

San Martín de los Andes, 21 de Septiembre del año 2023.-

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas "**C. B. L. C/ A. M. A. S/ INC. EXCLUSION DE HEREDERO**" (**EXPT. 824/2018**), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la ciudad de Junín de los Andes; venidas a conocimiento de la Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, integrada por la **Dra. Nancy N. Vielma** y el **Dr. Pablo G. Furlotti**.

CONSIDERANDO:

La **Dra. Nancy N. Vielma** dijo:

I.- Llegan estas actuaciones a causa del recurso de apelación interpuesto por la incidentada contra la resolución del 6 de diciembre de 2022, notificada el 7 de diciembre de 2022, por medio de la que se excluye a la Sra. M. A. A. de la declaratoria de herederos dictada en la sucesión ab intestado del Sr. J. E. C. (Expte. 47289/2016).

El recurso interpuesto por la Sra. Aguirre en fecha 19 de diciembre de 2022 (fs. 284) es concedido en relación y con efecto suspensivo el 19 de diciembre de 2022 (fs. 285) y fundado el 20 de marzo de 2023 (fs. 298/300).

Mediante providencia del 27 de marzo de 2023, de tales fundamentos se corre traslado a la incidentista por el término de cinco días, quien lo contesta con fecha de cargo 10 de abril de 2023, 8:00 hs. (fecha de ingreso 5 de abril de 2023, 14:54 hs.) (fs. 302/307).

Por su parte, el Defensor de los Derechos del Niño, Niña y del Adolescente contesta la vista conferida el 12 de abril de 2023 (fs. 308/309). El a quo mediante providencia del 18 de abril de 2023 (fs. 310) tiene por extemporánea la contestación al traslado conferido a la incidentista, y contra esta decisión nuevamente esa parte interpone recurso de

apelación (esta vez en subsidio) en fecha 21 de abril de 2023 (fs. 311/312), el que es concedido en relación y con efecto suspensivo (313 vta.). Corrida una nueva vista por esta Alzada al Defensor de los Derechos del Niño, Niña y del Adolescente, pasan los autos a resolver.

II.- Previo a resolver la cuestión principal, corresponde resolver la preliminar, relacionada con la temporaneidad de la presentación de fs. 302/307, realizada por la incidentista con fecha de cargo 10 de abril de 2023, 8:00 hs. y de ingreso 5 de abril de 2023, 14:54 hs.) en respuesta al traslado conferido en fecha 27 de marzo de 2023).

En este punto considero que asiste razón al a quo quien, en consonancia con la posición mantenida por el Defensor de los Derechos del Niño, Niña y del Adolescente, sostiene que el plazo para dicha presentación venció el día 5 de abril de 2023 hasta las 10:00 horas.

La providencia fechada el día lunes 27 de marzo de 2023 fue notificada al día siguiente (día de nota), fecha ésta en la que también salió en que salió publicada en la lista de despacho. En consecuencia, el plazo de la notificación comenzó a correr desde la notificación realizada el 28 de marzo de 2023, conforme arts. 133 y 156 del CPCC.

Concluyo, en consecuencia, que la decisión recurrida se ajusta a derecho, por lo que propongo desglosar la contestación realizada por la incidentista obrante a fs. 302/307). Tal presentación no será entonces tenida en consideración a los efectos de resolver la cuestión a tratarse a continuación.

III.- A.- En la resolución apelada, el a quo considera que la parte actora logró acreditar el supuesto fáctico en que basa su pretensión, esto es que al momento del deceso existía entre los cónyuges J. E. C. y M. A. Aguirre una situación de separación de hecho sin voluntad de unirse en los términos previstos en el art. 2437 del Código Civil y Comercial,

es decir que no mantenían una "comunidad de vida" como indica la doctrina precitada.

Entiende que las pruebas rendidas dan cuenta de la relación de pareja que públicamente tenía el causante con la señora G., y por el contrario que con la Sra. A. sólo mantenía contacto durante algunos fines de semana porque regresaba a Neuquén a visitar a sus hijos.

Concluye, entonces, que se encontraba con su cónyuge separado de hecho sin voluntad de unirse, por lo que hace lugar a la exclusión de la demandada de la declaratoria de herederos en base al art. 2437 CCC.

B.- La apelante se agravia de que el sentenciante utilizó una serie de argumentos y presunciones para llegar a la decisión pero sin tener en cuenta elementos vitales, lo que torna a la resolución atacada en arbitraria.

Coincide con el a-quo en que el único hecho controvertido en el proceso consistía en esclarecer si a la época del fallecimiento el causante se encontraba separado de hecho sin voluntad de unirse respecto de la Sra. A. Asimismo coincide en que la carga probatoria asertiva de tales cuestiones pesa sobre el incidentista (art. 377 CPCC).

Concluye que la interpretación que hizo el sentenciante de la prueba rendida en autos no alcanza para acreditar los extremos invocados.

Destaca que el magistrado ha tenido en cuenta que la madre del menor vivía en concubinato de lunes a viernes en la ciudad de Junín de los Andes, pero no ha tenido en consideración la vida que llevaba el Sr. C. cuando iba a la ciudad de Neuquén todos los fines de semana.

Concluye, pues, que también allí tenía una vida de pareja con su cónyuge, siendo prueba de ello la titularidad compartida de la cuenta bancaria del Banco Francés y sus tarjetas asociadas, la cobertura médica Galeno, la titularidad de la línea telefónica. Asimismo, los diversos entes en los que

el Sr. C. tenía declarado su domicilio en la calle ... de la ciudad de Neuquén (ANSES, Municipalidad de Neuquén, EPAS).

Considera, asimismo, que ha restado valor convictivo a la prueba testimonial ofrecida por esa parte, por tratarse de familiares de la demandada, aunque entiende lógico que así sea, a lo que se suma que no han sido objetados por la contraparte.

Entiende que la interpretación realizada por el juez de grado de limitar la estadía durante los fines de semana del Sr. C. en la ciudad de Neuquén a una mera visita a sus hijos no se condice con la realidad ni con la prueba producida, y que -en definitiva- la parte sobre quien pesaba la carga de la prueba no acreditó debidamente la separación personal.

Solicita, pues, se revoque la decisión adoptada, y se rechace la pretensión del incidente.

C.- El Defensor de los Derechos del Niño, la Niña y el Adolescente comparte la posición de la incidentista al entender que se ha acreditado que el Sr. C. y la Sra. A. estaban separados de hecho sin voluntad de unirse. Y también que la incidentada no ha probado la vigencia del proyecto de vida del matrimonio. Y llega a esta conclusión defendiendo la valoración integral de la prueba realizada por el Juez interviniente.

Por ello, entiende que la sentencia dictada resulta razonada, fundada y justa.

IV.- Adelanto que considero que las quejas traídas cumplen con la exigencia legal del art. 265 del CPCC. He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica), a la luz del principio de congruencia.

V.- Ingresando al tratamiento de la cuestión, cabe recordar que lo dispuesto en el art. 2437 supone que en que la vocación hereditaria entre los cónyuges se basa en la

subsistencia del vínculo matrimonial y en la comunidad de vida y efectos que dan razón de ser. Por ello, la culminación del matrimonio por separación implica la desaparición del fundamento objetivo de la vocación hereditaria.

V. A) La doctrina distingue en la citada norma dos elementos: uno objetivo, consistente en el hecho de la separación, y el otro subjetivo, que es la ausencia o presencia de voluntad de unirse. Ambas circunstancias deben darse para que proceda la exclusión hereditaria del Cónyuge supérstite.

La existencia entre ambos elementos no siempre se da en forma conjunta, ya que puede darse el caso de una separación que no implique el cese del proyecto de vida en común.

Al respecto se ha dicho: *"Otro aspecto no considerado en esta cuestión es que si bien el art. 431 del CCCN alude a que los cónyuges se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad, no se ha caracterizado la forma en que se concretaría esa vida en común.*

En la legislación anterior, los cónyuges debían vivir juntos eligiendo ese domicilio de común acuerdo y el incumplimiento traía aparejado diversas consecuencias legales.

Ahora no se ha impuesto como deber legal y los cónyuges pueden acordar no convivir en forma permanente sino hacerlo tan sólo algunos días de la semana o durante viajes o en las vacaciones.

Esta situación pone en evidencia que si no hay vida en común no puede existir la separación de hecho que la presupone; es decir, habrá separación cuando se deja de convivir.

Por esa razón, no se alcanza a comprender la aplicación de la presente norma en el caso en que los cónyuges hayan acordado mantener su vivienda separada y compartir sólo algunos días o momentos en forma circunstancial. En este

supuesto no puede existir la separación de hecho.” (Jorge O. Azpiri, Incidencias del Código Civil y Comercial - Derecho sucesorio, Ed. Hammurabi, pag. 42).

En consecuencia, básicamente puede decirse que la exclusión de herencia es una acción que se otorga a un coheredero o a un heredero de grado sucesivo para que, en virtud de las causales previstas por la ley, solicite la separación de su coheredero o del heredero de grado preferente de la sucesión, y la pérdida de los derechos que, como tal, le correspondían a consecuencia de ello..

De conformidad a lo normado por el nuevo CCC, tal acción puede ejercitarse respecto del cónyuge del causante en caso de haberse producido el divorcio entre ambos, la separación de hecho, o bien el cese de la convivencia que resultara de una decisión judicial. Lo primero es lógico e incluso podría decirse que innecesario desde el momento en que el divorcio extingue el vínculo existente y por ende ya no sería -en realidad- cónyuges. Así lo entiende también Galli Fiant al decir que la sentencia firme de divorcio extingue el vínculo matrimonial, por lo que ya no cabe hablar de cónyuges tras la extinción del matrimonio (Galli Fiant, María Magdalena, "Exclusión hereditaria del cónyuge separado de hecho", La Ley, 08/06/2016, 9).

A su respecto se ha dicho que no puede perderse de vista el hecho de que conforme lo dispuesto por el Art 431 del CCyC los esposos se comprometen a realizar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad, estimando que la cohabitación es un deber jurídico; sin perjuicio de que su violación no pueda ocasionar ningún efecto, en atención a la lógica interna de un sistema incausado de divorcio, que ha eliminado el abandono voluntario y malicioso, y todas las causales subjetivas del divorcio.

Se ha manifestado también que la razón de ser de tal causal radica en que la desintegración del hogar revelaría la falta de un presupuesto del derecho hereditario conyugal,

consistente en el afecto del causante; como así también que aún cuando no haya atribución de culpabilidad ni juicio de reproche, lo cierto es que el estado de separado de hecho indica la falta de afecto presunto entre los cónyuges. (Pérez Lasala, José L. - Medina, Graciela, "Acciones judiciales en el derecho sucesorio", Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 383)

Aunque no puede perderse de vista lo dicho por Álamo en el sentido de actualmente no existe norma alguna que imponga el deber de cohabitación de los cónyuges, por lo que no hay deber legal de convivencia; ello así, si no existe obligación legal tampoco existe sanción. En consecuencia, el cese de la cohabitación para hacer procedente la exclusión hereditaria debe ser interpretado a la luz de los paradigmas de familia actuales, no siendo en sí misma la convivencia bajo el mismo techo lo que determina el affectio, sino la existencia de un proyecto de vida en común, basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad (art. 431 CCyC) (Álamo, Roxana, "La exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge separado de hecho", DFyP 2016 (octubre), 185)

Finalmente, refiere el art 2437 del CCyC a la exclusión que es consecuencia de una decisión judicial de cualquier tipo que implique de alguna manera el cese de la convivencia. Es decir, que siempre que en un proceso judicial se ordene el cese de la convivencia, por la causa que sea, dicha resolución puede llegar a constituir causa de exclusión de la vocación hereditaria conyugal. Pudiéndose mencionar, a sólo efecto ilustrativo, las leyes de protección contra la violencia familiar que estatuyen supuestos en los que el juez determina el retiro de uno de los cónyuges para evitar mayores riesgos, pudiendo acaecer que dicho retiro se transforme en una situación que configure el cese de la convivencia. O sea que el legislador ha privilegiado la convivencia matrimonial al título de estado de familia, pues cuando ha cesado la comunidad de vida, en principio, ya no hay razones para mantener la vocación

sucesoria. Pudiéndose verificar de este modo la gran importancia que adquiere la plena convivencia matrimonial, por encima del título a los fines de mantener la vocación hereditaria (Solari, Néstor, "El derecho hereditario del cónyuge separado de hecho", La Ley, 2009-C, 669).

En definitiva, lo que ahora importa es que quede claro que si los cónyuges se hallan separados de hecho al momento de producirse la muerte de alguno de ellos, entonces el supérstite no va a heredar a su cónyuge premuerto, debido a que tal circunstancia constituye una causal de exclusión de la vocación sucesorio entre los mismos.

Teniendo en cuenta tales premisas, entiendo que de la prueba realizada en autos ha quedado acreditada la existencia de una relación de pareja entre el causante y la Sra. G.. Sin embargo, coincido con la apelante en que no se ha probado en forma acabada que el desarrollo de esta relación haya implicado el cese de la relación existente entre el Sr. C. y su cónyuge, la Sra. A.

Las pruebas a que hace referencia la apelante acreditan que durante los años en que el Sr. C. -de lunes a viernes- vivió en pareja con la Sra. G. también continuó con su vida -los fines de semana- con su familia en la ciudad de Neuquén. Diversos testigos ofrecidos por la demandada han manifestado que, si bien la relación matrimonial entre el Sr. C. y su cónyuge se encontraba limitada en el tiempo -a los días de descanso-, no aparece acreditado que ello implicara el cese del proyecto de vida en común. Pero además tampoco se acredita el cese de la convivencia. Por ello pondero la declaración de todos los testigos. Si bien algunos de ellos son familiares, considero que en este tipo de causas resultan muy importantes sus declaraciones, tales como el del Yerno de la Sra. A. y del causante, quien está casado con la hija de ambos; como el de su hermana (A. N.) y su cuñada (S.), y otros que no son familiares pero aportaron datos significativos como la testigo

M. R. (amiga) y L. P. (vecina), quienes dan cuenta que el extinto C., convivía con la Sra. A., que ellos veían cuando venía los días de descanso, los fines de semana y a veces a mediado de semana, y que en Junín de los Andes trabajaba como operador de telefónica. La vecina expreso que "El venia siempre" y la testigo M. declaró que no estaban separados, no solo porque convivía con la Sra. A., sino porque "toda la vida le paso su plata, tarjeta, mantenía sus hijos, la ayudaba con los nietos y venia siempre. Aclara que la Sra. A. se enteró de que tenía otra familia cuando fue a realizar los trámites de pensión, porque habían iniciado otro tramite. Asimismo finaliza manifestando que el Sr. C., quedó "enterrado" en Neuquén.

Del análisis de la causa, la suscripta tiene por demostrado que el causante, el extinto C. J. E., tenía dos familias, convivía con las dos mujeres y tenía con ambas un proyecto de vida en común. Ahora, si bien eso es criticable desde el punto de vista moral o ético, no podemos por esa circunstancia excluir a la cónyuge de la vocación hereditaria. .

Sobre el tema me resulta determinante analizar los antecedentes legislativos y la previsión y requisitos actuales que exige la ley.

V.B. Antecedentes legislativos de la cuestión.

Para comprender cabalmente el problema aquí planteado, se hace necesario verificar la manera en que la regulación de esta causal de exclusión hereditaria se ha ido reformando a lo largo de los años.

En el texto originario del Código Civil sancionado por Vélez Sársfield en 1871, establecía el art. 3575 que "...cesa también la sucesión de los cónyuges entre sí, si viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse, o estando provisoriamente separados por juez competente...".

Luego, vino la ley 17.711, a agregar, como punto y seguido, el siguiente párrafo: "...si la separación sólo fuere imputable a culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará

la vocación hereditaria, siempre que no incurriese en las causales de exclusión previstas en el artículo anterior...".

Posteriormente, de la mano de la ley 23.515, se volvió a reformar el artículo 3575, aunque mantuvo, en lo sustancial, la redacción anterior al disponer que "...cesa también la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí, en caso que viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse o estando provisionalmente separados por juez competente. Si la separación fuese imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria siempre que no incurriese en las causales de exclusión previstas en el artículo 3574...". Este último, a su vez, en su 2° párrafo, 2° parte disponía que "...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...".

Finalmente, el nuevo Código Civil y Comercial establece en el art. 2437 que "...el divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges...". Es decir, que la norma ya no nomina la imputabilidad de la culpabilidad de la separación de hecho, sino sólo **la falta de voluntad de unirse.**

V.C).- Distinción Preliminar.

Sobre la base de lo dicho hasta aquí y teniendo en cuenta lo dicho por Kemelmajer de Carlucci Kemelmajer de Carlucci, Aída, ("La exclusión del separado de hecho en la sucesión del cónyuge. Carga de la prueba", Rubinzal-Culzoni Online, sección Doctrina, RC D 877/2012), nos parece que para la mejor comprensión de la problemática planteada en el presente se hace posible distinguir entre dos aspectos bien diferenciados: a) Por un lado la cuestión de fondo, es decir, la determinación de los elementos, o tipificación de la causal de

exclusión; y b) por el otro, la cuestión procesal o sobre quién recae la carga de probar los presupuestos de la causal.

Luego, también se hace necesario diferenciar entre lo que la citada autora denomina elemento objetivo y elemento subjetivo de la específica causal de exclusión hereditaria que aquí se viene analizando. En virtud de ello pueden diferenciarse: a) Un elemento objetivo, que estaría dado por la no cohabitación de modo permanente, con rasgos de definitividad; y b) Un elemento subjetivo de la causal de exclusión, que en cambio estaría dado ahora únicamente por la falta de voluntad de unirse.

Ello así porque no basta únicamente con la separación de hecho, sino que además se hace necesario que no haya voluntad de unirse, por lo que si uno de los cónyuges conserva esa voluntad, la exclusión no opera. Por consiguiente, debe quedar bien en claro que para perder la vocación sucesoria, entonces, sería necesario que ninguno de los dos cónyuges desee reanudar la vida en común. ¿Cuál sería la consecuencia de ello? Según expresa Kemelmajer de Carlucci, de ello se deriva que el cónyuge que dejó el hogar conyugal que luego se arrepiente y quiere volver a unirse, si la convivencia no se reanuda porque el otro no aceptó el arrepentimiento, hereda en la sucesión del cónyuge, porque mantenía la voluntad de unirse (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La exclusión del separado de hecho en la sucesión del cónyuge. Carga de la prueba", Rubinzal-Culzoni Online, sección Doctrina, RC D 877/2012).

De ahí que se generara toda una discusión relacionada con la carga de la prueba. En particular con lo atinente al elemento subjetivo, porque estaba fuera de toda discusión que la carga de la prueba del elemento objetivo, es decir la no cohabitación de modo permanente, con rasgos de definitividad, correspondía a quien la hubiera alegado, o sea, a quien pretendía la exclusión del cónyuge.

Hoy en día ha quedado zanjada la primera de las cuestiones referidas, en tanto que se ha eliminado toda referencia a la posible culpa de alguno de los cónyuges en la separación de hecho. Ello así porque como dijera en general, las normas relativas a los casos de exclusión del cónyuge se adecuan al nuevo sistema, en materia de reformulación de la unión matrimonial y el abordaje de la crisis matrimonial, es decir que los supuestos de exclusión hereditaria conyugal sufren el impacto de la eliminación de la separación personal y de las causales del divorcio; con lo que se termina por modificar la causal de exclusión de la vocación hereditaria conyugal por la separación de hecho, en tanto la exclusión, como en el caso del divorcio, no tiene en cuenta la culpa sino el cese de la convivencia.

Es que, en efecto, habiéndose suprimido toda referencia a la culpa en la separación, en coherencia con el nuevo régimen de divorcio que excluye toda idea de culpa deviene absolutamente lógico y esperable la desaparición de los artículos 3574 y 3575 del anterior código (Pérez Lasala, "Tratado de Sucesiones", tomo II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 113.)

Por consiguiente, se ha eliminado con el CCyC toda posibilidad de que el elemento subjetivo estuviera constituido por la culpa en la ruptura, pudiendo consistir el mismo ahora necesariamente en la falta de voluntad de unirse. Volviéndose con la redacción actual del CCyC a la del CC original en lo que se refiere al cese de la convivencia, al haberse eliminado la posibilidad de declarar la responsabilidad de uno de los cónyuges en el cese de la vida en común (Azpiri, Jorge, "Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Sucesorio", Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 39)

De hecho, en la tésis expuesta se esgrimieron las conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca, año 2015, en las que se sostuvo, por mayoría, que:

"La separación de hecho sin voluntad de unirse configura una causal objetiva de exclusión hereditaria entre cónyuges. Resultan absolutamente irrelevantes las causas que llevaron a dicha separación de hecho. Esta causal incluida en el art. 2437 del CCyC es coherente con el régimen de divorcio incausado".

V.D.)- La Carga De La Prueba.

Teniendo en cuenta todo lo dicho hasta aquí, la carga de la prueba atinente al elemento objetivo de la causal de exclusión hereditaria por separación de hecho recae con todo su peso sobre aquellos que ejerciten la acción en cuestión; es decir, sobre la cabeza de quienes pretendan la exclusión del cónyuge supérstite y por ende hubieran alegado la no cohabitación del mismo con el fallecido.

En ese entendimiento observo que ello no se ha acreditado, por el contrario existen diferentes elementos probatorios que dan cuenta de que el Sr. C. y su esposa A., mantenían la convivencia.

Respecto del elemento subjetivo, es decir la carga relativa a la prueba del elemento subjetivo, que está dado ahora única y necesariamente por la falta de voluntad de unirse, considero que en principio, la carga probatoria aludida debiera recaer primariamente por sobre las mismas personas sobre las que recae el peso de la prueba en relación al elemento objetivo, es decir, los demás herederos; porque ciertamente se va a tratar - en la gran mayoría de los casos- de circunstancias fácticas cercanas o incluso entrelazadas a las que dan fundamento al mismo.

"Piénsese por ejemplo en el caso de una exclusión promovida por la hija de un fallecido respecto de su madre, con la que su padre estuviera separado de hecho desde hace más de veinte años, habiéndose mudado la segunda de ciudad y habiendo conformado una nueva familia en el seno de la cual tuviera incluso otros hijos. En tal caso la prueba atinente a todo los hechos referidos servirá no sólo para acreditar el elemento

objetivo consistente en la no cohabitación de modo permanente entre los cónyuges, sino también para hacer lo propio con el subjetivo, es decir, la falta de voluntad de unirse.”

Resumiendo, entiendo que la carga de probar tanto el elemento objetivo como el subjetivo le corresponde primariamente a los herederos que ejerciten la acción de exclusión respecto del cónyuge supérstite, porque se trata claramente de hechos constitutivos. Luego, a este último le va a incumbir probar en principio los hechos impeditivos y extintivos, de conformidad a la teoría general de la carga probatoria.

Finalmente, creo necesario poner de manifiesto lo que ha dicho algún sector de la doctrina reciente sobre esta cuestión: Álamo, por ejemplo, ha entendido que el cónyuge que pretende tener vocación en la sucesión de su consorte debe probar que no hubo separación de hecho o que si la hubo, fue por circunstancias transitorias; los herederos, en cambio, deben probar que hubo separación, y que la misma fue definitiva, independientemente de quien tuvo la culpa en la separación (Álamo, Roxana, "La exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge separado de hecho", DFyP 2016 (octubre), 185.

Galli Fiant, por otro lado, ha sostenido que a quien pretende la exclusión le cabe demostrar la falta de convivencia de los cónyuges al tiempo de la apertura de la sucesión, y le conviene aportar todos los elementos de prueba para sostener que esa situación obedecía a un quiebre del proyecto de vida matrimonial; mientras que el cónyuge supérstite deberá acreditar que a pesar de no convivir con el difunto a la fecha del deceso, subsistía en plenitud el proyecto de vida en común, basado en la cooperación y la asistencia mutua. Sólo así podrá revertir la exclusión que resulta de la falta de convivencia con el causante (Galli Fiant, María Magdalena, "Exclusión hereditaria del cónyuge separado de hecho", La Ley),

V.E) Volcados todos estos conceptos a la plataforma fáctica de autos, tengo por acreditado que el Sr. C., convivía con la Sra. A. como "marido y mujer" (palabras de los testigos) cada vez que descansaba, en especial todos los fines de semana, y no habían destruido o cesado su proyecto de vida en común.

El hecho de que el Sr. C. haya tenido que vivir en una ciudad distante de lunes a viernes por causas laborales no prueba necesariamente una separación de hecho. De igual modo, la existencia de una relación de pareja con otra persona en esa ciudad tampoco implica -de por sí- el ocaso de la relación anterior.

Es que, sin perjuicio de la valoración ética (por cuanto tenía dos familias) que se pudiera realizar sobre la situación, la prueba producida en autos resulta suficiente a los fines de concluir que ambas relaciones habrían coexistido en paralelo, al mismo tiempo. Cuanto menos, entiendo que no se encuentra acreditado de manera suficiente que con el inicio de la relación mantenida con la Sra. A. hubiera cesado la voluntad común de mantener el matrimonio por parte de los cónyuges.

Diversos autores se han expedido al respecto, dejando asimismo en claro cómo se deben aplicar las cargas probatorias.

Así se ha dicho:

"Finalmente, un punto a tener en cuenta es el referido a la carga probatoria de la exclusión, lo que nos adentra nuevamente en el debate de analizar a quien le corresponde. Al respecto consideramos que es innegable que quien pretende excluir, deberá plantear la pérdida del derecho hereditario y, para ello, acreditar la separación de hecho, ya que entendemos que bastará al heredero que solicite la exclusión, probar simplemente el hecho objetivo de la separación, pues como expresamos anteriormente, la intención del legislador ha sido incorporar al texto legal aquel principio doctrinario que entiende que el cese de la convivencia como

elemento objetivo, es el que elimina el fundamento de la vocación sucesoria conyugal.

Sin embargo, puede ocurrir que dicha separación de hecho, acreditada y probada, no signifique que la misma lo haya sido "sin voluntad de unirse". La no voluntad de unirse es un elemento que la ley incluye para caracterizar la separación, distinguiéndola de las transitorias, que pueden estar motivadas en razones de fuerza mayor, tratamientos, enfermedades, guerras, ausencia por razones laborales, etc. Tampoco se configuraría esa falta de voluntad de estar unidos, en el supuesto en el cual ambos cónyuges elijan no vivir juntos en el mismo espacio habitacional, es decir que hayan desarmado el hogar conyugal, pero en donde si participen de un proyecto de vida en común, se asistan, colaboren, compartan tiempos y espacios, distintas actividades, vacaciones, esparcimiento, etc., lo que actualmente se suele denominar "esposos-novios" o "parejas con cama afuera".

Es por ello que, entendemos que como regla el supérstite queda sin derecho sucesorio, salvo que demuestre la voluntad común de mantener el matrimonio, por cualquier medio de prueba, es decir que probada la separación de hecho, se configura el supuesto objetivo de exclusión, y el supérstite que pretenda participar en calidad de heredero y considere que no debe ser excluido, será quien deba probar y acreditar que dicha separación no lo ha sido con el ánimo de no volverse a unir, en función de todos los supuestos, alternativas y situaciones supra mencionadas." (Derecho de las Sucesiones, Rivera Julio César, Medina Graciela, Rolleri Gabriel, Ed. Abeledo Perrot, e-book).

En sentido similar: "Supuesto del cónyuge separado de hecho. Al cónyuge supérstite le basta -como dice Borda- con agregar la partida de matrimonio para obtener la declaratoria en su favor. Si los coherederos pretenden que ha perdido la vocación sucesoria por algunas de las causales legales, deben accionar por vía ordinaria.

El artículo 2437 se refiere al divorcio, la separación de hecho y al cese de la convivencia resultante de una decisión judicial. Dice así: "El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges". (...)

La separación de hecho sin voluntad de unirse, la deben probar los herederos que pretenden la exclusión hereditaria del cónyuge en la sucesión de su consorte fallecido. Entendemos -como Fassi- que la sola circunstancia de que el causante exteriorice en su testamento su voluntad de no incluir a su cónyuge como heredera por estar separado de hecho de ella sin voluntad de unirse, no basta por sí solo para excluir de la testamentaria a quien es heredera legitimaria, ni tampoco para invertir la carga de la prueba." (José Luis Pérez Lasala, Tratado de Sucesiones, Tomo I, parte General. Ed. Rubinzal Culzoni, Pag. 472/473).

Entiendo, entonces, que la incidentista no ha logrado acreditar los extremos por ella invocados y que requiere la norma para hacer lugar a la exclusión de la Sra. A. como heredera del causante.

En primer lugar, porque no ha probado que la ausencia del Sr. C. configurara una separación de hecho, ya que se acreditó que se basaba en motivos laborales y durante los fines de semana tal separación no existía.

En segundo término, ya que tampoco se ha acreditado que existiera de parte de los cónyuges **la voluntad común** de no mantener el matrimonio.

Concluyo, pues, que corresponde hacer lugar a la apelación interpuesta y, en consecuencia, revocar la resolución la resolución del 6 de diciembre de 2022, en cuanto excluye a la Sra. M. A. A. de la declaratoria de herederos dictada en la sucesión ab intestado del Sr. J. E. C. (Expte. 47289/2016).



Modificar, asimismo, la imposición de costas de primera instancia, imponiendo las de ambas instancias a cargo de la incidentista en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 CPCC). Y diferir la regulación de honorarios por la intervención de los profesionales ante esta Alzada para cuando se cuente con pautas para ello.

Así voto.-

A su turno, el **Dr. Pablo G. Furlotti** dijo:

Por compartir las consideraciones y solución propiciada por mi colega, adhiero a su voto. **Mi voto.-**

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar a la apelación interpuesta y, en consecuencia, revocar la resolución la resolución del 6 de diciembre de 2022, en cuanto excluye a la Sra. M. A. A. de la declaratoria de herederos dictada en la sucesión ab intestado del Sr. J. E. C. (Expte. 47289/2016).

II.- Imponer las costas correspondientes a esta ambas instancias a cargo de la incidentista, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 CPCC).

III.- Diferir la regulación de honorarios por la intervención de los profesionales ante esta Alzada para cuando se cuente con pautas para ello.

IV.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. Nancy N. Vielma
Jueza de Cámara

Dr. Pablo G. Furlotti
Juez de Cámara



Se deja constancia de que la resolución que antecede fue firmada digitalmente por la Sra. Vocal **Dra. Nancy N. Vielma**, por el Sr. Vocal **Dr. Pablo G. Furlotti** y por el suscripto, conforme se desprende de la constancia obrante en el lateral izquierdo de fs. 323, y del sistema informático Dextra. Asimismo, se protocolizó digitalmente conforme lo ordenado.-

Secretaría, 21 de Septiembre del año 2023.-

Dr. Juan Ignacio Daroca
Secretario de Cámara