

Datos del Expediente

Carátula: IRIONDO PATRICIA C/ AVILES MARCELO Y OTROS S/MATERIA A CATEGORIZAR

Fecha inicio: 29/04/2019 **N° de Receptoría:** MP - 28866 - 2012 **N° de Expediente:** 167778

Estado: A Despacho

REFERENCIAS

Sentencia - Folio: 323

Sentencia - Nro. de Registro: 1711

10/12/2019 - SENTENCIA DEFINITIVA

Texto del Proveído

----- Para copiar y pegar el texto seleccione desde aquí (sin incluir esta línea) -----

REGISTRO N° 323-S FOLIO N° 1711/6

EXPEDIENTE N° 167778. JUZGADO N° 1.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 10 días del mes de diciembre de 2019, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "**IRIONDO PATRICIA C/ AVILES MARCELO Y OTROS S/MATERIA A CATEGORIZAR**", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Ricardo D. Monterisi y Roberto J. Loustaunau.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1ra.) ¿Es justa la sentencia de fs. 274/280?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi dijo:

I. En el pronunciamiento apelado el juez rechazó el incidente incoado por la Sra. Iriondo contra los Sres. Marcelo Daniel Avilés, Patricia Marcela Avilés, Mariela Alejandra Avilés, Nicolás Martín Avilés Iriondo y Nadia Yanina Avilés Iriondo y, en consecuencia, desestimó el derecho real de habitación invocado por la incidentista respecto del bien sito en calle Mendoza n° 2124 1° "2", con costas a cargo de la vencida.

Para así decidirlo sostuvo, luego de declarar aplicable el Código Civil -ley 340- y de recordar lo normado por el art. 3573 *bis* de ese cuerpo, que si bien no se encontraba discutido que ese bien constituía el único inmueble habitable que integraba el acervo hereditario, sí se había desconocido que hubiera sido la sede del hogar conyugal.

Consideró que de la prueba colectada (testimoniales producidas en el marco de la causa "*Iriondo Patricia s/ información sumaria*" expte. n° 81.662 de trámite por ante al JCC n° 4) surgía que efectivamente la accionante y el causante tenían su domicilio conyugal en ese inmueble.

Entendió, sin perjuicio de ello, que la Sra. Iriondo no podía hacer valer el derecho real de habitación pretendido.

Adujo, citando jurisprudencia, que la posibilidad de invocar ese derecho se extendía hasta que la peticionaria expresara su conformidad con la partición o venta del bien, o su adjudicación a los herederos en plena propiedad o a alguno de ellos.

Expresó, consecuentemente, que el consentimiento de actos tendientes a lograr la partición o venta del inmueble por parte de la cónyuge supérstite implicaba una tácita renuncia del derecho real de habitación, resultando contradictoria la pretensión de ejercerlo con posterioridad, siendo esa la actitud adoptada por la Sra. Iriondo.

Basó su decisión en que se desprendía de las constancias de la causa "*Avilés Jorge Alberto s/ Sucesión ab-intestato*" (expte. n° 113.572) que en fecha 11-9-2012 la incidentista había solicitado una audiencia, en los términos del art. 726 del C.P.C.C., en la que no lograron «*consensuar una solución a la partición de los bienes que componen el acervo hereditario*». Con ello consideró probada la aquiescencia prestada por la incidentista para llevar a cabo la partición de los bienes relictos, mas no así los términos en que debía llevarse a cabo.

Agregó que en el año 2010 la propia accionante había encomendado a la martillera Atanasoff que realizara una tasación del inmueble y que en fecha 30-10-2013, conforme acta de fs. 42 reconocida a fs. 107, en el marco de la mediación previa obligatoria las partes consensuaron realizar «*todos los actos pertinentes que estén a su alcance a fin de efectivizar la venta del bien inmueble*».

Interpretó que si bien la etapa prejudicial se cerró sin acuerdo, no podía soslayarse que la accionante había confesado que «*acordaron la partición privada del inmueble*» en cuestión y que a la fecha de prestar declaración (casi tres años después del acta) reveló que «*se encontraba a la venta*».

Concluyó, en razón de todo ello, que la pretensión devenía improcedente por cuanto la accionante había consentido la venta del bien en forma privada, lo que supuso una renuncia tácita de su derecho real de habitación, desde que se trató de una conducta positiva, irrefutable, contraria al derecho invocado y a los actos voluntarios anteriores y sobrevinientes al planteo y, por ende, reñida con el principio general de la buena fe.

Continuó refiriéndose a lo alegado por los incidentados respecto a que el inmueble sobrepasaba las necesidades de la cónyuge supérstite.

Trajo a colación los dichos de la Sra. Iriondo que, en ocasión de absolver posiciones, admitió que el departamento tendría una valuación de mercado superior a los U\$S190.000, lo cual se condecía con las tasaciones por ella adjuntadas.

Afirmó, teniendo en cuenta ello y la circunstancia de que el bien sería de carácter ganancial (en virtud de lo resuelto en la causa "Avilés Patricia M. y otros c/ Iriondo Patricia s/ Exclusión de herencia"), que el valor superaba las necesidades personales de la incidentista y su familia.

Expuso, por último, que no podía obviarse el hecho de que la peticionaria adeudara expensas comunes, impuestos y tasas, lo cual ponía en evidencia la insuficiencia de recursos para mantener el bien y la posibilidad de generar perjuicios a los restantes coherederos al someterlos a las consecuencias de una venta forzada.

Sostuvo, en suma, que reclamar el derecho de habitación cuando con el producido del bien podía adquirir otros, constituía un ejercicio antifuncional de un derecho que no podía ser convalidado.

II. Síntesis de los agravios.

La incidentista apeló y fundó en la misma pieza a fs. 281/287. La réplica de los coincidentados Patricia Marcela Avilés, Mariela Alejandra Avilés y Marcelo Daniel Avilés tuvo lugar a fs. 289/99.

En líneas generales, sus quejas se centraron en tres cuestiones: **1)** que se haya considerado que hubieren mediado actos de su parte que implicaron la partición o venta del inmueble, con la consecuente pérdida del derecho real de habitación invocado; **2)** que el inmueble sobrepasara las necesidades de habitación del cónyuge supérstite y **3)** el modo en que se impusieron las costas, pues su parte pudo considerarse con derecho a solicitar el instituto previsto en el art. 3573 *bis* del Código Civil.

II.1. Alegó que comenzó invocando y pidiendo el reconocimiento de su derecho real de habitación en el proceso sucesorio desde el 23 de febrero de 2011, el cual fue reiterado el 29 de agosto de ese año.

Señaló, en función de ello, que se daba la circunstancia que el juez indicó como condición para que sea reconocido: «(...) *el otorgamiento de éste beneficio requiere una expresa petición del cónyuge supérstite ante de consentir cualquier acto que suponga incompatibilidad con la conservación del mismo*». Citó jurisprudencia en apoyo a su postura.

Resaltó que la audiencia celebrada el 12-8-2010 en el juicio sucesorio fue celebrada a raíz de la intimidación que le habría provocado recibir una carta documento por parte de tres de los restantes coherederos, intimándola a desalojar el bien. Fue en ese contexto que habrían acordado la liquidación del inmueble, aún sin su presencia, por lo que mal podría considerarse que prestó su conformidad para la enajenación.

Aclaró también que ello se pactó estando involucrada una menor de edad sin debida representación, por lo que -sostuvo- el juez se valió de un acto jurídico irregular para fundar el sentido de su pronunciamiento.

Sostuvo que la solicitud de la audiencia llevada a cabo el 24-10-2012 en los términos del art. 726 del C.P.C.C. no tuvo por finalidad la realización de ninguna partición, sino la de definir los

derechos que cada uno de los herederos poseía sobre el inmueble, a raíz del cuestionamiento que a esa fecha existía respecto de su persona casada en segundas nupcias con el causante.

Expresó, en relación a las manifestaciones vertidas en el acta de la mediación previa, que resultaba correcto que allí habían acordado poner en venta el inmueble para zanjar diferencias, pero que el *a quo* omitió considerar que en ese mismo instrumento manifestó que lo convenido era «*sin renunciar ni reconocer hechos ni derechos*».

Expuso, haciendo referencia a la absolución de posiciones referida en el auto apelado, que el juez omitió considerar la respuesta a la séptima posición en la que habría respondido que «*no es cierto, si bien reconozco los derechos de los hijos, no es que he renunciado. Es para llegar a un acuerdo, había otras demandas por canon locativo, pero la finalidad no era renunciar sino acordar*».

Concluyó entonces que desde el año 2011 reclamó que le reconozcan el derecho real de habitación y que nunca renunció a aquél.

II.2. Afirmó, en lo atinente a que el inmueble superaba las necesidades personales de la incidentista y su familia, que ello no era cierto pues podía estimarse como suficiente mas no excesivo como lo entendió el colega de la instancia previa.

Hizo referencia al hecho de que, ante una posible venta, el importe que le correspondería percibir no alcanzaría para adquirir una nueva propiedad.

II.3. Finalizó agravándose de la imposición de costas en su contra argumentando que se desprendía de los presentes actuados que pudo considerarse con derecho a solicitar el reconocimiento del derecho invocado.

III. Consideración de los agravios.

No se encuentra controvertida la aplicación al caso del art. 3573 bis del Código Civil (ley 340) en atención a la fecha del deceso del Jorge Alberto Avilés (22-2-2006) y a lo normado por los arts. 3410 y 3415 del Cód. Civ. (ley 340) y el art. 7 del CCyC (ley 26.994), como tampoco que el inmueble objeto de la pretensión haya constituido la sede del hogar conyugal hasta ese desenlace fatal.

III.1. En la resolución impugnada se consideró que la accionante había renunciado tácitamente al derecho de habitación que le correspondía, pues la conducta que había desplegado configuró un consentimiento suficiente para llevar adelante la partición o la venta del inmueble, implicando con ello una renuncia tácita.

En cuanto a la renuncia al derecho de habitación, encuentro que es posible porque el art. 2969 del Cód. Civ. remite a los modos de extinción del usufructo.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en doctrina hay tres tipos de renuncia:

a) La realizada por puro ánimo de liberalidad, con el fin de favorecer al deudor (en este caso a los herederos que no habitan el departamento) que tiene causa *donandi*.

b) La llevada a cabo sin contraprestación, pero sin ánimo liberal y hecha en interés del renunciante (la quita parcial de un crédito para cobrar algo, que es típica del acuerdo concursal).

c) Y aquella que forma parte de una transacción, y se plasma en concesiones recíprocas que el renunciante realiza a cambio de la que formula otro. (Pizarro-Vallespinos, "Tratado de las obligaciones", t. III, p. 528, Hammurabi).

Algunos autores sostienen que es *"lisa y llanamente una transacción"*, ante lo cual *"la transacción requiere que cada una de las partes abdique de su pretensión originaria"* (Pizarro-Vallespinos, ob. cit. p. 566). Es un requisito de tipicidad contractual que hace a su emplazamiento como acto abdicativo, porque el acreedor consiente en recibir parte de lo que reclama y abandonar o renunciar a otra parte.

III.2. En el caso se ha presumido una renuncia tácita cuyos actos constitutivos son de interpretación restrictiva (art. 874 del Cód. Civ.).

Encuentro que las conductas desplegadas por la accionante se orientaron -eventualmente- a una renuncia onerosa (art. 945 del Cód. Civ.), en tanto se hace a cambio de una ventaja, y se rige por las normas y principios propios de los contratos onerosos, por lo que si se refiere a derechos litigiosos o dudosos, las normas aplicables son igualmente las de la transacción (Pizarro-Vallespinos, ob. cit., p.516, con cita de Llambías, "Obligaciones", t. III, p.131, nro. 1859).

Con ello quiero señalar que no corresponde interpretar que hay una liberalidad, que en el caso la actora no renunció gratuitamente, no sólo porque las liberalidades no se presumen (art. 1818 del Cód. Civ.), sino porque lo que aquí aparece son una serie de actos propios de una transacción en curso, que no pueden dissociarse del contexto en que las partes proyectaban arreglar en aquel momento (acta de fs. 42, posición séptima fs. 107).

Todos los actos que se invocan como indicios de renuncia, me parecen propios de pura abdicación condicionada al respectivo sacrificio de la otra parte.

En términos que usa Ossola ("Tratado de la renuncia de los derechos y las obligaciones" La Ley, Buenos Aires, 2012, p.101), no se advierte en ninguno de los tres actos reseñados por el Juez una *"voluntad abdicativa"*, entendida como *"la adopción de una decisión que tiene como motivación primaria e inicial la intención de desprenderse y perder para sí la ventaja habida"*.

III.3. La primera petición judicial del reconocimiento de su derecho es formulada por la Sra. Iriondo el 25.2.2011 a fs.118 del expediente sucesorio. El único acto anterior es una tasación que le pidió a la martillera Atanassof que declaró a fs.90 del expediente sobre fijación de alquileres.

Pedir una tasación no se presenta *per se* como un acto incompatible con el mantenimiento del derecho de habitación. No es indicativo de haber puesto decididamente a la venta el bien, pues puede pedirse con varios fines, uno de ellos saber el correcto valor para negociar. Mucho menos

puede interpretarse del modo que lo hace el Juez cuando la misma martillera, ante la pregunta 11 (fs. 87 vta) *"desde cuando tiene el departamento a la venta o en alquiler"*, responde que *"no lo tuvo ni lo tiene"* a la venta o en alquiler (fs. 90 vta.).

No se advierte que la tasación de Atanassof solo fue usada por la contraria al pedir la fijación de un canon locativo a sus hermanos (fs. 35 vta. expediente sobre fijación de alquileres).

III.4. Lo mismo sucede respecto al contenido del acta de fs.42 de este expediente en el que no puede haber duda de que la intención de la Sra. Iriondo es obtener para sí el reconocimiento del derecho real de habitación sobre el inmueble, porque esa es su pretensión en la demanda de fs. 27.

No debe perderse de vista los términos en que se realiza la introducción del acta en cuestión: *"1º Que sin renunciar ni reconocer hechos ni derechos, las partes acuerdan:"*. Este condicionante fue ignorado.

Es cierto que se trata de una fórmula que pierde su sentido cuando el acuerdo se alcanza, pero en este caso, y más allá de haber acordado en varios puntos ("a", "b", "c", "d", "f", "g", "h") surge que no coincidieron en el precio (punto "e"), único aspecto que dejaron pendiente, y eso es suficiente para descartar que se trate de un acto abdicativo de simple renuncia. Es claro que el inmueble se pondría a la venta si acordaban el modo de partir la herencia, los días de visita, el precio de la venta, el cobro o no de los alquileres en el expediente anexo contra los hijos de la accionante.

Estimo, por las circunstancias apuntadas, que la Sra. Iriondo no tuvo intención de desprenderse gratuitamente de su derecho, sino de consentir la venta siempre y cuando acordaran respecto (a) al precio, y (b) los alquileres reclamados. Y por eso dejó establecido que no reconocía hechos ni derecho.

No desistió de esta acción, ni tampoco sus hijos desistieron de la apelación contra la sentencia condenatoria a pagar alquileres.

En este último expediente se reclamó el 8-2-2011 el 60% del valor locativo (v. fs. 37) como si la Sra. Iriondo no tuviera derechos sobre el bien ganancial, y en septiembre de ese mismo año se pretendió excluirla de la herencia aduciendo que el matrimonio era inválido (ver expediente anexo).

Este es el contexto en el que tuvieron lugar las negociaciones entre las partes respecto al destino del inmueble en cuestión, y que no debe perderse de vista para comprender, en definitiva, que la voluntad giró siempre en torno a acordar o consensuar una solución que pusiera fin al conflicto de manera satisfactoria para ambas partes.

III.5. En lo atinente a la prueba confesional producida a fs. 107, su análisis no puede ser dividido o parcelado en perjuicio de la absolvente (art. 422 del C.P.C.C.).

Para que una manifestación pueda ser tomada como confesión en perjuicio de quien la hace debe ser terminante y cierta (Falcón, Enrique, "Tratado de la Prueba", p.179. t. II, Astrea, Bs.As., 2003), por lo que no puede estar desmentida ni condicionada por otra previa o posterior hecha en el mismo acto.

Aquí el juez ha omitido, que la absolvente al responder a la posición séptima (fs. 106) dice que no renunció a su derecho de habitación: *"Es para llegar a un acuerdo, había otras demandas por canon locativo, pero la finalidad no era renunciar sino acordar"*.

En otras palabras, su voluntad nunca fue renunciar, sino acordar. La causa final (entendida como el o los motivos que tuvo en mira el renunciante) es el elemento esencial para el acto abdicativo dice Ossola (ob. cit., p.105).

Por lo tanto el reconocimiento de que el inmueble se encuentra a la venta en ese momento (posición 12) hecha en el mismo acto no puede interpretarse como renuncia gratuita, o voluntad puramente abdicativa, divorciada de un claro contexto de negociación, porque la interpretación de los actos que induzcan a probar la renuncia debe ser restrictiva (art.874 del Cód. Civ.) y ella manifestó exactamente eso, su voluntad de acordar, no de renunciar.

El más elemental sentido común, dice Ossola (ob. cit., p.218) impone concluir que las personas no buscan desprenderse de aquello que les proporciona diversas ventajas o satisfacciones, cualquiera sea su origen o naturaleza. Aquí se buscaba componer el conflicto, transar, terminarlo, no renunciar a un derecho.

Si la voluntad contenida en esos actos fue la de "acordar", la de celebrar una transacción, el acto presuntamente abdicativo no puede escindirse de la concesión necesariamente "recíproca" de la otra parte.

III.6. Por otra parte, la audiencia celebrada en la sucesión, en la que no lograron ponerse de acuerdo para hacer la partición que invoca el juez en la sentencia (fs. 277), le permite a éste presumir la aquiescencia de la aquí actora con la partición, no así con el modo de llevarse a cabo.

Lo refuerza sosteniendo que *"en la misma audiencia de conciliación no manifestó la intención de no partir el acervo"*, es decir, lo presume del silencio.

Sin embargo, en función a los antecedentes hasta aquí reseñados y tal como lo vengo exponiendo, de ninguna manera las vicisitudes acaecidas en el marco de la audiencia pueden ser catalogadas como un acto de renuncia, por el contrario, son claramente indicativas de su voluntad de transar, de llegar a un acuerdo sobre el bien.

En suma, el embate merece prosperar, la sentencia debe modificarse y, en definitiva, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite resulta procedente en favor de la apelante respecto del inmueble objeto de autos (arts. 242, 246, 270 y conc. del C.P.C.C.; arts. 3573 *bis* del Cód. Civ.).

Por las razones expuestas **VOTO POR LA NEGATIVA.**

El Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi dijo:

Corresponde hacer lugar al recurso de apelación deducido por la incidentista a fs. 281/287, modificar la sentencia de fs. 274/280 y, en consecuencia, receptar el incidente incoado por aquélla acogiendo el derecho real de habitación respecto del bien sito en calle Mendoza n° 2124 1° "2", con costas en ambas instancias a cargo de los incidentados vencidos (arts. 68, 242, 246, 270, 274, 726, 761 y conc. del C.P.C.C.; art. 3452, 3514, 3573 *bis* y conc. del Cód. Civ.).

Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente **SENTENCIA**

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve: **I)** hacer lugar al recurso de apelación deducido por la incidentista a fs. 281/287, modificar la sentencia de fs. 274/280 y, en consecuencia, receptar el incidente incoado por aquélla acogiendo el derecho real de habitación respecto del bien sito en calle Mendoza n° 2124 1° "2" (arts. 242, 246, 270, 726, 761 y conc. del C.P.C.C.; art. 3452, 3514, 3573 *bis* y conc. del Cód. Civ.). **II)** Imponer las costas en ambas instancias a cargo de los incidentados vencidos (arts. 68, 242, 246, 270, 274, 726, 761 y conc. del C.P.C.C.; art. 3452, 3514, 3573 *bis* y conc. del Cód. Civ.). **III)** Diferir la regulación de los honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967). **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE** (art. 135 del C.P.C.C.). **DEVUÉLVASE.**

RICARDO D. MONTERISI ROBERTO J. LOUSTAUNAU

Alexis A. Ferrairone

Secretario

----- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -----

[Volver al expediente](#) [Imprimir](#) ^