el inciso 4 del art. 202 del Código Civil (aplicable al caso por remisión que efectúa el inciso 1 del art. 214 del mismo cuerpo normativo) presenta una gran amplitud, pues abarca situaciones de la más variada índole. Ahora bien, en todos aquellos casos susceptibles de ser encuadrados en esta causal, debe mediar un apartamiento grave de las obligaciones conyugales, realizado conscientemente por su autor, y el mismo debe hacer imposible la continuidad de la vida en común. Esto es, las injurias deben revestir suficiente trascendencia e intensidad, como para provocar en el ofendido una imposibilidad legítima para continuar las relaciones conyugales (cf. Mazzinghi, "Derecho de familia", tercera edición, tomo 3, págs. 118 y 119). Y dentro de este concepto, la jurisprudencia ha englobado diversas situaciones, entre las que se cuentan los insultos, las actitudes desdeñosas o agresivas, las malas maneras empleadas por un cónyuge respecto del otro, ya sea directamente, ya sea refiriéndose a él en presencia de terceros. En

estos casos, se quiebra el respeto mutuo que requiere la comunidad de vida matrimonial, con grave daño para la familia (cf. Mazzinghi, ob. cit., págs. 123 y 124 y fallos allí mencionados). En el concepto de injurias graves caben diferentes conductas, tales como los insultos, los silencios constantes, las respuestas ofensivas, las actitudes que muestran desconsideración y desprecio, provocando incidentes y humillaciones ante miembros de la familia o frente a extraños y amigos, las reacciones violentas, etc. (ver Bossert- Zannoni, "Manual de derecho de familia", 5ta. Edición, pág. 339).

Ahora bien, al no existir sentencia que haga cosa juzgada respecto del divorcio o la separación de la demandada P., con qué elementos de prueba contó a los fines de acreditar en este pleito que existió una causal subjetiva, comprensiva de su inocencia que desplazó, la objetiva y así repeler la exclusión de su vocación hereditaria pretendida en estos autos.

Desde esta óptica es relevante el testimonio de la empleada doméstica del entonces matrimonio, que da claras cuentas de la conducta del de cujus con la esposa P..

De la documental aportada el expte. 1598/292/96 que concluyó por caducidad de instancia, la Sra. P. inició el mismo por la causal de injurias, con la intención de desplazar ya la causal objetiva por la subjetiva.

"En la medida que se haya alegado y comprobado una causal subjetiva determinante de la culpabilidad exclusiva de uno de los cónyuges, la razón objetiva queda desplazada y no puede prevalecer sobre aquélla. No es posible admitir que el factor subjetivo

de imputación caduque como prerrogativa de invocación por el transcurso del tiempo establecido para la admisibilidad de la causal objetiva, o que dicho factor no pueda aceptarse por vía reconvencional, debido a la preeminencia temporal de la pretensión fundada en esa causal objetiva" (G., M. B. y C., M. A. s/ DIVORCIO" (Sentencia Definitiva - CNCIV - Sala G - Nro. de Recurso: G213829 - Fecha: 16-5-1997 - citar: elDial - AE520).

Ahora bien, en la especie no se probó en el juicio al que me refiero la causal invocada, pero considero que la caducidad a la que se arribó no implica desplazar precisamente los motivos y fundamentos en que se pidió el divorcio, es decir las injurias atribuida al fallecido. A mayor ilustración cito: "En el régimen de divorcio no operan los institutos de la caducidad y la prescripción respecto de las causales estatuidas" ("O. , P. E. c/ D. , M. s/ Divorcio vincular" - SCBA - AC 78634 S - 2-4-2003, citar: elDial - W167DE).

En el expediente, también acompañado, nro. 122/218/2003 como dijo la parte actora, cambia y solo asienta su decisión de divorciarse en la causal prevista en el art. 214, inc. 2, del Código Civil, la objetiva y el fallecido cónyuge manifestó no haber sido el causante de la separación, su condición de inocente lo que dio origen a que el juez del divorcio entendiera la existencia de hechos controvertidos y se tuviera presente la prueba ofrecida por la Sra. P. y se abriera a prueba la causa (fs. 24/25/29/30). Lo que deseo dejar sentado es que la inocencia como causal en la separación de los cónyuges P. y M. era controvertida. Ninguno de los dos pleitos inconclusos permiten afirmar

que la separación del hogar conyugal de P. haya sido o no por culpa del otro.

En síntesis, tengo las declaraciones testimoniales que dan cuenta de la relación existente en el matrimonio en forma previa a la separación, el testimonio de fs. 128 sobre el estado de ebriedad del causante, que a los fines de resolver esta cuestión a mi modo de ver se han reunido suficientes elementos de comprobación por parte de la demandada para repeler la demanda incoada por S., C. y G. D. M.

Simplemente a mayor abundamiento y teniendo en cuenta que las versiones periodísticas no pueden considerarse como bien señaló el Aquo elementos de prueba, en su conjunto con todo lo acompañado puedo inferir que en este caso específico aportan un grado de presunción corroborante a las demás pruebas acompañadas en la causa y que detallé. Agrego que "…el indicio es considerado como la causa de la presunción y ésta el efecto de aquél. Gorphe, al hablar de los indicios, presunciones y circunstancias, señala: Este medio de prueba está extremadamente difundido y mal definido.

"Consiste en recoger e interpretar todos los hechos o circunstancias que pueden llevar al descubrimiento de la verdad. Tampoco tiene, hasta el presente, una denominación precisa. Los civilistas hablan más bien de presunciones de hecho o del hombre, ya que no se trata aquí de las llamadas legales, los criminalistas de indicios y los juristas ingleses o americanos, de circunstancias, término que es el más genérico: de allí proviene el nombre de prueba por presunciones o (se admite esta acepción) presuntiva o de prueba indiciaria (término reciente) o el de prueba circunstancial (término inglés). Comprende todo hecho o

circunstancia que tiene relación con el hecho investigado y permite inferir su existencia o modalidad; puede decirse que abarca todo lo que no entra en las demás pruebas (y no solamente como dice Wigmore, lo que no entra en la prueba testimonial, aun interpretada lato sensu)" (apreciación judicial de las pruebas, pág. 261)" (Falcón, E. "Tratado de la prueba", T. 2, pág. 452, ed. Astrea-2003).

Por todo lo dicho, los actores alcanzaron a acreditar, y con reconocimiento de la demandada, que existió una separación de hecho previo al fallecimiento del causante y la demandada demostró en autos su inocencia respecto del abandono del hogar conyugal, como detallara en los párrafos precedentes.

Finalizando, cierro el tema dejando sentado que a los fines del presente no puede prosperar la demanda de exclusión de la vocación hereditaria de C. R. P. y ésta debe ser desestimada, con costas a la parte actora vencida siguiendo el principio objetivo de la derrota previsto en la norma ritual (art. 69 del Digesto Jurídico de la Pcia. del Chubut Ley XIII nro. 5, antes art. 68).

En igual sentido al haberse revocado la sentencia de grado por imposición del art. 279 del CPCCCh (actual 282 de la Ley XIII-5-DJ, Anexo A), las costas de la instancia de grado se imponen a la parte actora.

Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Esta vocalía propone para el Acuerdo:

1. Hacer lugar a los agravios, revocando la sentencia venida en crisis, rechazando la demanda incoada por S. M., C. M. y G. D. M. contra C. R. P..

2. Costas en ambas instancias a la parte actora.

3. Diferir la regulación de los honorarios de los letrados actuantes en ambas instancias al momento del Acuerdo.

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

Que llegan las presentes actuaciones a la alzada en apelación (fs. 248) de la sentencia de fs. 243/247vta. que admite la demanda promovida por S. P. M., C. V. M. y G. D. M., contra la Sra. C. R. P. y decreta la exclusión hereditaria de la demandada en la sucesión de su cónyuge y causante G. P. B. M. Impone las costas a la demandada vencida y regula los honorarios.

A fs. 250 y 251 el demandado y el abogado por su propio derecho, respectivamente apelan los honorarios por altos el primero y por bajos el segundo.

Concedido el recurso y llegado a la alzada se pone el expediente a los fines de los arts. 262 y 263 del Código Procesal.

A fs 266/275 se agrega el memorial de agravios.

Entiende el apelante que ha existido por parte del Juez una errónea conceptualización en cuanto a que la separación de hecho hace cesar el fundamento de la vocación hereditaria, un arbitrario análisis de las pruebas, imputando en un análisis liviano a la cónyuge supérstite la responsabilidad en la ruptura de

la relación matrimonial considerando que de esa manera queda conformado el elemento subjetivo necesario para excluirlo.

Bajo el título “Fundamentos”, señala que sobre el tema han habido distintas posturas doctrinarias relativas a la carga probatoria, antes y después de la ley 23515, mencionando la evolución de la doctrina y la jurisprudencia, partiendo del art. 3574 del CC, siguiendo por las soluciones adoptadas a partir de la reforma por la ley 17711.

Analiza allí con citas de jurisprudencia la tipificación de la causal de la carga de la prueba y lo sostenido en la doctrina.

Al sancionarse la ley 23515, modificándose la previsión del cese de la vocación hereditaria del cónyuge que no dio causa a la separación de hecho en los casos del art. 3574, es decir si viviera en concubinato o incurriera en injurias graves. Aparecen al respecto nuevas discordancias.

Pasa luego a referirse el quejoso a los agravios, y advierte que el a-quo casi sin prueba producida por la parte actora y negándole entidad a la producida por la demandada dictó una sentencia sin correlato con las constancias. Obviando la relación lógica del pensamiento.

Se pregunta si resulta tan clara la pérdida de la vocación hereditaria ante la existencia efectiva de la separación personal, y la promoción de dos acciones por divorcio vincular, ambas inconclusas, sin que buceara el sentenciante sobre la culpa, ignorándola hasta como presunción de su existencia.

Sostiene que la valoración que hace de

las causas sobre divorcio son arbitrarias.

Puntualiza que las causas penales contra el causante nunca aparecieron, aunque las noticias periodísticas no fueron tenidas en cuenta, como presunción de la existencia de actos violentos generados por el causante y denunciado por la demandada como fuente, raíz o nacimiento que dio como resultado la separación inculpable de la accionada.

El apoyo jurisprudencial del juez, afirma, no se condice con el caso en tratamiento.

El segundo agravio se dirige a la arbitraria evaluación de la prueba. Menciona la declaración del testigo M., P. M. y D. y señala que ha existido un criterio selectivo por parte del Juez, de allí que considere que resulta imprescindible la intervención de V.E. en este aspecto.

Subraya que no ha habido actividad probatoria por parte de los accionantes, llamando la atención sobre la recepción sin cortapisas por parte del sentenciante del testimonio de C., cuando el mismo aparece prefabricado.

Recuerda que la demandada denunció y probó a través de las publicaciones periodísticas y exposiciones policiales, que el causante era de carácter violento, y a lo que agregaba su afección a la bebida y sus actos de infidelidad.

En principio se ha probado y no existe discusión sobre ello que la demandada Sra. C. R. P. se encontraba separada de hecho del Sr. M.; en el expediente N° 122/2003 manifiesta que desde el 4 de julio de 1996, lo que no es objetada (fs. 11) y se reitera a fs. 11 del presente.

Trae en sus agravios el apelante una

síntesis acertada de la evolución de la doctrina y jurisprudencia a partir del art. 3575 del CC, de la reforma a partir de la ley 17711 y luego de sancionada la ley 23515, en cuanto al valor de la separación de hecho como causal de exclusión y a quién le correspondía la carga de la prueba.

En doctrina y jurisprudencia aún persisten criterios encontrados.

Y siguiendo a la Dra. Kemelmajer de Carlucci en "La exclusión del separado de hecho en la sucesión del Cónyuge", págs. 31 y sgtes., "Sucesiones 2000-2", "Revista de Derecho Privado y Comunitario", a la que ha adherido el a-quo, entiende que la mejor comprensión de la problemática planteada exige distinguir dos aspectos, que son los delimitados por el apelante, como cuestión de fondo, determinación de los elementos o tipificación de la causal de exclusión, y como cuestión procesal sobre quién recae la carga de probar los presupuestos de la causal.

En punto al elemento objetivo, considera que habiendo transcurrido más de dos años desde la separación de hecho, que es el caso de autos, la prueba de la inexistencia del elemento objetivo, se torna muy difícil.

De lo que concluyo, y ante el reconocimiento de la cónyuge supérstite, que este primer aspecto se encuentra, como ya lo adelantara, probado.

En punto al elemento subjetivo de la causal de exclusión, cual es la falta de voluntad de unirse, está acreditada no sólo por el transcurso del tiempo sino por las causales esgrimidas en los exptes. N° 1598/1996 y 122/2003. Causas que nunca llegaron a

sentencia.

Y como dice la autora citada, el elemento que decide la exclusión del cónyuge es la inocencia o culpabilidad en la causa de separación de hecho.

Llegada a esta decisión cabe determinar a quién le incumbe la carga de probar el elemento subjetivo y partiendo de adoptar la postura que el elemento subjetivo que excluye la vocación hereditaria del cónyuge en el derecho positivo vigente es la culpabilidad en el hecho de la separación, más allá de la doctrina y jurisprudencia alcanzada por el quejoso y lo que surge de la lectura de los fallos del LL 1997-487, ED 170-392, LL 1986-B-134, ED 117-320, me inclino junto con la Dra Kemelmajer, Borda, "Tratado de Derecho Civil Argentino, Sucesiones, Tomo II,…. Que la carga de la prueba incumbe al cónyuge supérstite, es decir, él es quien tiene que probar su inocencia, la carencia de esta prueba trae como consecuencia la exclusión" y agrega que la respuesta que pone la carga de la prueba sobre quien alega la inocencia responde a los modernos principios procesales relativos a la carga de la prueba, la carga probatoria dinámica.

Asimismo, resulta interesante lo sostenido por la Cátedra de Derecho Privado, Sucesiones, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, con relación a la posesión hereditaria y la separación de hecho, en el punto III: "Interpretación de la jurisprudencia y la doctrina: La cuestión que se plantea en la actualidad es la vigencia o no del plenario Mauri luego de las reformas introducidas por la ley 23515, en particular lo referido a la carga de la prueba de la culpabilidad o

inocencia en la separación de hecho para que la misma opere como causal de exclusión del supérstite en la sucesión del otro.

Una corriente interpretativa sostiene que la ley 23515 no modificó en forma sustancial al Plenario Mauri por lo cual el mismo sigue vigente y es de aplicación obligatoria.

Otra corriente entiende que con la legislación actual la carga de la prueba pesa sobre el cónyuge supérstite al que se pretende excluir de la sucesión, quien deberá acreditar su inocencia dado que con posterioridad a la reforma, se ha derogado la segunda parte del Plenario Mauri e invertido la carga de la prueba para el viudo de la separación de hecho que pretende derechos en la sucesión de su cónyuge". Y respecto a la carga de la prueba después de la ley 23515,_ sostiene. "En la actualidad no está cerrado el debate referido a quién corresponde probar la culpabilidad o inocencia en la separación de hecho para excluir de la sucesión al cónyuge supérstite.

"Adelantando opinión sobre el tema, sostenemos que la carga de la prueba pesa sobre el cónyuge que pretende mantener su vocación hereditaria, el cual deberá acreditar su inocencia en la separación de hecho por una serie de consideraciones que detallaremos a continuación.

"En materia procesal rige el principio general que impone la carga de la prueba a quien alega un hecho controvertido; en el supuesto que tratamos el hecho controvertido es la culpabilidad en la separación de hecho del cónyuge supérstite, por lo cual correspondería la obligación de probar la culpabilidad a quien pretenda excluir al supérstite. En la

actualidad dicho principio general cede frente al principio llamado carga dinámica de la prueba o visión solidarista de la carga de la prueba; el mismo establece que a los fines de la determinación de las mejores condiciones de probar, debe concurrir en la litis determinados extremos fácticos, acreditados por el actor según las reglas clásicas, pero cuando por las particularidades del caso, esa carga resulta de cumplimiento imposible o extremadamente dificultoso, se desplaza hacia el demandado. Se sostiene que "establecida la separación de hecho sin voluntad de unirse, se encuentra en mejores condiciones por conocer las intimidades de la pareja, para probar la inocencia o la culpabilidad del otro cónyuge, el supérstite que los causahabientes del fallecido". “La reforma producida por la ley 23515 incorpora al CC la interrupción de la cohabitación sin voluntad de unirse como causal de separación en el artículo 204, siempre que sea por un término mayor de dos años, y como causal de divorcio en el artículo 214 inciso 2 cuando se haya mantenido dicha separación por un tiempo continuo mayor de tres años. A su vez el artículo 204 establece que si alguno de los cónyuges alega y prueba no haber dado causa a la separación de hecho la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente, entre los que se encuentra el mantenimiento de la vocación sucesoria. Entonces, para que uno de los cónyuges sea considerado inocente de la separación, éste debe alegarlo y probarlo, es decir la ley establece una presunción iuris tantum de culpabilidad de ambos, el que se considere inocente debe demostrar que no dio causa a la separación. Al no contar, en la separación de hecho, con la presunción de inocencia sino de

culpabilidad, la carga de la prueba de la inocencia pesa sobre quien la alega, contrariamente a lo establecido en el plenario Mauri.

”No puede dejar de señalarse la relevancia que se le ha dado a la interrupción de la cohabitación en el artículo 214 como causal de divorcio, ya que uno de los efectos del divorcio es justamente la pérdida recíproca de vocación hereditaria entre los ex cónyuges.

”En materia estrictamente sucesoria contamos con el artículo 3574 cuya redacción establece en su tercer párrafo segunda parte "en caso de decretarse separación por mediar separación de hecho anterior, el cónyuge que probó no haber dado causa a ella, conservará su vocación hereditaria en la sucesión del otro"; establece concordantemente con el artículo 204, que el que pretenda conservar derechos hereditarios en la sucesión del otro debe demostrar su inocencia en la separación de hecho que dio causa a la separación personal, si no prueba no haber dado causa a dicha separación es tenido por culpable” (Ponencia publicada en www.legalmendoza.com.foro).

“Atento estas consideraciones sostenemos que la carga de la prueba se ha invertido, pasando de ser obligación de los que pretenden excluir al cónyuge supérstite a ser una carga de éste último, que deberá acreditar su inocencia para no ser excluido”. Arribado a tal conclusión he de recordar que la valoración de la prueba testimonial constituye una facultad propia de los magistrados, quienes pueden muy bien inclinarse hacia aquellas declaraciones que les merecen mayor fe para iluminar los hechos de que se trate. La concordancia que puede descubrirse entre el

mayor número, y en definitiva, las reglas de la sana crítica, han de señalar caminos de interpretación del juzgador (Falcón, Enrique, "Código Procesal Civil y Comercial ...", T° III, pág. 365 y sus citas). Asimismo, se ha dicho que en la apreciación de la prueba testifical el magistrado goza de amplia facultad: admite o rechaza lo que su justo criterio le indique como acreedora de mayor fe, en concordancia con los demás elementos de mérito que obren en el expediente (Fenochietto-Arazi, "Código Procesal (...)", Astrea, ed. 1993, tomo 2, pág. 438 y su cita).

Y es siguiendo tales argumentos que la valoración que hiciera el sentenciante no resulta arbitraria, sin perjuicio de ello ante los agravios y los hechos que se controvierten a fin de adoptar decisión se torna imprescindible la revisión de los elementos de prueba.

Y ello es así porque debe decidirse si la demandada probó que tuvo motivos justos, para el alejamiento del hogar que mantenía desde el año 1996.

Y del expediente encordelado N° 1598, nada surge al respecto, en principio, porque sabido es que las manifestaciones ante la autoridad policial, son declaraciones unilaterales de ninguna fuerza probatoria (fs. 4 y 5 y fs. 192/194 del presente).

Asimismo, la noticia que surge del diario El Chubut de fecha 3 de septiembre de 1996, fs. 6 y fs. 208 y 212 de estos actuados, carece de relevancia.

En principio, pues, de la lectura del artículo, más allá del título, asertivo, “Conocido abogado disparó…”, el cuerpo de la nota comienza diciendo “Transcendidos confiables… donde

supuestamente…” - “Si bien el hecho no pudo ser confirmado en la esfera judicial, fuentes extraoficiales…”. Por otra parte no se acreditó que de tal hecho existiera denuncia alguna, pues si bien el quejoso manifiesta que las causas penales desaparecieron, consta a fs. 231/232 que de la prueba ofrecida al respecto se tuvo por decaído el derecho a producirla. Por último y decisivo es que la autenticidad de los ejemplares acompañados, en modo alguno implica la veracidad de su contenido y la de las manifestaciones que en dichas publicaciones se vierten, ante la falta de control de éstas y por tratarse de trascendidos y como reconocen no confirmados en la esfera judicial. En consecuencia dicha prueba es insustancial para el hecho del caso.

Y en la causa 1598/96, si bien se denuncian tales hechos, reitero, los elementos con que pretende probarlos no resultan dirimentes, más aún con la negativa oportuna del demandado y la reconvención que introdujera.

Transcurridos tres años desde la extinción de dicha acción, inicia la hoy demandada el expte. 122/2003 peticionando el divorcio vincular del Sr. M., con fundamento en la causal prevista en los artículos 214, inc. 2do., 227 y cc. del CC.

Separación a la que no se opone el demandado con la salvedad de que se tenga presente que el suscripto no ha generado la separación (art. 204, último párrafo, CC).

Abierta la causa a prueba, la misma se trunca ante el fallecimiento del Sr. M. el 22 de agosto de 2005.

En los presentes, entiendo que las

testimoniales no son lo asertivas que se requiere para tener por probado que existieron razones graves para que la demandada hiciera abandono del hogar. El testimonio de M., a quien el quejoso le otorga relevancia decisiva, no me resulta tal, ya que comienza declarando que trabajó entre 1984 y 1989, para luego de una nueva pregunta extiende el tiempo hasta el 2002, de allí que tal declaración deba ser valorada con el resto probatorio. Más, desconoce la fecha en que la Sra. P. abandonó el hogar.

Por su parte la testigo M., en su declaración no resulta clara, ya que preguntada cómo era la relación entre las partes antes del fallecimiento del causante, contestó que no frecuentaba, que la relación era buena y que de repente cambió su carácter, que no sabe el por qué pero que un día lo encontró ebrio en la calle, que era agresivo. Luego contestó que antes de la separación se juntaban siempre, que el trato era bueno, para luego agregar que lo vio al causante en su casa con una pareja, pero no sabe si se quedaba a dormir.

En síntesis las testigos dan cuenta que bebía y que era agresivo, pero nadie refiere que en tales circunstancias agrediera a la Sra. P.

El resto de testigos hablan de una buena relación y la Sra. P., nunca esgrimió como causal de abandono del hogar el adulterio y las injurias graves alegadas se refirieron a los malos tratos del Sr. M.

En punto a la testigo C., el quejoso en esta instancia se refiere a la misma como un elemento prefabricado, con sesgos de mecanismos preparados o por lo menos interesados, dejando pasar el momento procesal oportuno para cuestionar tal testimonio, máxime cuando

estuvo presente en dicha declaración.

Advierto que lo único válido en su cuestionamiento es en punto a la relación que la unió a uno de los actores, de allí que la valoración debe ser efectuada en consonancia con el resto de las testimoniales. Y tal declaración no fue decisiva para la resolución del sentenciante, sino que sólo se refirió a la quinta y sexta pregunta y sus respuestas no eran sobre un hecho controvertido.

Razones todas por las que confirmo la sentencia.

La demandada y el abogado patrocinante apelaron los honorarios por altos y por bajos respectivamente.

De acuerdo al trabajo realizado por los profesionales intervinientes, la posibilidad que las pretensiones prosperen, el resultado obtenido, así como la trascendencia de la decisión, la naturaleza del proceso, las etapas cumplidas y todo en concordancia con los artículos 5, 6, 37 de la ley XIII, N°4, los honorarios regulados por el sentenciante se ajustan a las pautas enumeradas.

Las costas de esta instancia a la demandada vencida.

A fin de regular los honorarios, que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente iguales pautas a las ya señaladas y lo que dispone el art. 13 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Rechazar los agravios de la parte demandada y del patrocinante por derecho propio y confirmar la sentencia de fs. 243/247vta.

2) Imponer las costas a la demandada vencida y diferir la regulación de los honorarios de esta instancia para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de la Alzada, razón por la cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quienes votan precedentemente la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a las mismas me remito.

I.A) La apelante demandada expresa agravios a fs. 266/275.

Entrando en la consideración de los argumentos expuestos por la agraviada, he de tratar los mismos en forma conjunta atento advertir la correlación que entre ellos existe a efectos de tomar una decisión.

Como quedó acreditado en los presentes autos (expte. nro. 1598/96 caratulado: "P., C. R. c/ M., G. P. B. s/ Ordinario (Divorcio Vincular)" fs. 8/10vta., fs. 17/19vta, fs. 23, 37/vta. sentencia definitiva nro. 1106 del 16/12/99 y expte. nro. 122/2003 autos caratulado: "P., C. R. c/ M., G. P. B. s/ Divorcio Vincular", fs. 4/vta., fs.41/43), el Sr. M. y la Sra. P. se encontraban separados de hecho por un plazo sensiblemente superior al previsto en el artículo 204 del Código Civil. Esta circunstancia reviste singular importancia en supuestos como el que aquí se dilucida, de conformidad con lo establecido por el

artículo 3575 del Código Civil. La norma indicada dispone en su primera parte que "cesa también la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí en caso de que viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse o estando provisionalmente separados por juez competente".

En cuanto a los aspectos subjetivos del instituto, es dable señalar que no existe indicio alguno de que los cónyuges hayan tenido voluntad de unirse nuevamente luego de su separación de hecho, sino que conforme los expedientes obrantes por cuerda indican todo lo contrario.

Si bien es cierto que el plenario "M. de M., F. y otro s/ sucesión" (citado por la apelante a fs. 268vta/269), dispuso que se presume la inocencia del sobreviviente, no menos cierto es que el art. 204, parte 2ª, del Código Civil dispone: "... si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente...", no menos cierto es que el citado artículo introducido por la ley 23515, dispuso lo contrario. Dice que aquel de los esposos que se considera inocente deberá probar su inocencia.

Es necesario precisar entonces dónde debe ubicarse la carga de la prueba. Para ello corresponde mencionar al art. 3574 del Código Civil. Esta norma distribuye la herencia teniendo por antecedentes un divorcio decretado en vida de los esposos y, en ese supuesto, disuelto el vínculo matrimonial ninguno de los cónyuges conservará vocación hereditaria respecto del otro. También prevé que en los casos de los artículos 204, párrafo 1°, y 205 del mismo cuerpo, ninguno de los cónyuges mantendrá derechos

hereditarios en la sucesión del otro, pero agrega en caso de decretarse la separación por mediar separación de hecho anterior, el cónyuge que probó no haber dado causa a ella, conservará su vocación hereditaria en la sucesión del otro.

En síntesis, los textos no dejan cabida a la duda; si existe separación por las causas establecidas en el art. 204 CC, el sobreviviente, en este caso la viuda, deberá probar que no ha dado causa a la separación de hecho, pues se supone la causación conjunta de la separación de hecho, hasta la producción de prueba que la desmienta.

La Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci en su trabajo titulado: "La Exclusión del Separado de Hecho en la sucesión del Cónyuge", publicado en la Revista Derecho Privado y Comunitario 2002- Tomo – Sucesiones – edit. Rubinzal – Culzoni, expresamente (págs. 40/42) se incluye dentro del sector que afirma que la carga de la prueba incumbe al cónyuge supérstite, es decir, él es quien tiene que probar su inocencia; la carencia de esta prueba trae como consecuencia la exclusión. Dicha doctrinaria, asimismo, aclara por nota nro. 16 que se ha adherido a dicho criterio desde la magistratura, citando sentencia de la Sala I de la SCJ Mendoza del 29/12/97, recaída in re "García, Nicolás Saba en J. 95.549 "García c/ Transportes Gral. Rosa SRL", inédita y en E.D., con nota aprobatoria del El Búho, "Vocación del separado de hecho"; CCCom. de Rosario, sala III, 31/07/97, LL Litoral 1998-2-1417, Fallo 727. En la doctrina, agrega dicha autora, comparte este criterio el Dr. Guillermo Borda, en su "Tratado de Derecho Civil Argentino – Sucesiones", (6ta. Edición, Abeledo Perrot, Buenos

Aires, 1987, T. II., nro. 868).

Es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que en el juicio por exclusión de herencia de un cónyuge separado de hecho corresponde a ambas partes la prueba de sus asertos, con la consecuencia de que, demostrada la separación de hecho, corresponde al cónyuge supérstite que quiera hacer valer su vocación hereditaria probar su inocencia y deseo de unión, para lo cual es menester haber realizado actos tendientes a hacer cesar ese estado de cosas (SCJBA., Ac. 22.134 del 3-3-1976, DJJ, t° 112, pág. 121; Ac. y Sent. 1977-I-266); (causa 91.079 del 30-3-2004 "Alvarez, Pedro c/ Connena, Rosa s/ petición y exclusión de herencia" orden 4-6-5 RSD: 68/04: elDial - AI298).

En este sentido se ha expedido la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones de esta Circunscripción, Sala "A" cuando determina que: "Comportan la exclusión hereditaria del cónyuge supérstite, la separación de mutuo acuerdo y aquéllos en que el cónyuge forzado a la separación, posteriormente asume la voluntad de no unirse, ya que en tales circunstancias la separación es querida por sí misma" (24-03-1998, Sentencia Definitiva nro.16, Magistrados: Dres. Fernando Nahuelanca - Julio Antonio Alexandre -disidencia del Dr. Daniel Luis Caneo- en autos caratulados: "A., O. A. y Otra c/V. M., V. C. s/ Ordinario - Pérdida de Vocación Hereditaria", expte. Nro. 9862/97).

Por otra parte, ello se condice con los más modernos criterios en materia probatoria, pues no cabe duda de que es el cónyuge supérstite quien se encuentra en mejores condiciones de acreditar su falta de culpa.

(Dr. Jorge W. Peyrano, entre otros, “Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, en LL 1996-B-1027; “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, en ED 153-968; “Desplazamiento de la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo”, en JA 1993-III-738, etc.).

Cabe precisar que es entendimiento de la suscripta que la elección de la prueba es facultad privativa del juzgador, quien puede seleccionar aquellas que estime relevantes y decidirse por unas descartando otras, que considere inconducentes o inoperantes siendo suficiente, a tal efecto, que haga referencia a las que han servido más decididamente a la conclusión, lo cual no supone ni permite afirmar que las otras no hayan sido computadas, razón por la cual, la preferencia del juez por unas pruebas respecto de otras no viola las leyes que rigen su valoración

A la luz de dichos criterios doctrinarios y jurisprudenciales se ha de valorar la prueba obrante en autos y lo que surge de ellos y su valor para acreditar las posturas de las partes:

a) de la lectura del expte. nro. 1598/96, autos caratulados: “P., C. R. c/ M., Gerardo P. B. s/ Ordinario (Divorcio Vincular)” -agregado por cuerda-, emerge que la Sra. P. promueve demanda de divorcio vincular basándose en las causales de tentativa contra la vida del otro e injurias graves (fs. 8/10vta.), la que fuera contestada y reconvenida por las causales de abandono voluntario y malicioso, adulterio e injurias graves por el Sr. M. (fs. 17/18vta.). El traslado de la reconvención conferido a fs. 23, fue contestada por la actora a fs. 24/25. A fs. 37/vta. el juez declara extinguido el proceso por

caducidad de instancia a pedido de la parte demandada (sentencia definitiva nro. 1106 del 16/12/99);

b) del expte. Nro. 1122/2003 autos caratulado: "P., C. R. c/ M., G. P. B. s/ Divorcio Vincular" -agregado por cuerda-, emerge que la Sra. P. promueve demanda de divorcio vincular con sujeción a la causal de separación de hecho por un plazo mayor de tres años (fs. 4/vta.), la que fuera contestada por el Sr. M. expresando que en relación a la acción incoada no tenía nada que objetar, requiriendo solamente que al dictar sentencia se tuviera presente que él no había generado la separación (fs. 11). A fs. 41/43 se presenta el hijo de las partes. Sr. G.D.M. adjuntando certificado de defunción de su padre ocurrido el día 20/08/05;

c) del análisis integral las declaraciones testimoniales prestadas por V. C. (fs. 64/66vta); A. de L. D. (fs. 121//vta.), E. del C. M. (fs. 122/vta.); J. O. V. (fs. 123); M. A. S. (fs. 126/vta.); G. L. V. (fs. 127/vta.); E. P. M. (fs. 128//vta.), advierto que si bien la mayoría ha sido coincidente en las tareas y otras actividades que realizaba la demandada mientras estaba unida en matrimonio con el Sr. M, no ha reunido la misma circunstancia de concordancia en cuanto a la actitud de ebriedad y agresividad que alude la demandada haber tenido su esposo para con ella. A ello cabe agregar que tal como surge de los exptes. Judiciales agregados por cuerda precedentemente evaluados, no cabe la menor duda que los cónyuges se sustrajeron voluntariamente del cumplimiento de determinados deberes maritales, como lo son el de cohabitación y el de débito conyugal, en tales circunstancias, los hechos que intenta imputar la

demandada al marido-causante, posteriores a la fecha de separación de hecho, no pueden ser reputados como injurias graves ni como adulterio;

d) En cuanto a la Escritura Notarial nro. 279 del 12/11/03, advierto que la misma consiste en la venta de un inmueble sito en Rada Tilly por la suma de pesos ciento treinta y un mil ($131.000) por medio de un representante legal del Sr. M. a un tercero (fs. 161/165) y que la informativa del Banco de la Nación Argentina establece el estado de deuda (fs. 174/177). Ambas pruebas las considero irrelevantes a los efectos de la dilucidación en el presente caso atento las circunstancias alegadas por la demandada en cuanto a las causales que determinaron su alejamiento del hogar conyugal y las actitudes que dice haber tenido su cónyuge para con ella;

e) En lo atinente a las Exposiciones policiales: I) nro. 819 de la Sra. P. del día 05/07/96 en la cual deja constancia del retiro del hogar conyugal por razones personales y no deja domicilio para preservar su integridad física (fs. 192) y II) nro. 487 de la Sra. P. del día 06/03/95 donde pone en conocimiento su retiro del domicilio conyugal a una casa de un familiar alegando que lo hace para evitar actos violentos de su esposo (fs. 193) las mismas son insuficientes, toda vez que constituyen declaraciones unilaterales de voluntad de la propia interesada, más aún cuando no existe constancia probatoria en autos que corrobore contundente y puntualmente las manifestaciones por la demandada en dichas denuncias.

Así tiene dicho la doctrina y jurisprudencia que: “En cuanto al valor probatorio de la exposición levantada ante la autoridad policial por

una sola de las partes, es muy relativo. Sólo tiene fuerza probatoria en cuanto sus términos se encuentran corroborados por otras pruebas" (Dres. Morello – Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Pcia. de Buenos Aires y la Nación", T. V-A-, pág. 306; Cám. 1era. Sala II, La Plata, causa nro. 97.486, reg. Sent.15/61; Cám. 2da. Apel. Mercedes, causa nro. 8220, 25-II-69) y

f) respecto de la publicación periodística informativa prestada por el Diario "E. C." del día 03/09/96 (fs. 209/210), la misma, a los efectos valorativos, es insustancial para el hecho del caso, puesto que la autenticidad del ejemplar acompañado, en modo alguno implica la veracidad de su contenido y la de las manifestaciones que en dicha publicación se vierten, ante la falta de control de éstas, más aún cuando se observa que en la misma se expresa que la información dada es a través de "trascendidos confiables".

Aprecio, asimismo, que conforme Sent. Int. Nro. 88 del 29/04/08 (fs. 231/232vta.) el a-quo hizo lugar al pedido de caducidad solicitado por la parte actora de las pruebas de informes del Juzgado de Transición (ex Juzgado de Instrucción nro. 3) y al Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Rawson, dándole a la demandada por decaído el derecho que ha dejado de usar, no siendo atendibles las razones expuestas por la apelante demandada a fs. 272.

En definitiva y a través de la valoración precedentemente efectuada de las constancias de autos, así como de los criterios doctrinarios y jurisprudenciales expuestos en lo atinente en que la prueba estaba a cargo de la demandada, no habiendo la

misma cumplido en forma concluyente y asertiva con la acreditación de las alegaciones hechas a su favor, son razones por las cuales arribo a la convicción de que deben rechazarse los agravios de la misma obrantes a fs. 266/275 y confirmar en este sentido la sentencia de fs. 243/247vta.

I.B) En cuanto a los recursos de apelación por la regulación de honorarios interpuestos por la apelante demandada por altos (fs. 250) y por el apoderado de la parte demandada, por derecho propio, por entender la regulación de honorarios insuficiente (fs. 251), es criterio de la suscripta que tratándose de un proceso sobre derecho de familia, no susceptible de apreciación pecuniaria, ante la inexistencia de bienes de la sociedad conyugal, corresponde la aplicación de las pautas del art. 5, Ley XIII, nro. 4 (ex art. 6 de la Ley Pcial. nro. 2200), debiendo determinarse los honorarios con base en lo dispuesto en el artículo 30 -1° párrafo- (ex art. 31 de la ley 2200/4335).

En virtud de dicho entendimiento, considero que la regulación efectuada por el a-quo a fs. 247vta., pto. 2do. del fallo, se ajusta a derecho al ser fijados prudencialmente en montos que evidencia la merituación de la tarea desarrollada, la materia traída a debate y el éxito obtenido.

Por las consideraciones efectuadas corresponde rechazar los agravios expuestos por la parte apelante demandada y por el apoderado de la misma, por derecho propio (fs. 250 y 251, respectivamente) y, en consecuencia, confirmar el punto 2do. del fallo en cuanto fuera materia de agravios.

I.C) En virtud del principio objetivo de

la derrota, las costas de esta instancia son impuestas a la apelante demandada vencida (art. 69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A - ex 68 del CPCCCh). Difiero para el momento del acuerdo la regulación los honorarios del profesional interviniente, la que se efectuará de conformidad a la labor desarrollada, el mérito y extensión de la misma, la trascendencia para las partes según las pautas del arts. 5, 13, 30 y ccdtes. de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A, ex arts. 6, 14, 31 y ccdtes. del Dto. Ley Pcial. Nro. 2200 y su modificatoria Ley Pcial. 4335.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria de la vocal preopinante Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y considerar que esta parte del voto no está comprendida en la manda constitucional del art. 169, a la misma me adhiero.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia de la Dra. García Blanco, la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios de la parte demandada y del patrocinante por derecho propio, y confirmar la sentencia de fs. 243/247vta.

2) Imponer las costas a la demandada vencida, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. J. R. V. en la suma de PESOS MIL OCHOCIENTOS ($1.800).

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2010
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"