TOMO XVIII -SENTENCIA- T.S.J..-

REGISTRO Nº 615

FOLIO Nº 3534/3540

PROT. ELECT. TSS1 011 S.171

Río Gallegos, 18 de septiembre de 2017.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados **"BARRÍA NAVARRO SIRO S/ SUCESION AB INTESTATO"**, Expte. N° **B-191/11** (B-2.041/15-TSJ), venidos al Acuerdo para dictar sentencia; y

CONSIDERANDO:

I.- Que llegan los presentes autos a conocimiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia, en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 249/252 vta., por los coherederos Mabel Esther, Laura Elizabeth y Jorge Alberto todos de apellido Barría Álvarez, contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial obrante a fs. 226/231, por cuanto confirmó el pronuncia-miento dictado en Primera Instancia a fs. 180/183 vta., y se les impusieron las costas en su condición de vencidos.-

II.- El caso: El causante tuvo dos hijas (Eva Luisa Barría y Fabiana Barría) con quien fuera su esposa María Elsa Nieto. Separado de esta última, se unió sin celebrar matrimonio con Gloria Mabel Álvarez, relación de la cual nacieron: Mabel Esther, Laura Elizabeth y Jorge Alberto Barría Álvarez. En el proceso sucesorio de Siro Barría Navarro se presentan como herederos sus hijos; pero también lo hace quien fuera su esposa, Sra. María Elsa Nieto, pretendiendo se le reconozca vocación hereditaria.-

Esta última, ha sido declarada insana en el expediente caratulado: "Nieto María Elsa s/ Insania Expte. N° N-0833/98" que tramitó por ante el Juzgado de Primera Instancia de Familia de Río Gallegos, Secretaría N° 2; por sentencia del 4 de mayo de 1998. Allí fue designada como curadora la hija, Eva Luisa Barría (conf. fs. 86/88 del expte. citado).-

Los casacionistas, hijos del causante y de Gloria Mabel Álva-rez, pretenden que no se admita a la Sra. Nieto como sucesora porque, alegan, se encontraba separada de hecho de aquel desde el año 1970, indicando que desde esa fecha y hasta el fallecimiento del causante transcurrió un lapso tan prolongado que queda muy claro que no existió voluntad de parte de ambos de volver a unirse. Así, consideran que la separación de hecho sin voluntad de volver a unirse excluye la vocación hereditaria de la cónyuge supérstite. Agregan que los bienes que integran el acervo fueron adquiridos por su padre

mucho tiempo después de la separación de hecho, de manera tal que tampoco puede la Sra. Nieto alegar su ganancialidad (conf. foja 19 vta.).-

En cuanto a las causas de la separación de hecho, estos atribuyen responsabilidad a la cónyuge supérstite pues dicen que la convivencia cesó por razones atribuibles únicamente a ésta última quien hizo abandono del hogar con anterioridad a 1970 (conf. foja cit.).-

Asimismo consideran que la omisión por parte de la cónyuge supérstite de toda acción legal por divorcio por culpa o aunque sea una exposición legal de abandono lleva a concluir que medió consiente y mutuo abandono de la convivencia. Agregando que solo hubo de parte de la Sra. Nieto un juicio de alimentos promovido luego de más de 20 años de producida la separación de hecho (conf. foja 34).-

A su turno las coherederas, Eva Luisa Barría Nieto, quien comparece por sí y en su condición de curadora de su madre Sra. María Elsa Nieto y Fabiana del Carmen Barría Nieto, contestan el planteo, sosteniendo que la separación de hecho de sus padres se produjo por culpa del causante; circunstancia esta que, sumada a la inocencia de su madre en el cese de la convivencia, evita que ésta pierda su derecho a heredar en autos (conf. foja 50).-

Explican que la Sra. Nieto en la época en que cesó la convivencia con el causante, padecía una enfermedad psiquiátrica incurable (esquizofrenia residual). Ella, "...en sus momentos lucidos (sic) nunca se separó del causante siendo la separación de hecho una consecuencia obligada del avance de su enfermedad y la falta de cuidado y tratamiento de su cónyuge por lo tanto resulta inocente y absolutamente inimputable de la ruptura y del cese de la convivencia con el Sr. Barría Navarro..." (cfr. foja cit.).-

La sentencia de Primera Instancia, consideró que existían indicios suficientes de la inocencia de la cónyuge supérstite en la separación por lo que no era factible excluirla de la sucesión (conf. fs. 183). La Magistrada entendió que el fin de la convivencia del causante con la Sra. Nieto se produjo en el año 1977, que la enfermedad de esta última –sintomatología alucinatoria delirante- tuvo sus manifestaciones en el año 1965 -cuando los cónyuges tenían un año de estar casados-, y que la ausencia de los trámites de insanía como el incumplimiento en el trámite de alimentos resultaban indicios suficientes de la desatención del Sr. Barría respecto de su primer grupo familiar. (conf. fs. 182 vta/183.) Por otra parte, consideró que la simultaneidad de los nacimientos de sus hijos -el nacimiento de dos hijos del primer grupo familiar luego del nacimiento de la primer hija del segundo grupo- era un hecho injuriante

imputable al Sr. Barría por lo que no se encontraba acreditado el abandono de la cónyuge supérstite (conf. fs. 183).-

Así se consideró que acreditada la separación de hecho entre el causante y la Sra. María Elsa Nieto y la inocencia de esta última en virtud de lo dispuesto por los artículos 3575 y 204 del Código Civil se rechaza la exclusión de la cónyuge supérstite de la vocación hereditaria.-

Este pronunciamiento, fue confirmado por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial a fs. 226/231. Ante dicha solución, los coherederos de apellido Barría Álvarez interponen recurso de casación atribuyendo a la sentencia de Cámara "...la violación de los artículos 140 del Código Civil, 203...204, 234, 3575 del mismo código, y doctrina emergente de los mismos, y violación del art. 165 en sus incisos 5º y 6º y 271 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz...que ha existido una evidente violación del artículo 19 de la Constitución Nacional." (cfr. foja 249).-

Se agravian de que se haya declarado culpable a su padre de la separación de hecho con la Sra. Nieto (conf. foja cit.). Al efecto refutan los argumentos en los que se sustentaron los fallos de las instancias de grado.-

Así, sobre la supuesta infidelidad, por la circunstancia de tener el causante una hija extramatrimonial luego de haber contraído matrimonio, aducen que el haber tenido dos hijas posteriormente con su esposa encuadra la situación en el artículo 234 del Código Civil que presume reconciliación e impide invocar injurias anteriores (conf. foja cit.).-

En cuanto al abandono que se le imputa al causante, dado la incapacidad de su cónyuge, alegan que la separación de hecho según surge del fallo apelado, se produjo en el año 1977 y la declaración de insania es del año 1998, cuando ya hacía 21 años que se había producido el cese de la convivencia. Al respecto critican el decisorio diciendo: "...Tampoco hace referencia en base a que disposición normativa o doctrina jurisprudencial vigente, da por cierta la incapacidad jurídica por demencia en base a informes médicos, a pesar de la sentencia firme del año 1981 que no hace lugar a la incapacidad por insania tramitada contra la Sra. Nieto, visto el art. 140 del Código Civil, y en su caso, como supone la existencia de una 'enfermedad' mental preexistente hace más de 25 años a la fecha de la insania, cuando hubo un fallo firme del año 1981 que la descarta en cuanto a tal 'insania' o inhabilidad. Por otro lado, como, en violación del artículo 165 inc. 5, del Código Civil vigente 'presume' el abandono voluntario incluso de las obligaciones de cuidado, basada tan solo en la referencia que hace la hija

matrimonial Fabiana del Carmen Barría al peticionar la inhabilidad, que indica, sin mayores elementos que Siro Barría 'se ha desentendido de su cuidado', no siendo tal tema materia de prueba alguna..." (cfr. foja 249 y vta.). Agregan que entre la separación y la declaración de insania la Sra. Nieto "...nunca accionó en forma judicial o extrajudicial ya sea para llamar al cónyuge Siro Barría Navarro a reanudar la convivencia, o para obtener la separación legal del mismo o el divorcio, mediante la acreditación de un abandono culpable de la convivencia...Está acreditado que no tuvo impedimento legal alguno demostrado mediante una decisión judicial firme, para acudir válidamente a los estados judiciales entre los años 1977 (fecha del cese de la convivencia) hasta el año 1998 (el de declaración de su insania)." (cfr. foja 252). Por los motivos expuestos es que consideran que el caso encuadra en la previsión del artículo 3575 primera parte del Código Civil (conf. foja cit.).-

Que a foja 314 y vta., obra interlocutorio de este Tribunal haciendo lugar al recurso de queja planteado por los coherederos nombrados a fs. 304/306, declarando mal denegado el recurso de casación interpuesto, y poniendo los autos a disposición de las partes en los términos del artículo 8º del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15- y a efectos que "...se expidan en relación al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por ley 26994." (cfr. foja 314). Prerrogativa de la que sólo han hecho uso Mabel Esther Barría Álvarez a fs. 318/319 y Eva Luisa Barría Nieto, Fabiana del Carmen Barría Nieto y María Elsa Nieto Mansilla a fs. 320/322.-

A foja 318, la casacionista solicita se aplique al caso de marras el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y expresa "Que la aplicación del artículo 2437 del Código Civil y Comercial de actual vigencia, resulta ineludible, por cuanto de todo lo alegado y probado en estos actuados se acredita que ha existido separación de hecho sin voluntad de unirse desde al menos el año 1977. El nuevo Código no determina la exigencia de 'culpa' alguna de uno de los cónyuges, como lo establecía el artículo 3575, como posibilidad de conservar por parte del que la alegue y demuestre la vocación hereditaria. Incluso en caso de residualmente tomarse como vigente lo establecido en la vieja norma, se ha demostrado en autos que ninguna culpa pudo acreditarse ni alegarse en el juicio sucesorio, por no haber existido acción legal alguna de la cónyuge supérstite mientras no estuvo judicialmente inhabilitada, ni siquiera manifestaciones fehacientes de carácter extrajudicial. Bajo el régimen anterior, la separación debió considerarse voluntaria y libre." (cfr. foja 318 y vta.).-

Asimismo, señala: "Que por otra parte, en base a lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución Nacional, esta parte niega la posibilidad de analizar 'culpa' en la situación fáctica de los cónyuges Siro Barría y su esposa la Sra. Nieto, en la medida en que el primero esta fallecido y la última es incapaz, no pudiendo ni la curadora ni el estado, suplir las razones personalísimas que decidieron en su momento tal forma de encarar sus vidas..." (cfr. foja cit.).-

A fs. 320/322 comparecen ante esta Instancia los otros herederos, Eva Luisa Barría Nieto, Fabiana del Carmen Barría Nieto y María Elsa Nieto Mansilla, quienes tienen una postura contraria, para ellos los pronunciamientos de las anteriores instancias deben ser confirmados por encontrarse ajustados a derecho. Empero, guardan silencio respecto a la aplicabilidad del nuevo Código Civil y Comercial.-

El Defensor General ante este Tribunal, considera que el recurso de casación debe ser rechazado por improcedente "...toda vez que la crítica efectuada no alcanza a conmover el fallo dictado tanto en Primera instancia como confirmado por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de ésta Primera Circunscripción Judicial que se encuentra sobradamente ajustado a derecho." (cfr. foja 323). Continúa diciendo que "Por lo demás y en relación a expedirme acerca del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por la ley 26994, debo decir que la Vocación hereditaria de la Sra. María Elsa Nieto ha comenzado a partir del fallecimiento de su cónyuge Siro Barría acaecido el día 8 de noviembre de Dos mil siete, conforme surge de la partida de Defunción obrante a fs. 18 de autos, por lo que por aplicación del art. 7 del nuevo cuerpo normativo, la vigencia del nuevo Código nada hace variar la situación jurídica que fundamenta el rechazo del recurso y la consecuente confirmación de la sentencia." (cfr. foja 323 y vta.).-

A fs. 326/329 dictamina el Sr. Agente Fiscal Subrogante ante este Tribunal, quien sostiene en virtud de los argumentos que allí esgrime y a los cuales remitimos "brevitatis causae": "...el fallo recurrido... no ha incurrido en violación de ley, ni errónea aplicación del derecho... la sentencia de Cámara se encuentra ajustada a derecho, por lo que el recurso de casación, no puede prosperar" (cfr. foja 329).-

A foja 331 se llaman autos para dictar sentencia y a foja 332 pasan a estudio.-

III.- Para clarificar el thema decidendum, apuntaremos que el objeto del debate es determinar si la cónyuge supérstite, Sra. María Elsa

Nieto Mansilla, ha conservado su vocación a la herencia de quien fuera su esposo, Sr. Siro Barría, a pesar de encontrarse separada de hecho de éste último, desde hacía más de 20 años, antes de su fallecimiento.-

A la fecha en que se dictaron las sentencias de Primera y Segunda instancia, la materia litigiosa se ubicaba en la órbita del artículo 3575 del antiguo Código Civil que, sintéticamente negaba derecho sucesorio entre cónyuges cuando hubieran estado separados de hecho sin voluntad de volver a unirse, excepto que el supérstite alegue y demuestre que la separación de hecho se produjo por culpa del difunto.-

Para los jueces de grado esta última circunstancia aconteció en el caso y juzgaron que la separación de hecho se produjo por culpa exclusiva del Sr. Siro Barría, motivo por el cual la Sra. Nieto Mansilla no había perdido su derecho en la sucesión de aquél.-

Como previo a entrar en la discusión doctrinaria y jurisprudencial que la aplicación del citado artículo 3575 del Código Civil ha generado a casos como el de autos, debemos discernir si la controversia debe o no juzgarse a la luz del nuevo Código Civil y Comercial, toda vez que de ser así, no se aplicaría al caso dicho artículo.-

Ello así, toda vez que con posterioridad al dictado de la sentencia de Segunda instancia y la interposición del recurso de casación, entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Leyes 26994 y 27077), en virtud del cual se producen, entre otras, importantes reformas en materia de derecho de familia. Reformas que, dado su vinculación, como acontece en autos, producen efectos, también, en el derecho sucesorio.-

En el particular caso que nos ocupa, la materia en debate abarca dos ramas del derecho civil, por un lado el derecho de familia y por el otro el derecho sucesorio. No obstante ha de puntualizarse que nos hallamos ante un juicio sucesorio y, esencialmente, la discusión gira en torno a la vocación hereditaria de María Elsa Nieto en la sucesión del causante Siro Barría Navarro. En definitiva, el substratum jurídico controvertido impone su análisis, fundamentalmente, a la luz del derecho sucesorio.-

Dicho esto, debemos valorar que el derecho aplicable a la sucesión del difunto es el vigente al momento de su fallecimiento. Este principio que estaba expresado en el artículo 3282 del Código de Vélez Sársfield, ha sido mantenido en los actuales artículos 2277 y 2644 del Código Civil y Comercial. Es muy clara al respecto la nota al artículo 3282 del antiguo Código Civil que expresa: "La muerte, la apertura y la transmisión de la

herencia se causan en el mismo instante. No hay entre ellas el menor intervalo de tiempo, son indivisibles…".

El artículo 2277 del nuevo Código Civil y Comercial reza: "Apertura de la sucesión. La muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley…".-

El artículo 2644 dispone: Derecho aplicable. La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento…".-

En este sentido, Aída Kemelmajer de Carlucci (coautora del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación) señala que "El derecho sucesorio del heredero ab intestato se rige por la ley vigente al momento de la muerte del causante…" (cfr. "La aplicación del Código Civil y Comercial a la Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes. 1ª. ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pág.105). Sobre el caso que nos ocupa dice concretamente la citada autora: "Se acepta mayoritariamente que: a) El cónyuge separado declarado inocente no puede hacer valer su vocación sucesoria si el ex marido muere después del 1° de agosto de 2015 porque: i) La vocación sucesoria se rige por la ley vigente al momento de la muerte del causante…" (cfr. "La aplicación del Código Civil y Comercial a la Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes, segunda parte, 1ª. ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, pág. 254). Cabe apuntar que dicha cita hace referencia a que al haber desaparecido luego de la entrada en vigencia de nuevo Código la culpa en el divorcio, no podría plantearse la situación de autos si el causante hubiera fallecido a posteriori de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. Así es que el artículo 2437 excluye, sin excepción alguna, el derecho hereditario entre los cónyuges separados de hecho sin voluntad de unirse.-

Asimismo, se ha dicho que "…la sucesión se rige por la ley vigente a la fecha del fallecimiento del causante, aunque el proceso sucesorio no se hubiera concluido o no se hubiera iniciado a la fecha de entrada en vigencia de la nueva ley […] el fallecimiento del causante es el hecho generador de la transmisión hereditaria, por lo cual si posteriormente se sanciona una nueva ley sobre la materia, las consecuencias ya están producidas: la muerte agotó el fenómeno sucesorio, se consumó en ese momento. Por consiguiente, los efectos que de tal hecho se derivan, la vocación sucesoria de los llamados a la herencia, la transmisión del patrimonio relicto a los mismos, y el derecho de opción que les confiere la ley, ya se cumplieron, no pueden ser alcanzados por normas posteriores que los alteren o modifiquen […] El derecho

hereditario, entonces, se determina por la ley vigente al tiempo de la muerte del de cuius, quedando regidas por esta ley las cuestiones vinculadas a la vocación sucesoria, a la capacidad para heredar, al orden de concurrencia de las diversas categorías de heredero, al derecho real de habitación del cónyuge supérstite, a la obligación de colacionar…" (cfr. Francisco A. M Ferrer, "La Ley que Rige la Sucesión", Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, págs. 480/481).-

Jurisprudencialmente, en un caso de similares características que el de autos se ha expresado: "La acción de exclusión de heredero debe decidirse bajo la órbita del art. 3575 del Cód. Civil derogado, atento el principio de irretroactividad de la ley y el derecho de defensa en juicio de las partes, y en virtud de que, tanto la fecha de fallecimiento del causante como la de inicio de la sucesión, fueron previas a la entrada en vigencia del Cód. Civil y Comercial y que en base a la aplicación de dicho artículo giró el debate y la prueba de la causa." (cfr. sum. CCiv., Com.,Lab. y Minería de Neuquén sala II, "A. M. D. c/ P. C. s/ Exclusión de herencia e/ A. A. J. R. s/ Sucesión Ab Intestato", del 30/08/2016. www.informaciónlegal.com.ar. Cita Online: AR/JUR/58924/2016).-

Es decir que para saber cuál es el derecho aplicable a una sucesión debe estarse al derecho que estaba vigente el día de la muerte del causante. Así, una sucesión abierta antes del 1/8/2015 estará regida por el Código Civil de Vélez Sarsfield y no le serán aplicables las normas contenidas en el Código Civil y Comercial, mientras que este último regirá las sucesiones abiertas a partir de la fecha ut supra indicada y para el futuro.-

De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia reseñada, la controversia bajo estudio debe decidirse en base a las previsiones contenidas en el Código Civil (derogado) pues era el vigente al tiempo de la muerte de Siro Barría Navarro.-

IV.- Demostrado ya que la controversia debe ser juzgada a la luz del viejo Código Civil, ha caído el agravio de la casacionista en virtud del cual pretendía que, al desaparecer, en el Código Civil y Comercial, la culpa en la disolución del vínculo conyugal, se revoque la sentencia de grado que atribuyó vocación hereditaria a la Sra. Nieto Mansilla por aplicación del artículo 3575 del Código derogado.-

Los restantes agravios versan sobre cuestiones ajenas a la casación, vinculados a los hechos que crearon convicción en el Juez que existió culpa del causante en la separación de su cónyuge.-

Es claro el artículo 3575 del Código Civil que prevé: "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 el juez competente. Si la separación fuese imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria siempre que no incurriere en las causales de exclusión previstas en el artículo 3574.".-

En virtud del citado artículo el Juez de grado indagó en las pruebas arrimadas al expediente concluyendo en que sí existió la alegada culpa del causante en la separación; y es sobre este aspecto del fallo que los recurrentes se agravian; sin advertir que discernir sobre la atribución de responsabilidad en la disolución del vínculo conyugal implica tener que abordar cuestiones de naturaleza netamente fácticas y probatorias, y estas cuestiones se encuentran reservadas con exclusividad a los tribunales de mérito, excepto en casos de palmaria arbitrariedad, lo cual no se observa en el decisorio recurrido, que se encuentra razonablemente fundado y ajustado a derecho.-

Reiteradamente ha dicho este Tribunal que las cuestiones de hecho y prueba son ajenas a la instancia extraordinaria provincial, tratándose de materias propias de los jueces de las instancias de grado que sólo pueden llegar a tener favorable acogida en caso de absurdo o arbitrariedad: "Existen agravios basados en cuestiones de hecho y prueba...y contienen meras discrepancias con los fundamentos del decisorio pero no logran demostrar la sin razón de aquellos. Esgrime, la recurrente, argumentos cuya revisión no compete a este Tribunal. Los agravios remiten a materias propias de los jueces de la causa y ajenas a la instancia casatoria. En efecto, señala que el fallo se encuentra viciado de errores de consideración y apreciación de los hechos y las pruebas, respecto de las que alega han sido consideradas de modo equívoco" (conf. Interlocutorio, Tomo XXVII , Reg. 3214, Folio 5297/5300).-

Así, las críticas del quejoso solo traducen diferencias de criterio con el Juzgador y no resultan suficientes para rechazar las consideraciones expuestas en el pronunciamiento recurrido, máxime frente a la excepcionalidad del remedio que se intenta..." (cfr. TSJ Santa Cruz, Interlocutorio, fallo cit. y Tomo XXII, Reg. 2767, Folio 4301/4305).-

Los tópicos sobre los que giran las impugnaciones, en este punto, pertenecen, en principio, al ámbito propio de los Jueces de grado, excepto que se demuestre que hubo arbitrariedad, violación o errónea aplicación de la ley o absurdo en la valoración de la prueba. Circunstancias que no han sido demostradas en la especie, más allá de la discordancia que pudiera mantener el recurrente, con los criterios sustentados en el fallo.-

Así también ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la interpretación del Juez debe ajustarse a las reglas de la sana crítica, que exigen armonizar e integrar debidamente las pruebas producidas, debiendo las sentencias ser fundadas y constituir la derivación razonada del derecho vigente, con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa (conf. sum. Fallos 323:3937 y otros), recaudos que se han cumplido en el decisorio atacado.-

Por otro lado, es doctrina de este Tribunal que la selección, jerarquización y evaluación del material probatorio constituye una facultad privativa del tribunal de grado y las conclusiones que al respecto se formulen son insusceptibles de revisión en casación, salvo absurdo (conf. Interlocutorio, Tomo XXVI, Reg. 3143, Folio 5153/5156).-

Cabe agregar, sobre la cuestión analizada, que no fueron demostrados, ni se encuentran reunidos en autos los presupuestos que configuran la arbitrariedad por absurda valoración de la prueba. Sobre la materia tiene dicho este Alto Cuerpo que ello se produce cuando nos encontramos ante "-...el desvío lógico, la falla del razonamiento, la incongruencia o el grosero error material en la interpretación de algún elemento probatorio, y que llevará a sentar premisas incompatibles con las reglas de la común experiencia o contradichas por piezas fehacientes de la causa-, en grado tal que justifique su revisión por la última instancia provincial..." (cfr. Sentencia, Tomos VII, Reg. 254, Folio 1383/1389; Reg. 255, Folio 1390/1394, entre otros).-

V.- En cuanto a la interpretación y alcance que se le ha dado al artículo 3575 en la sentencia recurrida, es necesario puntualizar que han existido distintas posturas tanto en doctrina como en jurisprudencia.-

Reiteradamente ha dicho este Tribunal que "Cuando existen distintas visiones sobre el "thema decidendum", como sucede en el caso de autos, la adhesión a una teoría -por parte del Juzgador- no constituye materia que deba tratarse en casación, pues ello no implica -en principio- el haber incurrido en violación de la ley o arbitrariedad; máxime cuando, como en este caso, numerosa doctrina y jurisprudencia son contestes con la misma (cfr. Sentencia, Tomo XV, Reg. 523, Folio 2940/2946).-

En el sub lite, la Cámara se ha guiado para decidir por los antecedentes jurisprudenciales que han sido mayoritariamente aceptados, por lo que no se observa en el fallo atacado vicio alguno que habilite la vía casatoria. Más allá de la discrepancia con la postura asumida que el recurrente pudiera

tener, lo cierto es que ésta se encuentra debidamente fundada y ha dado una solución ajustada a derecho al litigio.-

Más aún, ha expresado la CSJN: "...'...si el fallo apelado, dictado por los jueces de la causa, es fundado y serio, aún cuando pueda discutirse con base legal la doctrina que consagra o sus consecuencias prácticas, no resulta aplicable la jurisprudencia excepcional establecida en materia de arbitrariedad...' (Fallos 237:69), toda vez que '...la impugnación por arbitrariedad no consiste exclusivamente en la mera disconformidad con la interpretación que hacen los tribunales de justicia de las leyes que aplican, en tanto no exceden las facultades que son propias de su función...y cuyo acierto o error no incumbe al Tribunal revisar...' (Fallos 237:142) (Citado por Genaro Carrió, "Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria", Tomo I, págs. 29/30)..." (cfr. TSJ Santa Cruz, Sentencia, Tomos XI, Reg. 398, Folio 2154/2157).-

Siguiendo esta línea jurisprudencial, ha expresado este Tribunal "...Como vemos a favor de una y otra postura se alistan distinguidos autores, siendo por ello que no se encuentra en la adscripción por parte del juzgador de grado a una u otra teoría -en principio- fundamento bastante para agraviarse de arbitrariedad y por lo tanto, si el fallo tiene un fundamento serio basado en una postura jurídica -sea o no mayoritaria-, la circunstancia que el recurrente considere aplicable a su favor una de tales tendencias no habilita 'per se', la admisión de su queja." (cfr. Sentencia, Tomo XII, Reg. 418, Folio 2282/2288).-

VI.- En cuanto a la alegada violación del artículo 19 de la Constitución Nacional, cabe advertir que, dicho planteo se ha desarrollado recién en esta instancia de casación. Es decir que esta cuestión es novedosa, en la medida que no ha sido expuesta ante los tribunales de grado y tal circunstancia impone por sí sola su rechazo.-

Así lo ha señalado este Tribunal: "Sabido es que las argumentaciones que conforman una defensa novedosa por no haber sido sometidas a decisión de los jueces de grado son inatendibles en casación" (cfr. Interlocutorio, Tomo XXV, Reg. 3053, Folio 4957/4953).-

En igual sentido: "Sabido es que no corresponde en esta etapa extraordinaria adentrarnos al tratamiento de cuestiones que no han sido propuestas en las instancias de grado, porque ello violaría el principio de congruencia. No se puede en esta oportunidad atender las reflexiones tardías de las partes, recuérdese que tal como lo explica Hitters (ob. cit., pág. 182) en la casación hay motivos de impugnación reglados en forma expresa, se controla lo

decidido en instancias ordinarias y que el recurso tiende a controlar providencias ya dictadas, de ahí entonces que resulten ajenas a este carril aquellas cuestiones que no han sido propuestas en las instancias ordinarias (ob. cit. pág. 613)." (cfr. TSJ Santa Cruz, fallo cit.).-

A mayor abundamiento cabe agregar que conforme el análisis efectuado en los párrafos precedentes, el decisorio cuestionado se encuentra subsumido en la norma que específicamente rige la materia, la cual no ha merecido, de parte de la casacionista, tacha de inconstitucionalidad alguna, que pudiera poner en crisis su aplicación a éste caso.-

Por último debemos señalar que el recurrente sólo se ha limitado a mencionar derechos constitucionales que considera violados sin explicar, mínimamente, de qué manera el fallo recurrido produjo esa violación. No basta la mera invocación, sino que se requiere la demostración plausible de la agresión a un derecho que la Carta Magna resguarda para que pueda prosperar la cuestión constitucional; máxime cuando el fallo que lo agravia se encuentra fundado en una norma cuya aplicación al caso, se reitera, ha sido mayoritariamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia.-

La Corte Suprema ha establecido que la sola mención de la afectación de preceptos constitucionales no alcanza para abrir la vía extraordinaria (conf. sum. Fallos: 165:62; 295:335; 266:135; entre otros), y que la relación directa que la ley exige, existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (conf. Fallos: 187:624; 248:129). De otro modo, la jurisdicción extraordinaria sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (conf. Fallos: 310:2306).-

Es por todo ello que el planteo bajo estudio debe ser desestimado.-

VII.- Que, conforme a los argumentos expuestos, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por los coherederos Mabel Esther, Laura Elizabeth y Jorge Alberto todos de apellido Barría Álvarez, a fs. 249/252 vta., y en consecuencia confirmar la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial obrante a fs. 226/231, con costas por su orden, atento a la forma en que se resolvió y que, en su oportunidad, bajo el amparo del nuevo Código Civil y Comercial, la parte vencida válidamente

pudo creerse asistida de derecho para peticionar como lo hizo (conf. art. 68 -2° párrafo- del CPC y C).-

Por todo ello, de conformidad a las normas y jurisprudencia invocadas y oído que fue el Sr. Agente Fiscal Subrogante, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia;,

RESUELVE:

1°) Rechazar el recurso de casación interpuesto por los coherederos Mabel Esther, Laura Elizabeth y Jorge Alberto todos de apellido Barría Álvarez, a fs. 249/252 vta., y en consecuencia confirmar la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones de la Primera Circunscripción Judicial en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería obrante a fs. 226/231.-

2°) Las costas se imponen por su orden, de conformidad a lo expuesto en el considerando VII (conf. art. 68 -2° párrafo- del CPC y C).-

3°) Tener presente la reserva del caso federal.-

4°) Regístrese y notifíquese. Oportunamente devuélvanse las actuaciones.-

La presente resolución se dicta con la firma de cuatro miembros del Tribunal, por constituir mayoría concordante en la solución del caso, en virtud de encontrarse vacante un cargo de Vocal (art. 27, 2º párrafo, de la Ley Nº Uno, t.o. Ley Nº 2404).-

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Presidente
Tribunal Superior de Justicia

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ENRIQUE OSVALDO PERETTI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

Siguen...///

///…las firmas.-

ALICIA DE LOS ÁNGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia