

NEUQUEN, 2 de agosto del año 2023.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"QUIROGA HORACIO RODOLFO S/SUCESION AB-INTESTATO"**, (JNQCII1 EXP N° 528263/2019), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante, Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la jueza Patricia CLERICI dijo:**

I.- La cónyuge supérstite Marlene Velásquez Herwitt interpuso recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria de fs. 204/205, dictada el día 15 de junio de 2022, que rechaza el pedido de atribución preferencial que realizara sobre el inmueble de calle ... de esta ciudad, con costas al vencido.

A fs. 212/vta., la señora Marlene Velásquez Herwitt, mediante presentación web n° 310454, con cargo de fecha 21 de junio de 2022, apela por altos los honorarios regulados en la sentencia antedicha.

a) En su memorial de fs. 214/219 -presentación web n° 315388, con cargo de fecha 1 de julio de 2022-, la recurrente peticiona, en primer lugar, se declare la nulidad de la sentencia recurrida, en tanto su parte no conoció los escritos de fs. 191/193, presentados por Ivana Quiroga; ni el de fs. 194/195, presentado por Florencia Quiroga, ni en primera instancia se dictó providencia que ordenara el pase a resolución.

Denuncia que la jueza de primera instancia ha violado el principio de igualdad, que está obligada a preservar conforme art. 34 inc. c) del CPCyC, y que tal violación se ha producido en dos ocasiones, ya que omitió que su parte conociera la postura de Ivana Noemí Quiroga, expuesta a fs. 191/193, como así también omitió que su parte conociera el planteo de Florencia Quiroga, volcado a fs. 194/196.

Dice que la omisión concreta es que no se le corrió traslado al resto de las partes con intereses legítimos, de estos dos planteos, destacando que no son simples alegaciones opositoras, sino que mantienen un desarrollo, con citas doctrinarias, sobre todo haciendo mérito de prueba existente sobre el domicilio del causante y el de la señora Marlene Quiroga, con ofrecimiento de prueba y hasta una denuncia de fraude procesal.

Explica que Ivana Quiroga se expresa sobre que correspondería aplicar el art. 2.383, y no el art. 443, ambos del CCyC, a la vez que habla de un domicilio denunciado por la apelante, y sobre el domicilio del causante, y sostiene que solamente se admite el derecho a la vivienda cuando el cónyuge supérstite y el causante hubieran ocupado y vivido en el último domicilio conyugal, en tanto que en autos el matrimonio se encontraba separado de hecho.

Agrega que Florencia Quiroga enarbola calificaciones disvaliosas para con la cónyuge supérstite, y ofrece prueba de sus dichos, habla de los domicilios y de la separación de hecho y de una hostería con destino comercial.

Señala que frente a estos postulados que proponen las partes oponentes, se requiere que la peticionante ejerza su derecho de defensa, pero la magistrada a quo dictó sentencia una vez agregados estos escritos, sin que la recurrente tomara conocimiento de los mismos, ni tampoco los restantes herederos, que representan una gran mayoría dentro de la indivisión forzosa del acervo hereditario, y prestaron conformidad para que la apelante continúe habitando el hogar conyugal.

Lo desarrollado, a criterio del apelante, torna nula la resolución interlocutoria dictada.

Luego, expresa agravios, diciendo que la sentencia apelada encuadra la situación en el art. 2.381 del CCyC, pero no



descarta que pueda quedar inmersa en el art. 2.383 del mismo código.

Manifiesta que la pretensión de su parte es ejercer el derecho real de habitación como cónyuge supérstite respecto de la casa de calle ... de esta ciudad de Neuquén, por ser ese el último hogar conyugal de ella y el causante, en tanto que la subsunción del caso en el art. 2.381 del CCyC, que necesita el elemento de la residencia al tiempo de la muerte, o en el art. 2.383 del CCyC que habla del último hogar conyugal es una carga de los magistrados.

Sostiene que la sentencia recurrida busca igualar o asimilar un domicilio real o una denuncia de domicilio real con residencia al tiempo de la muerte, o con el último hogar conyugal, lo que agravia a su parte ya que no se debió suplantar el conocimiento de donde fue la residencia, o donde era el hogar familiar o conyugal, con domicilios reales denunciados o surgidos de algunos informes.

Se queja de que la jueza a quo sentencie que, como los domicilios no son coincidentes, no se cubre el presupuesto del art. 2.381.

Afirma que el departamento de calle ..., perteneciente a la firma "Limpieza Patagónica S.A.", es un lugar donde Marlene Velásquez recibe correspondencia, comunicaciones, a veces se lo facilita a parientes o amigos que vienen del interior; pero su casa, donde vivió hasta la muerte de Quiroga, en matrimonio y convivencia, es la de calle

Insiste en que la sentencia de primera instancia no decide que Marlene Velásquez tenga residencia fuera de la casa de calle ..., sino que, como citó otro domicilio, no residiría en aquella.

Cita jurisprudencia, y dice que el recurso planteado tiende a que esta Cámara de Apelaciones tome una decisión desde la perspectiva alimentaria y asistencial a favor de Marlene Velásquez.

Se refiere a la prueba ofrecida por Florencia Quiroga, la que deriva del expediente n° 20.133/2021, en el que se han rendido testimoniales, que resume.

Hace reserva del caso federal.

b) A fs. 221/225 -presentación web n° 325290, con cargo de fecha 29 de julio de 2022-, la heredera Florencia Quiroga Panelli contesta el traslado del memorial.

Denuncia que el memorial no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.

Dice que esbozar livianamente principios relativos a la garantía constitucional de la defensa en juicio no es una crítica razonada de la sentencia, máxime cuando ella se dictó en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 150 del código ritual, es decir, ante el pedido de una de las partes, careciendo de cualquier vicio o defecto que pueda acarrear su nulidad.

Insiste en que la recurrente no realizó ninguna crítica de la sentencia apelada.

c) Los restantes herederos no contestan el traslado del memorial.

d) Luego de ser remitido el expediente a la Oficina Judicial Procesal Administrativa, y de fracasar las audiencias convocadas en la Alzada, a fs. 361/vta. -presentación web n° 8079, con cargo de fecha 3 de mayo de 2023-, la recurrente manifiesta que, mediante cesión onerosa, ha adquirido los derechos hereditarios de Ivana Noemí Quiroga, y que en el carácter de cesionaria de dicha heredera desiste de la oposición planteada al pedido de atribución de la vivienda de calle ... realizado por la cónyuge superviviente, otorgando expresa conformidad al mismo.

También acompaña copia de la sentencia dictada en el trámite procesal administrativo.



e) Habiéndose corrido traslado a los restantes herederos de la presentación antedicha, solamente contesta la heredera Florencia Quiroga -presentación web n° 8158, con cargo de fecha 12 de mayo de 2023, obrante a fs. 364/365-, y solicita que se desestime la incorporación de la copia de la sentencia que se acompaña.

II.- En primer lugar corresponde analizar la incorporación de documentación -sentencia dictada en la causa n° 201.133/2021 del registro de la Oficina Procesal Administrativa n° 2 de esta ciudad-, acompañada por la parte apelante en su presentación de fs. 361/vta.

De acuerdo con el art. 260 inc. 3° del CPCyC, las partes pueden incorporar documentación de fecha posterior al llamado de autos para sentencia de la primera instancia -tal el caso de la sentencia que se intenta incorporar a la causa-, pero ello está previsto solamente para los supuestos de apelaciones que se planteen contra sentencias definitivas dictadas en procesos ordinarios o sumarios (art. 259, CPCyC), y esto no es lo que sucede en estas actuaciones, donde el recurso se ha planteado respecto de una resolución interlocutoria.

Consecuentemente, de acuerdo con la normativa procesal, no resulta procedente la incorporación de documentación en esta etapa del proceso.

No obstante ello, y si de todos modos, se hiciera extensiva la posibilidad que brinda el art. 260 de la norma procedimental a apelaciones que se planteen respecto de resoluciones interlocutorias, en aras de preservar el derecho de defensa de la parte, lo cierto es que la sentencia dictada en el expediente procesal administrativo no tiene influencia alguna para la resolución del recurso de autos, por tratarse de institutos diferentes los que están en juego en uno y otro proceso. Por lo que

ni siquiera desde esta perspectiva existen elementos que permitan acceder a la incorporación de la copia de la sentencia.

Conforme lo dicho es que se ha de rechazar la incorporación de la copia de sentencia adjuntada con la presentación de fs. 361/vta., procediéndose por Secretaría a su desglose.

III.- Sentado lo anterior, y si bien los agravios de la recurrente constituyen, en su mayor parte, una disconformidad con lo resuelto en la primera instancia, se presenta en autos una situación que afecta el orden público que campea en materia de sucesiones mortis causa, y que lesiona el derecho de defensa de la cónyuge sobreviviente y de los herederos, por lo que he de analizar la queja formulada por la recurrente.

IV.- Ingresando ahora al análisis de los agravios planteados por la parte apelante, comienzo por la pretendida nulidad de la sentencia por violación del derecho de defensa de la recurrente en el trámite previo al dictado de la sentencia interlocutoria.

En estas actuaciones, el pedido de atribución del hogar conyugal fue sustanciado con los herederos que no prestaron su conformidad (fs. 168). Y una vez que estos herederos contestaron el traslado corrido, oponiéndose a lo solicitado, la jueza de grado dictó la resolución que se encuentra impugnada.

De acuerdo con lo actuado en la instancia de grado y consentido por los litigantes, la jueza de primera instancia le dio a la petición de la cónyuge supérstite el trámite del incidente (art. 175, CPCyC). Y conforme el procedimiento que el código procesal prevé para los incidentes, "*Contestado el traslado o vencido el plazo, si ninguna de las partes hubiese ofrecido prueba o no se ordenase de oficio, o recibida la prueba, en su caso, el juez sin más trámite, dictará resolución*" (art. 185, CPCyC). Y esta

conducta fue la asumida por la jueza de primera instancia: contestados los traslados, dictó resolución.

Adviértase que la ley procesal no prevé el traslado de la contestación del traslado, por lo que la magistrada de grado no tenía obligación de correr traslado a la peticionante de la oposición formulada por dos herederos; oposición que, por otra parte, era una de las posibilidades frente a la petición de la cónyuge supérstite, por lo que no puede entenderse como sorpresiva, sino que, por el contrario, era una de las vicisitudes que podrían presentarse frente al pedido formulado.

La parte peticionante no ofreció prueba en oportunidad de solicitar la atribución del hogar conyugal, como tampoco lo hizo la heredera Ivana Noemí Quiroga (fs. 191/193vta.). La heredera Florencia Quiroga Panelli, sí ofreció prueba al contestar el traslado (fs. 195vta.).

Si bien la jueza a quo nada dice respecto de este ofrecimiento de prueba, la parte interesada no ha impugnado la resolución dictada con fundamento en esta omisión, siendo el litigante que ofreció la prueba quién tiene legitimación para formular queja por el silencio de la magistrada de primera instancia, y no lo ha hecho.

Consecuentemente, no se advierte que el trámite anterior al dictado de la resolución que se impugna haya conculcado el derecho de defensa de la peticionante, por lo que no corresponde nulificar la resolución recurrida.

V.- La jueza de grado sostiene que el caso planteado puede ser enmarcado tanto en el art. 2.381 como en el art. 2.383, ambos del CCyC, y analiza luego si la peticionante tenía su residencia en el inmueble al momento del fallecimiento del causante (art. 2.381); y si este inmueble constituyó el último hogar conyugal (art. 2.383), para concluir en que no se dan los supuestos

normativos para atribuir a la peticionante dicho inmueble en exclusividad.

Sin embargo, no estoy de acuerdo con la magistrada de primera instancia en que el supuesto de autos podría ser encuadrado en cualesquiera de las dos normas de modo indistinto.

Sin perjuicio de ello, y aún cuando entendiéramos que las dos normas citadas resultan útiles para encuadrar jurídicamente la situación de autos, el análisis a realizar no es similar para ambos casos.

De acuerdo con la postura inicial de la peticionante, ella reclama el derecho real de habitación que prevé el art. 2.383 (fs. 153). Si bien la petición hace mención erróneamente a "atribución del hogar", adviértase que se alude a que en la vivienda de calle ... vive la cónyuge supérstite y algunos hijos del causante. Esta denuncia de la situación del inmueble en cuestión se tuvo presente a fs. 154.

Y esta postura es reiterada a fs. 160, donde expresamente se señala: *"Hace saber que ha requerido el derecho de habitación como cónyuge supérstite, vitalicio y gratuito, el cual se reitera en este acto, en los términos del artículo 443 del Código Civil y Comercial de la Nación"*. Si bien es cierto que la presentante equivoca la manda legal en la que funda su pretensión, es claro que lo que requiere es el derecho real de habitación previsto en el art. 2.383 del CCyC.

No obstante ello, la Oficina Judicial persiste en el error, citando una norma que no resulta de aplicación al trámite de este expediente (debiendo recordarse que el encuadramiento jurídico es potestad de la magistratura), por lo que lo correcto, en todo caso, hubiera sido requerir aclaración sobre el punto, tal como lo hizo respecto del inmueble (fs. 161vta.).

Al contestar la aclaración, la cónyuge supérstite confunde aún más la situación al enunciar que la heredera Julieta

Piqué Quiroga vive también en el lugar y no tiene otro lugar para vivir (fs. 162), con lo que nos acercamos a la situación del art. 2.381 inc. 1) del CCyC. Pero, la invocación del supuesto contemplado en la norma citada tendría que haber sido denunciado por la heredera Julieta Quiroga, quién nada dice al respecto.

Nuevamente a fs. 168, el juzgado vuelve a señalar que se trata de un pedido de atribución del hogar.

La heredera Ivana Noemí Quiroga, al contestar el traslado corrido, advierte la confusión existente y se refiere al derecho real de habitación, y también lo hace la heredera Florencia Quiroga.

Y aquí es cuando se produce una conculcación del derecho de defensa, tanto de la cónyuge supérstite como de las herederas Ivana Noemí y Florencia, ambas de apellido Quiroga, por lo cual he de propiciar la revocación de la resolución recurrida.

Es que, si bien la representación letrada de la señora Marlene Velásquez equivocó la norma legal en la cual fundaba su pretensión y su posición fue confusa, la Oficina Judicial no contribuyó a la clarificación del trámite, confundiéndolo aún más.

Me explico: tal como lo señalé, la cónyuge supérstite reclamó el derecho de habitación sobre el inmueble de calle ..., y conforme la caracterización que de él hace (gratuito y vitalicio) es claro que se refiere a la manda del art. 2.383 del CCyC, ya que la atribución del hogar que regla el art. 443 del CCyC no tiene tales características, y en cuanto a la atribución preferencial del art. 2.381 inc.1) del CCyC, nadie la solicitó.

Cabe recordar que con el derecho de habitación del cónyuge supérstite no se pone en crisis el acervo hereditario, ni se produce una modalidad partitiva, ni se impide que los herederos legitimados puedan celebrar un acuerdo partitivo o la adjudicación singular del bien como modo de hacer cesar la indivisión hereditaria, sino que lo que prima es la protección constitucional

(art. 14 bis, Constitución Nacional) de la morada familiar matrimonial o convivencial, que puede permanecer vigente, cumpliendo su finalidad aún luego del fallecimiento de uno de sus integrantes (cfr. Zavala, Gastón Augusto, "Derecho real de habitación del cónyuge o conviviente supérstite" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2022-3, pág. 381). Y ello reafirma la necesidad de revocar la resolución recurrida.

Ahora bien, conforme lo sostiene José Luis Pérez Lasala, el derecho real de habitación constituye una posición originaria del heredero o herederos del cónyuge premuerto; y esta situación -que nace originariamente en la cabeza del heredero y, por tanto, está vinculada a la complejidad del fenómeno hereditario- se traduce sobre todo en la obligación de soportar un derecho real de habitación, cuyo beneficiario es el cónyuge supérstite.

El autor citado sigue diciendo que se trata de un derecho que nace de la ley, ya que el art. 2.383 del CCyC determina que el cónyuge sobreviviente tiene el derecho real de habitación "de pleno derecho", lo que no anula la necesidad de seguir los pasos procesales para obtener el reconocimiento de parte del juez del sucesorio y la consiguiente orden de inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, más esta inscripción registral es declarativa de un derecho otorgado por la ley (cfr. aut. cit., "Tratado de Sucesiones", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. II, pág. 123/129).

Gastón Augusto Zavala, en igual sentido, señala: "...el derecho real de habitación, vitalicio y gratuito, opera de pleno derecho a favor del cónyuge supérstite sobre el inmueble de propiedad del causante cuando se ubica en él el último hogar conyugal.



"La aplicación efectiva del Derecho asignado surge palmaria del artículo 2383 del CCyCN, al contemplarse que éste lo tiene de pleno derecho, y de lo previsto en el artículo 1894, que aclara que se adquiere por mero efecto de la ley la habitación del cónyuge, lo cual implica que no tiene que solicitarlo y ni siquiera formalizarlo, tal como sucede con la totalidad de los derechos reales tasados en el Código (conf. art. 1887).

"...Ello no quita, y además es lo recomendable a fin de evitar discordancias registrales y brindar una publicidad acorde a la realidad, que el derecho real de habitación del cónyuge superviviente sea formalizado en escritura pública e inscripta en el registro inmobiliario correspondiente" (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 386).

Consecuencia de lo dicho es que el cónyuge superviviente ejerce de pleno derecho este derecho real de habitación, y es a cargo de quién pretende que se extinga el derecho real de habitación, ya sea porque el inmueble no era de propiedad del causante, que en él no estaba constituido el último hogar conyugal, que a la apertura de la sucesión se encontraba en condominio, o que no estaba legítimamente casado, o por la razón que fuera, aportar las pruebas contra el superviviente. La inexistencia de prueba, la debilidad probatoria, o en caso de duda, hace presumir el derecho del superviviente sobre lo conjetural (cfr. Arraga Penido, Mario O., "Derecho real de habitación especial del cónyuge superviviente", LL 2018-B, pág. 1.006).

En autos, claramente se actuó en contradicción con la naturaleza del derecho real de habitación, ya que se colocó en cabeza de la cónyuge superviviente la necesidad de acreditar que se encontraban reunidas las condiciones para acceder a tal derecho, cuando ella lo tiene de pleno derecho; a la vez que nada se dijo respecto de la prueba aportada por la impugnante de este derecho, no permitiéndole probar que el inmueble sobre el cual la señora

Velásquez ejerce el derecho real de habitación no fue el último hogar conyugal.

Por esto es que afirmé que se había conculcado el derecho de defensa de ambos litigantes, además de desconocerse que la norma consagra en el derecho infraconstitucional la protección que el art. 14 bis de la Carta Magna otorga a la vivienda familiar, frustrando indebidamente la consecución de tal objetivo.

VI.- Dado el resultado de la apelación, que obliga a rever costas y honorarios (art. 279, CPCyC), deviene abstracto el tratamiento del recurso arancelario.

VII.- Por lo hasta aquí desarrollado, propongo al Acuerdo: 1) rechazar la incorporación de la copia de sentencia adjuntada con la presentación de fs. 361/vta., procediéndose por Secretaría a su desglose; 2) declarar abstracto el tratamiento de recurso arancelario; y 3) hacer lugar al recurso de apelación de autos, y revocar el resolutorio recurrido.

Recomponiendo el litigio, se tiene presente el derecho real de habitación que ejerce la cónyuge supérstite sobre el inmueble sito en calle ... de la ciudad de Neuquén, sin perjuicio de la facultad de los herederos de impugnar la configuración de este derecho, lo que deberá tramitar por vía incidental.

Dado los fundamentos del acogimiento del recurso de apelación, las costas por la actuación en la primera y en la presente instancias se imponen en el orden causado (arts. 69 y 68, 2da. parte, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la labor en la primera instancia en las sumas de \$ 25.000,00 en conjunto para los letrados ... y ... -patrocinantes de la heredera Ivana Noemí Quiroga-; \$ 35.000,00 para el letrado ... -en doble carácter por la heredera Florencia Quiroga Panelli-; \$ 25.000,00 en conjunto para los letrados ... y ... -patrocinantes de la cónyuge supérstite-, y \$ 10.000,00 para el letrado ... -apoderado de la misma parte-; en

tanto que los honorarios por la actuación ante la Alzada de los abogados ..., ..., ... y ... se fijan en las sumas de \$ 3.000,00; \$ 3.750,00; \$ 3.750,00; y \$ 10.500,00, respectivamente, todo de conformidad con lo normado por los arts. 9 (conforme valor jus vigente a la fecha de la regulación de grado), 10, 11 y 15 de la ley 1.594.

El juez José NOACCO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Rechazar la incorporación de la copia de sentencia adjuntada con la presentación de fs. 361/vta., procediéndose por Secretaría a su desglose.

II.- Declarar abstracto el tratamiento de recurso arancelario.

III.- Revocar la sentencia interlocutoria de fs. 204/205, dictada el día 15 de junio de 2022 y, recomponiendo el litigio, se tiene presente el derecho real de habitación que ejerce la cónyuge supérstite sobre el inmueble sito en calle ... de la ciudad de Neuquén, sin perjuicio de la facultad de los herederos de impugnar la configuración de este derecho, lo que deberá tramitar por vía incidental.

IV.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado.

V.- Regular los honorarios profesionales en el modo indicado en los Considerandos.

VI.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI Jueza- Dr. JOSÉ NOACCO Juez



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Dra. MICAELA ROSALES Secretaria