

_____ Salta, 26 de diciembre de 2016.- _____

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados "**WESLER**, Andrea del Milagro vs. **EMPRESA CONSTRUCTORA TAWE S.A.** y otros - ORDINARIO. NULIDAD DE ACTO JURIDICO" - Expte. N° C-9912/97 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial 10º Nominación; **Expte. N° 110711/4 de Sala**, y _____

_____ **C O N S I D E R A N D O** _____

_____ La doctora Graciela Carlsen dijo: _____

_____ I. Se encuentran los autos a despacho a fin de resolver el reenvío dispuesto por la Corte de Justicia por sentencia que obra a fs. 901/904, la que, acogiendo el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, ha revocado la sentencia de la Sala I de esta Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial. _____

_____ Señaló el Tribunal, que el fallo revocado, al decidir que el convenio cuya copia obra a fs. 242/246 vta., elevado a escritura pública el 23 de setiembre de 1988 (v. copia de fs. 156/159), no implicó una partición extrajudicial de la herencia sino una cesión onerosa de ella y que por lo tanto la acción de nulidad entablada a su respecto se encuentra prescripta, es arbitraria y vulnera los derechos constitucionales de la recurrente, por lo que debe ser dejada sin efecto. _____

_____ II. En forma preliminar debe señalarse, que el presente pronunciamiento debe decidir según los lineamientos fijados por la Corte local en la sentencia revocatoria, en virtud de la regla del reenvío que recorta el margen de acción del inferior, en los puntos indicados (cf. Sagués, Néstor P., Recurso Extraordinario, ed. Astrea, 2002, t. 2, p. 472). _____

_____ III. La Sra. Andrea del Milagro Wesler promovió acción de nulidad del contrato celebrado en fecha 14 de setiembre de 1988, como así también de la sentencia que lo homologó y de los actos procesales posteriores dictados en su consecuencia, en el juicio sucesorio de Jorge Wesler, Expte. n° 2A-91661/88 del Juzgado en lo Civil y Comercial 11ª Nominación. Dirigió la acción contra los firmantes del referido contrato, a saber: Zulema Wainer; Mirta Graciela, Liliana Mónica y Silvana Ruth, todas de apellido Wesler y contra Mirtha

Azucena Burgos y Fabiana Wesler. _____

_____ Demandó también, la nulidad de la cesión de derechos realizada por las demandadas a favor de Constructora Tawe S.A. en fecha 4 de mayo de 1992, solicitando se cite a la empresa en calidad de demandada, y que se declare la inoponibilidad con respecto a su parte, de la referida cesión, en tanto no se cumplieron las normas establecidas por la ley 11867. _____

_____ Por último, promovió acción por cumplimiento de contrato a fin de hacer efectivo lo estipulado en el convenio de disolución y liquidación de la sociedad conyugal celebrado entre el Sr. Jorge Wesler -su padre-, y la Sra. Zulema Wainer en fecha 29 de diciembre de 1987. En subsidio, y para el supuesto que no se haga lugar a la acción por cumplimiento de contrato, impetra acción por exclusión de herencia de la nombrada, de los bienes propios del causante y de los bienes gananciales adquiridos por Wesler con posterioridad a la separación de hecho (art. 1306, Cód.Civil). _____

_____ Solicitó que en mérito a las acciones deducidas, se ordene la realización de un nuevo inventario, avalúo y partición de los bienes del acervo y se condene a las demandadas a restituir lo recibido indebidamente bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 525 del Código Procesal, y para el caso de imposibilidad, se restituya el valor de los mismos con más los intereses (art. 1057, Cód. Civil). Por último, solicitó el reintegro del importe de los frutos y productos correspondientes a los bienes obtenidos ilegítimamente por las accionadas; y, que se cite en calidad de tercero al Sr. Raúl Daniel Feler, por ser firmante del contrato cuya declaración de nulidad se pide (cfr. fs. 89/104). _____

_____ A fs. 154 precisó y amplió la demanda, solicitando se declare la nulidad del contrato de cesión de derechos hereditarios instrumentado en escritura pública n° 165 de fecha 23 de setiembre de 1988. _____

_____ Tramitado el juicio con la intervención de las accionadas, las codemandadas Wainer-Wesler oponen como defensas de previo y especial pronunciamiento la prescripción de la acción y la cosa juzgada. Por resolución de fs. 195/196 se rechaza la segunda y se difiere la primera para el momento del dictado de la sentencia definitiva. A fs. 204/211 contestan la demanda las

nombradas y Constructora Tawe S.A. y a fs. 241/248 las codemandadas Mirtha Burgos y Fabiana Wesler se allanan a la demanda. Producida la prueba ofrecida, se dicta la sentencia a fs. 688/691 que acogió la defensa de prescripción opuesta por las accionadas y como consecuencia, rechazó la demanda por nulidad, con costas. Para así decidir, encuadró el contrato en cuestión como de cesión de derechos hereditarios, y entendió que el hecho que la madre de la actora -ésta menor de edad en ese entonces-, no contara con la autorización judicial que exigía el art. 297, segundo párrafo del Código Civil para representarla se trataría de una causal de nulidad relativa, a la que aplicó el plazo de prescripción bienal previsto en el art. 4031 del referido código. —

_____ IV. La actora manifiesta en su expresión de agravios (fs. 708/727) que el convenio de cesión, antecedente de la escritura labrada como consecuencia, es nulo por tratarse de una partición de bienes hereditarios en donde interviene un menor y existen intereses contrapuestos con su representante legal. Alega que el razonamiento de la sentencia es erróneo pues para determinar la naturaleza de un contrato no debe atenderse al título que le dieron las partes sino que hay que analizar cada cláusula del contrato y verificar cuáles son sus efectos jurídicos; que la Juez solamente analizó la escritura de cesión de fecha 23-9-88 pero no el convenio de fecha 14-9-88 que la motivaba. Analiza a continuación las cláusulas del convenio, y concluye que surge evidente que en virtud del mismo, se distribuyeron bienes concretos e individuales del acervo hereditario, por lo que es evidente que se trata de una partición. La cesión de derechos hereditarios fue la forma que se utilizó como ejecución de dicha partición extrajudicial. Añade que, cuando el Código Civil establece que toda partición en que haya menores interesados debe ser judicial (art. 3465 y normas concordantes), lo hace no sólo para proteger la minoridad sino también el interés de toda la sociedad. Expresa que el legislador ha puesto especial énfasis en prohibir en numerosas normas la partición de herencia privada cuando intervienen menores, ni con autorización judicial (art. 297), normativa de orden público que al haber sido violada acarrea la nulidad del acto, de carácter imprescriptible. Tacha continuación de incongruente al fallo, ya que luego de declarar que la única nulidad era la falta de autorización

judicial de la madre para enajenar los bienes de su hija menor en violación al art. 297, declaró la prescripción de la acción por aplicación del art. 4031 del Código Civil que se refiere a la prescripción bienal de las acciones de nulidad de las obligaciones contraídas por menores de edad, lo que no fue demandado. Destaca que su parte no considera aplicable el art. 297 segundo párrafo que se refiere a actos para los cuales los padres necesitan autorización judicial, sino al primer párrafo que se refiere a actos prohibidos a los padres aún con autorización judicial y el art. 279 que prohíbe a los padres hacer contratos con sus hijos que estén bajo su patria potestad. _____

_____ Alega también que para el supuesto que se considerara que nos encontramos ante una nulidad relativa, de todos modos resulta aplicable el plazo de prescripción decenal establecido por el art. 4023 del Código Civil. ___ Se expone a continuación sobre la nulidad de la sentencia homologatoria del convenio de cesión y concluye que se trata de un caso de inexistencia de representación -por la presencia de intereses contrapuestos entre la madre y la menor representada por ella-, por lo que al ser la actora un tercero no la puede afectar la cosa juzgada recaída en un proceso en el que no fue parte. _____

_____ Refiere a la grave desproporción en el reparto de bienes acordado en el convenio de cesión homologado, notoriamente perjudicial a sus intereses, por lo que la sentencia homologatoria deviene doblemente nula: es un acto consecuente de la nulidad del convenio de cesión y además viola lo dispuesto por los arts. 722 y 750 de la normativa de rito. _____

_____ Por último, refiere a la nulidad de la posterior transferencia de derechos y acciones hereditarias, efectuada en fecha 4 de mayo de 1992 por las herederas demandadas a favor de la sociedad Constructora Tawe. Solicita se acoja el recurso, se revoque la sentencia y se estime la acción de nulidad del convenio de cesión de fecha 14-9-1988 y de los actos consecuentes. Hace reserva del recurso de inconstitucionalidad local y del caso federal. _____

_____ El traslado del memorial fue contestado por la apelada (fs. 730/733), y a fs. 954/957 emite dictamen el señor Fiscal de Cámara, quien se pronuncia por el acogimiento parcial del recurso, con lo que quedó la causa en estado de dictarse sentencia. _____

_____ V. La Corte de Justicia dejó establecido claramente en su fallo, en primer lugar, que el convenio en cuestión, objeto del pedido de nulidad en autos configuró la realización de una partición de la herencia del padre de la actora. En mérito a ello, consideró inaplicable al caso la prescripción bienal establecida en el art. 4031 del Código Civil, por no comprenderse allí a las obligaciones contraídas por el representante del incapaz con vulneración de la ley -caso del sub lite-, sino sólo se refiere a las obligaciones contraídas por los incapaces. En cambio, los actos realizados por los representantes de los incapaces excediendo sus atribuciones prescriben a los diez años por aplicación supletoria del principio ordinario. _____

_____ Pero tenemos además, refirmando el principio expresado por la Corte de Justicia, que como la pretensión deriva del ejercicio de la patria potestad ejercida por la madre, quien representó a su hija menor en el acto de la partición judicial, resultan aplicables al caso, las reglas del mandato conforme la normativa del art. 1870, inc. 1º, Código Civil -representaciones necesarias- y por ende, resulta de aplicación el plazo de prescripción decenal, conforme los arts. 4023 y 4025 del Código Civil (cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 28/10/2009, Cita: MJ-JU-M-52503-AR| MJJ52503 | MJJ52503). _____

_____ Siendo ello así, y teniéndose en cuenta que el convenio de cesión se celebró en fecha 14 de setiembre de 1988 (cfr. copia certificada incorporada a fs. 95/99 del juicio sucesorio del Sr. Jorge Wesler, Expte. n° 2A-91661/88, reservado en Secretaría y a la vista) y que la demanda por nulidad se interpuso en fecha 6 de marzo de 1998 (cfr. fs. 89/104), la acción no se encuentra prescripta. Corresponde por ello, hacer lugar al recurso deducido por la parte actora y revocar la sentencia de fs. 688/691 en cuanto acogió la defensa de prescripción deducida por la parte demandada y rechazó la demanda, con costas. Toca entonces con encuadre en el fallo de la Corte, removido de esa manera el impedimento emergente de la prescripción de la acción, examinar la procedencia o no de la acción de nulidad impetrada por la actora. _____

_____ VI. La pretensión de la accionante se dirigió a obtener la declaración de nulidad del convenio celebrado en fecha 14 de setiembre de 1988, de la

sentencia que lo homologó y de los actos procesales derivados emitidos en su consecuencia en los autos caratulados “Wesler, Jorge - Sucesorio”, Expte. n° 2A-91.661/88 del Juzgado en lo Civil y Comercial 11ª Nominación. Procuró asimismo, como derivación, la nulificación del contrato de cesión de derechos hereditarios instrumentado en escritura pública n° 165 de fecha 23 de setiembre de 1988, de la cesión de derechos realizada por las accionadas a favor de Constructora Tawe S.A. con fecha 4 de mayo de 1992, y la declaración de su inoponibilidad, frente a los derechos de su parte, de la cesión referida, al no haberse cumplido con las normas establecidas en la ley 11.867 sobre transferencias de fondos de comercio. Persiguió además el cumplimiento de lo estipulado en el convenio de disolución y liquidación de la sociedad conyugal, celebrado entre el Sr. Jorge Wesler, su padre, y la Sra. Zulema Wainer, en fecha 29 de diciembre de 1987 y subsidiariamente a esto, la exclusión de herencia a la nombrada sobre los bienes propios del causante, y la declaración de la inexistencia de su derecho a participar en los bienes gananciales adquiridos por éste con posterioridad a la separación de hecho (art. 1306, Cód. Civil). _____

_____ VII. Sobre el eje y pretensión principal articulada para la declaración de nulidad de la partición extrajudicial de la herencia plasmada en el denominado “convenio de cesión” incorporado a fs. 95/99 del juicio sucesorio del Sr. Jorge Wesler, Expte. N° 2A-91661/88 ya referido, -en copia a fs. 242/246- y en la posterior Escritura Pública n° 165 de “Cesión de Derechos Hereditarios” de los que derivan los demás reclamos, me inclino decididamente, en función de los antecedentes y características del caso, por la declaración de su nulidad. _____

_____ VIII. Parto del principio general establecido por el artículo 3465, inc. 1° del Código Civil que establecía la necesidad de la partición judicial cuando haya menores o incapaces interesados, o ausentes cuya existencia sea incierta. Es el criterio adoptado plenamente por el art. 2371, inciso a) del Código Civil y Comercial. Pero a diferencia de éste, el anterior Código -vigente al momento del fallecimiento del causante y por ello aplicable al caso- establecía excepciones o franquicias a la exigencia en los casos de los menores cuando:

a) los ascendientes hacen partición anticipada de sus bienes, por donación o testamento (art. 3515, 1ª parte); b) cuando los ascendientes representan a sus descendientes menores en la parte que estos tuviesen en otras sucesiones (art. 3514); c) cuando intervienen tutores designados por los ascendientes expresamente facultados (art. 3515); (cf. Borda, Sucesiones, t. I, p. 435 n° 588). Interpretado literal y aisladamente, podría ubicarse el caso en examen en el supuesto b) de las excepciones, habida cuenta de no intervenir la ascendiente con interés propio, en una primera mirada, en el juicio sucesorio objetado en su partición. Pero un análisis con mayor profundidad, colocado en el marco de las demás circunstancias del caso y asumiendo las pautas rectoras definidas en los arts. 9 y 10 del Código Civil y Comercial, nos convence en la posición discrepante. _____

_____ Ocurre que aun cuando no tiene carácter absoluto la regla que establece la necesidad de partición judicial cuando hay menores o incapaces interesados, pues admite excepciones, tal criterio no autorizaría en principio a tener por configurado algunos de los supuestos de excepción en este caso. Es que las previsiones del art. 3514 del Código Civil que facultaba al ascendiente para hacer la partición "por actos especiales de bienes que los descendientes obtuvieron de otras sucesiones", supone que aquellos carecen de interés en la sucesión que se va a distribuir (cf. CNCiv. sala A, 05/10/1979, en La Ley, t. 1979-D, p. 20), lo que no es el caso que nos ocupa según surge de la lectura del convenio de partición privada agregado a fs. 95/99 del juicio sucesorio de Jorge Wesler, Expte. n° 2A-91661/88 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial 11ª Nominación. Comparece allí y contrata Mirtha Azucena Burgos "por sus propios y personales derechos y por los de su hija menor Andrea del Milagro Wesler" (sic), haciéndolo además Fabiana Wesler, integrando ellas el "grupo Wesler-Burgos". En este convenio celebrado para dar por concluidas diferencias, según menta, la Sra. Burgos obtiene por el mismo el reconocimiento de ser propietaria real de un inmueble ficticiamente registrado a nombre de un tercero mediante acto simulatorio, y además, de un automotor. Además se asigna, atribuye o adjudica a Fabiana Wesler y Andrea del Milagro Wesler un inmueble y un automotor. Es claro que aunque Burgos no revestía

formalmente la calidad de coheredera o colegataria en la sucesión de Jorge Wesler, tuvo e invocó un interés personal y propio relevante, y dirimió diferencias obteniendo a cambio el reconocimiento del dominio de bienes, en el caso del inmueble, a través de lo que puede considerarse en contradocumento formal a posteriori (cf. Compagnucci de Caso, Simulación y Contradocumento, en Simulación, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2006-1, p. 79 y ss.). Se evidencia allí un interés personal de la Sra. Burgos, en su provecho, y además, de efectos menoscabantes del patrimonio relicto sobre el cual debía invocar derechos como representante legal de su hija entonces menor de edad, lo que requería el nombramiento de un tutor ad hoc para esa sola gestión, a los fines de obtener una mejor y más efectiva protección jurídica del incapaz (cf. CCC de Azul, 28-3-96, LLBA 1966-575, citado por Graciela Medina, Código Civil Comentado, t. I, Sucesiones, p. 524). _____

_____ Pero además, contiene dicho convenio, luego de asignados en la cláusula cuarta a cada una de las tres integrantes del grupo Wesler-Burgos un inmueble y un automotor, un acuerdo de las señoritas Wesler -una de ellas representada por la Sra. Burgos- para ceder todos los derechos y acciones hereditarias que les correspondería en la sucesión de Jorge Wesler a favor de Liliana Mónica Wesler, Mirta Graciela Wesler y Silvana Ruth Wesler, "por los bienes mencionados en esta misma cláusula". _____

_____ IX. El mismo día de presentado el convenio (16/09/1988), se decreta vista al señor Defensor de Incapaces, se notifica éste, dictamina de conformidad y se pone a despacho para la homologación, que se dispuso a fs. 103/106. En 1992 las cesionarias de derechos hereditarios Liliana Mónica, Mirta Graciela y Silvana Ruth Wesler ceden a su vez esos derechos a favor de la firma Constructora Tawe Sociedad Anónima (fs. 235/236). _____

_____ A fs. 242 se solicita la aprobación de las operaciones de partición y adjudicación de fs. 239/40 a favor de Constructora Tawe, decretándose la adjudicación a fs. 242 vuelta. Luego, a fs. 252 se amplió el inventario y se hace a fs. 258 nueva adjudicación, siempre en forma privada. _____

_____ X. El artículo 1044 del Código Civil, sancionaba con la nulidad los actos jurídicos cuando fuese prohibido el objeto principal del mismo, o cuando

no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley. Similar norma estatuye el Código Civil y Comercial vigente (arts. 386 a 388). De todo lo expuesto se concluye que el acto jurídico de partición extrajudicial de la herencia (así calificado en el fallo de la Corte de Justicia) plasmado en el convenio celebrado en fecha 14 de setiembre de 1988, es nulo. Ello así, en tanto no se ha respetado la forma prevista en la ley -art. 3465 inciso 1° del Cód. Civil- y por la existencia de intereses opuestos entre representante y representada. _____

_____ Lo mismo y por iguales fundamentos, cabe predicar de la “Cesión de Derechos Hereditarios” efectuada mediante Escritura Pública n° 165 de fecha 23 de setiembre de 1988 autorizada por el escribano Carlos Alsina Garrido, que tuvo por objeto elevar a escritura pública la convención referida, conforme el compromiso asumido por las partes (cfr. cláusula cuarta in fine, del convenio). _____

_____ XI. Tales vicios no han quedado purgados con la homologación del referido acuerdo -cuya nulidad también se impetra-, efectuada mediante sentencia homologatoria de fecha 22 de setiembre de 1988 (cfr. fs. 103/106 del juicio sucesorio referido). En tal acto procesal, el Juez debe examinar el avenimiento externa e internamente, en el sentido que se examinan las condiciones de capacidad y de cumplimiento de la ley en el caso que autoriza a disponer de derechos avenidos o no, o sea, que examina el juez si se están violando las disposiciones de derecho que prohíbe la ley, vale decir, si se trata de derechos disponibles (cf. Ayarragaray - De Gregorio Lavié, Código Procesal, p. 225, cit. en Santiago Fassi - César Yañez, Código Procesal Civil y Comercial, comentado anotado y concordado, t. 1, p. 763). _____

_____ La nulidad de los actos procesales se configura cuando carecen de algún requisito que les impide lograr la finalidad a la cual están destinados. Se produce por quebrantamiento o inobservancia de las formas del proceso, o por vicios que afectan a los requisitos propios de los restantes elementos del acto procesal (v.gr., falta de competencia del órgano jurisdiccional o de capacidad de las partes; vicios de la voluntad; inidoneidad o imposibilidad jurídica) (Fassi-Yañez, ob citada, p. 846). La nulidad supone un acto que adolece de

deficiencias en alguno de sus elementos esenciales. Se dice que la nulidad plantea un problema de incompatibilidad entre un acto determinado y la norma que establece sus requisitos, o sea, un problema de validez o eficacia (Llambías, Tratado, Parte General, 7ª ed., II, p. 583). _____

_____ En el sub lite, la sentencia homologatoria del convenio de cesión, recaída en el juicio sucesorio de Jorge Wesler, además de referirse a un acto de objeto prohibido, no ha observado la ausencia de dos operaciones previas insoslayables como son el inventario y el avalúo que debieron hacerse judicialmente por exigencia legal, al no existir previa y expresa conformidad del ministerio pupilar (arts. 740, inc. 5, 742 y 746 del CPCC). Por medio del inventario se determinan los bienes que integran la masa hereditaria y las deudas que la gravan, haciéndose una enumeración y descripción de ellos. Éste constituye la base de las sucesivas operaciones de liquidación y adjudicación de los bienes, ya que mal se puede partir si previamente no se especifican detallada y cumplidamente todos los elementos que integran el patrimonio del de cujus (Graciela Medina, ob. cit., t. I, p. 526 y ss), por lo que el magistrado en grado no pudo saber si con el mismo se afectaban derechos de la menor involucrada, representada por su madre respecto de la cual existían intereses divergentes (art. 61, CC). Tampoco se ha conferido vista al Ministerio Público Fiscal en forma previa a su dictado, lo que constituía un trámite obligatorio por encontrarse involucrado el orden público. _____

_____ XII. En lo referente al acto particionario, la igualdad de los copartícipes es uno de los principios esenciales que el legislador ha considerado proteger, según expresión de Vélez en la nota al art. 3514 del Cód. Civil. De su aplicación a la partición se verá que la misma puede ser anulada cuando no salva la legítima de alguno de los herederos o sea que al adjudicarse los bienes el valor de los mismos no hubiese llenado su cuota (Manuel Wagner, La Partición Hereditaria, p. 59). Y la evaluación de ello resulta imposible si no existen inventario y avalúo dotados de las exigencias legales. _____

_____ El cúmulo de anomalías detallado, que por suficientes justifica no abundar en otras perceptibles de la simple compulsa de la causa, hacen

ineludible la declaración de nulidad del convenio de partición, de la escritura que lo reprodujo y de la homologación prestada, en resguardo del orden público, de la tutela del interés de los menores y los intereses de los derecho habientes. Resulta gravitante, asimismo, el desquicio procesal que superpuso particiones contradictorias, inventarios diversos y sin descripción de los bienes, ausencia de avalúo legal, etc., lo que aparece como imposible reconducir el trámite de inventario, avalúo. La partición y adjudicación debe ser anulada, por ello, a los fines de una nueva producción ajustada a la norma en todas sus etapas. Tal nulidad, imperiosamente, privará de efectos a los actos consecuentes o derivados de ello al quedar vacuos de causa que los sustente, como lo son los que integran la pretensión de la actora en cuanto a la conformación de la masa hereditaria por la integración o no con otros bienes cedidos u objeto de otros convenios que deberán ser materia de las acciones o incidencias propias de la etapa de formación del inventario e inclusión o exclusión de bienes. _____

_____ XIII. Propicio por todo lo expuesto, que se acoja el recurso, se revoque la sentencia y se haga lugar a la acción de nulidad del convenio de cesión de fecha 14 de setiembre de 1988 y de todos los actos habidos como consecuencia del mismo, con costas (art. 67, CPCC). _____

_____ El doctor José Gerardo Ruiz adhiere al voto que antecede. _____

_____ Por ello, _____

_____ **LA SALA CUARTA DE LA CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL** _____

_____ I) **HACE LUGAR** al recurso de apelación deducido a fs. 696 por la parte actora, en su mérito **REVOCA** la sentencia de fs. 688/691 y **HACE LUGAR** a la demanda de nulidad en todas sus partes, **DECLARANDO NULO** el convenio de cesión glosado a fs. 95/99 del juicio sucesorio de Jorge Wesler, Expte. N° 2A-91661/88, y de todos los actos recaídos como consecuencia del mismo. Con costas. _____

_____ II) **REGÍSTRESE**, notifíquese y **BAJE**. _____