

///Carlos de Bariloche, 21 de septiembre de 2017.-

VISTOS: Estos autos caratulados "FRECCERO RICARDO S/ SUCESION AB INTESTATO (EX. SEC. 2) (125/05)" (Expte nro. 1280/074/98)

CONSIDERANDO:

1º) Que a fs. 101/102 los herederos del causante interponen recurso de reposición con apelación en subsidio contra la providencia de fecha 04/09/2017, en tanto establece que el 50% del inmueble correspondiente a la cónyuge supérstite derivado de la liquidación de la sociedad conyugal por el fallecimiento del causante, no integra el acervo hereditario y por tanto no podrá disponer del mismo por instrumento privado presentado en la sucesión, sino que deberá efectuarse por escritura pública.

Que los recurrentes sostienen que si bien el 50% del bien corresponde a la sociedad conyugal, el hecho de no integrar el acervo hereditario no implica que la disposición deba efectuarse mediante escritura pública.

Sostienen que la adjudicación presentada implica una partición privada, mediante la cual todos los herederos "materializaron" la porción ideal de la herencia que les toca, diferenciándola de una cesión de derechos hereditarios.

Agregan que ello no cambia aunque el acto incluya la porción recibida por la cónyuge supérstite sobre los bienes gananciales, y que la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por la muerte de uno de los cónyuges se realiza justamente en el mismo acto y con la misma forma presecrita para la partición de herencia.

Sostienen que el acuerdo particionario y adjudicación implican además dejar atrás la indivisión comunitaria y que la adjudicación a los herederos no le quita el carácter de partición de los bienes heredados, más aun porque los trámites concernientes a la liquidación de la sociedad conyugal, deben sustanciarse en el proceso sucesorio.

Señalan que la escritura pública es una exigencia probatoria en vez de una solemnidad, y que en el caso de autos podrá suplirse con un escrito ratificando el acuerdo.

Finalmente, aseveran que siendo un convenio celebrado en instrumento privado prestado ante el juez de grado, corresponde dejar sin efecto la obligación de hacerlo por escritura pública.

2º) Que el Superior Tribunal de Justicia ha señalado: "Cuando la partición es privada, hallándose reunidos los requisitos, la forma y actos que lleven a cabo los herederos para distribuirse los bienes quedan librados, en principio, a su exclusivo criterio. Algunas veces la naturaleza de los bienes exigirá una forma determinada de llevar a cabo la adjudicación que de los mismos se haga como en el caso de los inmuebles, que para

modificar la inscripción necesitarán de expresión y acuerdo formulado en escritura pública. Este requisito pareciera ser ineludible para toda partición privada que, como extrajudicial que viene a ser, parecería ser comprendida en los que dispone el artículo 1184 inc. 2 del Código Civil, cuando dice: "Deben ser hechos por escritura pública...2° Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio privado presentado al juez de la sucesión..." (STJRN, SD 10 del 16/04/2013 en autos "Mortada" Expte. 25822/12, Del voto del Dr. Barotto).

3°) Que el artículo 2369 del C.C y C. establece la libertad de formas para hacer la partición.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa no nos encontramos frente a una cesión de derechos hereditarios, tal como señalan los recurrentes, en tanto que la cónyuge supérstite no es heredera respecto de los bienes gananciales.-

Por otro lado, entiendo que el acuerdo particionario debe limitarse a los bienes que componen el acervo, ya que si la cónyuge dispusiera de la parte ganancial del bien que le corresponde con sus herederos forzosos, se configuraría un pacto sobre herencia futura, que se encuentra expresamente prohibido y resultaría nulo (Art. 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación).-

La única forma de evitar la nulidad es entender que la cónyuge supérstite ha efectuado una donación de su porción ganancial.-

4°) Que el artículo 1542 del Código Civil y Comercial dice: "Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta la acepta".

Que por su parte, el artículo 1552 establece en lo pertinente: "Deben ser hechas por escritura pública, bajo pena de nulidad, las donaciones de cosas inmuebles..." (el subrayado me pertenece).

5°) Que entonces, siendo que la cónyuge no hereda sobre los bienes gananciales -en tanto que el 50% del inmueble le corresponde por la disolución de la sociedad conyugal y no integra el acervo hereditario del causante-, y toda vez que con el acuerdo presentado la cónyuge supérstite está transfiriendo a título gratuito el dominio de la parte del inmueble que le corresponde, ello configura una donación (cf. art. 1542 CCyC).-

Por ello y en atención a los claros términos del artículo 1552 del C.C.y C. -exigencia de escritura pública bajo pena de nulidad-, no podrá disponer del mismo por instrumento privado.

6°) Ello, sin desconocer la existencia de una corriente doctrinaria muy difundida como

así también la jurisprudencia del fuero (de la Cámara Civil) que acepta la inclusión de la parte ganancial del cónyuge superviviente en la partición, solución que no comparto por los argumentos ya expuestos.-

La cónyuge no es heredera en los bienes gananciales por lo que no podría hablarse de una cesión de derechos hereditarios, la que -a todo evento- también exige la escritura pública (Art. 1618 Inc. a del Código Civil y Comercial de la Nación).-

Y si, además, los pactos sobre herencia futura se encuentran prohibidos, solo cabe entender que el único acto válido es una donación, que debe hacerse por escritura pública bajo pena de nulidad cuando involucra inmuebles.-

En suma, haciendo una interpretación armónica e integral de la normativa aplicable, el único acto válido por acta judicial es la partición entre copartícipes (coherederos), sin cesión de derechos hereditarios ni donación.-

7º) Que en mérito de lo anterior, corresponde rechazar el recurso de revocatoria incoado y conceder la apelación en subsidio.

En consecuencia, RESUELVO: I) Rechazar el recurso de revocatoria incoado. II) Conceder el recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria, teniéndolo por fundado con el escrito de fs. 101/102. III) Protocolizar, registrar y notificar lo resuelto.

\nMariano A. Castro

Juez.