

En la ciudad de General Roca, a los 19 días de Febrero de 2018. Habiéndose reunido en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en esta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "SPINELLI RUBEN ALFREDO DOMINGO S/ SUCESION AB INTESTATO" (Expte.n F-2RO-944-C1-15), venidos del Juzgado Civil N° Uno, previa discusión de la temática del fallo a dictar, procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron:

EL DR. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ, DIJO:

1.- Vienen en apelación la cónyuge supérstite y los herederos declarados en autos, ante la exigencia del tribunal que la constitución de la reserva de usufructo del bien inmueble denunciado que se incluyera en el acuerdo exteriorizado en la presentación de fs. 107/108, se realice mediante escritura pública.

A fs. 118/129 se ha incorporado la expresión de agravios.

2.- Como antecedentes del caso que interesan a los efectos de resolver, se tiene que a fs. 107/108 se presenta la cónyuge supérstite sra. María Susana Mardoni y los herederos Flavia Susana Spinelli, Antonella Spinelli y Mauro Alfredo Spinelli, comunicando haber acordado que la participación que en la sociedad Ras Vial le correspondía al causante, fuere adjudicada a este último. En otro orden, respecto de los inmuebles que conforma el acervo sucesorio y resultan bienes gananciales, acuerdan adjudicar el dominio a favor de Flavia Susana, Antonella y Mauro, reservándole mientras viva, el usufructo a la viuda.

Es proveída tal presentación por providencia de Secretaría de fecha 26/08/2017 (fs. 109), en los siguientes términos: "Téngase presente el acuerdo de adjudicación de bienes para su oportunidad. Hágase saber que la constitución de la reserva de usufructo del bien inmueble deberá realizarse mediante escritura pública (Art. 1017 CCyC)"

Se presentan entonces aquellos mediante el escrito incorporado a fs. 110/113 con cargo de presentación de fecha 23/10/2017, solicitando que se ordene inscribir en el Registro de la Propiedad Inmueble la nuda propiedad y el usufructo conforme lo acordado, cuestionando lo que al respecto expusiera la sra. Secretaría por exceder sus atribuciones y no ajustarse a derecho, explayándose al respecto. Piden expresamente que la cuestión sea resuelta por la sra. Jueza, efectuando reservas del caso federal y de ocurrir ante el cintero tribunal de la Provincia.

A tal presentación provee la sra. Jueza subrogante por resolución del 26/10/2017, cuya

apelación nos ocupa: “Sin perjuicio de la firmeza del decreto de fs. 109, a la inscripción solicitada y en los términos expuestos no ha lugar, por cuanto de fs. 107 y 110 surge que pretenden constituir usufructo vitalicio y lograr su inscripción, y ello indefectiblemente deberá instrumentarse bajo escritura pública (art.1017 CCyC)”.

3.- En la expresión de agravios nada se dice respecto a la alegada extemporaneidad del planteo, no obstante lo cual he de proponer avanzar en el tratamiento del recurso.

Es que si bien podría sostenerse que los recurrentes incumplen con la carga de fundamentación que impone el art. 265 del CPCyC respecto a la extemporaneidad invocada por la sra. Jueza en la providencia transcripta -obviamente en el sentido que conforme el art. 38 inc. 1-e) del CPCyC se contaba con tres días para cuestionar lo providencia de Secretaría-, entiendo convergen razones para juzgar el recurso tempestivo.

La delegación de facultades a la Secretaría se viene ampliando y afianzando en la práctica judicial, en la inteligencia que ello permite un más eficiente funcionamiento de los juzgados (fundamentalmente al acordar mayor celeridad al trámite de los expedientes), transparentando por otra parte el hecho incuestionable, que gran parte de las providencias y resoluciones que suscriben los jueces, no son de autoría de estos, sino que lo son o pasan por el control de la Secretaría, limitándose los jueces a firmar, muchas veces sin mayor análisis.

Por otra parte, el citado art. 38 en cuanto prevé que “Dentro del plazo de tres (3) días las partes podrán pedir al Juez que deje sin efecto lo dispuesto por el secretario”, enerva las objeciones que pudieren hacerse respecto a la delegación de facultades hechas por el Juez, o la posibilidad de excesos del secretario.

Ahora bien, en el caso observo que aún cuando se considerare que la sra. Secretaria contaba con autorización para expedirse del modo en que lo hizo, y hasta pudiere juzgarse auspicioso que se advirtiera a los justiciables la forma en la que deberían encausar el trámite para el perfeccionamiento del usufructo, lo cierto es que en dicha providencia, la sra. Secretaria se expide sobre algo que no fue peticionado por las partes. Consecuentemente, cabría interpretar que no cabe aplicar el régimen de notificación por nota o ministerio ley (art. 135 inc. 6 del CPCyC), con lo que la presentación de fs. 110/113 y luego la del recurso de apelación que nos ocupa, resulta tempestiva.

Por otra parte, dada las particularidades del caso, con un proceso voluntario y en el que ninguno de los interesados se opone al recurso sino lo contrario, considero que el fiel de

la balanza debe inclinarse en favor del derecho de defensa y no ceder éste frente al instituto de la preclusión.

Allanado entonces el primer obstáculo para la procedencia del recurso, que anticipo he de proponer acoger, pasare a analizar los agravios.

4.- En la expresión de agravios, tras recordar los recurrentes que el art. 1017 del Código Civil y Comercial dispone que “deben ser otorgados por escritura pública: inciso a) los contratos que tiene por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles”, se sostiene que la sra. Jueza “omitió considerar que estamos ante un proceso sucesorio y no frente a un contrato de ninguna especie, lo que torna inaplicable el artículo bajo análisis”.

Colacionan doctrina que fundada en el viejo Código Civil, considera que la partición no es constitutiva de derechos, sino declarativa y remarcan que con el dictado del Código Civil y Comercial, ello no ha variado. En tal sentido citan a Graciela Medina, quien en la cuarta edición ampliada y actualizada de su obra ‘Proceso Sucesorio’, nos dice que “La partición judicial no es un negocio jurídico unilateral, ni bilateral, sino que tiene el carácter de un acto judicial y el título de la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble es la resolución judicial firme que adjudica los bienes a cada interesado”.

Hacen hincapié en que no pueden soslayarse los arts. 2403 y 2424 del nuevo código.

Colacionan un pronunciamiento de fecha 23/09/2015 (sentencia N° 49 correspondiente a los autos ‘Domínguez, Griselda s/ Sucesión ab intestato’), en el que la Cámara de Apelaciones de San Carlos de Bariloche se expidió en el sentido que postula.

Expuso en la oportunidad nuestra similar de la ciudad lacustre a partir del voto del dr. Riat: “a) Ante todo, la adjudicación que presentaron implica una partición (fs. 61/62), entendiendo por tal el acto mediante el cual los herederos materializan la porción ideal que en la herencia les tocaba, transformándola en bienes concretos sobre los cuales tienen un derecho exclusivo (Borda, Guillermo A., ‘Tratado de Derecho Civil. Sucesiones’, tomo I, parágrafo 548, 9ª edición actualizada por Delfina M. Borda, La Ley 2008). En cambio, la llamada ‘cesión de herencia’ o ‘cesión de derechos hereditarios’ es un contrato en virtud del cual un heredero transfiere a un tercero todos los derechos, o una parte alícuota de ellos, correspondientes a una sucesión, sin que ello implique transferir la condición de heredero (Borda, obra citada, parágrafo 756). En este caso se trata de una adjudicación de bienes concretos entre los propios herederos, característica definitoria de la partición; en vez de tratarse de una transferencia de derechos hereditarios inespecíficos, o de una parte alícuota, característica definitoria de

la cesión de herencia, la que en su forma típica se efectúa además a favor de terceros no herederos”. Y agrega también el estimado colega que: “Ello no cambia aunque el acto incluya la porción recibida por el cónyuge superviviente sobre los bienes gananciales, ya que la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por causa de muerte se realiza justamente en el mismo acto y con la misma forma prescripta para la partición de la herencia (artículo 1313 del CC según ley 340 vigente al momento de esta adjudicación; y artículo 500 del CCCN aplicable en la actualidad). Con otras palabras, la partición de la herencia no pierde su condición de tal cuando incluye una partición la de sociedad conyugal disuelta por causa de muerte. Por consiguiente, la providencia apelada ha interpretado incorrectamente que la adjudicación del caso implicaba una cesión de la herencia; y, por lo mismo, ha exigido incorrectamente una forma indebida”.

5.- Como anticipara, entiendo le asiste razón a los recurrentes.

Indiscutiblemente en el caso que nos ocupa no estamos en presencia de un negocio jurídico que resulte constitutivo de derechos, sino ante un acuerdo que tiene por finalidad poner fin a lo que Mendez Costa ha dado en llamar ‘indivisión post-societaria-hereditaria’ (Méndez Costa, María Josefa, ‘Los bienes gananciales en la sucesión’, La Ley 1983-D, Thomson Reuters cita online: AR/DOC/22294/2001).

Siguiendo a la recordada profesora, la muerte del causante determina simultáneamente, la disolución de la sociedad conyugal de pleno derecho, poniendo fin definitivamente a todo régimen de bienes entre los cónyuges, y el hecho jurídico de la sucesión mortis causa. Surge la mentada indivisión post-societaria-hereditaria en la que nos dice que entran “todos los bienes propios del difunto y todos los gananciales, de cualquier titularidad originaria, es decir, los de propiedad del difunto, y los de propiedad del sobreviviente, incluidos, como es lógico, los de propiedad de ambos (bienes en condominio o copropiedad con porciones alícuotas gananciales). Obviamente, se trata de los bienes a que corresponde calificar como propios o gananciales según las disposiciones pertinentes y es sabido que se califican las cosas, los bienes que no lo son, las porciones alícuotas en bienes en condominio o copropiedad con terceros o con el otro cónyuge, las universalidades de hecho. A su vez, en el acervo hereditario entran todos los bienes propios del difunto y la mitad de todos los gananciales”.

Y aunque expone que un orden lógico determina que primero deba hacerse la liquidación de la sociedad conyugal, nada obsta a que ambas particiones se realicen en un documento único, como en definitiva se ha concretado en el caso que nos ocupa.

No puede obviarse por otra parte que suele ser práctica y hasta podría decirse

conveniente en estos casos, no existiendo impedimento legal alguno, la partición de bienes con constitución de usufructos donde regularmente el cónyuge supérstite reserva el usufructo mientras viva, transfiriendo la totalidad de la nuda propiedad a los hijos (ver Graciela Medina, 'Proceso Sucesorio, Ed. Rubinzal-Culzoni, 3ra. Ed., tº II págs. 328/329).

6.- La modificación operada en la legislación de fondo, tras la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (CCyC), no ha variado en el tema que nos ocupa sino por el contario.

En este sentido Arianna, tras un análisis de la reforma (Arianna, Carlos A., 'Las reformas en materia de partición de herencia', La Ley 2016-F , Thomson Reuters cita online: AR/DOC/2928/2016), nos dice: "En consecuencia la partición privada no tiene por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Es la muerte la que causo la transmisión de los bienes. Por lo tanto estimamos que dada la amplitud del art. 2369 no vemos impedimento para concluir la partición mediante un convenio presentado al juez de la sucesión con el fin de, previa homologación, obtener la orden de inscripción a los registros que correspondan, es decir de un instrumento auténtico que permita el acceso al registro".

7.- La exigencia de la escritura pública prevista por el art. 1017 del CCyC se justificaría sí, de incorporarse en el acuerdo un inmueble ajeno a aquella comunidad de bienes. Supuestos en los que operaría lo que se ha dado en llamar el 'negocio mixto', en el que regularmente se incorpora a modo de compensación bienes del dominio de uno de los herederos.

Nos dice al respecto Julio César Capparelli planteando como una excepción a la partición que puede inscribirse por oficios prescindiendo de la escritura pública, que "En el negocio mixto, la adjudicación no es recibida del causante sino que el bien dado en pago procede de quien lo da en compensación. Por ende ella es constitutiva del derecho, y el mismo debe ser transmitido según lo marca la ley. En el caso de inmuebles cumpliendo con el requisito de la escritura pública (art. 1017, inc 1) en cuanto al título y respetando el modo, o sea la tradición que procede del titular del derecho y no del causante" (Capparelli, Julio César, 'Partición Privada de herencia', DFyP, Julio 2107, Thompson Reuters, cita online AR/DOC/1571)

El caso de un negocio mixto que demandaría sí la escritura pública, es analizado por Gabriel Rolleri (Rolleri, Gabriel G., 'Validez de los acuerdos particionales privados y el negocio mixto', La Ley 2014-C, cita online: AR/DOC/1350/2014). Recuerda allí

Rolleri, que tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria han admitido la posibilidad que el acuerdo de partición de la herencia incluya bienes ajenos al acervo sucesorio en el caso de los correspondientes al cónyuge supérstite al tiempo de liquidar la sociedad conyugal por muerte de su consorte, citando fallos de la Cámara Nacional Civil, salas I, G, F, y la opinión de Pérez Lasala, Zannoni, Bueres-Highton, expresando que “Ello encuentra su justificación pues el motivo de la disolución de la sociedad conyugal es el fallecimiento de uno de los cónyuges, coexistiendo la indivisión postcomunitaria con el cónyuge supérstite y la comunidad hereditaria respecto de los herederos del premuerto, situación que culmina mediante una partición privada realizada en escritura pública, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado ante el juez de la sucesión”. Agregando seguidamente: “Es por ello que aun cuando el acuerdo particional realizado por convenio privado comprendiera la donación, usufructo o cesión de derechos hereditarios de la porción ganancial del cónyuge supérstite (negocios jurídicos cuya realización requieren de escritura pública según lo dispuesto por el art. 1184 del Código Civil), el hecho de incorporarlo en el expediente judicial de la sucesión, tiene como efecto otorgarle el carácter de instrumento público, configurándose la excepción prevista en el inciso 2º de dicha norma. Distinto es el supuesto del fallo en análisis, ya que involucra en este negocio particional mixto, bienes personales de los herederos”.

Y remarco la necesidad que el bien ajeno que se incorpore sea un inmueble y no dinero u otros bienes para cuyo traslado de dominio no fuere exigible la escritura pública como forma, ya que de otro modo en mi opinión seguiría siendo admisible el acuerdo judicial y su inscripción registral mediante oficio ordenado por el tribunal.

Al respecto nos dice Ferrer (Ferrer, Francisco A. M., ‘Partición hereditaria: noción y alcances de su efecto declarativo’, publicado en RCCyC 2017, febrero, Thompson Reuters, cita online: AR/DOC/3988/2016): “... La misma solución rige para los casos en que se formen lotes íntegramente con dinero, hereditario o ajeno al acervo, como en el supuesto de un único bien sucesorio indivisible que se adjudica a uno o varios herederos, y al otro una suma de dinero en un crédito cuyos deudores son los adjudicatarios del bien. Tal modalidad es partición y no una venta. Correctamente, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha resuelto que la partición no pierde su carácter de tal por la circunstancia de que todos los bienes hereditarios se adjudiquen a los hijos del causante y se atribuya a la cónyuge supérstite un crédito contra ellos por el monto total de su porción. Este acto no constituye una ‘enajenación a título oneroso en

favor de los descendientes' susceptible de ser gravada con el impuesto para tales actos (39: SCBA, 9/10/1962, JA 1963-I-550; íd., 19/8/1969, LA LEY 138-967, 23.787-S, nros. VI, VII, VIII y XIII. Además: STJ Santa Fe, 2/3/1926, Jurisp. Trib. Santa Fe, 5-199; CNCiv., sala C, 7/4/1976, ED, 69-270; íd., sala A, 14/8/1985, LA LEY, 1986-E, 155; BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Sucesiones, t. I, 9ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, nro. 585; FASSI — BOSSERT, Sociedad conyugal, Astrea, Buenos Aires, 1978, t. II, p. 292, nro. 144, y p. 453, nro. 6; NATALE Roberto M., "Partición con saldos", Jurisprudencia Santafesina, nro. 17, ps. 29 y sigtes.; PERRINO, Jorge O., Derecho de las sucesiones, t. II, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, nro. 1237; Ferrer — Natale, en Peyrano, Jorge W. (dir.), Explicaciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, t. III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires — Santa Fe, 2016, ps. 430/431. En doctrina comparada: VAZ FERREYRA, E., Tratado de las sucesiones, t. VI-1º, nro. 676, ps. 151 y 154, y nro. 725, p. 268; SOMARRIVA UNDURRAGA, M., Indivisión y partición, ob. cit., nro. 543, p. 430, y nro. 583, p. 457. ). Y como no constituye una venta, tampoco es procedente exigir el otorgamiento de escritura pública para la inscripción registral de ese inmueble a nombre del heredero adjudicatario (40: CNCiv., sala F, 21/11/1985, ED, 116-539, y LA LEY, 1986-A, 465; íd., sala A, 27/2/1987, LA LEY, 1987-C, 308.)”.

En esta misma línea puede consultarse también el fallo de la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil, del 15/09/2015 (publicado por Thomson Reuters, cita online AR/JUR/42745/2015), en el que se expuso: “... Como se puede observar en autos, ambos copartícipes, capaces y mayores de edad, han puesto fin a la división postcomunitaria al adjudicar a uno de ellos el único inmueble que compone el acervo hereditario... , de ahí, que no se advierta en la especie que se trata de una cesión de derechos como lo establece el señor Magistrado de grado. Sucede, que ambos copartícipes pueden realizar la partición en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente (conf. artículos 3462, Cód. Civil y 2369, Cód. Civil y Comercial de la Nación) y así, hacer cesar la indivisión postcomunitaria, no advirtiéndose, en la especie, impedimento para dictar el pronunciamiento aprobatorio del acuerdo partitivo y dictar la correspondiente orden de inscripción”.

8.- De conformidad entonces a los fundamentos expuestos y los traídos por el recurrente en lo pertinente, reitero mi propuesta al acuerdo para que se haga lugar al recurso y se revoquen las providencias de la sras. Secretaría y Jueza de fechas 26/09/2017 (fs. 109, segundo párrafo) y 26/10/2017, respectivamente, debiéndose proceder conforme lo

expuesto en los considerandos, prescindiendo de la escritura pública exigida en tales proveídos. TAL MI VOTO.

LA DRA. ADRIANA MARIANI, DIJO: Que compartiendo los fundamentos expuestos por el Dr.MARTINEZ, VOTO EN IGUAL SENTIDO.-

EL DR. VICTOR DARIO SOTO, DIJO: Que atendiendo a la coincidencia de opinión de los dos primeros votantes, se abstiene de emitir su opinión (art.271 C.P.C.).-

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería,

RESUELVE: Hacer lugar al recurso y revocar las providencias de fechas 26/09/2017 - segundo párrafo- y 26/10/2017, debiéndose proceder conforme lo expuesto en los considerandos del voto rector, prescindiendo de la escritura pública exigida en aquellas.

SIGUEN LAS FIRMAS.

-----

-----

Expte.n° F-2RO-944-C1-15.

-----

-----

-----

-----

-----

-----

-----

Regístrese y vuelvan.

-----

-----

-----

-----

-----

GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ

PRESIDENTE

ADRIANA MARIANI

JUEZ DE CÁMARA

VICTOR DARIO SOTO

JUEZ DE CÁMARA

(En Abstención)

Ante mí:

PAULA M. CHIESA

SECRETARIA

nvp