



REGISTRADA BAJO EL N° 42 (S) F° 194/200
EXPTE. N° 157.794. Juzgado N° 4.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 31 días de marzo de 2015, reunida la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: "**GORGA JOSE LUIS S/INCIDENTE (EXCEPTO LOS TIPIFICADOS EXPRESAMENTE)**" habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Nélide I. Zampini y Rubén D. Gérez.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 24/26?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

I) Dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia, resolviendo:
a) hacer lugar al incidente de partición de herencia promovido por el Sr. José Luis Gorga en su carácter de heredero declarado en los autos "Gorga José Francisco s/ Sucesión" -que tramita ante el Juz. Civ. y Com. N°4 Dptal.-, determinando como bienes sujetos a la partición: 1) 50% indiviso del inmueble sito en calle mat. 045-16.235, 2) 50% indiviso del inmueble ubicado en calle mat. 045-22451 y 3) 50% indiviso del inmueble ubicado en, todos de esta ciudad; y b) rechazar los planteos de exclusión y falta de legitimación pasiva formulados por los co-herederos, con costas a los vencidos.

Para así decidir, el *a quo* consideró que la excepción de falta de legitimación pasiva resulta ser improcedente, toda vez que no se



encuentra individualizado técnicamente un demandado en el presente incidente.

Respecto al planteo de oposición a la partición del inmueble sito en efectuado por los co-herederos, sostuvo el sentenciante que el derecho real del cónyuge supérstite no opera automáticamente por lo que no habiéndose iniciado la acción correspondiente, deviene inatendible tal oposición.

En cuanto al planteo de oposición de partición del inmueble de calle, entendió que no resulta aplicable la ley 14.394 para declarar la indivisión forzosa de dicho inmueble, en atención a que no se trata de una unidad de explotación económica sino de un contrato de locación que deberá soportar quien resulte titular del mismo.

II) Dicho pronunciamiento es apelado a fs. 29 por la Sra. Carmen Soloaga y el Sr. Donato Gorga, por derecho propio y con el patrocinio letrado del Dr. Jorge Alejandro Vicente, fundando su recurso a fs. 31/36, con argumentos que merecieron respuesta de la contraria a fs. 42/44.

III) Agravia a los recurrentes que, en la sentencia apelada, el Sr. Juez de grado resuelva hacer lugar al incidente promovido por el Sr. José Luis Gorga.

En primer lugar, cuestionan el razonamiento desarrollado por el primer juzgador en cuanto expresa que al no estar “delimitados los roles de las partes” no es posible plantear una defensa de falta de legitimación pasiva.

Sostienen que, al promover el incidente, el Sr. José Luis Gorga adquiere el carácter de incidentista y al darse traslado de la acción, anunciada la misma, la contraria alcanza el carácter de incidentada.

A su vez, entienden que el sentenciante se equivoca cuando interpreta que la cónyuge del causante puede ser parte del incidente



particionario por poseer el carácter de heredera de bienes propios, a pesar de tratarse únicamente de bienes gananciales.

Por otra parte, agravia al apelante que el juzgador omita ordenar la producción de la prueba ofrecida por su parte a los fines de dilucidar las defensas opuestas a la partición.

Refiere que tal situación violenta las normas y el espíritu de los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, el art. 15 de la Constitución Provincial, como así la jurisprudencia aplicable al caso.

Respecto al rechazo del planteo de oposición a la partición sobre el inmueble de calleconsidera que el *a quo* debió receptar dicha oposición en virtud de la "indivisión forzosa" prevista en el art. 53 de la ley 14.394 y el "derecho real de habitación gratuita y vitalicia" normado en el art. 3573 bis del Cód. Civil.

Explica que el mencionado bien resulta ser el último hogar conyugal del causante con la Sra. Carmen Soloaga, lugar donde ésta reside actualmente.

Agrega que el mencionado "derecho real de habitación" conferido al cónyuge supérstite reviste jerarquía constitucional y su finalidad es la preservación de la vivienda que compartió el causante poniendo límites a la partición solicitada por los herederos, razón por la cual resulta erróneo el criterio del juzgador en que tal derecho sólo se debe ejercer por acción y no por oposición.

En ese sentido, indica que tratándose de un desmembramiento del derecho real de dominio para exteriorizar su reconocimiento se puede hacer valer como defensa a la acción de partición.

Asimismo, señala que el art. 3573 bis del Cód. Civil no establece para hacer valer el beneficio oportunidad ni límite temporal.



Sostiene que el *a quo* a fin de otorgar tal beneficio debió permitir el marco de prueba y discusión respecto de la configuración de los requisitos exigidos ordenando a abrir a prueba el incidente o, en su caso, producir la prueba ofrecida en el escrito de fs. 10/13 vta.

Concluye solicitando la revocación del pronunciamiento de primera instancia, por entender que es claramente arbitrario, requiere se haga lugar a la defensa de inhabilidad opuesta, se ordene sustanciar la prueba ofrecida y oportunamente se haga lugar al derecho invocado respecto del inmueble de calle Alvarado N°5369.

IV) Procedencia formal del recurso interpuesto por el Sr. Donato Tomás Gorga.

Como punto de partida debe recordarse que esta Cámara ha establecido que: ***"... el Tribunal de Alzada debe pronunciarse -incluso de oficio- sobre la procedencia formal del recurso, sin estar obligado por la voluntad de las partes ni por la concesión hecha por el juzgador, por mas que se halle consentida; así, debe examinar sobre la calidad de parte, si ha sido interpuesto y fundado en término y bien o mal concedido"*** (esta Sala, causas Nro. 145.239 RSD 21-10 del 16/02/2012; 144.753 RSD 29-09 del 03/11/2009; entre otras).

El examen de los requisitos formales de procedencia engloba, la legitimación, personería, que el recurso haya sido interpuesto en forma y en el plazo pertinente y, **fundamentalmente, que el interesado tenga interés es decir, que exista gravamen.**

Con respecto a esto último, este Tribunal ha resuelto que: ***"... para que proceda el recurso de apelación es necesario que la resolución contra la cual se alza le cause agravio o perjuicio al recurrente, esto es, el interés para recurrir debe ser personal del apelante..."*** (esta Sala, causa Nro. 147.655 RSI 179-11 del 05-05-2011).

La carencia de un gravamen no puede ser soslayada, pues



como no hay acción sin interés tampoco hay recurso sin agravio.

Del detenido estudio del memorial que en forma conjunta presentaran la Sra. Carmen Soloaga y el Sr. Donato Tomás Gorga se advierte que los agravios que allí se vierten se encuentran enderezados a controvertir lo resuelto por el *a quo* respecto a la legitimación pasiva atribuida a la Sra. Soloaga y a lo decidido en torno al derecho real de habitación que invocara esta última.

Ante ello, resulta claro que no existe ningún interés personal del Sr. Donato Tomás Gorga sometido a juzgamiento, implicando tal circunstancia que el mismo carezca de legitimación para el recurso de apelación que ha interpuesto.

Así las cosas, en razón de lo antes expuesto, entiendo que corresponde declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Donato Tomás Gorga (art. 242 del C.P.C.).

V) Pasaré a analizar los agravios planteados por la Sra. Carmen Soloaga.

Como he adelantado, el recurso interpuesto por la Sra. Carmen Soloaga se encuentra edificado en torno a dos ejes argumentativos, a saber: **a)** allí se controvierte el rechazo de la excepción de falta de legitimación interpuesta por su parte y **b)** la desestimación del planteo del derecho real de habitación.

Seguidamente iniciaré el tratamiento particularizado de las cuestiones sometidas a análisis:

a) Excepción de ausencia de legitimación pasiva.

En lo que respecta a la excepción de falta de legitimación adelanto que el recurso no merece prosperar.

La doctrina ha caracterizado a la legitimación para intervenir en un proceso como el derecho a que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda, es decir, sobre la existencia o inexistencia del derecho material pretendido, por medio de una sentencia (argto. doct.



Morello-Sosa-Berizonce “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación”, Tomo IV-B, pág. 257).

La jurisprudencia ha resuelto que “...La *legitimación procesal*, determina quién puede actuar como parte actora en un proceso (*legitimación activa*) y frente a quién, como demandado (*legitimación pasiva*); es la denominada “*legitimatío ad causam*”, precisando la condición jurídica en que se hallan una o varias personas en la relación con el invocado en juicio. La *legitimación procesal* denota la posición subjetiva de las partes frente al debate judicial, desde el momento en que **no es suficiente alegar un derecho, sino, además, afirmar su pertenencia a quien lo hace valer contra quien se deduce, de tal modo que la causa trámite entre los sujetos que, en relación con la sentencia, puedan ser útilmente los destinatarios de los efectos del proceso y, por consiguiente de la tutela jurisdiccional...**”(Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Dolores en la causa N° 84517 “Ilanuzzi, Pedro c/ Bco. de la Prov. de Bs. As. s/ revisión”, sent. del 20-03-2007; Cám. 1era. de Apel. en lo Civ. y Com. de La Plata, Sala I, en la causa N° 249.734 “Zanini, Sixto Augusto c/ Alberti, Carlos Leonardo y otros s/ cobro ejecutivo”, sent. int. del 18-09-2008; esta Cámara, Sala I, en la causa 133.935 “Arias, Beatriz Mabel c/ Cacace, Rafael s/ acción de nulidad”, sent. int. del 31-10-2006).

Llevando los lineamientos expuestos al caso en estudio se advierte que resulta indudable la legitimación pasiva de la Sra. Soloaga para intervenir en las presentes actuaciones en tanto reviste la condición de titular de un interés jurídicamente tutelable que podría verse afectado de progresar la pretensión del aquí incidentista.

Adviértase, que conforma el objeto del presente incidente la determinación de los bienes que deben ingresar en la partición, ante el traslado del mismo, la Sra. Soloaga ha controvertido la pretensión del Sr. José Luis Gorga –incidentista- de que ingresen el cincuenta por ciento indiviso que correspondía al causante, en atención a su carácter de bienes



gananciales, de los inmuebles situados en esta ciudad en calles,
..... y

Tal oposición a la partición se encontró fundada, respecto del bien ubicado en calle, en la invocación del derecho real de habitación mientras que, con relación al inmueble ubicado en calle se fundó en las prescripciones emergentes del art. 51 de la ley 14.394 –indivisión del bien que constituye una unidad económica-.

En particular la invocación del derecho real de habitación que asistiría a su parte, como causal de oposición a la partición, demuestra la existencia de un interés jurídicamente tutelable cuya protección justifica el carácter de legitimada pasiva de la apelante y, en consecuencia, el rechazo de la excepción de ausencia de legitimación por ésta planteada.

En otras palabras, mal puede la recurrente pretender no ser legitimada pasiva en el presente proceso donde se busca determinar que bienes ingresan a la partición cuando es ella misma quien ha invocado causales de indivisión que, en defensa de un derecho propio, son pasibles de impedir el progreso de la pretensión del incidentista.

Es por los motivos antes expuestos, que entiendo debe confirmarse el rechazo de la excepción de falta de legitimación opuesta por la Sra. Carmen Soloaga (arts. 344, 345 inc. 3 del C.P.C.).

b) Derecho real de habitación.

Los agravios del recurrente atinentes al rechazo del derecho real de habitación invocado por su parte, respecto del inmueble ubicado en calle, controvierten, por un lado, lo resuelto por el *a quo* respecto a la oportunidad y el modo en que fue solicitado tal derecho, y por otro, ponen de resalto la necesidad de la apertura a prueba y la procedencia del derecho cuyo reconocimiento se pretende.

En lo atinente a la oportunidad y modo en que fue solicitado el derecho real de habitación cabe destacar que, a diferencia de lo resuelto por el *a quo*, no existe obstáculo formal alguno que impida su progreso.



En efecto, el derecho real de habitación puede ser invocado hasta el momento de la partición o adjudicación de los bienes que conforman el haber hereditario salvo que el bien inmueble que fue sede del hogar conyugal hubiese sido vendido con anterioridad o que haya realizado el peticionante actos o adoptado una conducta incompatible con el ejercicio de tal facultad, pues si el cónyuge acepta y nada opone a pedidos que implican partir el bien o tender a ello, tal derecho real de habitación caducaría (argto. doct. Graciela Medina “Proceso Sucesorio”, tomo II, 2da. edición, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, págs. 216/217).

Consecuentemente con lo expuesto, resulta indudable que la invocación del derecho real de habitación del cónyuge supérstite como oposición a la partición del bien ubicado en calle de esta ciudad deviene a todos luces oportuna y procedente.

Es que, si la Sra. Soloaga hubiese consentido la incorporación de dicho bien –en el caso el 50% indiviso- dentro del elenco de bienes sujetos a partición ello hubiese denotado un actuar incompatible con la invocación del derecho real de habitación que, a posteriori, se erigiría como óbice a la concesión del mismo.

A su vez, no se advierte la existencia de una imposibilidad de tipo procesal que, vinculada a la protección de la defensa en juicio, obste al tratamiento de la cuestión en el marco del presente incidente (art. 18 de la Constitución Nacional; art. 15 de la Constitución de la Prov. de Bs. As.).

Repárese, que el Sr. José Luis Gorga tuvo la oportunidad, que efectivamente aprovechó, de controvertir la solicitud del derecho real de habitación, ejerciendo de tal modo su derecho de defensa, en oportunidad de contestar el traslado ordenado a fs. 14 (conf. fs. 19/23).

Por su parte, y en este tópico disiento con lo expuesto por la recurrente, no se advierte la necesidad de la apertura a prueba puesto que las únicas cuestiones que se encuentran controvertidas respecto a la procedencia del derecho real de habitación son las concernientes a la



existencia de más de un bien inmueble habitable y a la posibilidad que el valor del bien inmueble de callesobrepase el límite máximo acordado para ser declarado como “bien de familia”, cuestiones éstas que pueden ser abordadas con las constancias obrantes en esta causa y en las que resultan agregadas a la presente y que en este acto tengo a la vista –Expte. N°1405-2012 “Gorga, José Francisco s/ Sucesión Ab-Intestato” y Expte. N°21.868-2013 “Gorga, José Luis c/ Soloaga, Carmen s/ incidente de rendición de cuentas”-.

Así las cosas, ante la procedencia formal de la invocación del derecho real de habitación efectuada por la Sra. Carmen Soloaga analizaré si se encuentran cumplidos en el caso los requisitos sustanciales que habiliten su concesión.

A tal fin, vale recordar lo dispuesto por el artículo 3573 bis del Código Civil, allí se establece que: “...*Si a la muerte del causante éste dejare un solo bien inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepase el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge contrajere nuevas nupcias...*”.

El artículo citado que prevé el derecho real de habitación, como causal de indivisión temporaria a favor del cónyuge supérstite, sujeta el reconocimiento del mismo a las siguientes condiciones: **a)** que se trate del inmueble en que hubiera estado constituido el hogar conyugal a la época del deceso; **b)** que el causante no hubiera dejado otro inmueble habitable; **c)** que el valor del inmueble no pase del que constituye el límite máximo para que una vivienda pueda ser declarada bien de familia; **d)** que el cónyuge no contraiga nuevas nupcias; y **e)** que el cónyuge supérstite concorra con otros



herederos o legatarios (argto. doct. Guillermo A. Borda “Manual de Sucesiones”, Ed. Perrot., Bs. As., 1999, pág. 191).

Como antes expuse, la oposición del Sr. José Luis Gorga a la concesión del derecho real de habitación se funda en, según su entender, la no configuración de los requisitos **b)** y **c)**, esto es, la existencia otro inmueble habitable integrante del acervo sucesorio y una valuación del inmueble de calle que sobrepasaría el límite máximo acordado para ser declarado como “bien de familia”.

Siendo así, y no encontrándose controvertida la configuración de los restantes requisitos previstos por el art. 3573 bis del Código Civil, corresponde tener a éstos últimos por cumplidos y abocarse al estudio de aquellos que fueron objeto de controversia.

Previo a ello, es necesario aclarar que los requisitos controvertidos serán analizados únicamente respecto a la planta alta del inmueble ubicado en calle, toda vez que en la planta baja de dicho inmueble funciona un local comercial que según surge de fs. 90/93 de la causa N°1405-2012 “*Gorga, José Francisco s/ Sucesión Ab-Intestato*” se encuentra locado.

Tal circunstancia, que excluye esta porción del inmueble del concepto de “hogar conyugal” impide que pueda extenderse el derecho real de habitación sobre la misma debiendo limitarse, por lo tanto, el análisis de la concesión del derecho real de habitación y, por ende, la configuración de los requisitos que lo tornen procedente a la planta alta del inmueble de calle pues tan sólo sobre esta porción puede predicarse la existencia de hogar conyugal.

Hecha la aclaración precedente, principiaré entonces por analizar si se encuentra cumplido el requisito atinente a la existencia de un único inmueble habitable.

Considero importante destacar que tal requisito no sólo se configura ante la existencia de un único bien inmueble sino también cuando



ante la existencia de un número mayor de inmuebles sólo uno de éstos resulte “habitable”.

Entiendo que el calificativo “habitable” implica que el inmueble éste destinado a vivienda y se encuentre desocupado.

Así lo ha entendido destacada doctrina al sostener que no existe: *“...inconveniente en concederle el derecho al cónyuge si hay una casa desocupada (habitable) y otra ocupada (no habitable), porque aquí se cumple el presupuesto de la ley respecto de la existencia de un solo inmueble habitable...”* (Pérez Lasala, Fernando – Pérez Lasala, José Luis “Curso de Derecho Sucesorio”, 2007, LexisNexis-AbeledoPerrot, Lexis N°9206/007307).

Manifiesta el incidentista al oponerse a la concesión del derecho de habitación que existe en el acervo sucesorio otro bien inmueble habitable, más allá del ubicado en calle, siendo éste el situado en calle

Ahora bien, conforme surge de las constancias agregadas a fs. 81/82 de la causa N°1405-2012 “Gorga, José Francisco s/ Sucesión Ab-Intestato” dicho inmueble se encuentra locado revistiendo el carácter de locataria del mismo la firma “Industria Argentina de Cemento y Construcciones S.A.”.

Tal circunstancia como expuse precedentemente impide que pueda atribuírsele al inmueble ubicado en calle el carácter de “habitable” quedando, por tanto, sólo un inmueble en el acervo sucesorio que pueda revestir tal condición, encontrándose cumplido de modo tal el presupuesto de aplicación del art. 3573 bis del Código Civil concerniente a la existencia de un solo inmueble “habitable”.

Dicho lo anterior, resta tan sólo discernir si tal inmueble cumple con el requisito de que su valuación no exceda el límite máximo acordado para ser declarado como “bien de familia”.



Al respecto, cabe precisar que en la Provincia de Buenos Aires la reglamentación vigente no establece un tope o cifra máxima en los valores de los inmuebles destinados a vivienda a los fines de acceder a la protección como bien de familia (argto. jurisp. S.C.B.A. en la causa C. 107.726 “Fortabat, Juan Luciano y Fortabat, Diana s/ incidente de derecho real de habitación”, sent. del 11-04-2012, del voto del Dr. Soria).

Es que el art. 1 del decreto ley 9747 dispone, en su parte pertinente, que a los efectos de la constitución del bien de familia: “...se admitirá a todo inmueble, **cualquiera sea su valuación fiscal**, siempre que su destino fuese de vivienda del constituyente y su familia...” (el destacado no es de origen).

Teniendo en consideración lo expuesto, y en atención a que según surge del dictamen efectuado por el perito tasador a fs. 202/203 de la causa N°1405-2012 “Gorga, José Francisco s/ Sucesión Ab-Intestato” el inmueble situado en calle Alvarado N° 5369 –planta alta- no excede la satisfacción de necesidades básicas de su habitadora pues no aparece como un bien suntuoso, cabe desestimar la objeción del incidentista concerniente al cumplimiento del requisito analizado (arts. 375, 384 del C.P.C.).

En conclusión, encontrándose reunidos los requisitos habilitantes del derecho real de habitación establecido por el artículo 3573 bis del Código Civil, el que habrá de recaer sobre el inmueble de calle–planta alta-, entiendo que debe concederse el mismo a la Sra. Carmen Soloaga correspondiendo, en consecuencia, que se arbitren las medidas necesarias para su efectivización y pertinente registración, esto último previo cumplimiento de las medidas técnico registrales pertinentes que permitan su efectivización (art. 3573 bis y ccdds. del Código Civil).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.



A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

Corresponde: **I)** Declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Donato Tomás Gorga, sin costas atento no haber sido advertido tal obstáculo por la contraria (art. 68 2da. parte del C.P.C.); **II)** Rechazar el agravio de la Sra. Carmen Soloaga referido a la excepción de ausencia de legitimación pasiva confirmando, sobre tal cuestión, la sentencia recurrida, con costas a su cargo (art. 68 del C.P.C.); **III)** Hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 29, modificando por tanto la sentencia recurrida, en lo concerniente al derecho real de habitación solicitado por la Sra. Carmen Soloaga, concediéndose el mismo sobre el inmueble de calle
.....-planta alta- correspondiendo, en consecuencia, que se arbitren las medidas necesarias para su efectivización y pertinente registración, esto último previo cumplimiento de las medidas técnico registrales pertinentes; **IV)** Imponer las costas por el progreso del recurso de la Sra. Soloaga al Sr. José Luis Gorga atento su carácter de vencido (art. 68 del C.P.C.); **V)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente;

S E N T E N C I A:

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo: **I)** Se declara mal concedido el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Donato Tomás Gorga, sin costas atento no haber sido advertido tal obstáculo por la contraria (art. 68 2da. parte del C.P.C.); **II)** Se rechaza el agravio de la Sra. Carmen Soloaga referido a la excepción de ausencia de legitimación pasiva confirmando, sobre tal cuestión, la sentencia recurrida, con costas a su cargo (art. 68 del C.P.C.); **III)** Se hace lugar al recurso interpuesto a fs. 29, modificando por tanto la sentencia recurrida, en lo concerniente al derecho



real de habitación solicitado por la Sra. Carmen Soloaga, concediéndose el mismo sobre el inmueble de calle –planta alta- correspondiendo, en consecuencia, que se arbitren las medidas necesarias para su efectivización y pertinente registración, esto último previo cumplimiento de las medidas técnico registrales pertinentes; **IV)** Se imponen las costas por el progreso del recurso de la Sra. Soloaga al Sr. José Luis Gorga atento su carácter de vencido (art. 68 del C.P.C.); **V)** Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904) Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). Devuélvase.-

NELIDA I. ZAMPINI

RUBEN D. GEREZ

Marcelo M. Larralde
Auxiliar Letrado