En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil once, 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. Marta Susana Reynoso de Roberts y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"R., J. P. y R., A. E. c/ S., M. J. s/ EXCLUSIÓN DE HERENCIA", expte. nro. 360/10**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución nro. 2 (expte. nro. 1110/09), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 244), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 212/215? 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, quien a fs. 218/9 plantea recurso por la regulación de los honorarios de los letrados de la parte actora y a fs. 220 por la sentencia definitiva nro. 1219/2010 del Juzgado de Ejecución nro. 2 de la jurisdicción.

La sentencia venida en crisis de fs. 212/15 por la cual el juez de grado fundó su decisión

en la valoración de la prueba, hizo lugar a la demanda promovida por J. P. R. y A. E. R. contra la Sra. M. J. S., decretando la exclusión hereditaria de esta última en la sucesión de su cónyuge y causante F. R., impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios profesionales.

Con relación a la apelación sobre la regulación de los honorarios del letrado de la parte actora, la demandada recurrente sostiene que el juez de grado no estableció los fundamentos para llegar a la suma establecida, incumpliendo con el art. 46 de la ley XIII nro. 4. Siendo contestados a fs. 222/vta. diciendo que debe rechazarse por falta de fundamentos recursivos.

A fs. 233/7 obra agregado el memorial de agravios de la demandada. Cita y transcribe parcialmente los fundamentos de fallo, invocando que existe una contradicción. Afirma que no se probaron las razones que tuvieran las partes para esa separación, que la actora no dio razones para la exclusión del cónyuge heredero. Cita doctrina. Concluye que no existe culpa de parte del cónyuge supérstite de la separación, por lo cual debió interpretarse en los diversos distingos el art. 3574 del Código Civil.

1. De la lectura del memorial advierto que no reúne los mínimos requisitos de procedencia.

La expresión de agravios es deficiente por incompleta, pues solo comporta una disconformidad y expone opiniones doctrinarias sobre la valoración hecha por el Aquo.

La apelante no explica por qué se equivoca el Juez de Primera Instancia, solo expone su punto de vista sobre cómo debió efectuarse la

valoración, mas no indico cuál fue la norma violada, o lo inadecuado del razonamiento que impedía juzgar los hechos, tales y como fueron expuestos en la sentencia venida en crisis.

En idéntica situación a la presente el Superior Tribunal de Justicia de nuestra Provincia sostuvo "... el orden procesal exige que la expresión de agravios deba contener una crítica razonada y concreta del fallo (art. 265 CPCCCh), y la no satisfacción de ello, conduce a su deserción (art. 266 CPCCCh). De ello se infiere que el contenido de la impugnación se determina en esa expresión, y su límite externo lo precisa el recurrente, se trata, por lo tanto, del acatamiento de normas expresas que rigen tanto para el órgano jurisdiccional como para las partes. El incumplimiento de los requisitos que debe contener el memorial lo convierte en deficiente o incompleto, como ocurre en la especie, y entonces no puede evitarse la declaración de la deserción del recurso, pues la norma contiene un mandato imperativo que no requiere petición de parte ni admite excepciones, todo ello acorde con la perentoriedad de los plazos procesales (SD 51/92, mi voto en SD 15/95 STJ)" (autos "M., R. y otro c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/recurso contencioso Administrativo", expte. 17.643, Sentencia nro. 12-2001).

Surge de la lectura del memorial bajo análisis que la apelante con la mínima invocación doctrinaria, legal y jurisprudencial del instituto que ocupa la atención, y la transcripción del fallo pretende que el mismo sea descalificado, como dijera precedentemente, acarrea su propio rechazo.

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 centrando su crítica exclusivamente en la valoración de la prueba, por considerar que no se demostró la culpa en la separación de los cónyuges, infiriéndose escasamente que en el fallo atacado existió una errada valoración de la prueba incorporada, lo cual la agravia.

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 sido 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 simples manifestaciones y disconformidades de la apelante no constituyen una crítica concreta y razonada de la sentencia, sino un mero disenso respecto de su propia posición, 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, 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 en 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, 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 23515 (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 23.515. 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, esta jurisprudencia, fue seguida a pie juntilla por el sentenciante de grado.

Existió un reconocimiento expreso por parte de la demandada de la existencia de elemento objetivo, la separación de hecho (fs. 48/vta.), corroborado por los testimonios de fs. 85/88/138 y absolución de posiciones de fs. 141 de la recurrente.

Más allá del cumplimiento de lo previsto en las normas del código ritual, en lo que interesa es la especifica 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.

Es relevante destacar que existió una orfandad probatoria en ese sentido por parte de la apelante en la instancia procesal oportuna, tales como caducidad de la prueba o la desvirtuada afirmación de la demandada frente al informe de fs. 181, y como se señalara a fs. 214vta., los desconocimientos y la falta de corroboración de la postura seguida al contestar demanda.

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 S. 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 (reitero, 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 23.515 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 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 en base a tales conductas del demandado, quedando desplazada la causal objetiva de separación de hecho que se introdujo al proceso por vía reconvencional.

Ahora bien, al no existir sentencia que haga cosa juzgada respecto del divorcio o la separación de la demandada S., fueron insuficientes los elementos de prueba con que 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.

"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 se probó en el

juicio que la accionada se retiró del hogar conyugal para formar una nueva pareja, que tuvo hijos con su concubino (fs. 214vta. y 215).

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 no demostró en autos en las instancias correspondientes su inocencia respecto de la separación, menos aún en este estadio procesal acarreando con ello el rechazo de la apelación.

2. En punto a la regulación de los honorarios del Dr. H. letrado de los accionantes por considerarla excesiva, estimo lo siguiente.

El presente pleito es una acción de declaración, constituyendo un proceso sin monto determinado. En la especie, y además de lo dicho, teniendo a la vista los autos "R., F. s/ sucesión", expte. 2116/07 que emerge de fs. 102 la existencia de un inmueble sin que pueda inferirse valor pecuniario alguno, he de considerar que se está frente a un proceso sin monto, sin la existencia de referente mínimo para tener en cuenta (ver en este sentido Julio Federico Passaron y Guillermo Mario Pesaresi, "Honorarios Judiciales", pág. 422, ed. Astrea-2008).

Ahora bien y siguiendo la misma doctrina, digo que la circunstancia que esta acción carezca de contenido patrimonial no significa que no tenga trascendencia económica para las partes y que no deba ser correctamente valorado.

Si bien el A quo no abundó en fundamentos hizo expresa referencia a la normativa arancelaria y siendo que esta Alzada se encuentra facultada para suplir omisiones, considero que la labor

desarrollada por el letrado de la parte actora, así como la trascendencia para los accionantes resultan fundamentos suficientes para el monto de honorarios regulados tanto para el letrado cuestionado como para el profesional de la quejosa. Por ello confirmo lo decidido.

Las costas de la Alzada son impuestas a la recurrente conforme principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCCCh). Difiero la regulación de los honorarios de los letrados actuantes al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1) Desestimar los agravios de la parte demandada, confirmando la sentencia venida en crisis.

2) Costas de la Alzada a la recurrente vencida según considerando respectivo. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al 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 esta Alzada, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A) La parte apelante demandada expresa agravios a fs. 233/237vta., de los cuales se confirió

traslado a fs. 238, siendo contestados por la parte actora a fs. 241vta.

I.B) Después de un exhaustivo análisis de los términos en que fue planteada la apelación por parte de la apelante demandada (fs. 233/237vta.) y considerando que es pacífica la doctrina y jurisprudencia versada en la materia que: "La expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido, sino que constituye una verdadera carga procesal, y para que cumpla su finalidad debe constituir una exposición jurídica que contenga una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. Lo concreto se refiere a lo preciso, indicado, determinado -debe decirse cuál es el agravio-. Lo razonado indica los fundamentos, las bases, las sustentaciones -debe exponerse por qué se configura el agravio-. Deben precisarse así, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. Es decir, que deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión de la-quo, a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento, no reuniendo las objeciones genéricas y las impugnaciones de orden general los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación (cf. Morello-Sosa-Berizonce, en "Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", T. III, pág. 351; Cám.Nac.Civ., Sala A, 14-2-80, LL 1980, v.D., p.180; ídem. Sala B, 13-6-78, Der. v.80, p.378; Sentencia nro. 228 - "P. J. C. c/ L. U. C. de S. S.A. s/ Regulación de honorarios (Sala I

A)" - Civil y Comercial Común - Sala 1 - 21/09/1992, elDial.com - BBC73, entre otros); que como resultado de la valoración efectuada sobre el contenido de los agravios expresados por la recurrente se advierte que los mismos se limitan a consideraciones genéricas, impugnaciones subjetivas y simples afirmaciones dogmáticas sin el necesario desarrollo argumental que demostrara la pertinencia de lo aseverado, no ingresando a un análisis integral de los presupuestos jurídicos y de hecho; que conforme emerge de los fundamentos de hecho y de derecho efectuado por el a-quo en el Resultando (fs. 213/215), éste ha analizado en forma integral tanto la legislación aplicable, el análisis de los artículos de la misma, así como la merituación concreta de las probanzas rendidas en autos, siendo insuficientes los argumentos expuestos por la agraviada en cuanto a la interpretación de la legislación aplicable advirtiendo que lo efectúa sin siquiera fundarlo en referencias parciales ni mucho menos efectuar la individualización concreta necesaria para enervar la decisión del a-quo que critica. Ello es así, ya que, conscientes del relativo valor que en ciertos supuestos debe asignárseles a las pruebas que traducen cumplimientos de carácter formal por parte del demandado, la búsqueda de la verdad se reviste de mayor dificultad y el análisis de cada uno de los elementos de juicio aislados y conglobados, son insuficientes para acreditar lo alegado en su conteste.

Son todas estas las razones por las cuales corresponde aplicar el art. 268 Ley XIII, nro. 5, Anexo “A” –Digesto Jurídico-) y declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la apelante demandada (fs. 233/237vta.) y confirmar la sentencia de

fs. 212/215vta. en cuanto fuera materia de agravios.

I.C) En cuanto al recurso de apelación por altos planteado por la parte demanda a fs. 218/219, primero y segundo agravios, a los que trataré conjuntamente atento a su estrecha vinculación, es criterio de la suscripta que tratándose de un proceso sobre derecho de familia, no susceptible de apreciación pecuniaria, más aún teniendo en cuenta la realidad precaria del bien inmueble que emerge de las manifestaciones vertidas a fs. 102 del expte. 2116/07 –acordelado al principal-, 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, se ajusta a derecho al ser fijados prudencialmente en montos que evidencian la ameritación 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 (fs. 218/219) y, en consecuencia, confirmar el punto 2do. del fallo en cuanto fuera materia de agravios.

I.D) En virtud de lo decidido en el presente voto, las costas de esta instancia son impuestas a la demandada apelante vencida (art. 69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo “A” –Digesto Jurídico-). Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para el momento del acuerdo, donde serán regulados los mismos teniendo en

cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro 4 –Digesto Jurídico-.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria para el caso de coincidencia, la siguiente:

1) Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la apelante demandada planteado a fs. 233/237vta. y confirmar la sentencia de fs. 212/215 en este sentido.

2) Rechazar los agravios expuestos por la parte apelante demandada (fs. 218/219) y, en consecuencia, confirmar el punto 2do. del fallo de la sentencia mencionada en cuanto fuera materia de agravios.

3) Imponer las costas de esta instancia a la demandada apelante vencida (art. 69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo “A” –Digesto Jurídico-). Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para el momento del acuerdo (arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro. 4 –Digesto Jurídico-).

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

El Sr. Juez de la instancia de grado hizo lugar a la demanda promovida por J. P. R. y A. E. R. contra la Sra. M. J. S. y decretó la exclusión hereditaria de la demandada en la sucesión de su cónyuge y causante F. R. Impuso las costas a la

demandada vencida, reguló los honorarios y tuvo presente la reserva del caso federal.

La regulación de los honorarios regulados a la letrada de la parte actora agravia a la demandada, apela y funda.

Sostiene que el aquo se excede en la valoración del trabajo realizado por el letrado de la actora. Asimismo, omite fundar la actuación del letrado incumpliendo con lo normado por el art. 46 de la Ley XIII N° 4, ni dio motivos para llegar a la suma fijada.

Tales agravios son contestados a fs. 222 y vta.

A fs. 220 la demandada apela la sentencia.

Concedido el mismo y elevados a la alzada, cumple la quejosa con la manda de los arts. 262 y 263 del CPCCCh.

En lo que denominan primer agravio, luego de transcribir el fallo y los resultandos manifiestan que creen que al analizar la causal objetiva, no se profundizó el estudio, tomando parte de los testimonios, omitiendo la contradicción que surge de los mismos (Sr. S., Sra. A.), la que deberá tomarse por cierta o no, la fecha de la separación del matrimonio y la fecha de la nueva unión de la demandada con el padre de sus hijos.

Agrega que no se probó las razones de la separación conyugal y que la actora no ha podido probar la razón o razones que pueda dar lugar a la exclusión del cónyuge heredero.

No son suficientes los requisitos del a-quo, faltando el elemento subjetivo.

Menciona doctrina sobre el art. 3575 CC.

Concluye abonando la corriente doctrinal que afirma que la norma debía ser interpretada en función de los distingos que para el art. 3574 establece el codificador, y conforme a ello un cónyuge no pierde sus derechos hereditarios no obstante vivir separado de hecho y aunque resultare de un acto voluntario, si no existió de su parte culpa alguna para originar la situación.

Entiende que los fundamentos del a-quo no resulta ser la tendencia actual, ya que despoja de significado el párrafo introducido por la ley 17711 y conservado en la ley 23515, ya que sólo la separación culpable es la que origina la cancelación del derecho hereditario de cónyuge.

Los agravios son contestados por el actor, previo hacer referencia al incumplimiento por parte de la apelante de las exigencias del art. 268 del CPCCCh.

Ha fundado el aquo su sentencia en lo acreditado en autos, es decir, la ruptura del deber de cohabitar y con rasgos de definitividad suficientes para tener por configurado tal requisito, circunstancia que surge del reconocimiento de la demandada, aún cuando pretenda endilgar responsabilidad al causante. A lo que agregó lo que surge de las testimoniales y absolución de posiciones de la demandada.

Luego de constatar el requisito objetivo, y sin dejar de considerar las distintas posturas doctrinarias se refirió al elemento subjetivo y se enroló en aquella que entiende que corresponde al cónyuge supérstite que pretende conservar la vocación hereditaria demostrar que es inocente, lo que no fue demostrado, ya que la denuncia policial se desacreditó

con el informe de fs. 181 y por declararse la caducidad de la prueba instrumental requerida. Asimismo, la documental acompañada por la actora fue desconocida y no pudo ser corroborada.

Trae en sus agravios el apelante una síntesis confusa 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 2551, en cuanto al valor de la separación de hecho como causal de exclusión y a quien 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 quien 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 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 pruebas analizadas de donde surge que la Sra. S. mantiene una relación concubinaria, de acuerdo al reconocimiento efectuado por la quejosa en la absolución de posiciones desde el año 1991, fecha que los testigos la fijan en 1990, debiendo tenerse presente la información sumaria.

La cónyuge supérstite reconoce que se separó en el año 1990.

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 de 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 M. 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 M., por lo cual el mismo sigue vigente y es de aplicación obligatoria.

Otra corriente interpretativa sostiene 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 M., 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 quien 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, lo que coincide con la postura adoptada por el sentenciante de grado.

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 M.

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 Google-.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 considero que la valoración que hiciera el sentenciante no resulta arbitraria.

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 1998 o 1999, lo que no sucedió, ya que las pruebas que pretendió incorporar para ello no dieron resultado y los testigos afirman, unos, que la causa de la separación fue el irse a convivir con B., y que ella ya tenía una nueva pareja en el año 1990, año que reconoció la Sra. Subiabre que se alejó del hogar.

Asimismo, lo que surge de la información sumaria de fs. 129 y la testimonial de S. dan cuenta que estaban separados desde el año 90, no volviéndose a unir.

A lo que agrego que tal como sostuviera en "G. A., L. M. c/ K. G. s/ Divorcio vincular", expte. 560/2010 en punto a que el deber de fidelidad se mantiene durante la separación de hecho, interpretación que mantengo acompañada de una gran parte de la doctrina nacional, que subsiste dicho deber durante la separación de hecho de los esposos, lo que es así con fundamento en lo dispuesto en el artículo 198 del Código Civil, que establece determinados deberes -entre otros, el de fidelidad- que provienen del matrimonio, y que continúan vigentes mientras el mismo no haya sido disuelto (SAMBRIZZI, Eduardo, "Tratado de derecho de familia", edit. La Ley, Bs. As., 2010, T. II, pp. 462 y ss; BELLUSCIO, Augusto C., "Manual de Derecho de Familia", 8ª ed., t. 1, p. 387, parágr. 172, c); BORDA, G. A., "Tratado de Derecho Civil. Familia", 10ª ed., t. 1, pp. 195 y ss.; MAZZINGHI, Jorge, "La fidelidad conyugal de los separados. Reflexión sobre una reflexión", La Ley 2005-D- 1251 y ss, etc.

En la misma senda se ha pronunciado la Excma. Cám. Apels. Comodoro Rivadavia, Sala A, en los tiempos en que el Sr. Presidente del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, Dr. Daniel Luis Caneo, la integraba (cf. C. Apels. Comodoro Rivadavia, Sala A, 26/4/01, "R., G. v. G., R.", en Abeledo Perrot online) y otros varios tribunales (C. Civ. y Com. Santiago del Estero, 2ª, 12/02/96, "VERA, María Sebastiana WASSMAN de v. VERA GABINO, Genaro", en Juba sum. Z0100454; CNCiv., Sala B, 06/03/97, "G. de

K., E. J. c. K., E. P.", LL 1998-D, 728 y DJ 1998-2-1125; ídem, Sala C, 30/10/02, "C., R. c. D. P., E. M. s/ separación personal", ED 201-224; ídem, Sala F, 12/10/94, "I., E. E. c. N., E. D.", LL, 1996-B, 698; ídem, 22/11/90, "L., J. c. M. de L., E. P", LL 1991-A, 275 y DJ, 1991-1-698; ídem, Sala G, 03/03/91, "P., R. A. c. A. de P., E. C.", LL 1992-B, 414; ídem, Sala I, 9/3/04, "Ch., E. B. c. G., R. N.", LL diario del 5/8/04, p. 5; ídem, Sala K, 13/11/01, "A. de P., C. c. P., M. C. A.", DJ 2002-1-536; ídem, Sala L, 15/12/94, "S., J. F. c. M., I.", LL 1996-B, 44 y DJ, 1995-2-1101; Corte Suprema Tucumán, 8/7/92, "A., C. R.", DJ 1993-1-237 y ED 151-410 y Cita de la Sala "A" de la ciudad de Trelew), lo que no se condice con lo probado en autos a través de las pruebas de fs. 124 y 125.

Razones vastas para confirmar la sentencia

En relación a la apelación de los honorarios por parte de la demandada por considerarlos altos, la posibilidad de que las pretensiones prosperen, el resultado obtenido, así como teniendo presente la trascendencia de la decisión, la naturaleza del proceso, las etapas cumplidas y todo en concordancia con los artículos 5, 6 y 37 de la Ley XIII, N° 4, los honorarios regulados por el sentenciante se ajustan a las pautas enumeradas.

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. Jueza de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Rechazar los agravios de la parte

demandada y confirmar la sentencia de fs. 212/215.

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

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios de la parte demandada y confirmar la sentencia de fs. 212/215 en todas sus partes.

2) Imponer las costas de la alzada a la demandada vencida, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. R. R. E. H. en la suma de PESOS TRES MIL ($3.000) y de las Dras. A. A. de T. y R. S. G., conjuntamente, en la suma de PESOS MIL OCHOCIENTOS ($1.800).

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2011

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"