

## Instituto de Derecho Procesal – Partición de herencia

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I • 20/03/2018 • Antin Guiraldes, Marcos y Pablo c. Almadós Almonacid, Esmeralda y otros s/ petición de herencia.

**2ª Instancia.**- Mercedes, marzo 20 de 2018.

1ª ¿Corresponde declarar mal concedido el recurso? 2ª En su caso, ¿es justa la resolución apelada? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Ibarlucía* dijo:

I. El letrado apoderado de los demandados, en su réplica de fs. 1127/32, solicita en forma liminar que se declare mal concedido el recurso de apelación. Esto, con fundamento en que al haberse desestimado el recurso de reposición con motivo de no resultar susceptible del mismo la resolución recurrida no lo es tampoco el de apelación en subsidio. Cita doctrina y jurisprudencia al efecto.

II. Es dable señalar, en primer lugar, que, a juicio de esta Sala, a fin de garantizar mejor el derecho de defensa (art. 18, CN), debe adoptarse un criterio amplio en cuanto a la posibilidad de recurrir si media un gravamen irreparable (art. 242, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), requisito este último que se entiende que está presente en este caso (causa 114.686, S.I. del 17/10/2013).

En este orden de ideas, se considera que el recurso de apelación ha sido bien concedido, dado que cuando la revocatoria no es procedente, debe concederse como apelación directa la deducida en subsidio si se ha interpuesto dentro del plazo del art. 244 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, lo cual se encuentra cumplido según el cargo de fs. 1.123 (cfr. Fenochietto, Carlos E., “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires”, Ed. Astrea, Bs. As., 2002, p. 299).

Por ello, no cabe sino desestimar el pedido formulado por la parte demandada tendiente a que se declare mal concedido el recurso interpuesto por la parte actora.

Voto por la negativa.

El doctor *Bagattín*, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

2ª cuestión. — El doctor *Ibarlucía* dijo.

I. Corresponde en primer lugar desestimar la petición de la demandada de que se declare desierto el recurso, dado que el escrito de fs. 1.118/23 contiene el mínimo de crítica concreta y razonada que justifica tener por cumplidos los requisitos del art. 260 del C.P.C.

II. La resolución de fojas 1116/7 es apelada por la parte actora, en forma subsidiaria a la interposición del recurso de reposición que también dedujo.

[-] Mediante el decisorio recurrido se resolvió desestimar la impugnación deducida por la actora a fs. 1003/5 y aprobar el dictamen pericial obrante a fs. 944/9, en

cuanto hubiere lugar por derecho, dejando establecido que el monto a colacionar por los demandados asciende a la suma de \$1.837.523,30. [-]

Los fundamentos del recurso se encuentran en el escrito de fojas 1118/23. Allí sostiene la apelante que el Sr. Juez *a quo* cometió un error al dictar la resolución, ya que tuvo en cuenta solamente la distribución que propuso la parte demandada, sin fundamentarlo, apartándose de lo probado en la causa y lo dispuesto por la sentencia dictada en autos, como así también en contradicción a la declaratoria de herederos dictada en la sucesión de D. G.. También manifiesta que el Juez no fundamentó lo resuelto respecto de la liquidación propiamente dicha ya que sólo tuvo en cuenta que los valores debían traducirse en moneda de curso legal pero nada dijo respecto de cómo y por qué arribó al monto de la cuestión.

Indica la parte apelante que la distribución que pretenden los demandados — aplicación de la ley 14.367, inclusión de un heredero inexistente en autos y no aplicación del artículo 3484 del Cód. Civil— no fue propuesta por los demandados en la etapa procesal oportuna, ni se desprende de la sentencia ni de ningún otro expediente conexo. Por ello, denuncia la violación de la cosa juzgada, de la preclusión y del principio de fundamentación, agregando que se debió aprobar la distribución que proponían los actores sobre la base de la sentencia firme dictada en autos y de la sucesión de D. G., y sostienen que ello resulta suficiente para que el fallo sea revocado.

Luego reitera el cálculo que realizó al momento de practicar la liquidación (fs. 874) para arribar a la cantidad de hectáreas cuyo valor deberán colacionar los demandados en autos.

Seguidamente, ingresa en la cuestión relativa a la liquidación propiamente dicha de aquel valor. Al respecto, afirma que hasta el cálculo de la actualización del valor de la hectárea en abril de 1991, efectuado por la perito actuaria y aprobado, que asciende a la suma de \$11.991, no tiene diferencias. Pero dice que se está olvidando que a partir del mes de abril de 1991 regía la ley de convertibilidad, que disponía que un peso era igual a un dólar y que, por lo tanto, los \$11.991 a aquella fecha equivalían a U\$S 11.991.-. Por ello, sostiene que estos dólares son los que deben “actualizarse” (sic) a la tasa pasiva en dólares que aplica el Banco de la Provincia de Buenos Aires como lo manda la sentencia dictada en autos. Entiende que así lo dispuso esta última. Agrega que no se tuvo en cuenta que en nuestro país el valor de los campos siempre se ha manejado en dólares estadounidenses y el perito ha realizado la tasación en dicha moneda. Asimismo dice que el valor colacionable debe reajustarse equitativamente de acuerdo a la finalidad establecida por los arts. 3591 y ss. del Cód. Civil. Concluye que si la liquidación comienza con u\$s 1400 la ha. y este tribunal ordenó actualizar dicho monto a abril de 1991, en que regía la ley de convertibilidad, no asiste razón para cambiar dicha moneda.

Menciona que el Juez *a quo* nada dice respecto del valor actual de la hectárea establecido por la tasación y que si sus mandantes hubieran recibido las 132 has. en mayo de 1975, hoy dichas hectáreas equivaldrían a u\$s 1.122.000, a lo que habría que sumarle los frutos generados de más de 40 años. Tacha así de injusto

que se apruebe una liquidación de aproximadamente u\$s 100.000.- y que de esta manera no se estaría cumpliendo con la naturaleza de la colación, que propone mantener la igualdad de capital de los herederos —sobre lo que se explyra en los párrafos siguientes—. Así, sostiene que no se fundamenta correctamente la aprobación de la liquidación, porque no se hace mención a las cuestiones esgrimidas por su parte, limitándose a sostener la resolución que el pago debe realizarse en moneda de curso legal de conformidad con el art. 617 del Cód. Civil.

Cita jurisprudencia referida al ajuste previsto por el art. 3.477 del Cód. Civil, a la finalidad de la acción de colación y al cálculo del valor a colacionar. En atención a los fundamentos esgrimidos, entiende que se debe revocar el fallo “primeramente en cuanto a la cuestión de la distribución y luego respecto de la liquidación”.

III. Sustanciada la apelación en subsidio, el letrado apoderado de los demandados contesta el traslado conferido, solicitando la confirmación de la resolución apelada (fs. 1127/32)

Indica que la actora expone disconformidades, pero no expresa concretamente en qué consiste el apartamiento de la sentencia que aduce ni cuáles son las cuestiones que no fueron probadas. Denuncia que la apelante omite indicar por qué no corresponde la aplicación de la ley 14.367, cuál es el heredero inexistente en autos y de qué modo debió haberse aplicado el art. 3.484 del Cód. Civil. También que no dice cuáles serían las cuestiones que no fueron propuestas en la etapa procesal oportuna, ni cuál es esta última; que tampoco dice por qué debe aplicarse el criterio del dictamen pericial de fs. 994/9 por un total a su favor de \$3.675.046,60.

Señala que en dicho dictamen, la perito actuaria, luego de haberse pronunciado sobre el valor actualizado del campo —el que sostiene que es un tema consentido—, expuso lo que correspondería a la actora según sendos criterios de ésta y del demandado, dejando la decisión al Juez. Dice que el juzgador ha decidido que es correcta la apreciación acerca de las proporciones que su parte expusiera en autos. Así, manifiesta que la parte actora debió sustentar tal disconformidad demostrando error en la decisión y qué era lo correcto, lo que no hizo.

Señala que la declaratoria de herederos de D. G. no revela, dictamina ni adjudica porciones hereditarias, sino que sólo establece la persona de un heredero: el padre de los actores. Que sus representados no fueron denunciados en la sucesión pero que de cualquier forma no se hubieran presentado, pues no existía ya patrimonio en cabeza de la causante. Sostiene que la medida de este derecho sucesorio estará dada por el grado del vínculo con la causante, que no se determina en la declaratoria de herederos, y que al tiempo de fallecer D. G. —año 1975—, la legislación vigente sobre la cuestión era la ley 14.367 que determinaba porciones hereditarias disímiles para hijos matrimoniales y extramatrimoniales, siendo éste el caso de los actores por cuanto su padre era hijo extramatrimonial de D. G.. Manifiesta que este es el aspecto legal que resulta ignorado o no tenido en cuenta por la actora y que la lleva a la alegación de la violación de la declaratoria de herederos.

Respecto de la conversión a dólares de su crédito, sobre la base de la paridad \$1,00 = u\$s 1,00 determinada a partir de abril de 1991, lo califica como un error, debido a que la ley 23.928 modificó los arts. 617 y 619 del código Civil, pero sólo respecto del supuesto de obligaciones convenidas en moneda extranjera, pero no estableció que las deudas en pesos quedaban convertidas en deudas exigibles en dólares. Por ello sostiene la sinrazón de la actora al insistir en percibir su crédito en moneda extranjera, cuando el mismo no se origina en la moneda que ahora pretende.

Considera inexacta la pretensión de recibir una compensación en los términos del art. 3477 del Cód. Civil, ya que esta norma se limita al supuesto de que se trate de créditos o sumas de dinero y en el caso los actores reciben una proporción del campo en cuestión, que sólo para su pago es traducida a términos dinerarios.

Solicita que se tengan en cuenta los extremos que se encuentran firmes, consistentes en la cantidad de herederos sostenida por los actores, no sólo en el escrito de demanda sino en las liquidaciones que practicara y que resultan de la sentencia, como asimismo el informe de la perito actuaria y su ampliación, que no es objeto de embate por la actora en la presentación que contesta.

Como colofón, reitera lo expresado por su parte a fs. 884/6 al contestar el traslado de la liquidación practicada por la actora, acerca de las proporciones hereditarias, lo que transcribe y damos por reproducido.

IV. Cabe señalar en primer lugar que la sentencia firme de fs. 751/762, en cuanto dispone que los demandados deben colacionar en la sucesión de D. G. la parte proporcional que les corresponde de los bienes recibidos en donación —como asimismo la forma de cálculo del valor del bien colacionable—, implica que debería, en principio, efectivizarse en dichos autos sucesorios, para luego practicarse la partición definitiva. Ello así porque es en los autos sucesorios donde debe determinarse si existen otros bienes, que, sumados a los valores colacionados, formen la masa hereditaria objeto de partición (arts. 3.462, 3.469, 3.476, 3.477 y cctes. del Cód. Civil, art. 7 del Cód. Civil y Comercial, arts. 761 y sgtes. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación; Maffía, Jorge O., “Tratado de las Sucesiones”, T. II, Depalma, Bs. As., 1982, p. 159 y ss.). Pero en el caso de autos, ambas partes están contestes en que no existen otros bienes distintos de los valores colacionables, y concuerdan en que lo único que debe resolverse es que sumas dinerarias deben entregar los demandados a los actores para que éstos reciban finalmente la porción hereditaria que les corresponde en la sucesión de su abuela D. G..

Por consiguiente, atendiendo a razones de economía procesal (art. 34 inc. 5 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), entiende esta Sala que no es necesario derivar la solución definitiva de la controversia que motiva la presente apelación a que se dirima en la sucesión, debiendo resolverse en los presentes autos.

V. Sentado ello, se advierte que son dos, principalmente, las cuestiones sobre las que pretende la recurrente que sea revocado el fallo atacado: las relativas a la distribución y a la liquidación (fs. 123 ap. III)

Respecto de la primera, no puede soslayarse que según lo manifestado por la actora a fojas 874, el inmueble cuyo valor se debe colacionar tiene una superficie total de 661 has. Esto no ha sido controvertido por la contraria, llegando firme a esta instancia.

Así, siempre ciñéndonos a la cuestión de la distribución, se advierte que en el dictamen pericial de fs. 994/9 aprobado por medio de la resolución apelada, se ha arribado al importe que los demandados deben entregar a los actores, partiendo de la base de 33,05 has, en coincidencia con lo sostenido por la actora tanto al practicar liquidación como en el memorial. A partir de ello se resuelve que: a) los herederos de María Almandos Almonacid deben colacionar el valor de 33.05 has.; b) los herederos de Esmeralda Almandos Almonacid el valor de 33,05 has; y c) los herederos de Vicente Almandos Almonacid el valor de 24,7875 has. Esto también llega incontrovertido a esta instancia.

Asimismo, se vincula a la distribución lo relativo a la porción que a cada heredero corresponde en la partición, y por ende la aplicabilidad o no de la ley 14.367, que establecía que los hijos naturales heredaban la mitad de que lo que les correspondía a los hijos legítimos. Pero antes de abordar esta cuestión es necesario resolver lo atinente a la liquidación, dado que la apelante sostiene que, tratándose de la colación del valor de un inmueble rural, la misma debe hacerse en moneda estadounidense, a partir de lo cual pretende que se siga un cálculo que arroje un resultado semejante al valor actual del campo en cuestión.

Al respecto, cabe en primer lugar señalar que la liquidación tiene por objeto determinar las sumas que el vencido debe abonar al vencedor con arreglo a las bases establecidas en la sentencia; es decir, que la liquidación traduce numéricamente lo consignado en el pronunciamiento que decide acerca del derecho de las partes (arg. arts. 501, 589 y cctes. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). (Ya dijimos que ambas partes están de acuerdo en que se practique en estos autos y no en la sucesión por no haber otros bienes).

La sentencia firme de fojas 751/762 establece que el valor del bien colacionable debe computarse “al tiempo de apertura de la sucesión (27/05/1975), actualizado por el índice de precios al consumidor suministrado por el INDEC hasta el 01/04/1991, con más sus intereses a la tasa del 6 por ciento anual desde el 30/03/1988 hasta el 01/04/1991, y desde esta fecha a la tasa que abona el Banco de la Provincia de Buenos Aires por los depósitos a treinta días según cada periodo de aplicación (tasa pasiva) hasta el efectivo pago”.

Surge con claridad de lo transcrito que en ninguna parte se establece que la liquidación deba hacerse como lo pretende la actora.

No hay cuestionamiento al cálculo del valor del bien practicado por la perito actuario hasta el 01/04/1991, pero se agravia la parte actora de que no se haya tenido en cuenta que a esa fecha regía en nuestro país la ley de convertibilidad que disponía que un peso era igual a un dólar estadounidense. Por ello, sostiene que la suma de \$11.991, correspondiente al valor de la hectárea al mes de abril de 1991 calculado por la experta, equivale a u\$s 11.991, y que sobre esta suma

deben calcularse los intereses a la tasa pasiva en dólares que aplica el Banco de la Provincia de Buenos Aires conforme lo manda la sentencia dictada en autos.

Pero la sentencia de ninguna manera ordena convertir la suma de pesos que arroja el cálculo hasta abril de 1991 a la suma de dólares equivalentes según la ley 23.928, ni surge de los términos de esta ley que así deba procederse.

La circunstancia de que el perito tasador haya efectuado en dólares estadounidenses la estimación del valor de la hectárea en el año 1975 no avala la postura de la actora, máxime considerando que en el inicio del cálculo realizado por la perito actuario se ha efectuado la conversión del respectivo importe a moneda de curso legal según la cotización de la divisa norteamericana en aquel año[-], y al resultado se lo ha actualizado hasta el 01/04/1991, arrojando la suma de \$11.991,08 (fs. 994).

A este monto, según la sentencia transcrita, debían adicionarse los intereses puros (6 % anual) desde el 30/03/1988 hasta el 01/04/1991 (o sea, un 18 %). Sin embargo, la perito actuario no hizo ese cálculo, sino otro que le dio \$11.991,63 (ver fs. 994 vta.).

Pero la actora no objetó ello, sino que lo aceptó afirmando que el valor de la hectárea al 01/04/1991 era de \$11.991. Textualmente dijo: “Hasta aquí no hay diferencias con la liquidación practicada por la perito actuario” (fs. 1003). Tampoco es objetado por la demandada (fs. 1112), por lo que no corresponde que esta alzada modifique lo aceptado por ambas partes (arts. 260 y 272, CPC).

Sobre los \$11.991 la perito actuario calculó los intereses a la tasa pasiva del Banco Provincia por los depósitos a treinta días (conforme a la sentencia), lo que le arrojó la suma de \$40.435,12 por hectárea hasta el momento de la liquidación (04/09/2017) (fs. 998).

El agravio de la actora no se finca en que exista error en la liquidación aplicando esa tasa, sino en que los \$11.991 debían convertirse a dólares estadounidenses al tipo de cambio vigente (“uno a uno”), y por ende, sobre los u\$s 11.991 adicionar los intereses a la tasa pasiva en esa moneda. La queja, como ya dijimos, no puede tener acogida, dado que no se ajusta a lo establecido en la sentencia firme dictada en autos. La demandada, por su parte, consiente el monto de \$40.435 por hectárea al mes de septiembre de 2017.

VI. Despejado el tema de la moneda y de la base de cálculo conforme a la sentencia, corresponde abordar el tema de la distribución (partición), para lo cual es crucial tratar el tema de la ley aplicable acerca de las porciones que le corresponden a cada heredero de la causante, lo que haré en el considerando que sigue.

La actuario ha realizado dos cálculos: uno, bajo la lógica de la distribución propuesta por los actores, sobre el total de las 33,05 has referidas —por la que arriba a \$3.675.046,44—; el otro, sobre la mitad de dicha cantidad, bajo la lógica de la distribución que proponen los demandados en virtud de la aplicación de la ley 14.367 —\$1.837.523,30— (fs. 998 ap. “b”). La resolución apelada admitió este.

El Sr. Juez *a quo* ha decidido que la ley vigente al momento del fallecimiento de la causante (1975) constituye la legislación aplicable al sucesorio conforme al art. 7° del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y por ende que es de aplicación la ley 14.367, cuyo art. 8° establecía que los hijos nacidos fuera del matrimonio tenían en la sucesión del progenitor un derecho igual a la mitad del que asignaba la ley a los hijos nacidos dentro del matrimonio. Según lo disponían los arts. 311 y 324 del Cód. Civil vigentes en el año 1975, los hijos nacidos fuera del matrimonio eran hijos naturales. Siendo que tal era el carácter asignado al padre de los aquí actores, Sr. Pedro Pablo Antín, en los autos sucesorios de la Sra. D. G. (fs. 40 del expediente “Güiraldes Dolores s/ Sucesión”, que corre por cuerda), decide el juzgador que la liquidación correcta es la segunda. O sea, la aprueba por \$1.837.523,30.

Como ya se referenció, la actora cuestiona que el cálculo de la distribución entre los herederos se efectúe sobre la base de lo que establecía la ley 14.367, aduciendo que no fue propuesto por los demandados al trabarse la *litis*, ni se desprende de la sentencia y, por consiguiente, implica violación de los principios de cosa juzgada y preclusión.

El fundamento del agravio no es suficiente dado que, de acuerdo al objeto de la demanda, no había razones para plantear el problema de la distribución de la herencia para el caso de que se hiciera lugar a la petición de herencia (devenida en deber de colacionar conforme a la sentencia firme de autos). De ahí que no puede decirse que la introducción del art. 8 de la ley 14.367 en esta etapa del proceso implica violación de la cosa juzgada o de la preclusión.

No obstante, no puede soslayarse que existe un claro cuestionamiento de la actora a la aplicación de dicha norma al tema que hoy nos ocupa, lo que obliga a abordar en primer lugar si la ley 14.367 (modificatoria del Cód. Civil velezano) es de aplicación para el cálculo de la partición de la herencia que debe hacerse por vía de la colación (conforme lo señalado en el considerando IV).

La ley 14.367 fue derogada por ley 23.264 dictada en 1985, que reformó el art. 3565 del Cód. Civil (y derogó los arts. 3577 a 3583), estableciendo que todos los hijos (tanto matrimoniales como extramatrimoniales) heredaban en la misma proporción los bienes dejados por el causante, lo que ha sido ratificado por el Cód. Civ. y Com. de la Nación hoy vigente (arts. 2426).

El art. 3477 —reformado por la ley 17.711—, entre los distintos criterios que se discutían en la doctrina acerca de la forma en que debía hacerse la colación, adoptó en primer lugar el que propugnaba que la colación debía ser una obligación de valor (art. 3477 1er. párr.). En segundo lugar que los valores deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión (sobre las diversas posturas sobre la forma de hacerse la colación, ver Maffía, ob. cit., p. 199).

Tratándose de herederos forzosos, la apertura de la sucesión es en el momento de la muerte del causante (art. 3410, Cód. Civil). Por lo tanto, es la ley vigente en esa oportunidad la que rige la forma en que debe hacerse la colación, aun cuando no se hubiera llevado a cabo en ese momento[-], toda vez que ello no puede ser considerado una situación jurídica existente en los términos del primer párrafo del

art. 7° del Cód. Civ. y Com. de la Nación (igual al art. 3° del Cód. Civil en este aspecto). Kemelmajer de Carlucci brinda, entre otros, los siguientes ejemplos de aplicación de la ley vigente al momento de la muerte del causante: a) si el heredero es una persona adoptada por el régimen de la adopción simple, se verá favorecido por el sistema nuevo, que no distingue entre adopción simple o plena; en cambio, si murió antes de agosto de 2015 rige el régimen del Cód. Civil; b) la nuera viuda sin hijos no tendrá derecho hereditario; en cambio, esa persona puede invocar vocación sucesorio si el suegro o la suegra murieron antes de agosto de 2015; c) la conviviente puede invocar derecho de habitación sobre la vivienda que ocupa (art. 527), derecho del que carece si el conviviente murió antes de agosto de 2015 (“La aplicación del Cód. Civ. y Com. de la Nación a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2015, p. 167). Estos ejemplos despejan toda duda acerca de que, en el caso de autos, la ley aplicable es la que estaba vigente a la fecha de la muerte de la causante.

La colación regulada por el código anterior pretendía retrotraer todo a la muerte del causante. O sea, sobre la base de la ficción de que en ese momento los herederos se hubieran repartido la herencia.[...] Muy distinto es el sistema adoptado por el actual Cód. Civ. y Com. de la Nación. En efecto, el art. 2385 establece que el valor a colacionar se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación. En los Fundamentos de la Comisión Redactora se dice que es la solución de la legislación francesa vigente. Y evidentemente — agregó— también porque es más justo dado que el bien donado puede haber incrementado notablemente su valor desde la muerte del causante a expensas del coheredero no beneficiado por una donación similar. No obstante, como ya dije, el tema se rige por la ley vigente a la muerte del causante.

Ahora bien, una cosa es la aplicabilidad formal desde la vigencia temporal de la ley, y otra es la aplicabilidad desde el punto de vista sustancial, es decir desde la validez constitucional de la ley. Es que la inconstitucionalidad de una norma la torna inaplicable, o, como dice el viejo art. 3° de la ley 27, los jueces deben prescindir de aquellas normas que contrarían la Constitución.

La actora no atacó de inconstitucional a la ley 14.367[...]. Se limitó a pedir su no aplicación por otros motivos, pero de acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema Nacional y de la Suprema Corte provincial, el control de constitucionalidad puede hacerse de oficio (CSJN, Fallos: 324:3219, “Mill de Pereyra c. Provincia de Corrientes”; Fallos: 327:3117, “Banco Comercial de Finanzas”; Fallos: 335:2333, “Rodríguez Pereyra...”, entre otros; S.C.B.A, L. 80.156, “Martínez”, 31/03/2004; L. 78.351, 01/04/2004; L. 74.311, 29/12/2004; L. 80.598, 12/10/2005; L. 79.387, 17/05/1996; L. 84.131, 08/06/2005; C 102.614, 26/06/2013; C 117.114, 04/03/2005; C 116.637, 13/02/2017; C. 120.616, 07/02/2018, entre otros; esta Sala, causa N° 108.783, “AFIP c. Terrasa Hnos. SRL”, 17/06/2004, pub. en LA LEY Bs. As., Año 11, N° 6, julio de 2004; y N° 110.363, “Freggiaro c. Aeroclub Luján” del 12/09/2006). En síntesis, la habilitación a que se efectúe de oficio se justifica porque, por aplicación del principio “*iura novit curia*”, el juez debe aplicar el derecho, aún el no invocado por las partes, comenzando por la cúspide del orden jurídico, que es la Constitución Nacional.

Si la ley estuviera vigente no dudáramos en que es procedente analizar su constitucionalidad, pero resulta que está derogada. [-]¿Una ley derogada puede ser declarada inconstitucional? Con ese título el maestro Germán Bidart Campos tituló una columna de opinión publicada en La Ley en mayo de 2003 (LA LEY 2003-C, 1494). El maestro de Derecho Constitucional comenzaba la nota brindando una enfática respuesta. Vale la pena transcribir sus palabras: “Se ha dicho en contra que no se advierte razonamiento alguno para ello. Y sin embargo es así, como lo dice el título. Para negarlo se echa mano de un argumento que tiene mitad verdad y mitad error. La mitad verdad es ésta; para controlar y declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma jurídica, esta norma tiene que estar en vigor; si no está en vigor, si está retirada del orden jurídico, esa norma ya no existe, ya no forma parte del orden jurídico; pertenece al pasado. Muy bien. ¿Y cuál es la mitad del error?... El control de constitucionalidad, al menos como funciona en sistemas como el nuestro, procura que no se aplique a un caso una norma que es inconstitucional. Ese “no aplicar” es el que ofrece un sólido argumento para afirmar que si una norma aunque esté derogada, tiene tal ultraactividad que resulta aplicable a un caso, esa norma queda sometida a control y, llevada a cabo éste, puede ser declarada inconstitucional”.

Para ejemplificar su afirmación el prestigioso constitucionalista brindaba el ejemplo de una persona que se jubilaba en el momento que la ley vigente había rebajado el haber de pasividad y luego era derogada, lo cual ocasionaba su impugnación en sede judicial, y decía: “Al tiempo de formalizar su pretensión impugnativa y, por supuesto, al tiempo de tener que dictarse sentencia, aquella ley desapareció del ordenamiento jurídico: quedó derogada por otra que la reemplazó. Sin embargo, con muy buen criterio, y con una elevadísima dosis de razonabilidad, el tribunal que dicta la sentencia dice algo como esto: voy a ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley aplicable al derecho jubilatorio del recurrente porque, aunque a la fecha esa ley se encuentra derogada, su ultraactividad atrapa a la pretensión impugnativa...”.

En definitiva: la ultraactividad de una ley habilita que sea controlable su constitucionalidad en el momento de su aplicación en un caso concreto. En otras palabras: una ley ultraactiva merece el mismo tratamiento que una ley vigente.[-]No puedo dejar de señalar, además, que si estamos hoy, a 43 años de la muerte de la sra. D. G., hablando de la forma en que debe hacerse la partición es porque los demandados negaron a los actores que hubiera bienes hereditarios a repartirse, lo que dio lugar al presente juicio —fuertemente resistido—, con la sentencia definitiva confirmada por la Suprema Corte.

No se me escapa que en 1975 no existían —al menos que el suscripto conozca— cuestionamientos constitucionales a la ley 14.367 en cuanto establecía que los hijos extramatrimoniales heredaban la mitad de lo que recibían los hijos matrimoniales. Pero el problema se nos presenta en el día de hoy (año 2018) para resolver el problema planteado en autos, y esto conduce a otro importante tema también tratado por la doctrina constitucional: el de la inconstitucionalidad sobreviniente (ver: Bianchi, Alberto, “Inconstitucionalidad sobreviniente del art. 7° de la Ley de Demandas contra la Nación, ED, 118-827; Gelly, María A., “La Corte

Suprema fija el alcance de la inconstitucionalidad sobreviniente”, LA LEY 1993-A, 545).

Una ley puede ser constitucional en el momento de su nacimiento y durante la mayor parte de su vigencia, pero si cambian radicalmente las circunstancias económicas, sociales y culturales, y sobre todo los valores sociales, esa misma ley puede tornarse inconstitucional. El caso emblemático es el del divorcio no vincular que la Ley de Matrimonio Civil (2393) —sancionada en 1888— contemplaba en el art. 64. Pese a sus casi cien años de vigencia, la Corte Suprema de Justicia Nacional en el caso “Sejean y Zaks de Sejean s. Divorcio” en 1986 lo declaró inconstitucional (Fallos: 308:2268).

Dijo la Corte: “... el control judicial de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera (Fallos: 211:162). Esta regla de hermenéutica no implica destruir las bases del orden interno preestablecido, sino defender la Constitución Nacional en el plano superior de su perdurabilidad y de la Nación misma para cuyo gobierno pacífico ha sido instituida (fallo citado)...”. Y agregó: “Esta Corte que no rechazó el desconocimiento de los derechos electorales de la mujer, ¿mantendría esa postura si todavía hoy el legislador no los hubiera reconocido? Cuestiones que no hieren la sensibilidad de una época pueden ofender profundamente a las que les siguen; los tormentos y azotes que proscribió la Constitución de 1853 fueron detalladamente previstos en legislaciones anteriores, y constituyeron una práctica judicial corriente universalmente no por uno sino por muchísimos años. Cabe entonces admitir que esas transformaciones en la sensibilidad y en la organización de la sociedad coloquen bajo la protección de la Constitución Nacional situaciones que anteriormente se interpretó que requerían su amparo”.

Vinculado con la interpretación dinámica de la Constitución o con la inconstitucionalidad sobreviniente está el cambio en la comprensión del orden público, sustento de muchas leyes, y en especial de las del derecho de familia.

Cuando no existía divorcio vincular en la Argentina se planteó el problema acerca de si podía reconocérsele algún efecto al matrimonio de una persona divorciada en el país que se casaba en el extranjero. Existieron diversas posturas al respecto, y la Corte Suprema en el caso “Rosas de Ejea”, fallado en 1969 (Fallos: 273:363) sentó la doctrina de la ineficacia extraterritorial. Es decir, ese matrimonio podía ser válido en el país de su celebración o en otros, pero en la medida que se había celebrado en fraude a la ley argentina no podía tener eficacia dentro del país dado que nuestro orden público interno (sustento de la ley 2393) no lo permitía.

Sin embargo, en 1996 en el caso “Sola, Jorge Vicente s/ sucesión *ab intestato*” (Fallos: 319:2779) la misma Corte dijo algo muy distinto. Ya había sido derogada la ley 2393, y el Congreso había sancionado la ley 23.515, introduciendo el divorcio vincular en el Cód. Civil. La Cámara Nacional en lo Civil había denegado legitimación para promover la sucesión del causante a la mujer que había

contraído matrimonio con el mismo en el extranjero sin que estuviera disuelto el matrimonio anterior argentino (el causante estaba divorciado conforme a la ley 2393). La Corte dijo que "... el orden público internacional no es un concepto inmutable y definitivo sino esencialmente variable, pues expresa los principios esenciales que sustentan la organización jurídica de una comunidad dada, y su contenido depende en gran medida de las opiniones y creencias que prevalecen en cada momento en un estado determinado. De allí que la confrontación debe hacerse con un criterio de actualidad, noción que es ampliamente recibida en el derecho comparado...". Luego de recordar que la disolubilidad del vínculo matrimonial había sido introducida por la Corte en el fallo "Sejean" y luego por el legislador con la ley 23.515, sostuvo que esta ley había adoptado "nuevos criterios de valoración sustancial", y agregó: "... esta modificación de los principios que informan la legislación matrimonial argentina es relevante para lo que se discute en autos pues, en virtud del criterio de actualidad del orden público internacional, el orden jurídico argentino carece de interés actual en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero que es invocado en el foro en virtud de los derechos sucesorios reclamados por la cónyuge superviviente". Por tal razón le reconoció a la recurrente legitimación para iniciar la sucesión del causante.

Estos conceptos fueron reiterados por la Corte en el caso "Zapata, Lucrecia c. ANSES s/ Pensión" de 2005 (Fallos: 328:3099).

La Suprema Corte de la Provincia también se ha pronunciado por la mutabilidad del concepto de orden público en la causa C. 89.827, "Behrens, Germán s/ sucesión *ab intestato*". En el caso se le había denegado el carácter de heredera a una señora que había contraído matrimonio en el extranjero con una persona divorciada en ese país de un matrimonio anterior celebrado en Argentina, alegándose que había mediado fraude a la jurisdicción. Los jueces del alto tribunal coincidieron en que luego del fallo "Sejean" de la ley 23.515, como asimismo del fallo "Sola, Juan Vicente", no había razones de orden público o "interés actual" para "reaccionar" frente a ese segundo matrimonio.

Llevados estos precedentes al caso que nos ocupa, no cabe duda que el orden público que impregnaba el derecho de familia cuando se dictó la ley 14.367 en 1954 partía de la base de que debía favorecerse a la "familia legítima". La ley 14.367 eliminó la antigua calificación del Código de Vélez Sarsfield de "hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos" (Título V de la Sección I del Libro I, arts. 324 a 344), pero mantuvo la distinción entre hijos legítimos e hijos ilegítimos o extramatrimoniales. Mejoró a estos con relación a lo que establecía el Código de Vélez, ya que pasaron a heredar la mitad en lugar de la cuarta parte que el código original establecía (art. 3579), pero mantuvo igualmente la preferencia a favor de los hijos legítimos. Ello obedeció a la noción del orden público del derecho de familia en cuanto a que debía legalmente "protegerse" o "privilegiarse" a la familia formada a partir del matrimonio. Tan era así que, aun cuando los cónyuges se divorciaran, como la ruptura no disolvía el vínculo (art. 64 de la ley 2393), si alguno de ellos contraía nuevas nupcias en el extranjero o simplemente se unía en "matrimonio de hecho" o "concubinato" (como por entonces se lo llamaba), los hijos de esta nueva unión eran extramatrimoniales y

por lo tanto heredaban la mitad que lo recibían sus hermanos nacidos del matrimonio anterior de su padre o madre.

Ello, obviamente, generaba situaciones por demás injustas, al punto de que muchos padres procuraban paliar o atenuar la disparidad testando la parte disponible de la herencia a favor de los hijos de la segunda unión. El clamor por este tratamiento legal diferenciado, tan injusto, hacía que desde hacía mucho tiempo se bregara por una reforma legislativa de forma tal de equiparar definitivamente a todos los hijos, nacidos dentro o fuera del matrimonio. Y así fue como una de las primeras leyes de derecho de familia que se dictó luego de la restauración de la democracia en 1983 fue la ley 23.264 (sancionada en 1985), que eliminó toda distinción (en materia sucesoria estableció que todos los hijos heredaban en partes iguales —art. 3565—, y suprimió el capítulo referido a la “sucesión de los hijos naturales”). Evidentemente ello implicó un cambio de la concepción del orden público familiar.

Pero además, a partir de 1984 comenzaron a ratificarse convenciones internacionales de derechos humanos, consagradorias del principio de igualdad y de no discriminación. En 1984 se aprobó por la ley 23.054 la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su art. 1° establece que todas las personas tienen derecho a gozar de los derechos y libertades reconocidos por ella sin discriminación alguna, entre otras, por origen social, nacimiento o cualquier otra condición social. En su art. 17.5 prescribe: “La ley debe reconocer igualdad de derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

En 1986 se ratificaron por la ley 23.313 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El art. 26 del primero prohíbe toda discriminación, entre otras razones, por origen social, nacimiento o cualquier otra condición social. El segundo pacto obliga a tomar medidas de protección de los niños y adolescentes sin discriminación por razón de filiación o cualquier otra condición social (art. 10.3). En 1990 la ley 23.849 ratificó la Convención Internacional de Derechos del Niño, que tiene disposiciones en la misma dirección (art. 2 y cctes.).

A su vez, en 1988 se dictó la ley 23.592 que sanciona penal y civilmente todo acto discriminatorio y enumera las mismas causales que la Convención Americana, enumeración que, como más de una vez se ha dicho, no es taxativa (v.g., la orientación sexual no está expresamente mencionada pero no se duda que es una causal de discriminación).

Al reformarse la Constitución todas estas Convenciones (y las demás concordantes) adquirieron jerarquía constitucional a través del art. 75 inc. 22, de manera que el principio de igualdad y no discriminación ha sido reforzado, siendo claramente un mandato de optimización (conf.: Alexy, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, CEPyC, Madrid, 2002), ya que las cláusulas que surgen de dichos tratados y declaraciones deben complementarse con las otras que ordenan maximizar la igualdad de trato y de oportunidades sin discriminación alguna (arts. 37, 43, 75 incs. 17, 19 y 23).

Son numerosos los fallos que se dictaron descalificando normas por violatorias del principio de no discriminación y aún —aplicando la ley 23.592— estableciendo responsabilidades civiles, que no es del caso enumerar aquí porque escaparía al caso concreto de decisión en los presentes autos.

El desarrollo normativo y jurisprudencial que hemos descripto se completa con la sanción del Cód. Civ. y Com. de la Nación vigente desde el 01/08/2015. En los Fundamentos del Anteproyecto de la Comisión Redactora se dijo que una de sus ideas rectoras era la constitucionalización del derecho privado, y se lo caracterizó como: Código de la igualdad y Código basado en un paradigma no discriminatorio. Ello se advierte en todas sus disposiciones, en especial en materia de capacidad, de derechos personalísimos, de derecho de familia y de derecho sucesorio. Basta como ejemplo que el art. 588 establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción asistida o por adopción, y que las dos primeras y la adopción plena surten los mismos efectos.

No cabe duda, entonces, que el orden público del derecho de familia y sucesorio actual es totalmente diferente al que regía en 1975. Ya no se trata de proteger especialmente a la familia legítima (y por ende de dictar normas que propendan a su constitución), sino de brindar reconocimiento y protección a todo tipo de relación familiar[-] (de ahí, la regulación de las uniones convivenciales, del matrimonio igualitario, de la filiación por reproducción asistida, etc.). No debe perderse de vista, además, que, conforme tiene dicho la Corte Suprema Nacional, debe seguirse la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, último intérprete de la Convención Americana (Fallos: 328;2056; 330:3248; 318:514; 319:1840; 335:2335), y este tribunal internacional sostiene que el art. 17 —“Protección de la familia”— no tutela un concepto o modelo cerrado de familia, sino que protege distintos tipos de familia, y argumenta principalmente con el principio de no discriminación (fallo “Fornerón vs. Argentina” del 27/12/12; también: fallo “Atala Rizzo y niñas vs. Chile” del 24/02/2012).

No me cabe duda que una ley que establece una diferencia entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales en cuanto a que los segundos heredan la mitad de lo que reciben los primeros implica una clara violación del art. 17.5 de la Convención Americana que prescribe expresamente que la ley debe reconocerles iguales derechos. Importa una discriminación por nacimiento,[-] que proscribe el art. 1° de la C.A.D.H. Además, como ya dijimos, la enumeración que hace esta norma, al igual que el art. 26 del P.I.D.C.P. y el art. 1° de la ley 23.592 no es taxativa, sin perjuicio de que puede quedar comprendida en la causal de condición social.

En conclusión, propongo que se declare inconstitucional el art. 8° de la ley 14.367 [-](de aplicación ultraactiva en el caso de autos), por ser violatorio del principio constitucional de igualdad y no discriminación (arts. 43, 75 incs. 19, 22 y 23 CN, arts. 1° y 17.5 de la C.A.D.H., art. 26 del P.I.D.E.S.yC., art. 10.3 del P.I.D.C.yP. y cctes. de otros tratados y declaraciones internacionales, art. 1° ley 23.592), y por lo tanto que se revoque parcialmente la resolución apelada, aprobando la liquidación practicada a fs. 994/99 por la suma de \$3.675.046,44.[-]VII. Costas

La parte actora practicó liquidación por un monto superior al finalmente admitido, pero la demandada se opuso proponiendo bases por las que debía hacerse la misma (fs. 924/25), reiteradas al contestar el memorial (fs. 1127/32), que tampoco son las que se aceptan. Además, ha sido incorrecto el planteo de que debe deducirse del valor colacionable la porción disponible de la herencia, ya que no hubo dispensa de colación por parte de la causante (art. 3.484 del Cód. Civil). Por consiguiente, propongo que las costas en ambas instancias se impongan por su orden (arts. 69, 71 y 274 C.P.C.).

Con el alcance propuesto, Voto por la negativa.

El doctor *Bagattín*, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

3ª cuestión. — El doctor *Ibarlucía* dijo:

De acuerdo a la forma en que han quedado votadas las cuestiones anteriores, el pronunciamiento que corresponde dictar es: 1) Desestimar el pedido efectuado a fojas 1127 ap. II; 2); 2) Declarar inaplicable por inconstitucional el art. 8 de la ley 14.367, y aprobar la liquidación de fs. 994/99 por la suma de \$3.675.046,44.; 3) imponer las costas del incidente en ambas instancias en el orden causado.

Así lo voto

El doctor *Bagattín*, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente sentencia:

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales efectuadas, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser modificada. Por ello y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, se resuelve: 1) Desestimar el pedido efectuado a fojas 1127 ap. II; 2); 2) Declarar inaplicable por inconstitucional el art. 8 de la ley 14.367, y aprobar la liquidación de fs. fs. 994/99 por la suma de \$3.675.046,44.; [-]3) imponer las costas del incidente en ambas instancias en el orden causado. Notifíquese y devuélvase. — Emilio A. Ibarlucía. — Roberto A. Bagattín.