TOMO XIX – **SENTENCIA** – T.S.J..-
REGISTRO Nº 637
FOLIO Nº 3679 / 3682
PROT. ELECT. TSS1 019 S.181
Río Gallegos 12 de noviembre de 2018.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados **"VERA MANSILLA JOSÉ BENEDICTO Y BARRÍA OYARZUN CLORINDA DEL CARMEN s/ SUCESION AB INTESTATO",** Expte. Nº **V-12.023/07** (V-2196/17-TSJ), venidos al Acuerdo para dictar sentencia; y

CONSIDERANDO:

I.- Que, llegan los presentes autos a conocimiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por la Sra. Luzmila Rosa Morales Rivera, cónyuge supérstite del causante José Benedicto Vera Mansilla (cfr. fs. 291/296 vta.), contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial obrante a fs. 276/280, que rechazó el recurso de apelación deducido por la nombrada, confirmando la sentencia de Primera Instancia (cfr. fs. 194/196). Esta última rechazó la aplicación del derecho real de habitación reconocido en el artículo 3573 bis del anterior Código Civil a favor de la cónyuge supérstite.-

II.- El caso: Luzmira Morales Rivera promovió juicio sucesorio de la Sra. Clorinda del Carmen Barría Oyarzún y del Sr. José Benedicto Vera Mansilla, denunciando los siguientes vínculos: El Sr. José Benedicto Vera Mansilla se casó en primeras nupcias con la Sra. Clorinda del Carmen Barría Oyarzún, cuando esta última falleció, contrajo segundas nupcias con la Sra. Luzmira Morales Rivera. De ambas uniones, no hubo descendencia. A su vez, se denunció en autos que la Sra. Clorinda del Carmen Barría Oyarzún tenía de un vínculo anterior dos hijos, Carlos Roberto Román Barría y Raúl Alberto Barría quienes se presentaron en autos a fs. 163 y 165, respectivamente.-

Fueron declarados herederos de la Sra. Clorinda del Carmen Barría Oyarzún sus hijos Carlos Roberto Román Barría y Raúl Alberto Barría y su cónyuge supérstite José Benedicto Vera Mansilla y de este último, su cónyuge en segundas nupcias Luzmira Morales Rivera (cfr. fs. 83/84 y 171 y vta.).-

El acervo hereditario denunciado en autos esta constituido por un inmueble de carácter ganancial perteneciente al matrimonio de Clorinda del Carmen Barría Oyarzún y José Benedicto Vera Mansilla.-

La controversia se suscita cuando la ahora recurrente solicita el

beneficio que otorga el artículo 3573 bis del anterior Código Civil, a favor de la cónyuge supérstite, a lo cual se oponen los restantes herederos.-

En primera instancia fue rechazada la pretensión, basándose el Magistrado para así decidir en que el inmueble en cuestión no era en su totalidad de propiedad del Sr. José Benedicto Vera Mansilla, siendo que el artículo citado precedentemente exige para la viabilidad del derecho real de habitación que el bien pertenezca en un 100% al cónyuge fallecido.-

Este pronunciamiento fue confirmado por la Alzada. Asimismo y habida cuenta que al tiempo de conocer el recurso de apelación, entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, dicho Tribunal se pronunció sobre su aplicabilidad al presente, manifestándose en forma negativa en los siguientes términos: "...El caso sub examine se ha transcurrido íntegramente bajo el imperio del Código Civil, ámbito temporal durante el que también se decidió la cuestión recurrida y se cumplió la actividad del recurrente ante esta instancia; razones éstas que hacen que deba ser juzgado a la luz de aquella normativa." (cfr. foja 278).-

III.- Contra dicho pronunciamiento la recurrente interpone recurso de casación fundado en violación de la ley o doctrina legal y por quebrantamiento de forma (cfr. foja 292 vta.).-

Así, bajo el acápite violación de la ley y doctrina legal, lo que pretende es que la controversia sea resuelta en base al nuevo Código Civil y Comercial que entró en vigencia luego de dictada la sentencia de primera instancia. A raíz de ello critica que la Cámara haya negado su aplicación en cuanto interpreta que el caso transcurrió íntegramente bajo el impero del antiguo Código.-

A su modo de ver se ha violado el artículo 7° de la nueva legislación el cual dice que ésta se aplicará desde su entrada en vigencia a las relaciones y situaciones jurídicas existentes y dice que en los presentes nos encontramos ante una situación jurídica existente pues no obra en autos sentencia firme (cfr. fs. 293 y vta.).-

Se agravia, además, porque la Excma. Cámara de Apelaciones no aplicó la nueva normativa, en virtud del principio *iura novit curia*, aun de oficio (cfr. foja 293 vta.).-

Desde su óptica, al entrar en vigencia el Código Civil y Comercial, el presente litigio debió resolverse teniendo en cuenta el artículo 2332 de este último, el cual concede especiales derechos al cónyuge supérstite sobre el que fuera la vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante.-

El agravio por quebrantamiento de forma lo sustenta en que: "…no se han tenido en cuenta pruebas que resultan fundamentales para la resolución

del litigio" (cfr. foja 294 vta.). Expone que no se ha considerado en las instancias de grado que cuando al dictar la primera declaratoria de herederos en el año 2009 "…en los considerandos se explicita la incomparecencia de los herederos citados, hoy quienes niegan el derecho real de habitación, y a partir de lo cual se dicta la misma, declarándose heredero al señor Vera, por el fallecimiento de su esposa, y a favor de mi parte por fallecimiento de aquel. De esta forma el juzgado posteriormente ordena la inscripción del inmueble en su totalidad a nombre de suscripta, cuya propiedad se posee a la fecha conforme lo que se desprende del registro de la propiedad inmueble […] Mi parte ejerce como propietaria desde 2009, y recién en 2011, se amplía la declaratoria, pero su derecho ya estaba consolidado […] El cambio posterior de quienes piden la ampliación luego de más de diez años de muerta la anterior esposa de Vera, no puede afectar el derecho adquirido…" (cfr. fs. 295 vta./296).-

Desde su óptica, la presentación tardía de los herederos de la Sra. Clorinda del Carmen Barría Oyarzun, cuando ya el inmueble había sido inscripto en un 100% a nombre de la casacionista ha generado un derecho adquirido sobre dicho bien en cabeza de esta última que ni pudo ser alterado aunque se hubiera ampliado la declaratoria de herederos a favor de los primeros.-

Por último, hace reserva del caso federal (cfr. foja 296).-

Declarado formalmente admisible el recurso de casación por la Alzada a fs. 304/308, este Tribunal lo declara bien concedido a fs. 320/321; y se ponen los autos a disposición de las partes, conforme lo estatuido en el artículo 8º del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-, haciendo uso de ese derecho la Sra. Luzmira Rosa Morales Rivera y los Sres. Carlos Roberto Román Barría y Raúl Alberto Barría (cfr. certificación de foja 336).-

A fs. 337/338 vta., dictamina el Sr. Agente Fiscal ante este Alto Cuerpo, quien -por las razones que allí esgrime y a las cuales nos remitimos *'brevitatis causae'*- "…que no logran verificarse la existencia de los agravios invocados por el (sic) recurrente, por lo que corresponde no hacer lugar al recurso de Casación." (cfr. 338 vta.).-

A foja 343 se llaman autos para sentencia y a foja 344 pasan los presentes a estudio.-

IV.- Que conforme ha quedado planteada la cuestión extraordinaria articulada por la recurrente, ella se desarrolla en el ámbito del carril impugnativo establecido en los artículos 2º y 3º inciso a) del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-, por cuanto el recurso se funda en violación de la ley o doctrina legal y quebrantamiento de forma.-

En primer lugar debemos discernir si la controversia debe o no juzgarse a la luz del nuevo Código Civil y Comercial, como pretende la recurrente. Ello así, toda vez que con posterioridad al dictado de la sentencia de Primera Instancia entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Leyes Nº 26994 y 27077), el cual trajo reformas que impactan en el derecho controvertido en el presente.-

Si bien en el nuevo código el derecho real de habitación del cónyuge supérstite se halla reconocido en el artículo 2383, con alcance similar a la del antiguo, aparece el artículo 2332, el cual le concede la facultad de oponerse a que dicho bien sea incluido en la partición, con el siguiente alcance: "El cónyuge supérstite también puede oponerse a que la vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, con sus muebles, sea incluida en la partición, mientras él sobreviva, excepto que pueda serle adjudicada en su lote. Los herederos sólo pueden pedir el cese de la indivisión si el cónyuge supérstite tiene bienes que le permiten procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades". Es esta la norma cuya aplicación procura la recurrente.-

Ahora bien, tal pretensión choca contra una valla insalvable, nos encontramos ante un proceso sucesorio y en esta materia es sabido que el derecho aplicable a la sucesión del difunto es el vigente al momento de su fallecimiento. Este principio que estaba expresado en el artículo 3282 del Código de Vélez Sarsfield, ha sido mantenido en los actuales artículos 2277 y 2644 del Código Civil y Comercial. Es muy clara al respecto la nota al artículo 3282 del antiguo Código Civil que expresa: "La muerte, la apertura y la transmisión de la herencia, se causan en el mismo instante. No hay entre ellas el menor intervalo de tiempo, son indivisibles".-

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

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

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

futuro." (cfr. Sentencia, Tomo XVIII, Reg. 615, Folio 3534/3540).-

En el citado precedente también se señaló: "'…la sucesión se rige por la ley vigente a la fecha del fallecimiento del causante, aunque el proceso sucesorio no se hubiera concluido o no se hubiera iniciado a la fecha de entrada en vigencia de la nueva ley […] el fallecimiento del causante es el hecho generador de la transmisión hereditaria, por lo cual si posteriormente se sanciona una nueva ley sobre la materia, las consecuencias ya están producidas: la muerte agotó el fenómeno sucesorio, se consumó en ese momento. Por consiguiente, los efectos que de tal hecho se derivan, la vocación sucesoria de los llamados a la herencia, la transmisión del patrimonio relicto a los mismos, y el derecho de opción que les confiere la ley, ya se cumplieron, no pueden ser alcanzados por normas posteriores que los alteren o modifiquen […] El derecho hereditario, entonces, se determina por la ley vigente al tiempo de la muerte del de *cuius*, quedando regidas por esta ley las cuestiones vinculadas a la vocación sucesoria, a la capacidad para heredar, al orden de concurrencia de las diversas categorías de heredero, al derecho real de habitación del cónyuge supérstite, a la obligación de colacionar…'" (cfr. Francisco A. M. Ferrer, 'La Ley que Rige la Sucesión', Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, págs. 480/481)'".-

Específicamente, sobre la cuestión debatida en autos, Aída Kemelmajer de Carlucci (coautora del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación) señala que "El derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente supérstite se rige por la ley vigente al momento de la muerte…" (cfr. aut. cit., "La aplicación del Código Civil y Comercial a la Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes", Segunda Parte, 1ª. ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, pág. 257).-

De acuerdo a la doctrina precedentemente reseñada, la controversia bajo estudio debe decidirse en base a las previsiones contenidas en el Código Civil (derogado) pues era el vigente al tiempo de la muerte de José Benedicto Vera Mansilla; tal como oportunamente lo resolvió la Cámara y por ello este agravio debe ser desestimado.-

V.- El segundo agravio, la apelante lo subsume en el supuesto de quebrantamiento de forma, sosteniendo que no se tuvo en cuenta pruebas esenciales para resolver el caso. Sin embargo, observamos que al explicar dicho agravio, no menciona ninguna prueba, sólo refiere, a su entender, que no se tuvieron en cuenta cuando no se hizo lugar al derecho real de habitación, que en el presente proceso sucesorio el inmueble ya se había inscripto en su totalidad a favor de la recurrente y que ello aconteció antes que se ampliara la declaratoria de herederos de la Sra. Clorinda del Carmen Barría Oyarzún, a favor de sus hijos y estos resultaron titulares del 50% de dicho bien.-

Se advierte que este cuestionamiento, tal como ha sido planteado, no fue introducido oportunamente como agravio al fundar la apelación en segunda instancia. En efecto de la lectura de la expresión de agravios (cfr. fs. 212/213 vta.) surge que la apelante sólo hizo referencia, superficialmente, al tema en el punto III, sin indicar allí cual es el error jurídico o por qué circunstancia dicha situación registral debería modificar lo decidido en la anterior instancia. Menos aún cuando no apeló ni planteó objeción alguna a la anotación de litis decretada sobre el inmueble objeto de autos (cfr. foja 182).-

Sabido es que los agravios que se introducen tardíamente, como en este caso, no pueden ser tratados en casación.-

Reiteradamente ha dicho este Tribunal Superior de Justicia sobre las llamadas cuestiones novedosas que: "...no corresponde en esta etapa extraordinaria adentrarnos al tratamiento de cuestiones que no han sido propuestas en segunda instancia, porque ello violaría el principio de congruencia...Corresponde reiterarlo, no se puede en esta excepcional instancia atender las reflexiones tardías de las partes, recuérdese que tal como lo explica Hitters (Recursos Extraordinarios y Casación, Ed. LEP, 2da. ed., pág. 182) en la casación hay motivos de impugnación reglados en forma expresa, se controla lo decidido en instancias ordinarias y que el recurso tiende a controlar providencias ya dictadas, de ahí entonces que resulten ajenas a este carril aquellas cuestiones que no han sido propuestas en las instancias ordinarias (pág. 613). Así se ha dicho que: '...Resultan inaudibles los planteos del recurrente que no fueron sometidos a conocimiento de la Cámara en el tiempo procesal oportuno, pues no pueden ser traídos intempestivamente a esta instancia extraordinaria...' (SCBA, 'Granea, Aldo M. s/ Robo calificado', 2/04/03). Si las argumentaciones que desarrolla el recurrente no fueron oportuna y suficientemente propuestas a los jueces de grado, ello impide su consideración en la instancia extraordinaria (Fallos: 313:342)." (cfr. Sentencia, Tomo XI, Reg. 400, Folio 2165/2170).-

Si bien lo precedentemente señalado es suficiente y lleva sin más al rechazo del agravio bajo análisis, a mayor abundamiento cabe advertir que el planteo como ha sido expuesto no llega a constituir una crítica concreta y razonada del fallo recurrido, requisito ineludible para viabilizar un recurso de casación. En este sentido, debemos hacer notar que la recurrente omite explicar por qué y de qué modo debió modificarse el interlocutorio por el hecho que el inmueble antes de la ampliación de la declaratoria de herederos ya había sido inscripto a favor de la recurrente, omisión que impide a este Tribunal Superior de Justicia su análisis y consideración en esta instancia extraordinaria.-

Cabe recordar que la ausencia de una crítica concreta y

razonada de los argumentos que fundan el fallo de Cámara hace que la casación carezca de la fundamentación exigible a ese tipo de recurso. A lo que se suma que los agravios esgrimidos no logran demostrar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento atacado que impidan considerarlo como una sentencia fundada en ley, acorde a los parámetros que exigen los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional.-

Conteste con tal criterio se ha expresado: "...es dable señalar también otros defectos que imposibilitan su viabilidad formal, ello por cuanto no satisface el requisito de fundamentación autónoma a través de un memorial que rebata adecuadamente todos y cada uno de los fundamentos vertidos por el Tribunal de Alzada a través de una crítica concreta, circunstanciada y prolija de todos los argumentos esenciales del fallo impugnado..." (cfr. CJ Catamarca, "Sindicato de Luz y Fuerza de Catamarca vs. Beltramello, Ricardo y otros s. Amparo - Recurso de Casación" del 10/06/2009, Sumarios Oficiales Poder Judicial de Catamarca, Rubinzal Culzoni. Cita online: RC J 7059/13).-

En la especie la recurrente sólo se limita a brindar su opinión de cómo debió decidirse la controversia sin hacerse cargo de los argumentos de la Cámara para rebatirlos, demostrando en que se equivocaron los Jueces y los errores del fallo, con entidad tal como para provocar su revocación.-

VI.- Que, conforme a los argumentos expuestos, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la Sra. Luzmila Rosa Morales Rivera a fs. 291/296 vta., y en consecuencia, confirmar la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial obrante a fs. 276/280, con costas a la recurrente vencida en virtud de lo establecido por el artículo 68 y cctes. del CPC y C; difiriendo la regulación de honorarios de los letrados intervinientes en la casación hasta tanto den cumplimiento con lo dispuesto por las leyes previsionales y tributarias vigentes (cfr. Resolución General AFIP Nº 689/1999) y sean regulados en las instancias anteriores; teniendo presente la reserva del caso federal efectuada a foja 296 y foja 334 vta..-

Por todo lo expuesto, y oído que fue el Sr. Agente Fiscal, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º) Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 291/296 vta., por la Sra. Luzmila Rosa Morales Rivera, y en consecuencia, confirmar la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial obrante a fs. 276/280.-

2º) Imponer las costas a la recurrente vencida (art. 68 y cctes. del CPC y C).-

3º) Diferir la regulación de honorarios de los letrados intervinientes en la casación hasta tanto den cumplimiento con lo dispuesto por las leyes previsionales y tributarias vigentes (cfr. Resolución General AFIP Nº 689/1999) y sean regulados en las instancias anteriores.-

4º) Tener presente la reserva del caso federal.-

5º) Regístrese y notifíquese. Oportunamente devuélvase.-

La presente sentencia se dicta con la firma de cuatro miembros del Tribunal, por constituir mayoría concordante en la solución del caso y en virtud de encontrarse aceptada la excusación de la Sra. Vocal, Dra. Reneé Guadalupe Fernández (art. 27, 2º párrafo de la Ley Nº Uno, t.o. Ley Nº 2404).-

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Presidente
Tribunal Superior de Justicia

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ENRIQUE OSVALDO PERETTI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ÁNGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia