

En la ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los 18 días del mes de Febrero de dos mil quince, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Segunda de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro, doctores **MARIA FERNANDA NUEVO y HUGO O. H. LLOBERA**, para dictar sentencia en el juicio: "**DELTA DEL PLATA S.A. C/DE MARZI GARLING MONICA Y OTROS S/DIVISION DE CONDOMINIO S/ INCIDENTE DE REDARGUCION DE FALSEDAD**" causa n° E-374-06; y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Nuevo y Llobera, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

CUESTION

¿Es justa la sentencia apelada?

VOTACION

A LA CUESTION PLANTEADA LA SEÑORA JUEZA DRA. NUEVO DIJO:

1. - La sentencia única dictada a fs. 163 de este proceso y fs. 783 del expediente acumulado, "Delta del Plata S.A. c/De Marzi Garling, Mónica s/división de condominio", rechazó la acción por redargución de falsedad opuesta por Mónica, Emma, Silvia, César José y Jorge Aníbal De Marzi y Garling respecto de las escrituras n° 49, 76 y 109 obrantes en autos. Asimismo, denegó la excepción de falta de legitimación pasiva para obrar y, en consecuencia, hizo lugar a la demanda por división de condominio iniciada por Delta del Plata S.A. contra los accionados referidos antes, con relación a la fracción de tierra ubicada en la Primera

Sección Islas, del Partido de Tigre. Impuso las costas a los demandados en su condición de vencidos. Emma, César José, Jorge Aníbal y Mónica De Marzi Garling **apelaron el pronunciamiento.**

2.- Los agravios

A fs. 241, 242 y 244 fundaron el recurso los recurrentes, con contestación del escribano Domingo Olivera, Delta del Plata S.A. e Inversiones Delta S.A. a fs. 251, 265 y 281, respectivamente.

En primer término reclaman que se decrete la nulidad de la sentencia por vicio del procedimiento.

Sostienen que se ha omitido citar a una litisconsorte pasiva necesaria y ello afecta derechos de propiedad y el debido proceso legal. Argumentan que a su criterio, correspondía incorporar al proceso a su madre, Erica Adela Garling, cesionaria de los derechos hereditarios que les correspondían en el sucesorio de su abuelo Arístides De Marzi, a cuyo nombre se encuentran inscriptos los inmuebles objeto de litigio.

En subsidio, critican el rechazo de la redargución de falsedad de las escrituras y el consecuente progreso de la acción por división del condominio.

Insisten en que la inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad Inmueble, sin que se hubiera producido la partición de la herencia, no determina la existencia de un condominio. Por lo tanto,

entienden que es inválida e inoponible a terceros la compraventa realizada por un coheredero, sin la conformidad de los restantes.

Citan precedentes de doctrina y jurisprudencia, para concluir que la inscripción de la declaratoria de herederos no es más que una anotación preventiva, sin la virtualidad de constituir un condominio entre los beneficiarios.

Por los argumentos vertidos, piden que se revoque la sentencia, con costas.

3.- El planteo de deserción

Al contestar el traslado de la expresión de agravios, Delta del Plata S.A., a través de su letrado apoderado, solicitó que se declare desierto el recurso por falta de fundamentación adecuada.

En salvaguarda de la garantía de la defensa en juicio, únicamente cabe utilizar la facultad que acuerda el art. 261 del mismo Código en caso de insuficiencia de fundamentación en forma restrictiva y cuando el incumplimiento resulte flagrante (causas 95.193 y 42.415/08 de la Sala 2). La facultad del Tribunal de Alzada, que en definitiva depende de la apreciación subjetiva de los Magistrados, debe ser ejercida con suma prudencia, ya que en tales supuestos siempre se corre el riesgo de caer en arbitrariedad (Causas de esta Sala 2 n° D-2.141-0 y D 3288-6, entre otras muchas).

La inconsistencia de los agravios derivará, en su caso, en el rechazo del recurso pero no es suficiente para declarar su deserción (Causas de esta Sala n° 108.001, 79-2009, entre muchas otras y causa 85.559 de la anterior Sala 1 de esta Cámara).

En este caso, entiendo que los apelantes han expuesto los argumentos que a su juicio conducirían a revocar el pronunciamiento. En consecuencia, no creo que pueda declararse desierto su recurso, sin desmedro del ejercicio del derecho de defensa.

Por los fundamentos expuestos, propongo denegar el planteo en estudio.

4.- El supuesto vicio alegado

Los recurrentes afirman que la sentencia omitió resolver la excepción de falta de legitimación pasiva para obrar (fs. 244 vta.).

Entiendo que ello no es exacto.

De acuerdo con lo que surge del segundo considerando (fs. 168) y lo plasmado en la parte resolutive (fs. 169 vta.), el Sr. Juez de Primera Instancia denegó la defensa en cuestión por los fundamentos que motivaron el rechazo del incidente de redargución de falsedad. Esta cuestión conforma el segundo agravio, por lo que será analizada en el considerando siguiente.

En el primer ítem, los apelantes reclamaron la nulidad de la sentencia con base en un hipotético vicio de

procedimiento. Sostienen que no fue debidamente integrada la litis con la Sra. Erica Adela Garling. Estimo que el planteo debe ser desestimado, pues no fue puesto a la consideración del Magistrado de origen en la etapa procesal oportuna, por lo que escapa al conocimiento de este Tribunal de Alzada (arts. 149, 169, 170, 266, parte final, 272 y ccs. del CPCC.).

En efecto, conforme surge de los escritos de contestación de demanda en el juicio principal por división de condominio, los apelantes fundaron la excepción de falta de legitimación pasiva para obrar, en el hecho de no resultar condóminos de la requirente (fs. 176, 181 y 445, que remiten a fs. 164 vta., apartado V; arts. 345 inc. 3°, 354 y ccs. del CPCC.). Aunque los demandados César José y Jorge Aníbal de Marzi aludieron también a la cesión de derechos hereditarios efectuada a favor de su madre (fs. 176 vta.), lo concreto es que no instaron su incorporación al proceso en calidad de tercero (ver fs. 165).

Menciono, no obstante, que el recurso de apelación ataca los errores de juicio, tanto en la apreciación de los hechos o la valoración de las pruebas, como en la aplicación de las normas. Si bien el recurso de nulidad se encuentra comprendido en el de apelación (art. 253 del CPCC.), queda circunscripto a los vicios u omisiones procesales que pudieran afectar la construcción de la sentencia. Se

excluyen los errores "in procedendo" o irregularidades que la hubieran precedido.

Estos yerros, que eventualmente podrían afectar al procedimiento anterior, privándolo de aptitud para cumplir el fin al que se haya destinado (art. 169 del CPCC.), deben ser impugnados a través del incidente de nulidad, que es la vía idónea para subsanarlos. Tal incidente debe articularse en la instancia en que el supuesto vicio se produjo, dentro del quinto día subsiguiente al conocimiento del acto, pues vencido ese plazo se produce la preclusión (causa 4211/7 de esta Sala 2, sent. 21 de febrero de 2013 y causas de la Sala 1 de esta Cámara, n° 92.848 y 88.213; C.N.Civ., Sala G 30 de agosto de 2000 - E. D., Boletín de Jurisprudencia de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil n° 2- 2001, Pag.36).

Por otra parte, es sabido que el llamamiento de autos para sentencia no solo expresa que se ha clausurado todo debate ante el inminente dictado de la decisión definitiva, sino que advierte a las partes para que, antes de consentirlo, puedan deducir las nulidades y formular las objeciones que consideren oportunas y pudieran obstar al dictado de un pronunciamiento válido.

Con esa actividad, queda concluida la instancia, operándose la preclusión de los actos procesales anteriores y quedando subsanados, ante el silencio observado, los vicios procesales que pudieran haberse producido (doct. art.

482 del CPCC.; SCBA, Ac. 39864 del 1° de agosto de 1989, Ac. y S. 1989-II-779; esta Sala, causa D408-03, sent. del 31/8/12, reg. 106/12).

Por estos fundamentos, rechazo el primer agravio de los recurrentes.

Todo lo expuesto es extensivo a lo requerido por el escribano Domingo Olivera al contestar los agravios (fs. 253).

5.- Los actos jurídicos impugnados

Mónica De Marzi Garling promovió el presente incidente de redargución de falsedad de las escrituras que en copia se agregan a fs. 1/8, 9/13 y 14/20. Fundó la acción en el hecho de que los comparecientes se atribuyeran el carácter de condóminos y enajenaran partes indivisas cuando sólo tenían vocación a una porción hereditaria (fs. 21 vta.). Similar planteo habían formulado los demás apelantes al contestar la demanda en el juicio principal (fs. 176, 181 y 445).

Mediante escritura n° 49 (fs. 1), del 1° de abril de 1998, Magdalena Dora De Marzi, Arístides De Marzi, y María Isabel Dowdall de De Marzi, vendieron a Inversiones Delta S.A. la totalidad de las partes indivisas que cada uno de ellos tenía sobre la Isla del Tigre, Fracción H.I, Parcela UNO. El notario actuante indicó que lo deslindado por la parte enajenante le correspondía por fallecimiento de su padre y suegro, Arístides De Marzi, en virtud de la

declaratoria de herederos dictada a favor de los hijos nombrados en primero y segundo lugar, de la cónyuge supérstite -Sra. María Adoración Pérez de De Marzi- y, en representación de José Aníbal De Marzi (premuerto), sus nietos Emma, Mónica, Silvia, César José y Jorge Aníbal De Marzi y Garling y su nuera María Isabel Dowdall. También señaló el escribano que el pronunciamiento que a su juicio legitimaba a los vendedores a efectuar la operación, fue inscripto en el Registro respectivo el 7 de agosto de 1989 (fs. 5 vta./6).

Mediante escritura n° 76 del 14 de mayo de 1998, María Adoración Pérez de De Marzi vendió a Inversiones Delta S.A. la parte que le correspondía sobre el bien de autos, por fallecimiento de su cónyuge Arístides De Marzi (fs. 14 vta. y 18).

Por último, el testimonio de fs. 9 (escritura n° 109 del 19 de mayo de 1999) contiene la aceptación de las compras realizadas por Inversiones Delta S.A. para la Delta del Plata S.A., mediante las escrituras n° 49 y 76, ambas de 1998 y por una operación ajena a este proceso (fs. 9 vta.).

Lo que es materia de revisión por este Tribunal, es si los herederos que tenían la posesión de la herencia (arts. 3410 y 3417 del Código Civil, 737 del CPCC.), se hallaban habilitados para disponer de los bienes del acervo sucesorio antes de realizada la partición que les asignara a cada uno una porción concreta; o si necesariamente debían

cumplir previamente el trámite que pusiera fin al estado de indivisión hereditaria (arts. 761 y ss. del CPCC.). Reitero que es un hecho no controvertido que la declaratoria de herederos había sido inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble más de ocho años antes de efectuadas las ventas redargüidas de falsas por los nietos de Arístides De Marzi (fs. 6).

6.- El régimen de los bienes durante la comunidad hereditaria

El art. 993 del Código Civil establece que el instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él o que han pasado en su presencia. Ello, no sólo entre las partes, sino también contra terceros, en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc., contenidos en ello (art. 994 del mismo código).

El concepto contenido en el art. 993 -hace plena fe- significa, en su aspecto procesal, que vincula al tribunal a lo expuesto en el acto público, en tanto hará prueba hasta su declaración de falsedad (arts. 979 incs. 1° y 2°, 993, 994, 995, 997, 998 del C.Civil)-. Incumbe al promotor del incidente de redargución de falsedad, la carga de la prueba respectiva, al pretender modificar el estado de las cosas (conf. Morello..., "Códigos...", T° V-A, pág. 462;

SCBA. Ac 37392 S 27-10-1987, LL 1988 A, 333 - JA 1989 III, 757 - AyS 1987 IV, 445 - DJBA 1988, 89; Ac 71815 I 28-9-1999, AC 80191 I 14-5-2003).

La fuerza casi irrefragable que deriva de la afirmación que efectúa un oficial público en cumplimiento de su contenido, impone la carga a quien redarguye de falsedad su atestación, de aportar una prueba sólida, que no deje resquicio alguno para la duda, resultando inadmisibile la que sólo está basada en presunciones (conf. causa n° 49957 RSI-79-90 del 20-2-1990 de la anterior Sala I; causas 256.949 y 99.720 del 29/11/2013 RSD. 140/2013).

En este caso específico, en que se cuestionan las ventas efectuadas por herederos de Arístides de Marzi, respecto de un bien que conforma el acervo hereditario, antes de realizada la partición, corre a cargo de la parte que promovió el incidente, la carga de probar la falsedad que denuncia.

No son hechos controvertidos que el causante era condómino del bien objeto de las transacciones y que quienes intervinieron en los actos impugnados como parte vendedora, son algunos de sus herederos, cumpliendo con la inscripción del auto que así lo declara, en el Registro de la Propiedad Inmueble.

A mi juicio, esas circunstancias determinan el rechazo del planteo de falsedad. Sin desconocer las distintas corrientes doctrinarias relativas a la materia en

análisis, considero que en este caso concreto, los herederos que estaban en posesión de la herencia, tenían facultad para disponer del bien hasta el límite de su interés en la sucesión. Máxime cuando los nietos del causante no han siquiera alegado un perjuicio concreto que podría eventualmente dar sustento a su postura.

En efecto, conforme lo dispuesto por los arts. 3410 y 3417 del Código Civil, los sucesores aludidos en la norma acceden a la posesión de la herencia de pleno derecho desde el día de la muerte del autor de la sucesión. A partir de ese momento continúan la persona del difunto, siendo propietarios de los bienes que pertenecían al causante. Ese derecho se convalida ante terceros con la correspondiente inscripción de la declaratoria "que muchas veces se produce sin una previa partición, a fin de partirlos posteriormente o mantenerlos así con los efectos que la partición produzca" (SCJBA, 13-9-2000, Ac. 74.336 S, BA B25461). Los preceptos concuerdan con los arts. 735 y 737 del CPCC., que informan que la declaratoria de herederos importa la posesión hereditaria.

El art. 3248 inc. 1º del Código Civil mantiene, hasta la partición inclusive, el fuero de atracción del juez ante el que ha tramitado el proceso sucesorio, dando lugar a la tesis que otorga relevancia a la inscripción de la declaratoria de herederos como acto con virtualidad suficiente para transformar en condominio la indivisión

hereditaria. Más allá de eso, y sin que tenga relevancia ahondar en este proceso sobre las semejanzas evidentes que existen entre ambos institutos, lo concreto es que durante la comunidad hereditaria, los titulares pueden disponer de su parte indivisa, con derecho a requerir la partición en cualquier momento. La división solo tiene efecto declarativo, lo que conduce a considerar a cada heredero como propietario exclusivo de lo que le correspondió en su lote desde el inicio de la comunidad, salvo supuestos excepcionales ajenos a este caso (doct. art. 3449 del Código Civil; Bueres, Alberto-Highton, Elena, "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", edit. Hammurabi, Bs. As., 2001, tomo 6A, p. 423).

Se ha resuelto que si la indivisión hereditaria se prolonga, da lugar a la constitución de un condominio. Ello surgiría de la interpretación de la nota al art. 2675 del Código Civil, en la que se cita como ejemplo de constitución del condominio la prolongación de la indivisión hereditaria. Y también podría resultar de la nota al art. 3284 del código citado (Moreno Dubois, "La inscripción de la declaratoria de herederos como causa extintiva de la comunidad hereditaria" LL 122-300, cit. en Bueres-Highton, op. cit., pág. 424).

La jurisprudencia no ha sido uniforme en el tema. De cualquier modo, podría concluirse que las diferencias entre la comunidad hereditaria y el condominio son

simplemente accidentales, porque ambas son formas de propiedad colectiva que permiten la disponibilidad del bien hasta el límite de su parte indivisa (Fornieles, "Tratado de las sucesiones", 2ª. Edic. 1941, t. I, p. 228).

Por los fundamentos expuestos y no habiendo sido recurrida la sentencia por otras circunstancias más que las tratadas, propongo mantener el rechazo del incidente de redargución de falsedad y el planteo defensivo de los nietos del causante, pues entiendo que no han logrado rebatir eficazmente los argumentos que motivaron el pronunciamiento (doct. arts. 260, 261, 735, 737 y ccs. del CPCC.; doct. arts. 3410, 3417, 3449 y ccs. del Código Civil).

7.- Las costas

Atento a la forma en la que planteo resolver el recurso, propicio que las costas de Alzada corran íntegramente a cargo de los apelantes en su condición de vencidos (art. 68 del CPCC.).

Por todo lo expuesto, voto por la **AFIRMATIVA**.

Por los mismos fundamentos, el Señor juez Doctor **Llobera** votó también por la **AFIRMATIVA**.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada en todo cuanto ha sido objeto de agravio, rechazando el recurso interpuesto por Emma,

César José, Jorge Aníbal y Mónica De Marzi Garling, con costas, por su condición de vencidos.

Se difiere la regulación de los honorarios para la etapa procesal oportuna (art. 31 de la ley 8904).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.