



UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

SANTA MARIA DE LOS BUENOS AIRES

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Civil Patrimonial

Trabajo Final Integrador

El Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite

¿La Habitación Real del Cónyuge Supérstite o el Derecho de los demás herederos?

Autor: Julio Javier Suarez

Director: Dr. Casiano Highton

Año 2024

ÍNDICE

Introducción.....	3
Capitulo 1	
Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite en el Código Civil Argentino (art. 3573 bis)	
1. a Derecho Comparado.....	7
1. b Antecedentes en el Derecho Argentino.....	13
1. c Definición. Caracteres. Naturaleza Jurídica. Alcance y Fundamento	15
1. d Requisitos	30
1. e Derechos y obligaciones del cónyuge habitador.....	40
1. f Derecho y obligaciones del nudo propietario.....	49
1. g Extinción.....	50
Capitulo 2	
Derecho real de Habitación del Cónyuge Supérstite en el Nuevo Código Civil Y Comercial de la Nación (art. 2383).....	63
2. a Caracteres. Naturaleza Jurídica, Alcance y Fundamentos	67
3. b Requisitos. Ausencia de los otros requisitos del Cod. Civ. de Vélez (ref. ley 20.798) ..	70
3. c Derechos y obligaciones del cónyuge habitador.....	77
3. d Derecho y obligaciones del nudo propietario	83
3. e Extinción	88
Conclusiones.....	92
Bibliografía	95

Introducción

La vivienda resulta imprescindible para el desarrollo de la familia, ella representa la base piramidal sobre la que se asienta cada uno de los derechos de sus integrantes.

La normativa de protección ha evolucionado de manera considerable al día de hoy y lo que se protege es el hogar, como ámbito en el que el matrimonio o los convivientes habitan y se desarrollan. Es así como se trata de la regulación de un derecho humano fundamental que tiene por objeto resguardar la sede del hogar matrimonial o convivencia como habitación familiar y su subsistencia ante la defunción de uno de sus miembros.

Este status que se logra alcanzar, es a partir de la inclusión del instituto de derecho real de habitación del cónyuge superviviente en el año 1974 por medio de la sanción de la ley 20.798 incluyendo el Art. 3573 bis en nuestro Código Civil de la Nación y con posterioridad a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación por medio de su Art. 2383. Es por ello que lo que se intenta tutelar es la finalidad que puede tener un inmueble cuando el mismo se encuentra habitado con un destino familiar.

La Asamblea Constituyente de 1957 incorpora en Nuestra Constitución Nacional la protección integral de la familia por medio de su Art. 14 bis, sin determinar como estén constituidas esas familias. Luego, en el año 1994, se produce la última reforma constitucional, donde una serie de tratados internacionales que se enuncian comienzan a tener jerarquía constitucional y empieza a hablarse de los derechos constitucionales y del bloque convencional constitucional (art. 75 inc. 22).

En virtud de la temática elegida, hay que ponerse de acuerdo en definir que es “familia”. Familia no es una entidad diferente de las personas físicas que forman parte de ella, sino la denominación acordada al conjunto de quienes tienen un vínculo parental. Por ende, la familia no es un sujeto de derecho ni una persona jurídica, cuando se habla de “derecho de familia” se debe entender a “derechos de las personas físicas en sus relaciones de familia”. El art. 14 bis. en su parte final dispone que la ley establecerá “la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”, dejándose en claro que “familia” no es solamente la que está fundada en el matrimonio.¹ Simple y significativamente lo que se protege es la familia, los progenitores, hijas e hijos - por consanguinidad o afinidad- como núcleo de unión, de formación, de educación, de proyección. Es así como el ordenamiento jurídico recepta los lineamientos constitucionales otorgándole a la familia y a su vivienda un marco protectorio diferenciado.

¹ Bidart Campos, German, “Compendio de Derecho Constitucional”, pág. 110, Ed. Ediar, Año 2008.-

Dentro de los documentos internacionales incorporados se encuentra, La Declaración Universal de Derecho Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Paris el 10 de Diciembre de 1948, que establece que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (Art. 16 inc. 3). Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina en su Art. 23 que “La Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (inc. 1). A mayor abundamiento, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San Jose de Costa Rica, establece que “la Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (Art. 17 inc. 1), como asimismo se destaca el derecho a la integridad personal, proclamándose que “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” (art. 5 inc. 1). Se puede evidenciar como el derecho internacional es necesario a la vida social internacional la cual se impone a los Estados.

A lo largo de nuestra historia, la Carta Magna es esencialmente fuente de derecho, encargada de controlar a las demás fuentes. El régimen imperante en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación es un fiel reflejo de la constitucionalización del Derecho Privado, al entronizar la protección de la vivienda, entendiéndose la misma como la función vital y dinámica del asiento familiar y de cada uno de sus integrantes. La interpretación de esto debe atenerse a su sentido jurídico, a la finalidad del instituto y al espíritu de su base normativa constitucional y del bloque de convencionalidad, que pretende proteger a la familia y a su hogar como elemento natural y fundamental de la sociedad, conforme surge de los distintos tratados internacionales, atento que la interpretación de las leyes debe realizarse de manera que las garantías constitucionales no resulten afectadas.² Es por ello que, a la hora de interpretar estas normas se debe ponderar la protección esencial dada por nuestra Carta Magna a la vivienda, a partir de los elementos establecidos en la legislación de fondo y el derecho vigente. El art. 1 del CCyCN que habla de sus fuentes y aplicación del derecho, expresa claramente que los casos se deben resolver según las leyes conforme a la Constitución Nacional, los tratados de derecho humanos en el que el país es parte y que el juez debe tener en cuenta a la finalidad de la norma. Es decir, es necesario un diálogo de fuentes para encontrar la solución para que una sentencia sea razonable. Así los tratados de derechos humanos se transforman en microsistemas, que si entran en conflicto entre sí, el juez debe valorar.

² CSJN, 1960, “Harari, Elias c/ Reiss, Osias”, Fallos: 246:162.-

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil Y Comercial de la Nación, se introdujo una serie de reformas al Instituto denominado el “Derecho Real de Habitación de Cónyuge Supérstite” consagrado en su Artículo 2383. En el Nuevo cuerpo normativo, el cual se ubica en el Libro quinto (“Transmisión de derechos por causa de muerte”), Título VIII (“Partición”), Capítulo 2 (“Modos de hacer la partición”) y, dado que se trata de un derecho real de habitación, si bien especial, se rige supletoriamente por las normas previstas en el Título XI, Habitación, del Libro Cuarto, Derechos reales, cuyo art. 2159 remite a las normas del Título X, Uso, entre cuales el art. 2155 a su vez remite al Título IX, Usufructo. De una lectura del artículo citado se evidencian los requisitos exigidos para su implementación (Muerte del cónyuge, oponibilidad, el inmueble debe constituir el hogar conyugal y que a la apertura de la sucesión no estuviere en condominio con otras personas) y se advierte la ausencia de los requisitos establecidos por la anterior legislación (art. 3573 bis del Código Civil de Vélez, incorporado por la ley 20.798).

Es evidente que todo cambio legislativo genera dudas y que la “ley perfecta” no existe. La nueva norma plantea algunos problemas en su diseño que requieren del trabajo de la doctrina para procurar una interpretación armónica y para delinear futuras reformas legislativas. A medida que uno se adentra en la lectura del artículo en cuestión y se analizan diversas normas contenidas en este cuerpo legal, nos encontramos con disposiciones como la que nos atañe que, en ocasiones, contrarían su fin, instalando una inseguridad jurídica no esperada, que podría afectar una eficaz administración de justicia. Actualmente, el tema se encuentra en pleno debate debido a la poca vigencia que ha tenido el presente instituto. En el nuevo artículo, al desaparecer varios requisitos exigidos en el anterior cuerpo normativo, desvirtuaría el instituto y generaría un ejercicio abusivo del derecho. Por ejemplo, al desaparecer la causal de caducidad por la celebración de nuevas nupcias del cónyuge habitador, por que si contrae nuevas nupcias, o si comienza a vivir en unión de hecho, o si no habita el inmueble y lo cede o alquila, etc., podrían configurarse situaciones incompatibles con el fin asistencial de la norma, resultando en estos casos injusto y lesivo para el derecho de los coherederos que el supérstite siga gozando del derecho real de habitación. Además, la eliminación de la exigencia de que en el acervo hereditario del causante exista un solo inmueble habitable podría desembocar en un ejercicio abusivo por inexistencia del fundamento asistencial del mismo (art. 10, párr. 2o, del Código Civil y Comercial), cuando en el caudal hereditario existan otros inmuebles habitables, dinero u otros bienes que permitan al supérstite superar su necesidad de vivienda sin afectar el derecho de los demás herederos forzosos. Es por ello que en la doctrina se instala el debate al aplicar el principio romano “Summum ius, summa in iuria”, porque la aplicación de la ley al pie de la letra a veces puede convertirse en la mayor forma de injusticia. Este principio es empleado en todas las

sociedades jurídicamente organizadas, donde se respeta la ley, pero con ese límite que da la racionalidad y el rechazo a la aplicación antifuncional de la norma, que no es otra cosa que el “abuso del derecho”.

Como vemos, los legisladores que aprobaron el Art. 2383 del Código Civil y Comercial de la Nación, al eliminar algunos de los requisitos anteriores, no han tenido en cuenta que se producirán numerosas situaciones de injusticia, algunas violatorias de los derechos humanos, que deberán resolver los jueces. Incluso no han considerado que se contradicen con las disposiciones de los Arts. 1º y 2º del nuevo Código. La Dr. Aída Kemelmajer de Carlucci, muy acertadamente, manifiesta que ningún artículo debe interpretarse en forma aislada. El Código es un sistema de normas y es muy importante el título preliminar, el cual dispone que todas las normas deben ser interpretadas según la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos; por lo tanto, ningún artículo puede restringir derechos humanos y constitucionales.³

En consecuencia, el objeto de este trabajo final es el estudio de como con la nueva redacción del art. 2383 en el cual se ha consagrado “el Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite” ha contrariado los fines originarios de este instituto, desvirtuándolo. Para tal fin se hará un estudio de sus antecedentes históricos, algunas perspectivas de derecho comparado, los antecedentes del Código Civil y específicamente el estudio del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, con foco en la doctrina y la jurisprudencia que han analizado el instituto.

³ Zommer, Laura (12 de Octubre de 2018), Aída Kemelmajer de Carlucci: "Me dolió que se excluyera del Código Civil la responsabilidad del Estado", *Diario La Nación*, <https://www.lanacion.com.ar/opinion/aida-kemelmajer-de-carlucci-me-dolio-que-se-excluyera-del-codigo-civil-la-responsabilidad-del-estado-nid1734474>).

Capítulo 1

El Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite en el Código Civil Argentino

1. a. Derecho Comparado.

En las distintas legislaciones de la gran mayoría de los países, existe la tendencia a proteger al cónyuge sobreviviente de los sobresaltos económicos ocasionados por la muerte de su marido o mujer. Esta protección tiende, en general, a asegurarle la vivienda conyugal y ciertos bienes muebles que forman parte de ella y a resguardarlo frente a los hijos u otros eventuales herederos. Esta necesidad de protección se fundamenta en que las mismas legislaciones suelen establecer *el principio de la partición forzosa*, en términos tales que, fallecido el causante, asiste a cada heredero el derecho de pedir la partición de los bienes hereditarios, no obstante la oposición de otro heredero. Receptada la injusticia que puede resultar de situaciones que ocasionen el fallecimiento de uno de los cónyuges, las distintas legislaciones, junto con atenuar el rigor del principio de la partición forzosa, han adoptado algunas medidas que, en mayor o menor grado, vienen en protección del cónyuge supérstite.

Desde el punto de vista histórico, el derecho real de habitación existió ya en el antiguo Derecho Romano, como una restricción al dominio, en forma de servidumbre personal, para remediar de alguna manera la escasez de viviendas generada por el crecimiento de la Roma conquistadora. La única obligación del habitador era la de no deteriorar la vivienda y devolverla en buen estado cuando termine la servidumbre, para lo cual se le exigía caución (garantía). La “habitatio” le concedía a una persona la facultad de habitar una vivienda ajena gratuitamente. No fue una figura precisa, ya que fue confundida con otras servidumbres, como a de usufructo o de uso, y algunos autores inclusive llegaron a negar que se tratara de un derecho real, afirmando que le daba al habitador un derecho de crédito o personal contra el dueño. Justiniano le adjudicó el status de derecho real autónomo. A diferencia del uso, el habitador podía alquilar la vivienda en todo o en parte (el usuario podía alquilar alguna parte, pero debía seguir viviendo allí). No se extinguía, a diferencia del uso, ni por la falta de uso ni por “capitis diminutio”. Era un derecho inalienable.

En la actualidad, se puede señalar que las distintas medidas a fin de proteger al cónyuge supérstite son de diversa índole y tienen relación, en general, con el inmueble familiar y con ciertos bienes muebles que equipan dicha vivienda.

Las medidas más comunes en el mundo son las siguientes:

- a) Algunas legislaciones establecen la indivisión forzosa de estos bienes, atenuando de esta manera el principio de la partición forzosa. (Francia y Argentina)
- b) Otras otorgan al cónyuge sobreviviente un derecho de atribución o de adjudicación preferente cuando ésta se ha disuelto por fallecimiento de uno de los cónyuges o, al menos, uno de ellos ha fallecido antes de la liquidación del régimen. (Chile y España)
- c) Otras buscan proteger al cónyuge supérstite concediéndole derechos de usufructo, uso ó habitación sobre los indicados bienes. (Argentina)
- d) Existen legislaciones que otorgan un derecho de atribución o de adjudicación preferente y, además, un derecho real de usufructo, uso o habitación, ya sea otorgándole estos últimos cuando sus derechos no son suficientes como para adjudicarle los bienes en dominio exclusivo o concediéndole posibilidad de elegir entre la adjudicación de los bienes en dominio y la constitución de los derechos mencionados. (Chile y España)
- e) Por último, podemos mencionar dentro de las medidas de protección del cónyuge sobreviviente las instituciones del patrimonio familiar y de los bienes familiares, consagradas en diversas legislaciones.⁴

De acuerdo a estudios realizados, no existía ninguna disposición similar a este instituto en el mundo al día de su implementación, sin embargo, si existían “usufructos” a favor del viudo o viuda, pero que tenían por objeto el todo o una parte del patrimonio, no específicamente el hogar conyugal (Art. 2146 del Cód. de Portugal; Arts. 615 y 616 de Cód. de la República Popular Hungara; Art. 462 del Cód. de Suiza; Art. 540 del Código Civil Italiano; Art. 834 y siguientes del Código Español).

La primer figura legal que tiende a asegurar al cónyuge sobreviviente el derecho de seguir viviendo en el lugar donde tenía el hogar conyugal con el causante es la institución de origen francés de la “*attribution préférentielle*”. La Ley Nro. 61-1378 de 19 de Diciembre de 1961, estableció este mecanismo incluyendo entre los bienes posibles de adjudicación preferente, en favor del cónyuge o todo heredero copropietario, el local de habitación donde haya tenido su residencia habitual a la época del deceso.

La segunda forma que aparece como protección de la vivienda familiar en favor del cónyuge sobreviviente, es la de otorgarle un derecho real de habitación sobre dicho inmueble. En pocos meses, de octubre de 1974 a mayo de 1975, tanto el legislador argentino como el italiano introdujeron en sus respectivos Códigos Civiles una norma que concedía al cónyuge supérstite un derecho de habitación sobre el inmueble que había servido de sede del hogar conyugal. Por seis meses, debe

⁴ Tacchini, Hernan Corral, “Derecho Sucesorio Actual y Adjudicación de la Vivienda Familiar”, Ed. Universidad de Los Andes, año 2000, pág. 143.-

darse el mérito de la prioridad al legislador argentino. La ley 20.798, que introdujo el art. 3573 bis al Código Civil de Vélez Sarsfield, fue sancionada el 27 de septiembre de 1974, promulgada el 11 de octubre del mismo año y publicada en el Boletín Oficial el día 16 de octubre.

Con posterioridad, en el año 1975, se sanciona en Italia la ley Nro. 151 (reforma del Derecho de Familia) mejorando el usufructo otorgado al cónyuge supérstite, pareciéndolo al Art. 3573 bis del Código Civil Argentino; *“Al cónyuge, aun cuando concurra con otros llamados, están reservados el derecho de habitación sobre la casa destinada a residencia familiar y de uso sobre los muebles que la equipan, sean de propiedad del difunto o comunes. Tales derecho gravan sobre la porción disponible, y en caso de que ésta no sea suficiente, por el remanente sobre la cuota de reserva del cónyuge y eventualmente sobre la cuota reservada a los hijos.”*. Esta similitud fue una simple coincidencia, que no hizo sino más que afirmar el acierto legislativo argentino. La solución de la ley italiana es distinta a la que ha prevalecido en la interpretación del texto argentino. No consideran al derecho de habitación como una carga de la herencia, sino que lo consideran como una afectación tácita no dispuesta por el testador, a la porción disponible. En esa parte incluyen el derecho real de habitación, con el propósito, seguramente, de no desarticular la porción legítima de los herederos forzosos, y sólo en el caso de que el valor del derecho real de habitación exceda el valor de la porción disponible, entonces se lo resta de la legítima de la cónyuge y, eventualmente, de la legítima de los demás herederos forzosos. Ese parece ser el sistema italiano.⁵

De esta misma época es la ley austríaca del 10 de julio de 1975 sobre la propiedad de la vivienda familiar, que establece que en caso de que el inmueble forme parte de la indivisión hereditaria, la cuota del difunto acrece (*Akkreszenz*) a la del sobreviviente, adquiriendo así éste la propiedad completa sobre el bien.⁶

En 1981, el legislador Belga introduce en su Código Civil, por ley de 14 de mayo de ese año, el art. 915 bis, que, entre otras reglas, determina que el cónyuge tiene derecho no ya al derecho real de habitación, sino al usufructo del inmueble afectado, al día de la apertura de la sucesión, al alojamiento principal de la familia y del mobiliario que lo guarnece.

Luego de la reforma de nuestro Código Civil mediante la introducción del Art. 3773 bis, el Código Civil Español sufrió una modificación por medio de la ley 11/1981, quedando el art. 1321 redactado de la siguiente forma, siendo aún más protector, al disponer: “Fallecido uno de los

⁵ Tacchini, Hernan Corral, Ob. Cit. pág. 179.-

⁶ *Wohnungseigentumsgesetz* (WEG), de 1 de julio de 1975 (BGB1, 1975, 417), citado por LELEU, Yves-Henri, *La transmisión de la sucesión en Droit Comparé*, Bruyl'ant, Bruxelles, 1996, p. 155. citado por Hernan Corral Talcini en “Derecho Sucesorio Actual y Adjudicación de la Vivienda Familiar”, Ed. Universidad de Los Andes, año 2000, pág. 179.

cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor”. De esta forma se conjuga “la atribución preferente” del Derecho Francés con la constitución de derechos reales de habitación y uso de las legislaciones argentinas e italianas, pero determina la figura no en materia de sucesión, sino en sede de liquidación de los gananciales por muerte de uno de los cónyuges. Asimismo, el Código Civil Peruano en el año 1984 determina una fórmula similar al establecer los artículos 731 y 732 de dicho código que si en la partición no se le puede adjudicar al cónyuge la casa habitación que hubiere sido el hogar conyugal, tendrá derecho a que se constituya en su favor en forma gratuita y vitalicia un derecho de habitación. En el Código Civil peruano de 1984 se establece también una fórmula similar, pero ahora en materia de sucesiones. Los Arts. 731 y 732 de dicho Código señalan que si en la partición no se le puede adjudicar al cónyuge la casa habitación que hubiere sido el hogar conyugal, tendrá derecho a que se constituya en su favor en forma gratuita y vitalicia un derecho de habitación. En el ámbito europeo el Código Civil suizo es reformado por la Ley federal de 5 de octubre de 1984, para introducir el art. 612.a) que otorga al cónyuge sobreviviente el derecho de adjudicación preferente de la casa o departamento que ocupaba el matrimonio o, si las circunstancias lo ameritan, a recibir en lugar de la propiedad, un derecho de usufructo o de habitación.

Asimismo, la legislación uruguaya hizo eco de la cuestión e introdujo a su Código Civil, mediante la Ley 16.081 promulgada el día 18/10/1989, el instituto del Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite”. En esta línea, establece: “*Art. 881-1: Si, una vez pagadas las deudas de la sucesión, quedare en el patrimonio de la misma un inmueble, urbano o rural, destinado a vivienda y que hubiere constituido el hogar conyugal, ya fuere propiedad del causante, ganancial o común del matrimonio y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. En defecto del inmueble que hubiere constituido el hogar conyugal, los herederos deberán proporcionarle otro que reciba la conformidad del cónyuge supérstite. En caso de desacuerdo el Juez resolverá siguiendo el procedimiento extraordinario*”. Asimismo, el Art. 881-2 aclara : “*Este derecho comprende, además, el derecho real de uso vitalicio y gratuito de los muebles que equiparen dicho inmueble (inciso segundo del artículo 469 del Código Civil) ya fueren propiedad del causante, gananciales o comunes del matrimonio.*” ⁷ De esta forma, se determinó por medio del Art..

⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aida. “Protección Jurídica de la Vivienda Familiar”; pagina 32, Ed. Hammurabi, Año1995.-
10 de 97

881-7: “*Si a la apertura de la sucesión, el cónyuge supérstite tuviere otro inmueble propio, apto para la vivienda, similar al que hubiera sido el hogar conyugal, no tendrá el derecho real de habitación ni su uso*”. Es posible evidenciar la gran similitud con nuestro instituto, a pesar de los años transcurridos desde su introducción.

Finalmente, en el año 1998, se establece en la República de Chile un nuevo estatuto para la filiación y revisa el régimen sucesorio, buscando reforzar los derechos del cónyuge sobreviviente que podrían verse afectados por la mejora de los derechos de los hijos no matrimoniales. Así aparece la nueva regla 10a que la Ley N° 19.585, incorpora al Art. 1337 del Código Civil. La regla se inserta en materia de partición, y nuevamente mezcla las figuras de la atribución preferencial con la de constitución de derechos reales. Se establece que el cónyuge sobreviviente tiene derecho a la adjudicación preferencial en propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia y del mobiliario que lo guarnece. Pero si el valor de dichos bienes supera la cuota del cónyuge, éste tiene entonces derecho a pedir la constitución de derechos reales de habitación y de uso.⁸ La solución dada por el Derecho Chileno no es parecida ni a la argentina ni a la italiana, porque lo que resuelve es una manera de partir la herencia. La parte que le corresponda al cónyuge supérstite, se incluya el inmueble que fue sede del hogar conyugal, como parte de los bienes que, en su condición de heredero forzoso, le corresponde recibir. Se trata fundamentalmente de la adjudicación de un bien, de un derecho de preferencia en la partición, por ende, es una disposición que no altera básicamente, la porción hereditaria del cónyuge, porque se incluye este bien en la parte que a él le corresponde recibir como heredero.

En virtud de lo expuesto, las formulas técnicas que permiten la protección de la vivienda familiar en favor del cónyuge supérstite son de tres clases:

a) Atribución Preferencial en Propiedad.

Es la que sigue el Código Civil Frances, la Ley de vivienda Austríaca (la establece no como un derecho a ejercerse en la partición, sino como un acrecimiento en beneficio del cónyuge sobreviviente de la cuota indivisa del inmueble, adquiriendo, la faceta de un legado legal en parte alícuota) y el Código Civil Boliviano, en el que se puede convenir entre cónyuges que muerto uno de ellos el sobreviviente tiene el derecho preferente a adquirir algunos bienes, pagando el valor correspondiente.

b) Constitución de derecho real en cosa ajena

⁸ Tacchini, Hernan Corral, Ob. Cit., pág. 231.

Esta técnica legislativa fue *inaugurada* por el derecho Argentino, sirviendo de modelo para el resto del mundo en virtud de su originalidad y función social, al introducir la figura del Derecho de habitación a favor del cónyuge supérstite. Asimismo otras legislaciones han introducido al derecho de Uso como complemento de Derecho de Habitación (Código Civil Italiano y Código Civil Portugués). En cambio, la legislación Belga ha optado por constituir un Derecho real de Usufructo del inmueble.

c) Finalmente las legislaciones que tienden a conjugar la atribución preferencial en propiedad del Derecho Francés con la constitución de derechos reales de goce. El prototipo de este esquema es la norma española, según la cual el cónyuge supérstite tiene derecho a optar entre que se le atribuyan la vivienda y el mobiliario en propiedad o que se constituya sobre ellos un derecho de uso o de habitación (art. 1407 CC). Otras legislaciones, como la Peruana, no la determinan como una elección discrecional del cónyuge, sino como derechos que se ejercen supletoriamente, uno en defecto del otro, y la legislación chilena, como ha sido desarrollado *ut-supra*, concibe el derecho de habitación y de uso como subsidiarios al mecanismo de adjudicación preferente en propiedad (Art. 1337 N° 10 CC).⁹

En la filosofía que inspiró el proceso codificador, los derechos hereditarios eran considerados formas de transmitir la propiedad, predominantemente inmueble de explotación agrícola, en el círculo de la familia consanguínea. Fue una preocupación de los Códigos de la época el evitar que el patrimonio de una línea de parientes pase a enriquecer a otro grupo familiar distinto a través del matrimonio. Por ello, los derechos sucesorios del cónyuge fueron restringidos y considerados más bien como una forma de proveer a la sustentación del cónyuge que queda desprovisto del auxilio del difunto. El derecho sucesorio actual, en cambio, en virtud de los cambios producidos en la estructura que presentan las familias en la sociedad moderna, ha ido progresivamente extendiendo esos derechos del cónyuge sobreviviente. Hemos podido observar que la preocupación por la vivienda familiar y los derechos sobre ella del cónyuge que sobrevive al difunto es una constante bastante generalizada en las legislaciones civiles del sistema latino-continental, tanto en el ámbito europeo como en el americano. Como se puede observar, se trata de una institución novedosa que ha tenido su expansión mayor en las décadas del setenta y del ochenta del siglo XX.

Lo importante es que en los distintos ordenamientos se está satisfaciendo una necesidad clara, una necesidad de equidad, de impedir la partición de la herencia en perjuicio del cónyuge supérstite. El cónyuge debe ser investido del derecho a mantener el hogar conyugal y no ser obligado

⁹ Tacchini, Hernan Corral, Ob. Cit. pág. 231.-

a desalojarlo. El gravamen que se impone a los coherederos es considerado como de menor entidad que el beneficio que recibe el cónyuge, hasta hace poco mal mirado por las reglas sucesorias. Los ordenamientos jurídicos, como hemos visto, han intentado otorgar un estatuto especial de protección al inmueble que sirve de residencia a la familia, sea imponiendo una cogestión conyugal en su administración o disposición, sea estableciendo formas de asignación del hogar conyugal en crisis matrimoniales o poniendo a resguardo dichos bienes de la acción de los acreedores de alguno de los cónyuges.

En lo que respecta a nuestro ordenamiento, la tramitación de la iniciativa argentina es bastante extraña. No hay estudios académicos o recomendaciones de la doctrina que hayan abonado el terreno para incorporar una norma que no tenía precedentes, siendo una verdadera originalidad su creación.

1.b. Antecedentes en el Derecho Argentino.

La Innovación en la introducción de este Instituto en nuestro Derecho marca la iniciación de una nueva etapa en la evolución de los derechos sucesorios del cónyuge en la República Argentina. De esta forma se puede determinar la existencia de seis etapas en la misma, observando que cada una implica un proceso a favor de los derechos del cónyuge respecto del anterior:

- a) Antes del Código Civil
- b) El Código Civil
- c) La ley 14.394
- d) La Ley 17.711
- e) La Ley 20.798
- f) Código Civil y Comercial de la Nación

Desde los comienzos de nuestra vida se advierte una tendencia a reconocer marcada participación sucesoria al cónyuge supérstite. Muchas provincias, como la Rioja (1855), Jujuy (1856) y Santa Fe (1862), promulgaron leyes favoreciendo su situación, pero particular importancia asume la Ley de Buenos Aires de 1857 que establecía en su Art. 1: “En las sucesiones intestadas, faltando herederos forzosos, la mujer legítima heredera al marido, y éste a aquella, con exclusión de todo lateral”. Estas innovaciones merecen el calificativo de revolucionarios para su época, por que en el derecho español, la cuota reconocida era casi un derecho alimentario, para salvar de la miseria a la

viuda y, además, el cónyuge sólo heredaba en último término, después de todos los parientes de línea recta y colateral. Así era el sistema de las Partidas, donde el consorte estaba después del décimo grado, solo desplazando al Fisco.

En nuestro país se puede reconocer como antecedente el Decreto 11.157/45, por el cual se creó la Administración General de la Vivienda, que en su Art. 48 disponía el beneficio del ejercicio del derecho de uso y habitación a favor del cónyuge supérstite respecto de la casa habitación que hubiera sido adquirida con el régimen especial que el decreto prevé en caso de concurrencia con herederos del causante.¹⁰ Aquellas personas que compraran un inmueble a través de este organismo estatal, tenían el privilegio de que el cónyuge sobreviviente pudiese seguir ocupando el inmueble en cuestión hasta la extinción de su propia vida, es decir les reconocía el derecho vitalicio a ocupar ese inmueble. Esta era una norma de una aplicación limitada, porque no se aplicaba fuera de los casos en que la compra del inmueble se hubiese hecho fuera del ámbito de la institución mencionada.¹¹

Apartándose de estos antecedentes, Vélez Sarfield reconoció la primacía del vínculo matrimonial, otorgándole al cónyuge supérstite la calidad de heredero forzoso y lo hizo concurrir con los ascendientes y descendientes, excluyendo a los colaterales.

La ley 14.394 favoreció notablemente al viudo o viuda a través de su Art. 53, facultándolo a oponerse a la división por un término de diez años en dos casos:

a) Cuando se trate de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole tal que constituya una unidad económica, que el cónyuge supérstite lo hubiese adquirido o formado en todo o en parte.

b) Cuando se trate de la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese residencia habitual de los esposos.

La ley 17.711 significó un gran avance sucesorio para el viudo o viuda:

a) le dio participación en los gananciales al concurrir con descendientes extramatrimoniales y/o ascendientes. Solamente siendo excluido por los descendientes matrimoniales en esa clase de bienes (Arts. 3571, 1576 y 3581).

¹⁰Levy, Lea, "Protección de la vivienda familiar ed. Hammurabi, pag. 98, citando a Maffia, Derecho de las Sucesiones 3era ed. 1993, pag. 53

¹¹ La norma señala en su parte pertinente lo que sigue: "art. 48. En caso de muerte del adquirente o propietario de una vivienda comprendida en el régimen especial, o de su cónyuge o de ambos, se aplicarán las disposiciones del Código Civil con las siguientes modificaciones: a) Si el sobreviviente habitaba en la vivienda al momento del fallecimiento del premuerto y concurren herederos de éste sobre el bien, le corresponderá el derecho de uso y habitación de la vivienda hasta su propia muerte, sin perjuicio de los derechos del acreedor hipotecario y siempre que cumpla con las obligaciones emergentes del contrato. Sin consentimiento del sobreviviente la vivienda no podrá salir del estado de indivisión...".

14 de 97

b) Le otorgó una porción invariable de los bienes propios propios al concurrir con ascendientes (art. 3571)

c) Para la concurrencia con ascendientes legítimos e hijos extramatrimoniales, elevó su porción del cuarto a la mitad, en los bienes propios, además, de concederle el tercio de los gananciales (art. 3581)

d) El derecho concedido a la nuera viuda (art. 3576) y el reconocimiento de la vocación hereditaria del cónyuge divorciado inocente.

Como corolario de todo esto, se incorpora como broche de oro, el art. 3573 bis por la ley 20.798. Sin perjuicio, existe un antecedente nacional muy similar, el cual es el Dec. Ley 11.157/45, creador de la Administración Nacional de la Vivienda. Su Art. 48 dice: *“En caso de muerte del adquirente o propietario de una vivienda comprada en el régimen especial, o de su cónyuge o de ambos, se aplicarán las disposiciones del Código Civil con las siguientes modificaciones: a) Si el sobreviviente habitaba en la vivienda en el momento del fallecimiento del premuerto y concurrieren herederos de éste sobre el bien, le corresponderá el derecho de uso y habitación de la vivienda hasta su propia muerte, sin perjuicio de los derechos del acreedor hipotecario y siempre que cumpla las obligaciones emergentes del contrato. Sin consentimiento del sobreviviente la vivienda no podrá salir del estado de indivisión...”*.

Finalmente, con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil Y Comercial de la Nación, se introdujo una serie de reformas consagrando el Artículo 2383. En el Nuevo cuerpo normativo, el cual se ubica el Libro quinto (“Transmisión de derechos por causa de muerte”), Título VIII (“Partición”), Capítulo 2 (“Modos de hacer la partición”) y, dado que se trata de un derecho real de habitación, si bien especial, se rige supletoriamente por las normas previstas en el Título XI, Habitación, del Libro Cuarto, Derechos reales, cuyo art. 2159 remite a las normas del Título X, Uso, entre cuales el art. 2155 a su vez remite al Título IX, Usufructo. Este cambio legislativo genera dudas al apartarse del claro propósito tuitivo con el que se favorecía a la vivienda viudal que se había tenido originariamente con la introducción del Art. 5373 bis del Código Civil

1. c. Definición. Caracteres. Naturaleza Jurídica. Alcance y Fundamento.-

Como introito de lo que viene, es bueno atreverse a dar una excelente definición de este instituto otorgada por el Profesor Alberto Molinaro: *El derecho de habitación del cónyuge supérstite es el derecho de habitación concedido por la ley, de por vida mientras se mantenga viudo y gratuitamente, con independencia de su cuota hereditaria, al supérstite que ha aceptado la calidad de heredero,*

cuando en el acervo partible no existe más que un inmueble habitable que al tiempo del fallecimiento del causante funcionaba como hogar conyugal, y siempre que a esa fecha no hubiese excedido la estimación económica para podérselo constituir en bien de familia.

El Derecho Real del Cónyuge Supérstite fue introducido en el Código Civil Argentino mediante la inclusión del Art. 3573 bis, por medio de la sanción de la ley 20.798 el 27-9-74, publicada en el Boletín Oficial el día 16-10-1974, de su libro IV de los Derechos Reales y Personales, Sección Primera de la Transmisión de los Derechos por Muerte de las Personas a quienes corresponda, Título IX del orden en las Sucesiones Intestadas, quedando redactado de la siguiente forma:

“Si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare 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 supérstite contrajere nuevas nupcias.”

Este derecho, asignado únicamente para el cónyuge, desconociendo los derechos para el caso de las uniones de hecho, representó un avance hacia el reconocimiento del derecho humano a la vivienda, demostrando la estrecha conexión existente entre los derechos reales y las necesidades de la vivienda y la familia, siendo verdaderamente providencial.

Según se manifestó en la elevación del proyecto de ley, se buscó con esta norma "poner fin a una situación crítica y angustiada que se presentaba a los cónyuges supérstites, que luego de haber compartido años de vida con el causante, entregando sus energías en procura de formar ambos un pequeño patrimonio que les asegure en la vejez, la habitación indispensable, se hallaban que al ocurrir la muerte de su compañero o compañera de luchas y en virtud del régimen de las sucesiones que establece el Código Civil, deberán abrir el respectivo juicio sucesorio, compartiendo el único bien con los demás herederos o legatarios, los cuales exigían la venta del inmueble, para percibir sus legítimas o legados, o bien para pagar las costas quedando el cónyuge supérstite sin habitación, lo que sucedía cuando éste tenía una edad avanzada, sin posibilidad biológica de reiniciar una vida productiva”¹²

¹² Papaño, Ricardo J. - Kiper, Claudio M. - Dillon, Gregorio A. y Causse, Jorge R., "Derecho civil. Derechos reales", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, ps. 631 a 635. citado en "Título: Protección de la vivienda. El derecho de habitación del cónyuge supérstite y del conviviente. Las cláusulas de indivisión. El Proyecto de unificación Autor", Fazio de Bello, Marta E. Publicado en: SJA 15/05/2013, 3 - Cita: TR LALEY AR/DOC/5428/2013

El proyecto de ley fue autoría del diputado Edgar Cossy Isasi. En la discusión parlamentaria su único expositor fue el senador Héctor D. Maya, quien sostuvo: *“se trata de un proyecto de ley por el que se incorpora al Código un artículo, con el número 3773 bis, que contempla la situación que se crea en aquellos juicios sucesorios por muerte de uno de los esposos en los que queda como bien hereditario una pequeña propiedad en la que hasta ese momento ha habitado la pareja. Dicho artículo establece que el cónyuge supérstite tiene derecho a habitar la casa de por vida. Vale decir que cuando concurren otros herederos, sean ascendientes o descendientes, ellos no pueden obligar a que, en virtud de la división de la herencia en los términos de la ley civil, el cónyuge supérstite sea privado de la vivienda. O sea que hay un derecho al usufructo del inmueble mientras el cónyuge viva. Se busca amparar al sobreviviente, teniendo en cuenta que generalmente los esposos, con gran esfuerzo, se hacen propietarios del inmueble que habitan y se procura que la muerte de uno de ellos no signifique la pérdida de la vivienda. Es, en consecuencia, una situación de amparo que estimo de estricta justicia, por lo que solicito el voto favorable para este proyecto de ley venido de la Honorable Cámara de Diputados” Diario de Sesiones Cámara de Senadores, año 1974, p. 2602*¹³.

La finalidad del legislador fue proteger al cónyuge supérstite asegurándole la posibilidad de habitar en una vivienda digna en el ocaso de su vida, liberándolo de la angustia de una partición hereditaria que le arrebatase lo que fue su último hogar compartido con su cónyuge fallecido. La ubicación del artículo se entiende por que le son aplicables “las demás disposiciones del Código Civil actual en lo que hace a la pérdida de tal beneficio al cónyuge en caso de que al momento de la muerte del causante los esposos se encontraran separados por culpa exclusiva del supérstite, como así mismo conservan la vigencia de las demás disposiciones que rigen en la materia. Asimismo, afirma que el proyecto no desconoce los legítimos derechos de los herederos y legatarios, sino que los posterga en el tiempo, “para dar paso a una seguridad habitacional del cónyuge supérstite”.

El doctor Cossy Isasi había presentado el proyecto con la siguiente redacción: *“Si a la muerte del causante, éste dejare un solo inmueble como integrante del haber hereditario, cuyo valor no sobrepase el indicado como límite a las viviendas para ser declarado bien de familia, y concurren a la sucesión otras personas con vocación hereditario o como legatarios, el cónyuge supérstite detendrá el usufructo vitalicio de la totalidad del inmueble, sin perjuicio de la legítima o cuota de la sociedad conyugal que por derecho corresponda”*. Tal como se observa, se trataba del derecho de usufructo, no de habitación, y no se extinguía el derecho por nuevas nupcias del beneficiario.

¹³ ROCA Ival, “Derecho de habitación del cónyuge y el conviviente supérstite en el Código Civil y Comercial. Aspectos positivos y negativos de la reforma”, en L. L. Online, AR/DOC/2305/2016.

Luego pasa a la Comisión de Legislación General, aconsejando su sanción, siendo modificado en el transcurso de la sesión realizándose algunas correcciones donde se aprobó el proyecto. Al día siguiente, 27 de Septiembre de 1974, El Senado aprobó el texto tal como lo conocemos.

Inmediatamente que fue promulgada la ley por el Poder Ejecutivo el 11 de Octubre del mismo año, el Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario de la Universidad Católica Argentina, solicitó mediante carta dirigida al Dr. Cossy Isasi, un informe de los antecedentes que había tenido en cuenta y de los criterios que lo habían inspirado, recibiendo el mencionado organismo una misiva, la cual se transcribe su parte principal:

“Para proyectar tal artículo sólo he tenido en cuenta un solo criterio: concebir la propiedad privada en función social, criterio que he extraído de nuestra Doctrina Justicialista, la que a su vez refleja los principios sustanciales que en la materia enuncian las conocidas Encíclicas Papales. Principio éste que estimo que deberá encontrar mayor eco en nuestra legislación positiva, conforme a lo que he podido apreciar en 20 años de profesión y ejercicio de la magistratura. Antecedentes legislativos no encontré en el Parlamento, ni de nuestro país, ni en la legislación comparada. Si bien el artículo de marras no soluciona un problema de un sector social, sino un problema de personas determinadas, no es menos cierto que el mismo limita el sentido liberal de la propiedad privada que pudieran invocar las personas que ostentan vocación hereditaria o derecho de legatario, para dar paso a un derecho que está sobre ese criterio: el del cónyuge supérstite que antes se encontraba desprotegido y sin derecho a una habitación en sus últimos años de vida, no obstante que tal habitación había sido levantada con el trabajo y el sacrificio de él y del cónyuge extinto, con lo que en forma indirecta la sociedad encuentra solucionado tal problema vital para un sector pasivo de ella.”¹⁴

Es así como este instituto es una de las máximas expresiones solidarias de los parlamentos constitucionales, incorporado al Código Civil el artículo 3573 bis estableciendo un caso de excepción más al principio de Vélez de la partición forzosa. Es por ello que se logra reafirmar al cónyuge como el integrante de la familia más protegido en nuestro ordenamiento jurídico. Vélez Sarsfield al redactar el derogado código, impuso su propio pensamiento al establecer que, aún cuando en la sociedad conyugal se destacaba el marido como administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, la mujer estaba protegida legalmente al establecer en el art. 1315 que: "Los gananciales de la sociedad conyugal se dividirán por iguales partes entre marido y mujer, o sus herederos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, aunque algunos de ellos no hubiese llevado a la

¹⁴ Barbero, Omar, "El Derecho de Habitación del Cónyuge Supérstite", Ed. Astrea, pág.6, Año 1977.-
18 de 97

sociedad bienes algunos". Asimismo, la ley 17.711 agrega un elemento más a través del art. 1277, toda vez que la limitación que establece a la legitimación que el cónyuge propietario tiene para realizar actos determinados en relación con bienes también determinados, conforma un régimen de protección a la cuota parte que pueda corresponder a los cónyuges al disolverse el régimen. Es así, como la posición que se le ha dado al cónyuge otorgándole una vocación sucesora plena, no tiene similar en ningún código de Europa o América, correspondiéndole el tercer orden de la sucesión intestada, concurriendo con todos los legitimarios; y no hay heredero alguno que pueda excluir al cónyuge supérstite; concurriendo con los parientes comprendidos en línea recta, excluyendo totalmente a los colaterales cualquiera sea su grado. Es por ello que posee un orden anómalo en la sucesión, una especie de cuña que se encaja entre otros, conviviendo con los parientes más próximos y que, a falta de ellos, sirve de fundamento para el derecho exclusivo que le otorga el art. 3572 al establecer: "Si no han quedado ascendientes ni descendientes los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo a todos los parientes colaterales".¹⁵

La excepción que nos atañe tiene por base necesaria un claro propósito tuitivo favoreciendo la vivienda viudal. La previsión trató de impedir que el supérstite quedara sin habitación al fallecer su cónyuge ya que, en virtud del régimen imperante se debe abrir el juicio sucesorio compartiendo el único bien con los demás herederos o legatarios, los que en la mayoría de los casos exigen la venta del inmueble para percibir su emolumento sucesorio o bien para pagar las costas. Es en ese sentido una justa reacción contra el principio de partición forzosa que consagró Vélez Sarsfield en la legislación. Es así como se ha establecido de manera contundente un privilegio en la concurrencia de legitimarios cuando se suscita un conflicto de intereses en torno al objeto de tutela de la ley protegiendo claramente la vivienda del cónyuge, siendo indiscutible el fundamento asistencial de la norma que se eleva por encima de otros intereses.¹⁶

Este carácter excepcional concedido al cónyuge supérstite no significa que la procedencia del pedido deba evaluarse restrictivamente, porque de lo contrario no sería compatible con el criterio asistencial que inspiró la sanción de tal norma y se haría ilusorio el derecho conferido por éste.¹⁷ Igualmente, el instituto plasmado implica reconocer que el beneficio del Art. 3573 bis no es sim-

¹⁵ Garbarini, Liliana M. - Nardelli Mira, Marcelo E. - Rovira, Carolina, "Otra forma alternativa de protección jurídica de la vivienda familiar: derecho de habitación del cónyuge supérstite (artículo 3573 bis del Código Civil)" Publicado en: *Revista del Notariado* 843, 737 Cita: TR LALEY AR/DOC/244/22

¹⁶ Staropoli, María del Carmen - Millán, Liliana Luján, "Derecho real de habitación del cónyuge supérstite: El artículo 3573 bis después de la reforma de la ley 23.515", Publicado en: *DFyP 2010 (diciembre)*, 188 Cita: TR LALEY AR/DOC/7581/2010.

¹⁷ CNac. Civ. Sala I, 13/11/1997, "Noailles Juan J. s/ Suc", LL 1998-F-14
19 de 97

plemente de carácter alimentario, sino que también tiene implicancias humanitarias y de carácter afectivo, cada vez más importantes a medida que avanza la edad del beneficiario.¹⁸

Caracteres

El Derecho real de habitación contenido en el Art. 3573 bis del Código Civil, introducido por la Ley 20.798 de 1974, presenta las características que desarrollaremos a continuación:

1.- Derecho Real. Por su mismo carácter viene a agregarse implícitamente al elenco del art. 2503 de CC. Como tal, el titular recibe el beneficio económico que le corresponde, directamente de la cosa y sin la necesaria intermediación de un sujeto de derecho obligado.

2.- Sobre cosa Ajena. Hay una desmembración del dominio. Para que pueda existir y subsistir, es menester que la cosa sea ajena. Si la cosa se convirtiese en propia del titular, el derecho de habitación se extinguiría por confusión (o mejor dicho, consolidación).

3.- Es vitalicio, tal como surge de la norma que estamos analizando. Es decir, este derecho se extingue con la muerte del cónyuge beneficiario, a menos que contraiga nuevas nupcias o se de algún supuestos de extinción prematura.

4.- Es gratuito, de acuerdo a lo establecido en el articulado, cuando la ley hace referencia a la gratuidad alude a que los otros coherederos no podrán exigir un precio por el uso del inmueble. Se aceptó en la Cámara de Diputados la inclusión expresa de este carácter, para evitar cualquier duda en el futuro.

5.- Incesible. No es transmisible por acto entre vivos. Aquí concuerdan perfectamente las normas del Libro III con el espíritu de la nueva institución. Se recuerda que para el usufructo se admite la cesión y la locación (Art. 2870), para el uso solamente la locación (Arts. 1449 y 2965), pero para la habitación se prohíben absolutamente tanto el uno como el otro (Art. 2963).

6.- Indivisible. Un poco carece de importancia este carácter, por que el titular va a ser siempre uno solo: el Cónyuge supérstite.

7.- Renunciable. El beneficiario puede rechazar, sin que ello importe renuncia a la herencia, que es independiente de este legado legal. También se puede renunciar a él después de haberlo reconocido. Por supuesto que siempre la renuncia ha de ser posterior al fallecimiento del causante, ya que antes importaría un pacto sobre sucesión futura (art. 1175 del CC).

¹⁸ CNac. Civ. Sala C, 6/10/2021, “Zalazar, Gabriela Patricia c/ Aرسالuz, Silvia Adela s/ Fijación de valor locativo”, cita:TR LALEY AR/JUR/154044/2021

8.- Modificable. Por aplicación del Art. 2952 es modificable en su contenido mediante convenio de partes. El cónyuge y el nudo o los nudos propietarios podrán aumentar o disminuir los derechos de cada parte, siempre que no vulneren disposiciones de orden público.

9.- De Naturaleza Alimentaria.

10.- Inembargable. Carácter que se deriva de su anterior y por su incesibilidad.

11.- Necesidad de Inscripción registral. Toda vez que se trata de una modificación de un derecho real sobre inmueble y atento a lo prescripto por el art. 2 de la ley 17.801. La registración se debe efectuar, conforme lo preceptuado por el Decr. 2080/80, art. 148, sobre la base de la presentación del documento notarial o judicial en el que además de los recaudos registrales exigibles, se deben consignar los autos sucesorios, el cumplimiento de los recaudos exigidos en el art. 3573 bis del Cód. Civil para la procedencia del derecho y el auto que dispone la inscripción.-

12.- Invocación por parte del cónyuge supérstite. Si bien este derecho se concede ministerio legis, no opera de oficio. En cuanto a la oportunidad de la alegación de este derecho, se considera que debe efectuarse antes de prestar el consentimiento para la partición o venta del bien, así como de cualquier otro acto que no sea compatible con el ejercicio del derecho de habitación. Asimismo, sostiene con acierto Marina Mariana de Vidal en su obra “Curso de Derechos Reales” que a fin de que opere este derecho es imprescindible que el cónyuge sobreviviente lo invoque en el juicio sucesorio ya que puede o no hacer uso de ese derecho, siempre que reúna los requisitos legales necesarios y, en tal caso, se dispondrá inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble.¹⁹

Naturaleza Jurídica - Alcance y Fundamento

No habiendo sido suficientemente reglamentada la nueva institución introducida por la Ley 20.798, asume particular importancia el estudio de su naturaleza jurídica. Esta temática no solo tiene una finalidad teórica, sino un objetivo más práctico: obtener conclusiones que sirvan para la realización de una auténtica justicia en caso de futuros casos concretos, estableciendo conclusiones que determinarán los principios aplicables al funcionamiento de la institución.

El Dr. Omar Barbero en su obra “El Derecho de Habitación del Cónyuge Supérstite” nos enseña que la naturaleza jurídica puede estudiarse bajo dos aspectos distintos: uno formal y otro material. El primero, significa examinar en que carácter el viudo o la viuda adquiere el beneficio, a que título lo inviste, como recibe su derecho, por que vía ingresa éste a su patrimonio, es decir,

¹⁹ Conf. Aut. y Ob. cit., T III, Edit. Zavalía. pág. 64, año 2016.

como lo adquiere. El segundo se refiere a la esencia del derecho de habitación, que tiene el cónyuge supérstite respecto del inmueble, es decir, *qué* adquiere.

Naturaleza Jurídica Formal

Desde el punto de vista doctrinario no existe uniformidad de criterio en relación a la naturaleza jurídica de este derecho. La consecuencia de adoptar una postura son relevantes en orden a determinar si el valor del derecho debe ser incluido en la masa hereditaria e integrar el cálculo de la legítima, si se halla gravado con el impuesto a la transmisión gratuita de bienes, si los acreedores hereditarios pueden ejecutar sus créditos sobre el inmueble (dominio directo) o solamente sobre el valor correspondiente a la nuda propiedad (dominio indirecto).

Se han propuesto seis tesis al respecto:

a) Para Borda, Garcia Coni, Vidal Taquini, Méndez Costa, Borgonovo y la XIX Jornada Notarial Bonaerense, el viudo adquiere *iure proprio*.

b) Para Molinario, Andorno y Mazzuco Barthé, lo adquiere *iure Hereditatis*.

c) Para Barbero y Belluscio, la habitación se adquiere *iure legati*.

d) Para Zannoni es una *carga legal* impuesta a los herederos en beneficio del cónyuge supérstite.

e) Para Garcia Pareja, lo recibido por el viudo es un *bien ganancial*.

f) Para Barrionuevo es una *figura ecléctica*.

Tesis del “JURE PROPIO”

Parte del sector de la doctrina (Vidal Taquini, Borda, Mendez Costa, Borda entre otros), ha sostenido que se trata de un derecho concedido al cónyuge supérstite *iure proprio* - derecho propio -, es decir que le asistirá independientemente de su calidad de heredero, naciendo el mismo con la muerte del causante. Este no lo recibe por herencia ni integra la masa hereditaria, no incluyéndose en la partición, tampoco se calcula su valor para fijar la legítima o las porciones hereditarias, ya que ésta se forma con el conjunto de derechos activos y pasivos que el causante transmite a sus herederos; consecuentemente, no se incluye en la cuota del cónyuge supérstite. Este derecho le es otorgado por su calidad de tal, por no formar parte de la herencia que se transmite, naciendo en el mismo

momento del deceso del otro cónyuge, por que si éste lo tuviera en vida se extinguiría por efecto de su muerte, atento que es intransmisible (Arts. 2920 y 2969 del Código Civil).²⁰

Aida Kemelmajer de Carlucci sostiene que este derecho real creado por medio de la Ley 20.798 nace en cabeza del cónyuge, como consecuencia de la muerte, pero desvinculando de los principios que rigen el derecho de las sucesiones y de la calidad de heredero.²¹

Borda entiende que lo adquiere Jure propio, no por herencia, sino a título personal, excluyendo del Derecho Sucesorio a la nueva institución. Esta conclusión resulta evidente si se considera que el cónyuge goza de ese derecho aunque no hereda al fallecido; como ocurre en el supuesto de que todos los bienes del sucesorio sean gananciales y haya hijos. Esta claro que que no se trata de un derecho que pasa del patrimonio del causante al del cónyuge supérstite. Es un derecho del que ya gozaba en vida del causante, como que vivía y habitaba la casa común. Enuncia este autor que lo que la ley hace es respetarle al supérstite una situación de hecho de que gozaba antes del deceso del cónyuge. Asimismo, considerar que este derecho es recibido jure propio, es la solución que se impone dado el carácter asistencial que reviste. No se trata de regular la sucesión de los bienes del causante, sino simplemente de no dejar sin techo al que sobrevive²², aseverando que el derecho adquirido por el cónyuge supérstite no es el mismo que aquel del cual era titular el de Cujus.

La doctora Maria Josefa Mendez Costa, en su obra Régimen Sucesorio de los bienes Gananciales, realiza un análisis de esta posición ²³:

a) En el caso en que el inmueble de que se trate hubiera sido propio del causante o ganancial de su titularidad, éste podría haber dispuesto en vida de todas las facultades inherentes a su dominio o por bien por testamento, instituyendo un legado de usufructo o habitación, pero, con relación a un bien ganancial de la titularidad de su consorte, no hubiera tenido facultades para disponer de un legado de esta especie. Esta consideración le permite rechazar la teoría del legado ex-lege.

b) La concurrencia del cónyuge con descendientes o hijos adoptivos, el viudo o viuda carece de vocación hereditaria sobre los bienes gananciales de cualquier titularidad y disfruta del derecho de habitación instituido por la ley 20.798.

²⁰ Lea M. Levy - Maria Bacigalupo de Girard, "Protección de la Vivienda Familiar", Ed. Hammurabi, pág.100, Año 2011.-

²¹ Kemelmajer de Carlucci , Aida, "Protección Jurídica de la Vivienda Familiar", Cap. VI, pág. 322., año 1995.

²²Borda, Guillermo "Tratado de Derecho Civil Sucesiones" Tomo I, ed. Lexis Nexis, pag. 403, año 2003

²³ Conf. Aut. y Ob. cit., Edit. Ediar, Año 1977.

Por tanto, ha de entenderse que la concepción del derecho de habitación viudal como un derecho al cual se accede *Jure proprio*, es decir, de manera originaria, responde a una singular tipificación evidenciada por la imposibilidad práctica de llegar a un acuerdo doctrinal sobre su naturaleza jurídica. Por eso se concluye que el derecho de habitación “específico” nace en cabeza del beneficiario al producirse el deceso de su cónyuge.²⁴

Los principales argumentos de esta posición son:

a) La ley no se propone regular la transmisión de los derechos, no está inspirada en razones pecuniarias; solo persigue la protección de la vivienda del cónyuge supérstite, incluso en desmedro de los derechos de propiedad que competen a los herederos.

b) Si todos los bienes que conforman el acervo son gananciales, el cónyuge nada hereda, por lo que no reviste la calidad de heredero. Sin embargo, ello no impide invocar el derecho real de habitación.

Del principio de que el derecho de habitación lo tiene el cónyuge *jure proprio*, se derivan consecuencias:

a) el derecho de habitación no integra la masa hereditaria y, por consiguiente, no se le incluye en la partición, ni se estima su valor para fijar la legítima o para calcular las porciones hereditarias.

b) el esposo puede renunciar a la herencia y ejercer el derecho de habitación.

Quienes participan de esta postura concluyen que este derecho nace a favor del cónyuge supérstite en el momento en que se contrae matrimonio o nace la vida en común con el causante. En vida del causante este derecho permanece aletargado, en potencia o en estado de latencia, no pudiendo ser ejercido ni invocado por su cónyuge o conviviente. Recién a la muerte del causante el derecho despliega toda su vigencia y eficacia y es cuando podrá ser ejercido o invocado; cumpliendo de esa manera con el fin protectorio tenido en mira por el legislador al consagrarlo.²⁵

Tesis del “*JURE HEREDITATIS*”

Se ha sostenido que el derecho real de habitación del cónyuge superstite tiene carácter *iure hereditatis* - derecho hereditario - por que se entiende que éste emana de la calidad de heredero, en

²⁴ Chavarri, Angel B.; "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite", en Sucesiones, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1991, pag. 147

²⁵ Guastavino, Gabriel “Derecho de habitación del cónyuge/conviviente supérstite”, publicado en Revista De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales. Nueva Época, 2017-02-01, pág 6, <https://doi.org/10.14409/ne.v0i10.6228>

tanto y en cuanto, el cónyuge supérstite asuma en la sucesión carácter hereditario, es decir, que para invocarlo debería revestir la calidad de heredero ²⁶, debiendo ser condición indispensable para la invocación del beneficio, el que este supeditado a la muerte del causante, atento que en vida del mismo éste derecho no produce efectos. Asimismo, se ha afirmado que se trata de un derecho hereditario por que en el están contenidos presupuestos que caracterizan el derecho sucesorio, es decir, que se trate de un bien que forma parte del patrimonio del causante, significado económico, no produce efectos con anterioridad a la apertura de la sucesión y se transmite mortis causa directamente a partir de la muerte del causante. ²⁷

Los argumentos que defienden esta posición son varios. Por empezar, el viudo adquiere un derecho distinto del que tenía el cónyuge fallecido, por que este tenía dominio y el viene a tener habitación. El causante tenía el dominio sobre el inmueble que constituía el hogar conyugal, el cual comprende, *jus utendi*, *jus fruendi* y *jus abutendi*. Al morir, el *jus utendi* pasará al cónyuge supérstite, mientras que el *jus fruendi* y el *jus abutendi* se transmitirán al heredero que resulte adjudicatario del inmueble o legado, si existe. Se produce entonces un desmembramiento del dominio por imperio de la ley, el viudo adquiere su derecho a título derivado, no originario.

Asimismo, la nueva disposición fue incluida dentro de la “Sucesión de los cónyuges” y, a su vez, en la Sección Primera del libro IV, titulada “De la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondían”.

A modo de conclusión, siendo el derecho otorgado por el Art. 3573 bis de carácter sucesorio, surge:

a) se produce de la modificación subjetiva de una relación jurídica por causa de muerte, consistente en su transmisión.

b) la modificación además, es objetiva, mientras que la adquisición derivada es constitutiva.

c) como en toda adquisición derivada, el derecho del sucesor dependen del que tenía el causante (art. 3270 del C.C.)

d) la reforma introducida determina dos excepciones a principios generales del régimen sucesorio ab intestato: 1) los bienes se transferían en propiedad (aquí se transfiere habitación), y 2) la

²⁶Molinario, Estudio del art. 3573 bis del Código Civil, LL, 1975-B-1040 citado por Bueres Alberto en Código Civil comentado, tomo 6A Ed. Hammurabi.

²⁷ Garbarini, Liliana M. - Nardelli Mira, Marcelo E. - Rovira, Carolina, “Otra forma alternativa de protección jurídica de la vivienda familiar: derecho de habitación del cónyuge supérstite (artículo 3573 bis del Código Civil)”, Publicado en: [Revista del Notariado 843, 737 TR LALEY AR/DOC/244/22](#)

vocación sucesoria se refería siempre a la totalidad de la herencia o a una parte alícuota de ella (aquí se refiere a un bien determinado).²⁸

La crítica que recibe esta postura está dada por la falta de identidad entre el derecho que detenta el causante y el que recibe el supérstite, al faltar esa identidad no se puede válidamente hablar de una transmisión o adquisición hereditaria de derechos. El derecho de habitación que recibe el supérstite no es el mismo derecho que detentaba el causante (dominio pleno de todo o parte del bien, en caso de ser ganancial).²⁹

El Derecho de Habitación como “Jure Legati”: Prelegado Legal.

Esta posición, defendida por Belluscio y Barbero, admiten que es exacto encuadrar la nueva institución dentro del ámbito del Derecho Sucesorio, no compartiendo la afirmación de que el cónyuge supérstite recibe la habitación como heredero, sino como *legatario legal particular forzoso*, independientemente de lo que pueda recibir a título de herencia y de disolución de sociedad conyugal.

A modo de fundar esta tesis se han manifestado que la sucesión mortis causa puede ser intestada o testada, según se defiera por voluntad de la ley o del causante (Arts. 3262 y 3280). Desde otro punto de vista puede ser universal, si se transmite todo un patrimonio o la parte alícuota de él, y particular, si se transmite un bien determinado. De acuerdo al derecho positivo vigente a ese momento, existe el inconveniente de incluir dentro de la sucesión intestada, la sucesión particular. En este caso efectivamente es lo que sucede, una ley en vez de llamar a recoger todo un patrimonio o una parte, llama a recibir un bien específico dentro del acervo. En efecto, llama al cónyuge supérstite a recibir la habitación del inmueble que había sido el hogar conyugal. Esta posición es criticada por que el concepto de legado está vinculado al de disposición testamentaria, siendo extraño a nuestro ordenamiento la figura de los legados legales o *ex lege*, hasta la sanción de la ley 20.798, introduciendo una sucesión particular *mortis causa*, fundada directamente en la ley.

Los defensores de esta postura piensa que la denominación “legado legal” o “legado ex lege” es la adecuada por razones de analogía. Asimismo, defienden caracterizarlo como un “prelegado legal” por que el beneficiario también es llamado por la ley como heredero.³⁰

²⁸Barbero, Omar.,Ob. Cit, pag. 36.

²⁹Guastavino, Gabriel; “Derecho de habitación del cónyuge/conviviente supérstite”, publicado en Revista De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales. Nueva Época, 2017-02-01, <https://doi.org/10.14409/ne.v0i10.6228>

³⁰ Barbero, Omar, Ob. Cit, pág. 38.

La consecuencia principal de concebir la habitación del viudo como un legado es su independencia de la herencia y la posibilidad de aceptar la primera y repudiar la segunda, y viceversa.

Por añadidura, es que recibe la habitación además de lo que le corresponda como heredero, tal como surge de los antecedentes parlamentarios cuando el Doctor Cossy Isasi al presentar su proyecto, la redacción del artículo terminada con la frase “sin perjuicio de la legítima o cuota de la sociedad conyugal que por derecho le correspondiere”

Asimismo, se ha entendido que estamos frente a un prelegado particular forzoso, en virtud de que la habitación es adquirida por el cónyuge supérstite *iure legati*, independientemente de lo que pueda recibir a título de heredero y de la disolución de la sociedad conyugal; así se le atribuye carácter de legatario legal particular forzoso.

Sin perjuicio, esta posición ha recibido críticas atento que en el derecho argentino no es jurídicamente correcto hablar de legados o prelegados de origen legal. En nuestra legislación, y mientras no se opere una modificación legislativa al respecto, los legados o prelegados tienen su origen exclusivamente en la voluntad del causante, manifestada en un testamento válido.³¹

El Derecho de Habitación como Carga Legal impuesta a los Herederos

Para el Doctor Zannoni se trata de una carga legal impuesta a los herederos en beneficio del cónyuge. Este derecho otorgado al cónyuge se constituye como contenido de la relación jurídica sucesora determinada por el fallecimiento del cónyuge premuerto. De este modo, la relación de comunidad creada en el contexto de la sucesión universal contiene la atribución *ut singulari* del dominio útil a favor del cónyuge supérstite del inmueble que constituyó el hogar conyugal.³² Como lo afirma, la satisfacción del derecho involucra una carga legal impuesta independientemente de la cuota o porción a él asignada en concurrencia con otros herederos. Como corolario de significar una carga legal a la herencia su finalidad se sustenta básicamente en el carácter tuitivo y asistencial de garantizar al cónyuge el uso y goce de modo gratuito del inmueble que fuera la sede familiar, sin perjuicio de resguardar el carácter afectivo.³³

³¹ Guastavino, Gabriel “Derecho de habitación del cónyuge/conviviente supérstite”, publicado en Revista De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales. Nueva Época, 2017-02-01, <https://doi.org/10.14409/ne.v0i10.6228>

³² Lea M. Levy - Maria Bacigalupo de Girard, Ob. Cit. citando a Cordoba - Levy - Solari - Wagmaister, Derecho Sucesorio, 1992, T II, p. 213.

³³ Zavala Gaston Gustavo, “Derecho de Sucesiones” revista 2022-3, Ed. Rubinzal Culzoni, “Derecho real de Habitación de Cónyuge Supérstite”, citando a Zannoni, Eduardo, Derecho Civil. Derecho de las Sucesiones 4ta. Ed.. 2001

Tiene dicho la jurisprudencia que la tutela legal requerida no se agota ni se limita a una restricción dominical por que, además de su fin asistencial, presenta implicancias afectivas, que tienden a proteger al cónyuge supérstite para que no se encuentre necesitado de abandonar la sede del hogar conyugal para dividirlo con sus coherederos ³⁴. Este derecho de habitación no importa negar o desconocer el derecho de propiedad que corresponda a otro heredero, sino una limitación temporal al ejercicio pleno de éste, fundada en razones que la ley considera tan atendibles como las que sustentan el derecho de propiedad.³⁵ Esta tutela abrega en los derechos y principios emergentes de las convenciones internacionales introducidas como derecho fundamental a partir del constituyente del año 1994 protectoras de la vivienda, la solidaridad familiar, de grupos vulnerables como los de las personas mayores ³⁶, principio *pro homine*, priorizando la visión constitucional del derecho a la vivienda sobre el meramente patrimonial de los herederos. La indivisión forzosa que establece la norma es una carga de la sucesión y la sufren sólo los herederos y legatarios. Y no en beneficio de cualquiera que haya sido conviviente con el de *cujus* sino sólo quien, además de conviviente es también heredero, como es el caso del cónyuge. Por eso, la concubina no es heredera, de manera que extenderle este beneficio importaría en la práctica asignarle un derecho en la sucesión. ³⁷

Mariani de Vidal sostenía que este derecho perseguía un propósito asistencial que resultaba ciertamente loable por que respondía a sentimientos de justicia al tratar de que cónyuge supérstite no se viera privado de habitar el único inmueble que en vida constituyó la sede del hogar conyugal frente a requerimientos de partición de coherederos o legatarios. El propósito de la ley era asegurar su casa al cónyuge sobreviviente, aunque sin impedir la adjudicación del bien como medio de concluir con la indivisión hereditaria.

El Derecho de Habitación como Bien Ganancial

³⁴ CCCom. de Lomas de Zamora, saia I, 19-6-2015, "C., S. V. s/Sucesión ab intestato", RC J 4549/15

³⁵ C. Nac. Civ., Sala F, 19/3/1996, "T., R. C. s/ Suc", LL 1997-A-249

³⁶ La Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Necochea revocó la sentencia de grado que había hecho lugar al cese del derecho real de habitación de la cónyuge supérstite de 70 años de edad y con un delicado estado de salud, observando la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CCCom. de Necochea, 26-9-2019, "Ferrari, Guerino Rubén s/Sucesión", 8448, Rubinzal Online, RC J 10895/19; L. L. Online, AR/JUR/33320/ 2019.)

³⁷ CCyC de la 3a Nominación de Córdoba, 28/07/2011, "M., M. del C. c/ Sucesores de D. G. s/ recurso de apelación exped. interior"; Cita: TR LALEY AR/JUR/40372/2011.-

Esta Tesis es defendida por García Pareja que entiende que lo recibido por el viudo es un bien ganancial. Enuncia que esta posición encuadraría dentro de lo enunciado por el Art. 1272 del C.C., que establece que es ganancial lo que se hubiese gastado en un objeto de que sólo uno de los cónyuges obtenga ventajas. Admite a favor de la sucesión un crédito de recompensa por la mitad del valor no perteneciente al viudo. No obstante reconocerle su mérito, la tesis no resiste el análisis; el defecto fundamental de ella fue acertadamente señalado por Vidal Taquini durante el debate en Comisión: lo que prevé el Art. 1272 es el gasto realizado antes de la disolución del matrimonio, no después.³⁸

El Derecho de Habitación como figura "Sui Generis"

Otros en cambio, lo han calificado como un derecho Sui Generis. Para el profesor Heriberto Barrionuevo nos encontramos frente a una figura jurídica que acrece en ella tanto caracteres de los derechos personales como de los derechos hereditarios. Para él, es una figura biforme, sin fisonomía específica. Es una figura ecléctica.³⁹

A los efectos de la ley aplicable en el tiempo, el plenario de la Cámara Nacional Civil del 15/8/79, resolvió, in re, "Falland, Federico s/Sucesión", que el derecho real de habitación consagrado por el art. 3573 bis del Cód. Civil no es reconocido al cónyuge supérstite cuando el causante falleció con anterioridad a la sanción de la ley 20.798" (ED, 84-504; LL, 1979-C-530; JA, 1979-11-337).

La jurisprudencia tiene dicho que es asimilable al derecho alimentario, dado el carácter eminentemente asistencial que el mismo reviste, siendo independiente de la legítima.⁴⁰

Como corolario, es necesario aclarar que el derecho real de habitación del cónyuge no configura un caso de indivisión forzosa. Señala Luis Moisset de Espanés que la partición hereditaria se realizará sin ningún obstáculo, tanto sobre el resto de la masa de bienes como al inmueble mismo afectado por el derecho de habitación, lo que ocurre es que habrá sobre el inmueble una desmembración legal del dominio.

³⁸ Conf. Barbero, Omar, Ob. Cit. pág. 49

³⁹ Barrionuevo, Heriberto; "Artículo 3573 bis del Cód. Civil, su aplicación a casos concretos", J.A. 1976-III-302 citado por Barbero, Omar; "El Derecho de Habitación del Cónyuge Supérstite", Ed. Astrea, Año. 1977, pág. 49.z

⁴⁰ Cfr. CNCiv., Sala I, 24/10/95, ED, 168-866; ídem, Sala L, 6/10/94, ED, 162-253, con nota de Osvaldo Onofre Alvarez; ídem, Sala K, 23/6/96, LL, 1996-2..

Naturaleza jurídica Material

En este aspecto se estudia el aspecto intrínseco, del contenido del derecho en sí mismo, una vez que se incorpora al patrimonio del viudo. Se analiza qué derecho recibe o adquiere el supérstite. Aquí la problemática en cuanto a su naturaleza jurídica es más simple, ya que la cuestión se reduce a dos puntos de vistas contrapuestos: si se recibe el mismo e idéntico derecho real de habitación regulado por el ordenamiento en la sección correspondiente a los derechos reales o si se trata de un nuevo y novedoso derecho real creado a partir de la regulación específica de la figura.

Existen dos tesis en torno a la Naturaleza jurídica material:

a) Para algunos, es el mismo derecho real de habitación legislado en el Libro III, Título XI del Código Civil derogado. (Molinario, Mariana de Vidal, entre otros.)

b) Según otros, se trata de un Derecho de Habitación especial, análogo pero no idéntico al del Libro III. (Barbero, Garcia Coni, entre otros).

Mayoritariamente se considera que el derecho en estudio es el mismo que se regula en la parte pertinente a los derechos reales. Desde esta óptica, no habría una nueva figura legal (derecho real de habitación supérstite), sino que se trataría del mismo derecho, aunque con ciertas notas distintivas y características.

En cambio la postura minoritaria que establece que nos encontramos frente a un Derecho Real de Habitación Especial, establece que el mismo posee notas características propias las cuales son distintas al derecho real de habitación que son su origen legal y su carácter gratuito.

1.d Requisitos

Según la norma, para que sea viable este derecho se exigen las condiciones que desarrollaremos a continuación:

1.- Un solo Inmueble habitable

Para que el cónyuge supérstite pueda acceder a la titularidad del derecho, el nuevo precepto exige que el causante: “dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario”. Puede observarse que el proyecto original del diputado Cossy Isasi especificaba “un solo inmueble como integrante del haber hereditario”, lo que era terminante, pero en el texto vigente se establece que debe tratarse de “un solo inmueble habitable”.

Como principal presupuesto a fin de que proceda el derecho real de habitación es necesario que el acervo esté integrado por un solo inmueble habitable. La ley excluye los casos en que el acervo hereditario estuviese integrado por otros bienes que pudieren permitir al cónyuge supérstite solucionar sus inconvenientes referidos a la vivienda. El requisito de que exista un solo inmueble habitable se refiere a la inexistencia de otros aptos para satisfacer las necesidades habitacionales de aquél. Así, tal exigencia no se refiere a bienes muebles, inmuebles aplicados a otro destino, o aquellos que se encuentran ocupados por efectos de un contrato de locación vigente, sino a los inmuebles destinados a vivienda y libres de ocupantes.⁴¹ Aquí es donde se puede pensar que esta exigencia es la clave del espíritu del legislador y del verdadero fin de la norma; allí donde ésta encuentra su sentido asistencial.⁴²

Es por ello que se generaba la situación de que podría llegar a suceder si existiesen otros bienes muebles o inmuebles de carácter propio, como así también otros bienes valiosos que puedan solucionar el problema de la vivienda del cónyuge beneficiario. Fue inevitable la tensión generada entre el cónyuge supérstite y los derechos de otros herederos legitimarios o no y legatarios, habiendo sido objeto de tratamiento en la jurisprudencia como así también a nivel doctrinario, resaltando principios como el abuso de derecho y el derecho constitucional a la vivienda. No obstante, se ha sostenido que estos conflictos deben solucionarse a la luz de las pautas del abuso de derecho (Art. 1071 del CC) y que, ante la existencia notoria o manifiesta de otros bienes de gran valor, se pueda llegar a sostener que la invocación de este instituto vulnera los fines tenidos en miras al otorgarlo.⁴³ En cambio, el Dr. Cifuentes establece que si existen otros inmueble no habitables o bienes muebles de un valor tal que luego de efectuada la partición, el cónyuge supérstite pueda adquirir otra vivienda o serle adjudicada la vivienda que fue sede del hogar conyugal, el amparo de la norma no le resulta aplicable a la luz del art. 1071 bis. El bien puede ser propio o ganancial, pero si se encuentra afectado a un condominio entre el cónyuge y terceros, la norma deviene inaplicable. Asimismo, tampoco podría el viudo invocar el derecho real de habitación, si es propietario de un bien habitable que no integra el acervo de su cónyuge.⁴⁴ Asimismo, el Dr. Borda posee una posición en relación a este requisito. El mismo establecía la situación en la cual el causante tuviera, además de la casa en que estaba constituido el hogar conyugal, otra casa o departamento desocupado, que se adjudica a

⁴¹ Lopez Mesa, Marcelo, "Codigo Civil y Leyes complementarias", Tomo IV, ed. Lexis Nexis, Año 2008, pág.659.

⁴² Lea m Levy - Maria Bacigalupo de Girard, Ob. Cit., pág.102.

⁴³.Kemelmajer de Carlucci, Ob. Cit. pág. 327.

⁴⁴Santos Cifuentes, "Código Civil Comentado y Anotado", Tomo V, pág. 667, Ed. La Ley, Año 2008.-

otro heredero. Si se aplicara textualmente el texto legal, el cónyuge supérstite no tendría derecho de habitación, pero lo que la ley ha querido asegurarle al cónyuge supérstite es su vivienda. La única inteligencia razonable sería de acuerdo a este autor que el derecho de habitación sólo cesa cuando la otra vivienda habitable forma parte de la hijuela que corresponde al cónyuge supérstite. Es decir, recién en el momento de la partición y sólo como consecuencia de haberse adjudicado al cónyuge supérstite otro inmueble habitable, cesa el derecho de habitación sobre el hogar conyugal.⁴⁵

La jurisprudencia ha adoptado distintas posiciones, ha dicho que para que este instituto sea procedente el causante debe haber dejado un solo inmueble habitable, sin que importe que existan otros bienes cuando estos fueren insuficientes para cubrir las necesidades habitacionales.⁴⁶ Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que la interpretación restrictiva asignada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires al texto del Art. 3573 bis del Código Civil no se compadece con el fundamento asistencial que motivó la sanción de dicha norma y conduce a hacer ilusorio el derecho conferido por éste.⁴⁷ A mayor abundamiento, se ha resuelto que es procedente la oposición del cónyuge supérstite a la partición del inmueble donde estaba asentado el hogar conyugal, invocando el derecho real de habitación estudiado, si no existe ningún otro bien destinado a vivienda y apto para ser habitado, teniendo en cuenta la naturaleza asistencial del citado instituto y las necesidades habitacionales del peticionante.⁴⁸

En las “IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil” (Mendoza, 1976) se recomendó interpretar la norma en el sentido que “el derecho se ejercerá cuando el causante deje solamente un inmueble habitable como integrante del acervo hereditario. No obstante, corresponderá cuando, a pesar de existir otros bienes, éstos fueran insuficientes para satisfacer las necesidades habitacionales del cónyuge supérstite”.

Asimismo, se ha determinado que el inmueble puede ser propio o ganancial, ya sea que la titularidad del inmueble pertenezca al cónyuge sobreviviente o al causante, por que de todas maneras está destinado a ser partido en la sucesión.⁴⁹

⁴⁵ Borda, Guillermo; “Tratado de Derecho Civil”, Sucesiones T. 1 pág. 4, ed. La Ley, año 2003.-

⁴⁶ La CNCiv., Sala M (24/3/92) se pronunció en el sentido de que existiendo otro inmueble habitable en el acervo hereditario y existiendo bienes que permiten integrar la hijuela del cónyuge o con el inmueble que era sede del hogar o con una compensación dineraria suficiente para garantizar la vivienda del viudo, resulta improcedente la aplicación del Código Civil.

⁴⁷ CSJN, 1985/03/28, La Ley, 1985-C, 458

⁴⁸ CNCiv., Sala A, 2002/10/17, La Ley, 2002-F, 738 - ED, 200-373

⁴⁹ CNCiv. Sala G, 23/9/94, ED, 162-687 resolvió que el inmueble asiento del hogar conyugal debe ser de dominio exclusivo, propio o ganancial del causante.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Segunda del departamento Judicial de La plata, Sala II en fecha 27/6/89 entendió que el derecho del cónyuge supérstite de permanencia vitalicia y gratuita en la vivienda que reúne los requisitos del Art. 3573 bis del C.C. tiene jerarquía constitucional y, en consecuencia, no puede ser privado de él aún frente a la existencia de otros bienes. En el caso, el hijo invocó el ejercicio abusivo del derecho real de habitación, por que en el acervo sucesorio había bienes suficientes para vender permitiendo a ambos tener vivienda, sosteniendo que esta figura tiene naturaleza asistencial y por ello es de interpretación restrictiva. El tribunal de Alzada consideró que, al haber desaparecido los topes para la constitución del bien de familia en la Provincia de Buenos Aires, no cabía hacer la distinción invocada por el coheredero, calificando de abusiva la conducta del hijo que quería sacar a la madre del inmueble donde había vivido con el padre. Este fallo suscitó conclusiones encontradas y mereció comentarios encontrados. Sassali entiende que dada su naturaleza asistencial, no hay razones para conceder este derecho cuando existen bienes suficientes en la herencia; tampoco se violenta el fin perseguido por la norma si los coherederos aseguran a la cónyuge sobreviviente otro inmueble. Si hay bienes suficientes, no existe el peligro de que el cónyuge supérstite quede sin techo, situación de desamparo que la ley pretende proteger. Para Bidart Campos hay una correcta interpretación constitucional del derecho a la vivienda.⁵⁰ En cambio, la sala M del mismo tribunal de Alzada resolvió: “Existiendo otro inmueble habitable en el acervo hereditario y existiendo bienes que permiten integrar la hijuela del cónyuge o con el inmueble que era sede del hogar o con una compensación dinerada suficiente para garantizar la vivienda del viudo, resulta improcedente la aplicación del Art. 3573 bis, con mayor razón aún, si existen otro bienes inmuebles, cuya habitabilidad no esta discutida, y otra serie de bienes”.⁵¹ Puede suceder que estos otros inmuebles no estén en el haber hereditario, por que el cónyuge supérstite tenga inmuebles entre sus bienes propios. La Sala C de la Cámara Nacional en lo Civil resolvió que “no corresponde acordar el derecho de habitación gratuito y vitalicio contemplado en el art. 3573 bis del Código Civil al cónyuge que posee a título propio otros bienes que le permiten satisfacer sus necesidades de habitación, porque si bien el mencionado artículo no prevé esta situación, resultaría antifuncional acordar el derecho citado por la sola circunstancia de que ese bien literalmente no integra el acervo hereditario. En el caso, la cónyuge sobreviviente tenía un departamento propio; lo había alquilado, pero el contrato había vencido y no habían constancias de que estuvie-

⁵⁰ Cám. Civ. 2ª La Plata, Sala II, 27/6/89, "Revista del Notariado", 820-17, con nota en contra de Sassali, El derecho real de habitación del cónyuge supérstite (art. 3573 bis del Cód. Civil) y ED, 135-303, con nota aprobatoria de Bidart Campos, Una arista constitucional en el derecho real de habitación del cónyuge.

⁵¹ Fallo de la Cámara Civil y Comercial Segunda del departamento Judicial de La plata, Sala M 24/3/92, "González Franco, Ana c. Buschiazzo, Matil-de", JA, 1993-I-440

se ocupado”.⁵² Asimismo, se ha resuelto por una hermenéutica más restringida del instituto que había sido diseñado para preservar a la viuda del eventual riesgo de la privación de su vivienda única, en caso de concurrencia con el interés de otros herederos, sobre el mismo patrimonio relicto. La existencia de otro bien integrante del acervo, tornan inaplicable la protección normativa pretendida por que resulta que se halla en mejores condiciones y alejada de la hipótesis de absoluta carencia de medios, a los cuales va dirigida la norma, con un evidente propósito asistencial. Por ello, frente al derecho de la esposa ocupante, se halla el de los coherederos. No parece responder a la tésis del precepto en exámen, el hecho de que estos últimos deban soportar un gravamen mayor del que legalmente corresponda, más aún si el cónyuge supérstite contaría con un ingreso que permita subvenir cómodamente a sus necesidades básicas.⁵³

La Dra. Aida Kemelmajer establece que estos conflictos deben resolverse a la luz de las pautas del abuso de derecho; ante la existencia de notoria o manifiesta de otros bienes de gran valor, puede llegar a sostenerse, razonablemente, que la invocación vulnera los fines teniendo en miras al otorgarlo.⁵⁴

Asimismo, Barbero, acertadamente enuncia que la unidad requerida por la ley debe ser interpretada con cautela, teniendo en cuenta el fin de la ley; asegurar al cónyuge supérstite su casa, su habitación de esa necesidad tan primaria como es la de albergarse. No debe entenderse “un solo inmueble habitable de propiedad del causante en el momento de la muerte”, sino “un solo inmueble habitable disponible para efectuar la partición, una vez pagadas las deudas y cargas de la sucesión”.⁵⁵

A mayor abundamiento, Vidal Taquini realiza una crítica de este requisito en virtud de su defectuosa redacción, debiéndose buscar su recto sentido. Dado el carácter asistencial del derecho debe entenderse que el derecho podrá ejercerse cuando el acervo está integrado por un único bien inmueble. Entonces si existen otros, aunque no sean habitables, el derecho no puede funcionar, por el desmedro al derecho de los otros herederos y la desigualdad que suscitaría. En la medida que existan otros bienes en el acervo partible desaparece el amparo, por que el cónyuge así podrá solucionar su habitación, pues el derecho no se otorga por el grado de afección que se pudiera tener ha-

⁵² CNCiv., Sala C, 8/4/88, “Javam, Elías s/ Sucesión”, ED, 128-624.

⁵³ CNCiv., Sala A, 14/11/2012, “Orteu, Ramon Jose s/ sucesión Ab-Intestato”, Publicado en: DFyP 07/10/2013, 135; Cita: TR LALEY AR/JUR/81418/2012.-

⁵⁴ Conf., Kemelmajer de Carlucci, Aida. Ob. Cit pag. 327.

⁵⁵ Conf. Barbero, Omar. Ob. Cit. pág. 18.

cia lo que fue el hogar conyugal. En estos supuestos se torna factible la adjudicación al cónyuge del inmueble y allí cesa el derecho real.⁵⁶

Otro inconveniente se ha presentado a la hora de definir el término “habitable”. Este adjetivo comprende la reunión de dos condiciones: a) que el inmueble sea destinado a vivienda y b) que esté desocupado. Si no cumplierse con la condición de destino de vivienda, sería imposible la existencia de un derecho de habitación, pero se puede generar un inconveniente cuando se trate de un inmueble no exclusivamente destinado a ello, por ejemplo, el caso de la vivienda negocio o cuando un matrimonio vive en el campo y tiene allí su vivienda y su explotación agropecuaria. Lo que hay que tener en cuenta en estos casos es el propósito que tiene la ley de asegurar al esposo sobreviviente su casa, pero no más. Por lo tanto, lo que debería hacerse es dividir materialmente inmueble y en caso de que no pudiera hacerse la división en especie, el juez arbitrará la solución a tomar, por ejemplo, vender el inmueble y comprar con la parte proporcional del precio una vivienda para que habite el viudo. Asimismo, la vivienda debe estar desocupada, por que si estuviera alquilada, por ejemplo, no sería habitable, que es lo que ha querido significar la ley.

Asimismo, existe un presupuesto implícito que consiste en que el causante haya dejado el dominio exclusivo sobre el único inmueble habitable o al menos un condominio conjuntamente con el cónyuge supérstite. No se podría pretender este último del derecho de habitación si el causante solamente tenía un derecho de condominio sobre la vivienda. En este caso, el causante no ha dejado un inmueble sino “una parte indivisa sobre el inmueble”⁵⁷. En este caso, no podría ejercerse un derecho de habitación por que reconocerlo sería perjudicar irrazonablemente a terceros.

Es por ello, de acuerdo a lo expuesto, no existe impedimento para tener flexibilidad en la aplicación de la norma. No debe dejarse de lado motivaciones que el supérstite pueda tener para querer habitando el hogar conyugal. Es entonces que debe tenerse en cuenta su edad, grupos de pertenencia, ubicación del inmueble, costumbres, entre otras situaciones.⁵⁸ Cabe remitirse también a las normas generales del derecho real de habitación de las que resulta que la habitación debe cubrir las necesidades personales del habitador y su familia, según su condición social (Arts. 2948 y 2953 C. Civil), como corolario es dable concluir en que debe rechazarse la petición de habitación de un inmueble que excede sustancialmente las necesidades del supérstite peticionante. Esta solución se ajusta a la finalidad de la norma en examen, que es evitar que el viudo quede sin vivienda luego del

⁵⁶ Vidal Taquini, Carlos, “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite” TR LALEY AR/DOC/6241/2011.

⁵⁷ Barbero, Omar, Ob. Cit., pág 22.-

⁵⁸ Lea M. Levy - Maria Bacigalupo de Gurard, Ob. Cit. pag. 103.-

fallecimiento de su consorte. Por ello, si el inmueble sobre el que aquel pretende ejercer el derecho real de habitación, tuviese un valor que, pese a la realización de la partición, le posibilitaría, con la parte que corresponde adquirir una vivienda acorde a sus necesidades, tal petición implicaría un ejercicio antifuncional del derecho (art. 1071 C. Civil).⁵⁹ La Convención Interamericana sobre la Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada en la República Argentina mediante la Ley 27.360 establece en el Art. 24 que “La persona mayor tiene derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles a sus preferencias y necesidades”. Es así que, entre otras previsiones, el establecimiento de un derecho real de habitación, resulta ser consecuencia de la citada protección.⁶⁰

2.-Sede del Hogar Conyugal

Que el inmueble hubiera constituido el hogar conyugal al tiempo de producirse el fallecimiento del causante es uno de los otros requisitos exigidos para la aplicación de este Instituto. Este criterio es, conforme al principio según el cual la muerte, apertura y transmisión de la herencia se causan en el mismo instante (art. 3282 del Cód. Civil), por lo que es el instante de la muerte el que debe tenerse en cuenta para determinar el momento que se exige en la constitución del hogar conyugal.

En la mayoría de los casos, la verificación de este requisito no dará lugar a mayores dificultades, por que señala una circunstancia objetiva que, normalmente, se manifiesta de manera reveladora. Si los esposos han mantenido su convivencia, no se presentarán problemas.

Pero la ley no prevé los supuestos de divorcio, separación personal y “separación de hecho” de los esposos. El Derecho habitacional del cónyuge superviviente fue incorporado con anterioridad a la vigencia del divorcio vincular y no fue modificada por la ley 23.515, por ello se debió armonizar este derecho con el régimen del divorcio vincular. Antes de la vigencia de esta ley, la mayoría de la doctrina se inclinaba por negar este derecho cuando mediaba pérdida de la vocación hereditaria conyugal y coincidía en otorgárselo a la cónyuge inocente del divorcio o de la separación personal.

En un principio Barbero enunciaba que a la norma habría que darle la inteligencia adecuada en casos de divorcio o separación de hecho, cuando el cónyuge superviviente fuera inocente de tales

⁵⁹ Conf. Cam. Apel. Civ y Com de Junin, 17/2/2009; “Amor, Sergio Gustavo s/ Suc.”; Cita: TR LALEY AR/JUR/1686/2009.-

⁶⁰ CNCiv., Sala H, 3/2/21, “D. L., J. E. y otro / Sucesión”, Publicado en: LA LEY 11/02/2021, 11 - SJA 03/03/2021, 32 - JA JA 2021-I

perturbaciones del matrimonio, en caso de no serlo, habría perdido su vocación sucesoria. El defendía la posición de que había que aplicar analógicamente los principios contenidos en los Arts. 3574 y 3575, de que sólo la conducta culpable del cónyuge le hace perder sus derechos sucesorios. Pero este pronunciamiento fue anterior a la sanción de la ley 23.515.

Así tenemos:

a) En caso de sentencia firme de divorcio vincular, cesa el beneficio.

b) Mediando sentencia firme de “separación personal”, a fin de determinar si el cónyuge superviviente mantiene su derecho habrá que distinguir entre distintas hipótesis: b.1) en caso de sentencia firme en que el cónyuge inocente haya quedado morando en la casa que fuera hogar conyugal, conservará el beneficio, pero no el culpable. b.2) en aquellos casos de aplicación del art. 203 del C.C. (enfermedad, alcoholismo, etc) el cónyuge enfermo conservará el beneficio si mora en el que fuera su hogar conyugal y, el otro cónyuge, que debe reputarse inocente, también. b.3) en los casos de separación de hecho que hubiera precedido a la promoción del juicio de separación personal, el cónyuge que hubiera alegado y probado no haber dado causa a la separación, conservará el beneficio. b.4) en los demás casos del art. 204 C.C. y en el supuesto del art. 205 (presentación conjunta), no regirá el beneficio para ninguno de los esposos.

c) En el supuesto de la “separación de hecho sin voluntad de unirse” o estando los esposos provisionalmente separados por juez competente, si la separación fuera imputable a la culpa de uno de los cónyuges, éste perderá el beneficio y lo conservará el inocente (art. 3575, segunda parte) que morare en la casa. Si ambos cónyuges fueran culpables, el beneficio no operará.

d) En todos los casos en que el inocente conserva su derecho a la habitación viudal, la perderá si, antes del fallecimiento del causante, hubiera vivido en concubinato o incurrido en injurias graves contra el otro cónyuge (art. 3574).

En relación a este requisito, se han formado una serie de posiciones contrapuestas. La Dra. Mariana de Vidal a expuesto, conforme también al Dr. Zannoni, que resulta adecuado interpretar que el “hogar conyugal” referido es el último, es decir, donde hubieran convivido el cónyuge y causante al momento del fallecimiento de éste, lo que se trata es que por efecto de la transmisión hereditaria el cónyuge no se vea arrojado de lo que hasta en ese entonces fue su vivienda. Con la presente interpretación queda descartado el caso en que mediara divorcio o separación de hecho anterior al deceso, ya que en estos al momento de la muerte, no existiría hogar conyugal⁶¹. Diferente es la posición asumida por el Dr. Zannoni, considerando que podría parecer injusta esta solución en rela-

⁶¹Bueres, Alberto, Ob. Cit. T. 6A, pág. 736.-

ción al cónyuge inocente, que debería asistir este supuesto al mismo ⁶², no por considerar un derecho hereditario, sino por el derecho asistencial que mantiene. Asimismo, el Dr. Lopez Mesa resalta, que no corresponde admitir el reclamo referido al derecho de habitación del cónyuge supérstite cuando falta uno de los presupuestos exigidos por el Art. 3573 bis: el vínculo matrimonial.^{63 64}

En contraposición, la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci sostiene que la expresión del hogar conyugal no debe tomarse en el sentido de comprender exclusivamente el que era el hogar de ambos cónyuges a la época de fallecimiento del causante. El supérstite que a esa época no vivía en el inmueble no tendrá derecho de habitación; sin embargo, el cónyuge separado, de hecho o legalmente, o el divorciado, que vivía en ese inmueble sí podría invocarlo. En su opinión, el artículo debe leerse como si dijera “que hubiera constituido o debido constituir el hogar conyugal”. Por lo previamente desarrollado, lo fundamental es que, a la muerte del causante, el supérstite viva en el inmueble que constituyó el hogar conyugal. Por encima de lo que las palabras parecen decir, se debe priorizar la naturaleza asistencial tenida en miras por el legislador y tanto amparo necesita el cónyuge conviviente como el que, antes de la muerte del causante, había sufrido la frustración matrimonial. La nueva visión constitucional del derecho a la vivienda impone priorizar este derecho sobre el meramente patrimonial de los herederos manifestando, que la incorporación del instituto del Divorcio vincular por la ley 23.515 no debe modificar la solución, ya que es un derecho que se adquiere vía sucesoria, por lo que poco interesa que el divorcio haga cesar la vocación hereditaria tanto del culpable como del inocente. Ningún derecho puede ser ejercicio abusivamente y en caso de conflicto, el juez deberá priorizar el del cónyuge sobre el de los herederos, sólo en la circunstancial asistencia, valorando todas las circunstancias del caso, entre las cuales tendrá en cuenta la inocencia o culpabilidad en la frustración matrimonial, la edad, la salud y situación patrimonial del supérstite, la de los herederos, hijos menores o incapaces de éstos, etc. ⁶⁵ Graciela Medina resalta que, el cónyuge separado o divorciado a la época de la muerte del causante queda en el desamparo, no puede invocar el pacto de ocupación, tampoco el derecho real de habitación en su favor. ⁶⁶

⁶²Zannoni, Eduardo “Derecho Civil, Derecho de las Sucesiones”, Ed. Astrea, año 1982, T 1, pág. 643.-

⁶³Lopez Mesa, Marcelo, Ob. Cit. pág.659.-

⁶⁴ No corresponde admitir el reclamo referido al derecho de habitación del cónyuge supérstite cuando falta de uno de los presupuestos exigidos por el Art. 3573 bis del Cód. Civil: el vínculo matrimonial (CNCiv., Sala L, 1997/07/17, La Ley, 1996-C,2)

⁶⁵Kemelmajer de Carlucci, Aida, Ob. Cit, pág. 229.-

⁶⁶Medina, Graciela “Que pasa con los convenios de atribución del hogar conyugal a la muerte de uno de los esposos?”, LL, 1992-D-961.-

Valor del Inmueble

El artículo estudiado indica como requisito que el valor del inmueble no debe pasar el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia. En este caso la Ley no desea proteger el lujo, sino asegurar un techo razonable. Asimismo, se supone que tratándose de un bien tan valioso, su venta le permitirá al cónyuge supérstite adquirir otra casa o departamento más modesto, pero suficiente, con la parte que a él le toque en la partición.⁶⁷

Es bueno resaltar que el proyector originario no hablaba de “estimación” sino de “valor”, este cambio fue propuesto por el diputado Falabella para resolver la situación de algunas provincias, cuyos diputados advirtieron que para declarar bien de familia a un inmueble no se tomaba en cuenta su valor, sino la superficie cubierta. Por lo que había que atenerse a la valuación fiscal en la mayor parte de las provincias.⁶⁸

El cumplimiento de este requisito ha dado lugar a diferentes criterios de apreciación. Se ha discutido si debe tomarse en consideración el “avalúo fiscal” o el “valor real” del inmueble. Para Molinario en caso de discusión, debe estarse a lo que resulte de la tasación judicial practicada al tiempo de la apertura y no a la valuación fiscal que, como es público y notorio, por regla general es inferior al valor del bien.⁶⁹

En el ámbito nacional a partir del Decreto 2080/80 se ha eliminado el tope de cuestión, por lo que cualquier inmueble con prescindencia de su valor puede afectarse como bien de familia.⁷⁰

Concurrencia del Cónyuge Supérstite con Herederos o Legatarios

El Art. 3573 bis exige por último, que concurren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios. De no existir tal concurrencia, carece de sentido reconocer el derecho de habitación, por que el cónyuge sería propietario pleno del inmueble que constituía el hogar conyugal (art. 3572 del Cód. Civil).-

⁶⁷Borda, Guillermo, Ob. Cit. pag. 406.-

⁶⁸ Barbero, Omar. Ob. Cit. pag. 27.-

⁶⁹ Molinario, Alberto, “Estudio Art. 35742 bis CC”, TR LALEY AR/DOC/465/2012, publicado en la Ley 1975-B, 1040.

⁷⁰ Cifuentes, Santos; Ob. Cit. T V, pag 667.-

1. e. Derecho y obligaciones del Cónyuge habitador

DERECHOS

Se distinguen tres clases de derechos: poderes materiales, poderes jurídicos y acciones.-

Poderes Materiales.

El primero de los poderes materiales consiste en habitar la casa personalmente, esto es indudable y no requiere mayor comentario.

De esta manera, también por falta de previsión del legislador pueden presentarse situaciones paradójales.

Habitación con la familia.

Puede habitarla con su familia. El art. 2953 dispone “El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador y su familia, según su condición social”, asimismo, el art. 2963 dice: “El que tiene el derecho de habitación no puede servirse de la casa sino para habitar él y su familia...”. Estas normas son aplicables a este instituto, por que no tendría sentido reconocer al cónyuge supérstite derecho a habitar pero obligarle a que viviera solo, impidiéndole vivir con sus familiares. El paso siguiente consiste en definir el término “familia”. Aquí el art. 2953 es muy claro dando una pauta amplia, no comprendiendo solamente la familia stricto sensu: “La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación, vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos.”.

En primer lugar, el viudo habitador tiene derecho de vivir con sus hijos legítimos, fruto de su unión con el causante; éste será el caso más común. Pero no hay obstáculo para que viva con los hijos de un matrimonio anterior. En cuanto a los hijos “naturales” a los que nombra la ley, debe entenderse “extramatrimoniales”, luego de la equiparación de los hijos nacidos fuera del matrimonio efectuada por la Ley 14.367. Pero, de acuerdo a la lectura del Art. 3573 bis, en virtud del derecho otorgado quedan excluidos en la habitación, si los hubiera, los hijos legítimos del matrimonio que cercenados sus derechos hereditarios por que solo tendrán nuda propiedad respecto de ese inmueble

ble. Pero es claro que el supérstite, que tenía un hijo extramatrimonial o hijos matrimoniales de un vínculo anterior al contraído con el consorte del cual recibe este derecho de habitación, puede hacerlos morar juntamente con él. Esto surge de la interpretación del Art. 2684: “Todo condómino puede gozar de la cosa común conforme al destino de ella, con tal de que no la deteriore en su interés particular”, sosteniendo a Lafaille que “ si un edificio es bastante cómodo para que todos los copartícipes lo habiten simultáneamente, o bien las necesidades de los interesados los lleven a habitarlo en épocas distintas, proceden todos dentro de la órbita de sus respectivas facultades”. De tal forma, aunque el derecho del cónyuge es exclusivo, no es excluyente.⁷¹ El cónyuge habitador tiene derecho a llevar a vivir al inmueble a los que él quiera elegir, pero respecto a los menores e incapaces tiene el deber de darles albergue, lo cual está comprendido en su obligación alimentaria. En el caso de hijos mayores y capaces que vivan con el viudo titular, lo harán por invitación de éste.

Asimismo, el artículo enuncia “El número de sirvientes necesarios”. Aquí se refiere al personal de servicio sin retiro que viva con la misma casa de la persona que los ocupa. pero no debe interpretarse restrictivamente la expresión “sirviente”. Entonces no habría problema en entender que “sirve” al viudo habitador una persona no emparentada con él, que convive al exclusivo efecto de brindar compañía o cuidado en enfermedad al causante. A mayor abundamiento, el artículo reza “*y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación, vivían con el usuario o habitador*”, si en aquel entonces esas personas vivían con el matrimonio, es razonable presumir que la voluntad del causante era que su esposo sobreviviente siguiese viviendo con aquellas personas, siendo viable considerar integrante de la familia en el amplio sentido de la palabra. El artículo finaliza incluyendo al concepto de familia “y las personas a quienes éstos (es decir usuario o el habitador) deban alimentos”. Sería el caso de los nietos o abuelos, los hermanos, los suegros y el yerno o nuera; estas personas, si al tiempo de la apertura de la sucesión vivían con el cónyuge habitador, quedan comprendidos en la consigna anterior, pero, en caso contrario no, pero si el viudo titular se ve obligado a pasarles alimentos, el legislador ha creído justo incluirlos entre la familia del habitador, a los efectos que estamos analizando, por que en esa situación tiene el derecho de llevarlos a vivir consigo.

Es importante destacar la recomendación efectuada por las Primeras Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina: “El cónyuge supérstite podrá habitar el inmueble conjuntamente con otras personas vinculadas a él or vínculos de parentesco o bien de servicio o dependencia”.

⁷¹ Vidal Taquini, Carlos H., Ob. Cit.

Es bueno resaltar que cuando se legisla, se tiene que poner en juego la imaginación, en orden a plantearse las diversas situaciones a que puede dar lugar la norma que se pretende establecer. Nadie duda que la generosidad del propósito legislativo, y tampoco, nadie duda que, de haberse imaginado el legislador algunas de estas posibilidades, las hubiese impedido.⁷² Entonces, es bueno aclarar que el titular del derecho de habitación es exclusivamente el cónyuge supérstite y los miembros de su familia son beneficiarios de éste, no teniendo los poderes materiales, los jurídicos ni las acciones del habitador, no así aquellos herederos que resultan nudos propietarios del bien inmueble, sobre todo si vivían con el causante en el momento de la apertura de la sucesión.

El cónyuge supérstite puede realizar toda clase de actos materiales para efectivizar su derecho sobre el inmueble. Es bueno referir la nota al Art. 2956 donde se expresa “que quien tiene un derecho de habitación, es realmente usuario en todo o en parte de la casa sobre la cual ese derecho ha sido establecido, según que él la ocupe en todo o en parte. Por esto, el que ocupa una casa a título de derecho de habitación, debe tener la facultad de gozar de los aljibes, pozos, graneros, jardines, bodegas, etc., por que todos esos objetos son accesorios del inmueble, para cuya comodidad han sido establecidos, y por que por otra parte, el derecho de habitación no es un simple derecho de alojamiento personal, sino un derecho de uso sobre el inmueble que lo faculta para gozar de todos los accesorios del fundo.

Ejercicio de Industria o Comercio.

Según el Art. 2963, el habitador puede servirse de la casa para habitar él y su familia, “o para el establecimiento de su industria o comercio, si no fuere impropio de su destino”. Aquí se han desarrollado dos posiciones, por un lado se entiende que hay una diferencia substancial con el habitador común. El puede escoger entre morar o desarrollar su actividad económica en el inmueble, en cambio, el cónyuge supérstite debe necesariamente habitar en el sentido de morar, por que el derecho se le ha concedido fundamentalmente para asegurarle la habitación y no para el desarrollo de su actividad económica.⁷³ Es importante resaltar que el supuesto fáctico contemplado por el legislador ha sido el de cónyuges de edad avanzada y de medios económicos muy limitados, por eso es muy difícil que el cónyuge supérstite pretenda destinar el inmueble objeto del derecho exclusivamente a su actividad económica.

⁷² Molinario, Alberto., Ob. Cit.-

⁷³ Molinario, Alberto., Ob. Cit.-

En contraposición, Barbero siguiendo a Salvat manifiesta que el legislador toma en cuenta que es frecuente que una persona tenga en la misma casa la familia y el establecimiento industrial o comercial. En principio, la disposición es aplicable a la habitación del Art. 3573 bis, pero en la medida en que pueda ser compatible con el espíritu de la nueva Institución.

Defensas Extrajudiciales

En virtud de lo normado por el Art. 2470 del Código Civil, atento su condición de cuasiposeedor, el titular de este Derecho puede ejercer las defensas extrajudiciales protegiéndose a si mismo y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente si se dan estas condiciones: a) que el auxilio de la justicia hubiera llegado demasiado tarde, b) que la acción para repeler o para recuperar sea inmediata “sin intervalo de tiempo” y c) que no exceda los límites de la propia defensa.

Poderes Jurídicos

Prohibición de Ceder o subalquilar.

De acuerdo a lo normado por el Art. 2963 del Código Civil, el habitador no puede ceder el uso de la cosa ni alquilarla. Por que el derecho de habitación es considerado en esos casos conferido especialmente al titular y, en ese sentido, como un derecho eminentemente personal.⁷⁴ Esta disposición se integra perfectamente con el espíritu de la institución, que fue creada para asegurar techo al cónyuge sobreviviente, pero no para que lucre.

Una parte de la doctrina entiende que existe una excepción a este principio al autorizar al habitador a tomar un pensionista a fin de procurarse un ingreso, siempre y cuando, no configure un alquiler (Art. 2 ley de alquileres 21342, “no se requerirá habilitación cuando en una casa de familia...se recibiese extraños a extraños en calidad de huéspedes”). Por ende, podría concertar contratos, aunque guarde analogía con el contrato de cesión y locación, siempre que: no respondan a un propósito de lucro, sino al de ayudarse con ellos a la subsistencia; b) siempre que puedan darse por terminados en cualquier momento, de manera que los nudos propietarios puedan, al extinguirse la habitación, recuperar la finca libre de ocupantes sin inconveniente alguno.⁷⁵

⁷⁴Papaño, Ricardo, “Manual de Derechos Reales” Tomo 1, ed. Astrea, pag. 630, Año 2004.

⁷⁵ Papaño, Ricardo, Ob. Cit. pag. 630

ACCIONES

El cónyuge supérstite habitador tiene respecto de la casa el *jus possidendi*, por ende, puede ejercer todas las acciones necesarias para defender el ejercicio de su derecho de uso y habitación. Puesto que la habitación es un derecho real, la ley le confiere de manera expresa al usuario tanto las acciones reales como las posesorias y, de más está decirlo, estas acciones pueden ejercerse no solamente contra terceros poseedores sino contra el mismo propietario que pretenda perturbar el derecho del habitador. El puede ejercer todas las acciones reales y posesorias, no sólo las que el causante tenía en vida (art. 3418 del CC), sino las que emergen de su condición (art. 2489 del CC), además de las otorgadas por ser habitador (Art. 2959 del CC).

Entonces el viudo habitador tendrá estas tres clases de acciones:

a) Una acción real contra el propietario. Sería la acción confesoria o negatoria, según se tratase de actos que importasen una desposesión o una lesión del derecho del habitador.

b) Una acción real contra terceros poseedores. En el caso que el derecho violado fuese solo el derecho a usar de la cosa, podría ejercer la acción confesoria o negatoria, pero si lo violado fuese el derecho mismo de propiedad, podría ejercer la acción reivindicatoria, confesoria o negatoria, ejercida en nombre del propietario.

c) Las acciones posesorias.-

OBLIGACIONES

Fianza e Inventario

El art. 2967 del C.C. dispone que el usuario y habitador, antes de entrar en posesión de las cosas deben dar fianzas y practicar inventarios de la misma manera que el usufructuario. En relación a este punto la doctrina se encuentra dividida en torno a si el cónyuge supérstite debe dar fianza o no.

Por un lado la posición que considera que no se encuentra obligado a prestar fianza, alega que cuando un derecho surge de la ley, como este caso, su ejercicio no tenga otras condiciones que las que la misma ley impone ⁷⁶. Asimismo, Barbero establece que la obligación de prestar fianza no

⁷⁶ Borda Guillermo, Tratado de Derecho Civil, Sucesiones Tomo I, pag. 409
44 de 97

rige en la habitación del Art. 3573 bis. por que sería absurdo exigir fianza al beneficiario gratuito de un derecho sucesorio proveniente de la ley. A mayor abundamiento, la disposición que exige la fianza es meramente supletoria y por lo tanto derogable por voluntad de las partes, no estando en juego el orden público (art. 2851 in fine) y las normas que exigen la fianza la fianza fueron redactadas pensando en el usufructo, uso y habitación de origen contractual y cuando se legisla el usufructo de origen legal se elimina expresamente tal obligación (art. 291, inc. 1 y su concordante 2858 in limine). Esta disposición es perfectamente aplicable por vía analógica. En defensa de esta posición Vidal Taquini aclara que es evidente que si el cónyuge superviviente ocupa una parte de la casa ninguna obligación tiene (art. 2967, in fine), si la ocupa toda, en principio no cabe que otorgue fianza por el carácter alimentario del derecho, por que se agravaría la situación económica de este y por que la fianza puede ser perfectamente dispensada (art. 2851).

En contraposición, Molinario sostiene que si el habitador ocupa la totalidad del inmueble debería dar fianza ⁷⁷, como así también Mariana de Vidal, pero esta última reconoce que sería justo haber eximido al habitador de esta obligación.

Continuando con lo establecido por el Art. 2967, el mismo dispone que “.. *el que goza del derecho de habitación con la posesión de toda la casa, deben dar fianzas, y **hacer inventario** de la misma manera que el usufructuario..*”. Asimismo, el Art. 2846 del C.C. respecto al Usufructo establece “ *El usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, debe hacer inventario de los muebles, y un estado de los inmuebles sujetos al usufructo, en presencia del propietario o su representante...*”. En relación a este punto la doctrina es homogénea al considerar acertada la obligación por parte del habitador de realizar un inventario a cargo del habitador (conf. Vidal Taquini, Barbero, etc...) y en caso de no hacerlo, la única sanción es la presunción *iuris tantum* de considerar que los bienes se encuentran en buen estado. La realización del inventario tiene la virtud de dejar constancia del estado material del inmueble al tiempo de constituirse la “habitación”, lo que va a tener influencia en la apreciación y control del cumplimiento por parte del habitador, de sus obligaciones de conservación y cuidado de la cosa y, además, servir para determinar el recuento e individualización de los accesorios adheridos al inmueble. Es entonces que más bien lo salvaguarda, evitando de esta forma infundadas acusaciones futuras y, siendo imaginable que el difunto hubiese querido que se hiciese, para evitar discordias entre sus herederos.

Respecto a la forma del mismo el art. 2847 determina “*siendo las partes mayores de edad y capaces de ejercer sus derechos, el inventario y el estado de los inmuebles puede ser hechos en ins-*

⁷⁷ “Estudio Art. 35742 bis CC”, TR LALEY AR/DOC/465/2012, publicado en la Ley 1975-B-1040
45 de 97

trumento privado. En caso contrario, el inventario debe ser hecho ante escribano público y dos testigos... ”. En Instituto estudiado, podría suplirse la escritura por un escrito ratificado ante el juez de la sucesión.

Uso

En este punto las obligaciones del habitador respecto de la cosa, son las generales que incumben a quien tiene en su poder una cosa ajena y las específicas de aquellos titulares de derechos reales sometidos a la limitación de no alterar la sustancia del objeto de su derecho. Es por ende aplicable lo dispuesto por el Art. 2966 del C.C. que establece la forma en que el usuario, por lo tanto el habitador, debe usar la cosa, remitiendo a las reglas del usufructo en su principio general establecido en el art. 2863 según el cual el usufructuario puede usar y gozar de la cosa como el propietario mismo, no siendo absoluta esta asimilación, ya que en la definición contenida en el Art. 2807, se dice que el derecho a usar y gozar de la cosa con tal que no se altere su sustancia (*salva rerum substantia*), entendiéndose a la misma como la obligación de no destruirla y no alterar su destino, refiriéndose al destino económico de la cosa. Lo que ha intentado hacer el legislador es que el habitador se comporte con relación a la casa con todos los cuidados y precauciones con que lo haría el propietario de ella para evitar su destrucción o deterioro inútil.⁷⁸

Estas palabras deben entenderse como un paradigma de conducta, teniendo en miras que, normalmente, el dueño de la cosa observa respecto de ella todas sus precauciones y diligencias conducentes a su mantenimiento y conservación así como para evitar su destrucción o deterioro.

Asimismo, no puede demoler en todo o en parte ninguna construcción aunque la sustituya por otra mejor, ni cambiar su forma, ni sus dependencias accesorias, ni la distribución interior de sus habitaciones, ni cambiar su destino conforme a lo establecido por el Art. 2892, y puede realizar mejoras que crea útiles, no pudiendo ser reclamadas (art. 2874).

Conservación, Reparación, Contribuciones.

Siguiendo con el análisis, el Art. 2966 CC determina que las obligaciones que debe hacer de la cosa son las mismas que las del usufructuario en la cosa fructuaria respecto a su conservación y reparaciones. Asimismo el Art. 2957 del mismo cuerpo establece que “...quedará sujeto a las repa-

⁷⁸Babero, Omar., Ob. Cit., pág. 97.

raciones de conservación y al pago de las contribuciones, como el usufructuario...”, es así como supletoriamente el titular del derecho de habitación tiene las mismas obligaciones que el usufructuario debiendo conservar la cosa para devolverlas al propietario al momento en que se finalice el derecho real de habitación (art. 2810) respondiendo por su culpa en caso de no hacerlo y también teniendo la obligación de poner en conocimiento al nudo propietario de cualquier modo en que se perturbe su derecho siendo responsable en caso contrario por los daños ocasionados (art. 2880).

Respecto a las reparaciones del inmueble es preciso establecer la diferencia entre aquellas reparaciones consideradas como ordinarias de conservación y por otro lado las extraordinarias, por que de eso dependerá de que este a cargo el cónyuge habitador o no.

En un principio el habitador tiene a su cargo las reparaciones de simple conservación, pero no las extraordinarias, salvo que hayan llegado a ser necesarias por culpa del habitador. Se debe efectuar todas las reparaciones de conservación que sean necesarias en forma total o proporcional según que se ocupe toda o parte de la cosa. (art. 2881). Las reparaciones a cargo del habitador son las mismas que las establecidas para el usufructo con el límite establecido en los Art. 2883 y 2884, pero no debe contribuir a la reparación de lo que se arruina por antigüedad o por causas anteriores a la apertura de la sucesión, solo responde por aquellas reparaciones que se han hecho necesarias después del fallecimiento del causante, por que su derecho lo adquiere a partir del momento en que lo invoca. En ese sentido debe adaptarse el Art. 2883 que establece que *“La obligación de proveer a las reparaciones de conservación no concierne sino a aquellas que se han hecho necesarias después de entrar en el goce de las cosas. El usufructuario no está obligado respecto de lo que se hubiese arruinado por vejez o a causa de un estado de cosas anterior a su entrada en el goce.”*. Asimismo. Art. 2884 establecía que *“Las reparaciones de conservación a cargo del usufructuario, son sólo las ordinarias para la conservación de los bienes que no excedan la cuarta parte de la renta líquida anual, si el usufructo fuese oneroso, o las tres cuartas partes si el usufructo fuese gratuito.”* Por ende, aquí se limita cuantitativamente el alcance de esta obligación al establecer, por ser gratuita, el límite de las tres cuartas partes de la renta líquida anual. Asimismo, el Art. 2885 muy claramente establecía que *“Son reparaciones y gastos extraordinarios los que fueren necesarios para restablecer o reintegrar los bienes que se hayan arruinado o deteriorado por vejez o por caso fortuito.”*. Aquí el legislador estableció que el inmueble ha sufrido destrucciones que comprometen su solidez, teniendo su origen en el deterioro por vejez o por caso fortuito, sino las reparaciones estarán a cargo del habitador si fuese por su culpa (art. 2463).-

Respecto a las reparaciones extraordinarias, en principio son a cargo del nudo propietario, salvo en dos casos. De acuerdo a lo establecido por el Art. 2881 el cónyuge habitador estará obli-

gado a las reparaciones extraordinarias cuando las mismas se hacen necesarias por la falta de reparación de conservación desde que estaba a cargo o cuando *sean causadas por su culpa*. En este supuesto, los propietarios no tendrán derecho a pedir la extinción del derecho de habitación, pero si la reparación de los daños y si el habitador no procediere a hacer la reparación, podrá ser demandado por daños y perjuicios (art. 2938 y 2966, Cod. Civil) ⁷⁹

Además, el Art. 2888 y 2889 establecen una situación la cual al doctrina discrepa. Por un lado el primero establece que *“Si el usufructuario hiciera reparaciones que no están a su cargo, no tendrá derecho a ninguna indemnización”* y luego determina que *“el usufructuario no tiene derecho para exigir que el nudo propietario haga ningunas mejoras en los bienes del usufructo, ni reparaciones o gastos de ninguna clase.”* Barbero enuncia que estas dos normas no se aplican al instituto del Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite por que las mismas fueron previstas para el usufructo contractual por ende el cónyuge supérstite tiene derecho a exigir la ejecución de las reparaciones extraordinarias de conformidad con el régimen general de las obligaciones. En cambio Vidal Taquini se ajusta a la interpretación taxativa de la norma.

En relación al pago de los impuestos y contribuciones el cónyuge habitador está obligado al pago de los mismos (Art. 2894). Es bueno resaltar la posición establecida por el profesor Guillermo Borda al determinar el alcance de la gratuidad. En lo que atañe a impuestos y tasas, los obligados frente al Fisco son los propietarios, es decir, los coherederos que poseen la titularidad dominial del inmueble. Pero en la relación entre coheredero y el habitador, este autor considera que debe cargar con esta obligación este último. Cuando la ley habla de gratuidad, no ha querido significar otra cosa sino que los restantes coherederos no podrán pretender un precio por el uso del inmueble; pero de modo alguno parece justo que quieren deben soportar la privación de un inmueble que les pertenece, en razón de un privilegio excepcional concedido al cónyuge superstite, deban cargar además con los impuestos que recaen sobre el inmueble que aquél esta gozando. Asimismo, siguiendo con lo dispuesto por el Art. 2909, el viudo se encontraba obligado a contribuir al pago de las cargas impuestas a la propiedad y contribuir al pago de los gastos judiciales de los pleitos relativos, sea al goce sólo, o sea a la plena propiedad del inmueble.

⁷⁹ Borda, Guillermo, Ob. Cit., pag. 409.

1. f. Derecho y Obligaciones del Nudo Propietario

Derechos

a) En virtud de la aplicación supletoria establecida, el principio general en relación a los derechos del nudo propietario se encuentra establecido en el Art. 2916, el cual reza: “*El nudo propietario conserva el ejercicio de todos los derechos de propiedad compatible con sus obligaciones. Puede vender el objeto sometido al usufructo, donarlo, gravarlo con hipotecas o servidumbres que tengan efecto después de terminado el usufructo y ejercer todas las acciones que pertenezcan al propietario en su calidad de tal.*”. De acuerdo a lo expuesto, como el nudo propietario tiene el *ius abutiendi*, es decir, la posibilidad de disposición de la cosa, el por ejemplo, podría hipotecar el bien y, en caso de ser ejecutado, el adquirente deberá respetar el derecho real de habitación del cónyuge superviviente hasta su extinción. Si el nudo propietario enajena el inmueble, el adquirente deberá respetar el derecho real de habitación constituido sobre el, debiendo, para que le sea oponible, el título constitutivo estar debidamente registrado (art. 2505). En cuanto a la posibilidad de imponer servidumbres, la que permite el Art. 2916 son aquellas para después de acabado el Derecho Real de Habitación constituido debiendo soportar el inmueble como fondo sirviente (también llamadas servidumbres pasivas). Tampoco puede remitir servidumbres activas (art. 2912), es decir, servidumbres constituidas a favor del inmueble, por que podría dañar el goce del habitador o restringir su derecho (Art. 2914), pero, en cambio, si puede adquirir servidumbres activas (art. 2912 in fine) para que puedan ser utilizadas durante el tiempo de vigencia del derecho real de habitación en favor del cónyuge superviviente, por que beneficia y aumenta el goce del habitador. También le reconoce el Art. 2916 el derecho de intentar todas las acciones que pertenezcan al propietario. En tal sentido, tiene las acciones posesorias y las de reivindicación, por que todo ataque a la posesión o el dominio afectan no solo el derecho del habitador, sino también su propio derecho de propiedad.

b) De acuerdo a lo normado por el Art. 2917, el nudo propietario puede, ya sea por que el cónyuge superviviente no realiza las reparaciones o mejoras que le corresponden o por que no le competen a él sino al nudo propietario, éste tiene derecho a ejecutar todos los actos necesarios para la conservación de la cosa y puede reconstruir los edificios destruidos por cualquier accidente, aunque por tales trabajos y durante ellos le resulte al usufructuario alguna incomodidad o disminución de su goce, porque las reparaciones, reconstrucciones o mejoras luego lo van a compensar de esa incomodidad o disminución, dándole la posibilidad de un mayor disfrute de su derecho al cónyuge su-

pérstite. Es entonces como puede reclamar el pago de lo invertido en reparaciones que están a cargo del habitador (Art. 2890).

Obligaciones

a) El nudo propietario está obligado a entregar al cónyuge supérstite el inmueble en el estado en que se hallare (art. 2910). Dada la particularidad de este derecho, en el caso es muy raro que el viudo no tuviese el inmueble en su poder en el momento de la apertura de la sucesión.

b) Debe permitir al habitador que use tranquilamente el inmueble. El nudo propietario nada puede hacer que dañe el goce del habitador o restrinja su derecho (art. 2914).

c) Deberá realizar las reparaciones extraordinarias (remisión al pto. de reparaciones del habitador).

d) De una interpretación *a contrario sensu* del Art. 2915, el cual dispone que cuando el usufructo es constituido por título oneroso, el nudo propietario debe garantizar al usufructuario el goce pacífico de su derecho, respondiendo por evicción y por vicios redhibitorios, por ende, el nudo propietario no responde en estos casos.

1. g. Extinción

De acuerdo a lo normado por el Art. 2969 del C.C., el Derecho de Habitación común cesa por las mismas causas por las que se extingue el derecho de usufructo y como el legislador al sancionar el Art. 3573 bis nada ha dicho sobre el particular, sino que se ha limitado a establecer una causal de caducidad en la parte final del mismo, cabe concluir que el derecho de habitación del cónyuge supérstite se rige por las mismas normas que las establecidas para el derecho de usufructo que se acomoden a la naturaleza de este derecho ⁸⁰ y por las causas generales de extinción de los derechos reales conforme lo establecido por el Art. 2918. Aquí es bueno señalar y, hacer notar, que no existen en nuestra legislación causas generales de extinción de los derechos reales. El propio Velez Sarfield nos dice en la nota del Art. 2505 del C.C., después de referirse a la opinión de Maynz, que “mejor será que al tratar cada uno de los derechos reales se disponga sobre el modo de adquirirlos y las causas por que se pierden”. Por ello, cabe atenuar algunas causas y agregar otras en atención al carácter de este derecho.

⁸⁰ Mariani de Vidal, Marina “Ley 20.798. Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite”, LL, 1976 . C.pág. 498
50 de 97

a) *Muerte del Habitador (art. 2920).*-

En virtud del carácter vitalicio de este derecho establecido expresamente en el Art, 3573 bis, la muerte del titular será el modo natural de extinguirse el mismo. Es dable resaltar lo enunciado por el Art. 2920 al referirse “El usufructo se extingue por la muerte del usufructuario de cualquier manera que suceda...”, es decir, además de la muerte natural, la violenta, resultado de accidente, de un suicidio y de un homicidio, aunque el victimario fuese el nudo propietario, o el caso en que el fallecimiento del habitador sea presumida. Asimismo, en virtud del carácter *intuitate personae*, es decir, teniendo en mira la persona misma que va a disfrutar del inmueble, este derecho no pasa jamás a los herederos.

b) *Resolución de los Derechos del Nudo Propietario (art. 2918).*-

Este derecho puede extinguirse por la resolución del derecho de dominio del constituyente. Este caso es una aplicación de los principios generales del derecho; si el derecho del constituyente ha quedado sin efecto retroactivamente, caen los derechos que se hayan constituido, principio éste que a su vez es una simple aplicación de lo establecido en el Art. 3270 (“Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere”) en el cual se consagró el ya conocido principio romano “*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*” según el cual nadie puede transmitir a otro un derecho mejor que el que por sí mismo tiene. Es por ello que el derecho de habitación nunca podría haber nacido válidamente si en el momento de la apertura de la sucesión el causante no era titular del dominio exclusivo sobre el inmueble.

c) *Por Consolidación (art. 2928)*

Dispone el Art. 2928 que *el usufructo se extingue por la consolidación, es decir, por la reunión de la propiedad y del usufructo en la persona del usufructuario*. Entonces que si por cualquier causa (por actos entre vivos o mortis causa, onerosos o gratuitos), el cónyuge habitador llegase a ser también exclusivo nudo propietario, el derecho de habitación se extinguiría por consolidación.

En fondo la consolidación es una forma de confusión, si bien la ley reserva esta última denominación para el régimen de las obligaciones (Art. 862-867). Es bueno destacar que en la definición de este artículo se llama consolidación solamente a la reunión de la propiedad y del usufructo en la persona del usufructuario, pero en la nota del mismo, Vélez aclara que en el derecho romano la palabra “consolidación”, solo se aplica al caso en que el usufructuario llegue a ser propietario de la cosa sometida al usufructo, a diferencia del Código Civil Francés que define la misma como la reunión en la misma persona de las dos cualidades del usufructuario y propietario, queriendo crear un modo particular de extinción del usufructo, siendo así que la reunión del usufructo en la persona del propietario es la consecuencia necesaria de todos los modos de extinción del mismo. Borda expresa que reservar el nombre de consolidación para el supuesto de que la propiedad y el usufructo se confundan en la cabeza del usufructuario, excluyendo la hipótesis de que se confundan en la cabeza del propietario, confunden las ideas. En definitiva, la situación es idéntica, una misma persona ha reunido en sí la plenitud del dominio, como lo enuncia el Código Civil Francés (art. 617), de la que Vélez Sarfield se apartó deliberadamente.⁸¹

d) *Por Renuncia (Art. 3047 primera parte in-fine)*

También se extingue el Derecho de Habitación por renuncia que el cónyuge supérstite haga de su derecho. Sin perjuicio de que la disposición citada se refiere a la renuncia en las Servidumbres, es evidente su procedencia en la aplicación al supuesto del usufructo, en virtud de una simple aplicación de los principios generales, nada priva al cónyuge supérstite a renunciar a su derecho y por eso, la expansión natural del derecho de propiedad hace que esa renuncia favorezca al nudo propietario.

Es bueno distinguir el momento en que esta renuncia es realizada. Si la renuncia es efectuada con anterioridad a aceptar la habitación, ella tiene efecto retroactivo al día del fallecimiento del causante, de acuerdo a lo normado por el Art. 3353 y se considerada al renunciante como si siempre hubiese sido extraño a la sucesión, no debiendo soportar ninguna carga ni obtener ningún beneficio (nota art. 3353). En cambio, si la renuncia es efectuada luego de la aceptación, tendrá efectos para el futuro.

Asimismo, la renuncia puede ser expresa o tácita. En relación a la primera, la doctrina se encuentra dividida, por un lado el maestro Barbero defiende la postura la cual establece que para

⁸¹ Borda, Guillermo; “Tratado de Derecho Civil”, T II Derechos Reales, Pág. 95, Ed. Lexis Nexis, año 2003.

que dicha manifestación valga como tal, no requiere de escritura pública por ser un acto unilateral no necesitando requiriendo aceptación del nudo propietario, solo notificarlo fehacientemente de la desición.⁸² En cambio, la doctrina mayoritaria defiende la postura que la renuncia deberá instrumentarse notarialmente o judicialmente a los fines de la radicación de la inscripción registral (arts. 3 y 36 de la ley 17801) (Borda, Alterini, Cháviri, etc). Respecto a la renuncia tácita, la cual debe entenderse a la luz de lo normado por los Arts. 914 *in-fine* y 918 en virtud que La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria. Se ha entendido que media renuncia tácita cuando se ha consentido la venta del inmueble ⁸³. En este sentido, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han entendido que cesa el derecho de habitación con fundamento en la renuncia tácita o en la teoría de los actos propios o considerándola un supuesto de caducidad. De acuerdo a lo normado por el Art. 3417 el heredero que ha entrado en la posesión de la herencia, el cónyuge en virtud de lo establecido por el Art. 3410, continúa la persona del causante y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión. En virtud de que el derecho estudiado es intransmisible y no forma parte de la herencia hace que éste deba explicar si ejercerá o no el derecho. De tal forma, ese momento se extiende hasta el pedido de inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento, por que la inscripción que no significa adjudicación en condominio del inmueble, sino exteriorización de la indivisión hereditaria entre el cónyuge y los herederos del difunto. Ante la petición de los herederos, el cónyuge debe manifestar si hace uso o no de su derecho e inscripta la declaratoria de herederos o entregada la cosa legada, caduca el derecho del cónyuge si no ha ejercido o exteriorizado su intención de ejercerlos. Si esto no ocurre, el cónyuge podrá siempre ejercer su derecho, teniendo como límite la partición, entendiéndose a la misma como un acto técnico jurídico contable que pone fin al estado de indivisión hereditaria con división final y adjudicación a cada heredero, que da convertidos en dueños exclusivos de los bienes que resulten adjudicados. Por ende, si el cónyuge acepta y nada opone al pedido de partición, también caduca su derecho. ⁸⁴ Esto lleva a la necesidad de que el cónyuge exteriorice voluntad de ejercer este derecho real , por que no opera de pleno derecho ni se aplica de oficio. La caducidad como pérdida de derecho es lo correcto por no haber ejercido de con-

⁸² Barbero, Omar, Ob. Cit., pag. 118

⁸³ Conf. CNCiv., Sala F, 3/6/82, 1983 A-65

⁸⁴ Vidal Taquini, Carlos; "El derecho real de Habitación del Cónyuge Supérstite", TR La Ley, Ar/DOC/6241/2011
53 de 97

formidad con las condiciones exigidas por el ordenamiento positivo, y aun cuando se pueda afirmar que de la ley no surge, la misma también se produce por el acuerdo de voluntades; por la acción y conducta de las personas; por la producción de hechos o actos jurídicos y, puede y debe ser pronunciada de oficio por que el derecho ha fenecido. Es por ello que, además de cuando el cónyuge supérstite acepta la partición del inmueble o su venta, se deben considerar actos que conducen a la caducidad el no uso de él sin justificación que haga presumir la falta de necesidad, por el plazo que el juez considere prudente con apartamiento del término de diez años (art. 2928) por resultar excesivo.⁸⁵

Se ha resuelto acertadamente que “la posibilidad de invocar el Art. 3573 bis del Código Civil se extiende hasta que el peticionante dé expresa conformidad a la partición en dominio pleno del bien, aunque la declaratoria de herederos o del testamento se hallase inscripta, por que la inscripción no significa adjudicación en condominio del inmueble, sino la exteriorización de la indivisión hereditaria o postcomunitaria entre el cónyuge y los herederos del difunto”⁸⁶. Sin embargo, algún fallo ha puesto un límite a esta tesis afirmando que rige “en tanto y en cuanto el beneficiario no haya ejercido actos o haya adoptado una conducta incompatible con el ejercicio de tal facultad, por que si el cónyuge acepta y nada opone a pedidos que implican partir bien o tender a ello, cabe concluir que tal derecho ha caducado”; en el caso, los jueces derivaron esa voluntad del hecho de haberse celebrado dos audiencias tendientes a partir el inmueble y de las que resulta que las partes se comprometieron a solicitar tasaciones en forma privada para proceder a su partición.⁸⁷ La Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci no comparte esta postura tan amplia atento que el hecho de aceptar la tasación no tipifica una voluntad suficientemente clara de renuncia, por que puede pasar que el cónyuge necesite saber si los fondos obtenidos serán o no suficientes para solucionar su problema habitacional, la respuesta negativa puede implicar que insista con su derecho real y no acepte la partición. sin que su conducta implique contrariar la doctrina de los actos propios.⁸⁸

e) *Por pérdida o Destrucción Total de la Cosa (Art. 2934).*

⁸⁵ Vidal Taquini, Carlos, “Caducidad del derecho real de habitación del cónyuge supérstite por sus actos propios”, TR LALEY AR/DOC/13901/2001.

⁸⁶ CNCiv., Sala A, 31/3/87, “Baamonde, Alicia s/ Sucesión”, LL, 1987-E-427

⁸⁷ Conf. CNCiv., Sala F, 3/6/82, “Zutovsky, Wulf s/ Sucesión”, JA, 1983-II-117 y LL, 1983-A-63

⁸⁸ Conf. Autor citado. Ob. Cit. Cap. VI. pag 347.-

De acuerdo a lo normado por el Art. 2934, *“se extingue también el usufructo por la pérdida total de la cosa, sucedida por caso fortuito, cuando ella no fuere fungible”*. Aquí Vélez Sarfield, en una forma muy clara, en su nota determina que cuando se habla de pérdida de la cosa, no debe entenderse la pérdida física, sino también la pérdida que consiste en el aniquilamiento de las funciones a que la cosa estaba destinada en la época de su constitución del usufructo. La cosa sobre la cual el usufructo está establecido ha perecido según el sentido del artículo, no sólo cuando sus elementos materiales han desaparecido, sino también cuando la sustancia jurídica de la cuando tomada su nombre, su forma y su destino ha cesado de ser. La cosa no desaparece enteramente, pero lo que queda de ella no puede tener ya el uso de antes. Asimismo, el Art. 2935 enunciaba que en caso de que la pérdida por caso fortuito hubiese sido total, el usufructuario no conservará ningún derecho sobre los accesorios que dependen de la cosa, agregando en su nota el legislador que, en caso de un edificio destruido por un incendio, el usufructuario no tiene derecho a gozar ni del suelo ni de los materiales. En el caso que nos incumbe, el cónyuge habitador de un edificio destruido no tendría derecho a gozar de los restos ni del suelo, por que sería absurdo mantener la habitación por que no podría “morar” sobre tales derechos. En cambio, si la pérdida es solo parcial, no se extingue la Habitación.

Tal como enuncia el art., la cosa tiene que haber perecido por caso fortuito y, en la nota respectiva, el codificador agrega que si la pérdida de la cosa hubiese sido causada por culpa del nudo propietario o del usufructuario el derecho real continúa y las consecuencias de esa pérdida serán juzgadas por las reglas relativas a las obligaciones de las partes y, si la cosa se perdiese por un hecho de un tercero, el habitador tendría derecho a las indemnizaciones debidas. En este último punto la indemnización corresponderá a los propietarios, pero el cónyuge habitador podría exigirles que con esa suma de dinero compren un inmueble para que constituyan sobre ella un derecho de habitación a si favor o que le alquilen una vivienda familiar.

Se ha plasmado una situación particular en el texto derogado en su Art. 2936 que es el caso en que el usufructuario hubiese hecho asegurar el edificio objeto del usufructo, que, acaecido un incendio, el usufructo continuaría sobre la indemnización debida. En virtud de la remisión establecida, en el Derecho real de habitación del cónyuge supérstite se podían dar dos circunstancias, la primera, si el cónyuge supérstite es el que aseguró el inmueble y, la segunda, el nudo propietario es el que aseguró el inmueble. En el primero de los casos, el habitador tendrá derecho a exigir que con la suma de dinero correspondiente a la indemnización debida se compre un inmueble para que constituyan sobre ella un derecho de habitación a si favor o que le alquilen una vivienda familiar. En el

segundo de los casos, la solución sería la misma, con la diferencia que el cónyuge habitador debería abonar a los nudos propietarios las primas pagadas por ellos.

f) *El no uso durante el plazo de diez años (Art. 2924).*

Los derechos reales de usufructo, uso y habitación se extinguen por el no uso durante el plazo de diez años de acuerdo a lo normado por el Art. 2924 del C.C. Se discute en la doctrina si el abandono por un tiempo prolongado es o no causal de extinción de este Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite.

Para un sector de la doctrina, el plazo es excesivo para hacer cesar un derecho de origen legal y gratuito, “una verdadera irrisión para los demás herederos o legatarios”⁸⁹. Asimismo, se ha criticado la omisión de la ley en el sentido de no señalar un plazo más reducido y acorde con el espíritu del instituto.

Para algunos autores, los jueces podrían declarar el decaimiento del derecho del habitador cuando se produjera un “no uso” de la finca por un tiempo más o menos prolongado, cuando no hubiera una causa justificada. Barbero, no cree en la aplicación de esta disposición al derecho real de habitación del cónyuge supérstite atento que la norma citada fue redactada pensando en el derecho real de usufructo de origen contractual, por ende, deberá recurrirse a los principios de leyes análogas, no siendo el caso lo del Art. citado por que el Art. 2924 prevee un derecho de origen contractual y se encuentra desprovista de todo sentido de función social. Es por ello que este autor creía que la norma análoga era el Art. 16 de la Ley 21.342 de locaciones urbanas que configuraba la causal de desalojo por abandono del inmueble cuando el locatario no lo habita en forma efectiva y continuada durante cuatro meses consecutivos sin causa razonable o durante doce meses consecutivos con causa, o aún antes de tales plazos, si el abandono se reputa definitivo. Además, podría aplicarse analógicamente el Art. 1562 del C.C., que permite al locador reclamar la rescisión del contrato ante el abandono injustificado del locatario.⁹⁰

Andorno se pronuncia por la aplicación de los principios del llamado “abuso de derecho” (arts. 1071, 2513 y 2514 del C.C.). El mismo manifiesta que “debe tenerse especialmente en cuenta que el beneficio introducido por la Ley 20.798 constituye un privilegio excepcional concedido al cónyuge supérstite tendientes a asegurarle un techo. Un abandono del inmueble por un

⁸⁹Molinario, “Estudio Art. 35742 bis CC”, TR LALEY AR/DOC/465/2012, publicado en la Ley 1975-B-1040

⁹⁰ Barbero, Omar. Ob. Cit. pàg. 114.

plazo de seis meses a un año sin causa justificativa importaría un ejercicio irregular del derecho que permitiría acudir al órgano jurisdiccional solicitando la extinción del derecho”.⁹¹

Molinario, tal como se ha citado ut-supra, expone que si se acuerda el derecho de habitación con carácter alimentario al cónyuge supérstite, no se alcanza a comprender como éste pueda dejar de usarlo impunemente por un lapso tan prolongado, debiéndose haber contemplado la reducción de ese plazo por un lapso de seis meses, por que si el supérstite no usa ese derecho es demostración inequívoca de que no lo necesita. ⁹² Aquí propone una solución de *Lege Ferenda*, como aspiración legislativa, no la plantea como solución de *Lege data*.

Vidal Taquini enuncia que la aplicación literal de esta causa de extinción no es posible. Es evidente que si por un lapso prolongado e injustificadamente el cónyuge no hace uso del derecho pone en evidencia que desaparece la necesidad de mantener el derecho, no pudiéndose permitir desmedro en el derecho de los otros herederos o legatarios, que ya han visto disminuido el valor venal del inmueble por el ejercicio del derecho real de habitación por el cónyuge. ⁹³

A mayor abundamiento, Chávarri en apoyo al rechazo de las posturas enunciadas, manifiesta que el hecho que un abandono de la finca por el habitador por un lapso prolongado y cuando no exista causa que lo justifique, puede reputarse como un comportamiento expresivo de una renuncia tácita de su derecho y ello debe coordinarse con el espíritu del ordenamiento en su conjunto, que tiene la plenitud del dominio y a la libertad de gravámenes. De *Lege Ferenda*, se hace necesaria una expresa previsión legislativa, sugiriendo como plazo razonable, el de un año, quedando a cargo del habitador la carga de la prueba de las causas de justificación si quieren evitar perder su derecho. ⁹⁴

Es bueno resaltar lo enunciado tanto por Vidal Taquini como Cháviri al establecer que la solución de esta disputa quedará peligrosamente librado al arbitrio judicial en cada ocasión, con la notorio inseguridad y falta de certeza que ello supone

g) *Ejercicio abusivo e Irregular de un Derecho o dar la cosa un destino diferente.*

⁹¹ ANDORNO, citado por Barbero en pag. 116, nota 118, una ponencia a las Primeras Jornadas de la Magistratura de Tucumán, boletín Nro. , pág. 82, 1975.-

⁹² Molinario, Estudio del Art. 3573 bis del CC, 1975-B-1040, LL.

⁹³ Vidal Taquini, Carlos; “El Der. real de Habitación del cónyuge Supérstite”, TR LALEY AR/DOC/6241/2011

⁹⁴ “Libro Homenaje a la Doctora Maria Josefa Mendez Costa” Ed. Rubinzal Culzoni; “El Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite”, pág. 170

Esta causal no se encuentra expresamente establecida en el cuerpo legal, la misma surge por la razón del derecho otorgado. El legislador debiera haber afrontado la posibilidad del ejercicio irregular del derecho por parte del habitador como causa de extinción del mismo, tal como acontecía en el Derecho Romano y acontece en el Derecho Francés, a diferencia de nuestro Código Civil que no la autoriza por que el interés del nudo propietario se encontraba salvaguardado con el doble derecho de indemnización y de exigir fianzas especiales que la ley confiere ⁹⁵.

Tanto Vidal Taquini como Barbero enuncian que si como consecuencia del ejercicio de este derecho del cónyuge habitador no se encuadra en el amparo y la asistencia que se le brinda o da a la cosa un destino que no sea el de morar en ella, los herederos o legatarios podrían pedir la extinción del derecho de habitación por aplicación del Art. 1071⁹⁶. Si el cónyuge supérstite no ejerce regularmente su derecho, sino contrariando los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, es indudable que no merece el amparo de la ley.

h) *Por haberse operado la prescripción larga a los veinte años (Arts. 2942 y 4015 del C.C.).*

Es bueno resaltar la opinión de Barbero en contra de tener esta situación como causal de extinción de este derecho, al no ser aplicable análogamente este artículo a nuestro instituto estudiado.

El modo interpretativo análogo requiere que la norma a la cual se recurre: a) prevea una situación similar y b) que encierre la misma *ratio legis* que el problema cuya solución se procura. Para el autor nada de eso sucede en este caso, en primer lugar, se prevee un derecho de origen contractual, no legal como es nuestro caso y lo hace según una *ratio legis* individualista, desprovista de todo sentido de función social. ⁹⁷

i) *Cumplimiento del término de duración y cumplimiento de la condición resolutoria establecida mediante convenio. (Art. 2952 del C.C.).*

En virtud de lo normado por el Art. 2952 del C.C. el cual reza “*El uso y el derecho de habitación son regidos por los títulos que los han constituido, y en su defecto, por las disposiciones siguientes.*”, las normas reguladoras del derecho de habitación son supletorias, por lo tanto, regirán

⁹⁵SALVAT, Raymundo., “Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales”, 4a ed., Bs As., 1959.

⁹⁶Vidal Taquini, Carlos; “El Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite, TR LA LEY/AR/DOC/6241/2011

⁹⁷ Barbero O. Ob. Cit., pag. 114.

solamente cuando las partes no hayan decidido otra cosa, siempre y cuando, no se viole el orden público, extinguiéndose con la muerte del cónyuge habitador con anterioridad al vencimiento. (art. 2921)

En caso de haberse establecido una condición resolutoria (art. 2926), la misma podrá hacer dejar sin efecto la habitación antes de la muerte del habitador, pero no después. Aquí no se aplica textualmente lo establecido en el Art. 2921 (“*no deja de extinguirse por la muerte del usufructuario acaecida antes de ese término*”), sin perjuicio del carácter de orden público de la misma, por que el instituto establecido en el Art. 3573 bis quiso beneficiar solo a la viuda o al viudo.

j) *Nuevas Nupcias del Habitador (Art. 3573 bis)*

Esta es una causal expresamente prevista por el Art. 3573 bis, el derecho de habitación se pierde si el cónyuge supérstite contra nuevas nupcias. Es bueno resaltar que en el proyecto original del diputado Cossy Isasi no se encontraba esta causal, la misma fue introducida en la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados. Su miembro informante, Arturo Ruiz Villanueva, expresó al respecto: “Con proyección de futuro, se dispone la caducidad automática del régimen en el supuesto de que el beneficiario del mismo contraiga nuevas nupcias, dado que desaparece de tal modo el sustrato fáctico y jurídico que lo justificó”⁹⁸.

Esta cláusula ha siendo criticada a nivel doctrinario. Borda considera un lamentable error atento que es posible que se haya incluido esta disposición teniendo en miras sobre todo a la mujer, pero se han olvidado que la ley también protege al viudo, que generalmente no mejora su situación económica volviéndose a casar, por el contrario, aumentan sus gastos y necesidades. Asimismo, considera que esta disposición es una incitación a vivir en concubinato, por que el viudo o viuda podrán amancebarse sin que por ello peligre su derecho de habitación, pero si se casan, lo pierden.

99

Igualmente, Papaño critica la falacia del argumento de que la intención de esta causal es que desaparece el “sustrato fáctico y jurídico que lo justificó”, por que es que obvio que no necesariamente el cónyuge va a mejorar económicamente por que contraiga nuevas nupcias. Con esta causal se neutraliza todo el bien que con la norma se quiso hacer, por que si el cónyuge supérstite se casa, se vuelve a la situación anterior a la ley 20.798, en que los hijos pedían la venta del inmueble habi-

⁹⁸ Cámara de diputados, Diario de Sesiones, 1974, p. 3326 Citado por Barbero Omar. Ob. Cit., pág. 108.-

⁹⁹ Borda Guillermo, Tratado Derecho Civil, Sucesiones T I, Ed. La Ley pag. 406
59 de 97

table que había dejado el causante como tácita reprobación de las nuevas nupcias que contrían su padre o madre viudos.¹⁰⁰

Barbero consideraba que debería abogarse por la derogación de esta causal. Así cabría un planteo de insconstitucionalidad de la misma por arbitrariedad del legislado y por cercenar el derecho a casarse (Art. 20 de la Constitución Nacional). Al cónyuge supérstite que ha adquirido su habitación, se lo amenaza con la pérdida de un derecho actual, cosa muy grave por que se trata de un techo, así su libertad nupcial queda menoscabada.¹⁰¹

En las "I Jornadas de Derecho de Familia de Morón", Buenos Aires, 1989, se dijo "Concurren razones legales de orden moral, ético y sociológico de indudable gravitación que juegan para concluir que no resulta razonable ni valioso mantener la causal de extinción del derecho real de habitación del cónyuge supérstite prevista en el art. 3573 bis del Cód. Civil. Resulta conveniente derogar el último párrafo de la norma citada manteniéndose solamente, en cuanto resulten compatibles con las causales de extinción del derecho de habitación, las previstas para hacer cesar el usufructo".

Por su parte, las "IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil", San Juan, 1989, resolvieron: "No es conveniente que el derecho real de habitación del cónyuge supérstite cese por el solo hecho de contraer nuevas nupcias, a no ser que se cree una situación incompatible con el fin tuitivo de la norma.

El derecho real no podrá ser invocado por el ulterior cónyuge del beneficiario". Una fórmula similar usó el despacho único de las "V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático", Junín, 1992, con la abstención de los doctores Zannoni, Fanzo-lato, Levy y Arianna.

En sentido coincidente, en las "I Jornadas Sudatlánticas de Derecho Civil y Comercial en homenaje al doctor Adolfo Pliner", Bahía Blanca, 1991, se presentó una Ponencia que sugería que este derecho "no se pierda ipso iu-re, sino cuando a la vista de la apreciación judicial, las circunstancias del caso y el interés familiar lo requieran". La Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci, alzándose en contra de esta causal, resalta que en estos encuentros se funda en que la extinción por nuevo matrimonio condena al cónyuge supérstite a la soledad, lo que resulta contrario a los propios fines tenidos en miras por el legislador¹⁰².

¹⁰⁰ Papaño, Ricardo, Ob. Cit., pag. 634

¹⁰¹ Barbero Omar, Ob. Cit., pág. 111

¹⁰² Kemelmajer de Carlucci, Aida., Ob. Cit., pág 343.-

Zannoni considera que esta disposición también es una incitación a vivir en concubinato y además un castigo al matrimonio que no tiene justificación alguna.¹⁰³

En contraposición, Molinario resalta que si la finalidad del instituto, la cual es la prolongación post-mortem del hogar conyugal, no se concibe que, postergándose en el tiempo determinados derechos de los otros herederos o legatarios del causante pueda permitirse al supérstite instalar en el que fuera el lecho conyugal a un nuevo consorte. Si desea contraer matrimonio, su derecho caduca, por que ha de suponer que está en condiciones de constituir económicamente un nuevo hogar.¹⁰⁴

Asimismo, Chávarri, no obstante reconocer el peso de los argumentos críticos, se inclina por aceptar la solución de la ley y que debía mantenerse. Importado este derecho un riguroso gravamen o carga sobre los derechos de los herederos o legatarios, así como también a los acreedores, no resulta plausible una interpretación demasiado generosa o extensiva de sus alcances t debe observarse un cierto rigor de los presupuestos que puedan justificar su imposición. El adhiere a esta postura atento que esta protección no debe extenderse a los casos en que el supérstite quiera instalar en ese mismo hogar un consorte, fundando un nuevo *menage*, deberá suponerse que está en condiciones de constituirlo y mantenerlo sin hacerles pagar a los nudos propietarios “*el pato de la boda*”.

105

Por añadidura, Vidal Taquini defiende la existencia de esta causal atento que la misma el propio artículo trae plenamente justificada, por que es evidente que sis e quiere amparar al cónyuge y una afección a lo que fue el hogar conyugal, todo ello desaparece al contraer nuevo matrimonio que apareja la introducción de un extraño.¹⁰⁶

j.1) Concubino.

Se da una situación especial cuando el cónyuge supérstite, a fin de evitar ver concluido su derecho por nuevas nupcias, decide no contraerlas sino unirse en concubinato. Distintos autores se encuentran a favor de la extinción del derecho dada esta situación (Barbero, Molinario, Vidal Taquini, etc.) en virtud de configurarse un caso típico de abuso de derecho (art. 1071 Cod. Civ.), por que

¹⁰³ Zannoni, Eduardo, “Derecho Civil, Derecho de las Sucesiones”, Ed. Astrea, Año 1982. citado por Borda, Guillermo, Ob. Cit., pag- 406

¹⁰⁴ Molinario Alberto, “Estudio Art. 35742 bis CC”, TR LALEY AR/DOC/465/2012, publicado en la Ley 1975-B-1040

¹⁰⁵ Chavarri, Angel., Ob. Cit. pág. 173.

¹⁰⁶ Vidal Taquini, Carlos, “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite” TR LALEY AR/DOC/6241/2011.

la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, cuando se contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Asimismo, en virtud de la ubicación del Art. 3573 bis junto a las causales de pérdida de la vocación hereditaria, donde se contemplan actos de grave o notoria inconducta moral (art. 3574, 3575 y 3576 bis). Como conclusión, si el nuevo cónyuge legítimo del supérstite es un extraño, igual o más lo es el concubina, lo que resulta inmoral y escandaloso, aún cuando las leyes no deben castigar la unión de las personas libres como lo resalta Velez Sarfield en la nota del Art. 325.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Vidal Taquini, Carlos, “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite” TR LALEY AR/DOC/6241/2011.

Capítulo 2

Derecho real de Habitación del Cónyuge Supérstite en el Nuevo Código Civil Y Comercial de la Nación (art. 2383).

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que fuera aprobado por la ley Nro. 26.994, el 1 de Octubre del 2014, destierra la división histórica del Derecho Civil y Comercial, y derogando sus respectivos códigos, a partir del 1 de Agosto de 2015. Más de cuarenta años transcurrieron desde su consagración legislativa originaria y el Código Civil y Comercial (ley 26994)(1) mantiene su vigencia legislativa. Así, del juego armónico de los artículos 2332 (último párrafo), 2383 y 527 del mencionado cuerpo legislativo surge el derecho real de habitación gratuito a favor del cónyuge o conviviente supérstite, con un nuevo significado, mayores alcances y menos requisitos.

Este nuevo cuerpo normativo, en su Art. 2383, recepta el derecho real de habitación vitalicio y gratuito en favor del cónyuge supérstite, con algunas diferencias importantes con su antecesor, el Art. 3573 bis del Código Civil Velezano, quedando redactado de esta forma:

“Art. 2383: Derecho real de habitación del cónyuge supérstite. El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante.”

El nuevo Código legisla este instituto dentro del Libro V, en el Capítulo 2 del Título VIII, referido a la partición, mejorando el método del Código derogado en donde se ubicaba en el capítulo correspondiente a la sucesión de los cónyuges. De esta forma se resuelven las discrepancias sobre la oportunidad de ratificar el derecho, que va desde la muerte del causante hasta la partición, salvo que se haya realizado un acto incompatible con su ejercicio con anterioridad a esta etapa.

El nuevo cuerpo legal se adecua a las necesidades de la vida cotidiana y recepciona la evolución jurisprudencial y doctrinaria argentina desarrollada en las últimas décadas. El nuevo artículo, como sucede con el cuerpo legal sancionado, tiene una redacción más simple e incorpora algunos de los desarrollos evolutivos que su aplicación concreta había consolidado, como la inoponibilidad a los acreedores del causante, su vigencia de pleno derecho y la pertenencia íntegra del bien al acervo hereditario. Tanto es así que el nuevo marco legal elimina también la necesidad de que se trate

de un solo inmueble, habitable, integrante del haber hereditario, y que su estimación sobrepase el límite máximo para ser declarado como bien de familia, a la vez que se le reconoce tal derecho incluso a la pareja conviviente o concubino (aunque limitado en el tiempo); todo lo cual, refuerza aún más la importancia social del instituto. Esta avanzada y moderna concepción, no hace más que conciliar el derecho interno con las convenciones internacionales introducidas a través del Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional - en punto a la protección de la vivienda, especialmente, de la ancianidad - siendo incluso superadora de normas similares actualmente vigentes en gran parte del derecho comparado, todas las cuales tienden en acentuar la protección del cónyuge supérstite para que la partición sucesoria no lo prive de la vivienda.¹⁰⁸

Desde el ámbito del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha impulsado no solo el derecho a la vivienda sino también el derecho integral a la protección de la vivienda desde una concepción moderna y, concilia el derecho interno con las Convenciones Internacionales introducidas a través del Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.¹⁰⁹ El derecho a una vivienda digna se encuentra previsto en el Art. 14 bis de la Constitución Nacional y en las disposiciones de los diversos tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 del referido texto)¹¹⁰, estas distintas normas obligan al Estado argentino a sancionar normas que protejan al núcleo familiar. En cambio, la situación del conviviente supérstite ha merecido su regulación específica, innovando en este sentido con relación al plexo normativo derogado, en el nuevo Art. 527 que establece: “Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este de-

¹⁰⁸ Cam. Apel. Civ y Com. Lomas de Zamora Sala 1, 19/6/2015; “C., S. V. s/ sucesion ab. Intestato”, TR LA LEY AR/JUR/27178/2015.

¹⁰⁹ Conf. Silva, Cristina., “Transmisión de los Derechos por causa de muerte: la protección de la vivienda a favor del conviviente y el cónyuge supérstite prevista en el Código Civil y Comercial”, TR LA LEY AR/DOC/1115/2016.

¹¹⁰ Artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuada que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

- Artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”

- Artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados...”.

- Artículo 14, inciso h), de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “Gozar en condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones”.-

recho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta”. Esta norma posee una línea similar en sus limitaciones al derogado Art. 3573 bis del C.C., definiendo con claridad una función eminentemente tuitiva de la vivienda, en tanto no existan otros medios por parte del conviviente para procurársela, por un lapso temporal acotado y con causales de extinción mucho más severas que las fijadas para el cónyuge supérstite. El nuevo Código Civil y Comercial legisla nuevas formas en que los ciudadanos deciden voluntaria y libremente, la manera en la que constituir sus familias. Es por ello que el legislador al momento de redactar se planteó la posibilidad de darle marco jurídico a las uniones convivenciales, reconociéndoles y otorgándoles determinados derechos, aunque no signifique igualarlo a la institución matrimonial.

El viejo Código Civil desconocía las uniones convivenciales, manteniéndose un criterio abstencionista, siendo ello un fiel reflejo del código de Napoleón. De todas formas, la realidad social se fue imponiendo y se lograron respuestas jurídicas que beneficiaron a los convivientes a través de leyes especiales y de la jurisprudencia que aportaron soluciones puntuales. La nueva reforma, legisla nuevas formas en que los ciudadanos deciden la manera en la que constituir sus familias dándole un marco jurídico a las uniones convivenciales, reconociéndole derechos, aunque no signifique igualarlo a la institución matrimonial. ¹¹¹

Ni la Constitución Nacional ni los Tratados Internacionales de Derecho Humano que cuentan con jerarquía constitucional privilegian a un modelo determinado de familia. Recientemente, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó por resolución sobre la familia, en la que hace énfasis sobre su importancia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros no adhiriendo hacia ningún tipo de familia. En ese sentido, el espíritu del CCyCN protege a la familia dándole un fuerte reconocimiento a la pluralidad de modelos familiares protegiendo a sus integrantes más débiles en un marco de solidaridad familiar. ¹¹²

El profesor Ricardo Balestra en su trabajo “el Derecho Real de Habitación viudal en el Código Civil y Comercial de la Nación, Interpretación de la nueva normativa a la luz del Título Preli-

¹¹¹ Bosh, Monica Patricia; Medi, Maria Fernanda “Derecho Real de Hab. del Cónyuge y conviviente supérstite en el CCyCN, TR LA LEY AR/DOC/1447/2016.

¹¹² Conf. Silva, Cristina “Transmisión de los Derechos...Código Civil y Comercial”, TR LA LEY AR/DOC/1115/2016.
65 de 97

minar del CCyCN en un “Diálogo” de Fuentes”¹¹³ realiza una excelente interpretación de la nueva normativa al defender la posición de que el título preliminar del CCyCN es la llave de la interpretación del nuevo cuerpo normativo, aportando una verdadera guía para resolver en un sistema de fuentes en el que se debe recurrir a un diálogo en las mismas y a la utilización de principios de valores. El art. 1 del CCyCN que habla de las fuentes y aplicación del derecho enuncia que los casos que sean resueltos a la luz de este nuevo cuerpo normativo deberán ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, teniendo en cuenta la finalidad de la norma y, los usos y costumbres serán vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos, siempre y cuando no sean contrarias a derecho. Asimismo, debiendo la ley ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las análogas, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2 del CCyCN) y el juez debe resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (art. 3 del CCyCN). Se entiende por “razonablemente fundada”, siguiendo el criterio adoptado por el Máximo Tribunal a partir del precedente “Rey c/ Rocha”, el requisito de razonabilidad es un estándar de control de la decisión judicial que va asociado a que no constituyen tales aquellas resoluciones que arriban a resultados disvaliosos o antifuncionales, las que exhiben un exceso ritual manifiesto, incongruentes, auto contradictorias, etc. Asimismo, siguiendo con el análisis, los artículos 9 y 10 del nuevo cuerpo normativo determinan la forma en que deben ser ejercidos los derechos, teniendo como principio general que los mismos deben ser ejercidos de buena fe. A mayor abundamiento, el Art. 10 define *“Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.”*

De esta forma, se aprecia que mientras los dos primeros artículos fueron dirigidos a los ciudadanos a diferencia de los anteriores que contienen guías dirigidas a los jueces y juezas.

¹¹³ Balestra, Ricardo, “Derecho real de habitación viudal en el Código Civil y Comercial de la Nación. Interpretación de la nueva normativa a la luz del Título Preliminar del CCyCN en un “diálogo de fuentes”, publicado en EIDial 29/09/2016.-

2.a. Caracteres. Naturaleza Jurídica, Alcance y Fundamentos

Caracteres.-

El nuevo artículo que consagra al instituto estudiado presenta las características que se desarrollarán a continuación:

- a) Es un Derecho Real que constituye una modalidad especial del derecho real de habitación regulado en los arts. 2158 y ss. del Código Civil y Comercial, al cual se le aplican la normativa de dicho derecho y del usufructo, por remisión de los arts. 2159 y 2155.
- b) Sobre Cosa Ajena de goce o de disfrute (art. 1888). Estos derechos, también conocidos como “limitados”, por que su contenido no abarca todo aquello para lo que puede ser utilizado el objeto y al desaparecer estos derechos se extiende nuevamente. El dueño de la cosa posee un dominio desmembrado al desprenderse de algunas de sus facultades en favor de otro.¹¹⁴
- c) Es Vitalicio y gratuito. El cónyuge supérstite tiene el derecho de por vida, sin que se extinga por contraer un nuevo matrimonio o vivir en unión convivencial, no pudiendo los restantes coherederos reclamarle pago de un canon por el uso, como así tampoco a quienes lo ocupen junto con el cónyuge.
- d) Excepcional. Es de carácter excepcional, ya que viene a modificar las normas de la partición hereditaria y eventualmente el derecho de propiedad de los herederos. Como antecedente, ya la doctrina y la jurisprudencia se ha expedido al respecto, sosteniendo que, habrá de revestir calidad excepcional el derecho que se reconoce al cónyuge supérstite, de suyo, a su vez, excepcional¹¹⁵
- e) Opera de pleno Derecho. El nuevo artículo, a diferencia del derogado Art. 3573 bis del código velezano, determina que el derecho de habitación viudal opera de pleno derecho, como así también el art. 1894 del CCyCN. Este derecho nace con la apertura del proceso sucesorio, sobre el inmueble de propiedad del causante y que constituyó el último hogar conyugal, por ende, no será necesario que el cónyuge supérstite lo solicite, pero, es necesario hacer una salvedad, en virtud de que se exige una manifestación de voluntad por parte del cónyuge supérstite a los fines

¹¹⁴Kiper, Claudio “Tratado de Derecho Reales”, Ed. Rubinzal Calzoni, Pág- 67, T II, año 2021.-

¹¹⁵Vidal Taquini, Carlos “El Derecho real de habitación del cónyuge supérstite”, en Revista del Notariado nro. 743, p- 1536 y ss.

de solicitar la inscripción en el registro de la propiedad inmueble jurisdiccional correspondiente conjuntamente con la declaratoria de herederos dictada para su oponibilidad frente a terceros.¹¹⁶

El nuevo cuerpo normativo es muy claro al contemplar que éste lo tiene de pleno derecho, 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 (art. 1887). Es por ello que este instituto se aparta sensiblemente en relación al derecho real de habitación previsto en los artículos 2158 a 2161 y concordantes del CCyCN, que específicamente requieren la concurrencia del título suficiente y el modo suficiente (art. 1892). Esto no quita, y además se recomienda, a fin de evitar discordancias registrales y brindar una publicidad acorde a la realidad, que el derecho real de habitación del cónyuge sea formalizado por escritura pública e inscripta en el registro inmobiliario correspondiente. No exigir su reflejo registral se encuentra en consonancia con lo previsto por el Art. 20 de la Ley Nacional registral inmobiliaria, que establece que los herederos no podrán prevalerse de la falta de inscripción y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado. En este caso, se trata de una adquisición legal que surge en cabeza del sobreviviente en el momento de producirse la defunción de su compañero de vida.

f) Intransmisibilidad. El Derecho de habitación es inherente a la persona e intransmisible, conforme a lo dispuesto por el Art. 2160 del CCyCN. El habitador no puede constituir derechos reales o personales sobre la cosa; no puede, por lo tanto, ceder el uso de la habitación ni arrendar el inmueble. Pero es admisible ceder el uso de un dormitorio a la persona que está a cargo de cuidar la salud del cónyuge superviviente, o encargada de la limpieza y atención de la casa.

g) Inoponibilidad frente a acreedores del causante.

g.1) El art. 2383 dispone que este derecho *es inoponible a los acreedores del causante*. Asimismo, también lo será respecto aquellas personas a cuyo favor se impongan cargas de la sucesión y los acreedores del cónyuge superviviente por créditos anteriores, pudiendo ejecutar el inmueble libre del derecho de habitación.

g.2) En cambio, *será oponible respecto a los acreedores posteriores a la inscripción del cónyuge superviviente* que sólo podrán ejecutar la nuda propiedad y en la cuota parte indivisa del cónyuge. Esta interpretación surge de lo establecido en el Art. 2160 del CCyCN. Los acreedores del heredero o legatario, aunque ejecuten el inmueble deberán respetar el derecho de habitación. (conf. balestra artículo).

¹¹⁶ Medina, Graciela, "Proceso Sucesorio", T II, 4 año 2021, pág. 187

g.3) *Respecto a los acreedores del cónyuge beneficiario*, de acuerdo a una interpretación del Art. 2160 por medio del cual se dispone la prohibición absoluta de ceder el derecho real de habitación, este derecho se encuentra fuera del comercio, por lo cual, los mencionados acreedores no podrán embargar, ni ejecutar el derecho real de habitación del cónyuge y tampoco requerir que no les resulte oponible la renuncia del derecho por el cónyuge.¹¹⁷

h) Renunciable.

Naturaleza Jurídica

La figura presenta una naturaleza jurídica propia y la que puede ser predicada tanto en su versión originaria del Código Civil (ley 20798) como en la nueva versión recogida en el Código Civil y Comercial. Con ciertas particularidades, se constituye un derecho real de habitación de origen legal, al que le serán aplicables las normas propias del derecho real de habitación legislado en los artículos 2158 y siguientes, salvo los aspectos específicos por el Art. 2383. Por ellos se le establecen todas las limitaciones propias de un habitador y las del usufructo de acuerdo a lo establecido por el Art. 2160.

Tal como ha sido analizado en el Capítulo anterior, se ha discutido acerca de su naturaleza jurídica formal de este instituto, adoptándose distintas posiciones. Por un lado, unos tratan a este derecho como concedido al cónyuge *iure hereditatis* (como heredero del causante) o *iure proprio* (que le asiste independientemente de la calidad de heredero). Las consecuencias de adoptar una u otra postura son relevantes a fin de determinar si el valor del derecho debe ser incluido en la masa hereditaria e integrar el cálculo de la legítima, si se halla gravado con el impuesto a la transmisión gratuita de bienes, si los acreedores hereditarios pueden ejecutar sus créditos sobre el inmueble o solamente sobre el valor correspondiente a la nuda propiedad, etc.¹¹⁸

Respecto a su naturaleza jurídica material, tal como se ha detallado anteriormente, lo que aquí se estudia es determinar que derecho adquiere el cónyuge supérstite, reduciéndose la cuestión a dos puntos de vista marcadamente contrapuestos, si se recibe el mismo e idéntico derecho real de habitación regulado por el ordenamiento en la sección correspondiente a los derechos reales (postura mayoritaria, Molinario, Mariani de Vidal, etc) o si se trata de un nuevo y novedoso derecho real

¹¹⁷ Mariani de Vidal, Mariana. “Derechos reales”, Tomo 2, pág. 55, ed. Zavalía, año 2016.

¹¹⁸ Mariani de Vidal, Marina, “Derechos reales”, Tomo 2, pág. 52, ed. Zavalía, año 2016.-
69 de 97

creado a partir de la regulación específica de la figura (postura minoritaria, Barbero, García Coni, etc.).

En relación a la postura mayoritaria, se considera que el derecho en estudio es el mismo que se regula en la parte pertinente a los derechos reales. Desde esta óptica, no habría una nueva figura legal (derecho real de habitación supérstite), sino que se trataría del mismo derecho, aunque con ciertas notas distintivas y características.

En cambio la postura minoritaria establece que nos encontramos frente a un Derecho Real de Habitación Especial, establece que el mismo posee notas características, propias de éste derecho y distintas al derecho real de habitación, que le dan una impronta propia, las cuales son:

- origen legal: el artículo 1894 del Código Civil y Comercial deja a salvo expresamente el origen legal de este derecho y que lo aparta del artículo 2134 (al que se remite en la regulación del derecho real de habitación)
- carácter gratuito: previsto en el mencionado artículo 2383 y que lo aparta de la presunción de onerosidad que el artículo 2135 del Código Civil y Comercial prevé por remisión para el derecho real de habitación

En consecuencia, en tanto titular de un derecho real de habitación similar al previsto legalmente, el supérstite tendrá todas las facultades, prerrogativas y obligaciones propias de cualquier habitador.¹¹⁹

2. b. Requisitos

Muerte del cónyuge

De acuerdo a lo preceptado, es necesario que ocurra la muerte y, en su caso, sea declarada judicialmente la presunción de fallecimiento del cónyuge.

Inmueble propiedad del causante

Se modifica sustancialmente el régimen anterior que exigía que hubiera un solo inmueble habitable como integrante del haber sucesorio, o sea que no existieran otros inmuebles aptos para satisfacer las necesidades habitacionales del cónyuge supérstite. Es entonces que quedaban exclu-

¹¹⁹Guastavino Gabriel, “Derecho de habitación del cónyuge/conviviente supérstite” publicado en REVISTA de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, pag. 8

dos con la anterior legislación los inmuebles aplicados a otro destino, como el comercial o bienes muebles, aunque fuera registrable.

Tiene que tratarse de un inmueble de propiedad del causante, sin importar que sea propio o ganancial, y que a la apertura de la sucesión no se encuentre en condominio con otras personas. No importa si el inmueble es ganancial ya que en tal caso el cónyuge supérstite será beneficiario de una parte indivisa del bien y la restricción se extendería sobre la parte restante. Es una exigencia absolutamente lógica y razonable, por que este derecho real de habitación habrá de afectar el uso y goce de la cosa en su totalidad y por un tiempo indeterminado, lo cual, unido al origen legal del instituto, no puede imponerse a terceros (los restantes condóminos) respecto de los cuales el derecho real de habitación sólo podría nacer por su voluntad y no por la ley.

En el sistema actual, ya no solo interesa, a los fines de legitimación del cónyuge supérstite para imponer el derecho de habitación, que en el acervo sucesorio existan cuantiosos bienes que no son inmuebles, por ejemplo, acciones de sociedades anónimas, automotores, embarcaciones, aeronaves, campos, locales comerciales, etcétera, sino que se circunscribe el objeto del derecho real al inmueble que haya sido la sede del último hogar conyugal. Por ello, pueden existir en la masa hereditaria varios inmuebles, cualquiera sea su valor, dimensiones, características, pero el viudo solo podrá imponer la constitución del derecho real sobre aquel que haya sido la sede del último hogar conyugal, lo que supone es habitable.¹²⁰

Es bueno aclarar que sin perjuicio de que el Art. 3573 bis del código derogado refería a “un solo inmueble habitable” y el vigente artículo 2383 del CCCN alude a “el inmueble de propiedad del causante”, lo cierto es que el derecho real de habitación puede tener por objeto un inmueble o una parte de él. Así lo establece el Art. 2158 del CCCN al referirse que “La habitación es el derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido o en parte material de él...” De igual modo lo preveía el Código Civil de Velez Sarfield en el Art. 2957 cuando en su parte final refería a “...si sólo ocupa una parte de la casa...” o en el art. 2963 cuando alude a “...el que goza del derecho de habitación con la posesión de toda la casa...”¹²¹

¹²⁰Bueres, Alberto., “Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial”, T 5, pag.338, ed. Hammurabi, Año 2016.

¹²¹ Conf. Cam. Apel. Civ. y Com. de Sta. Fe Sala III, “Mazza, Dardo Alberto s/ Sucesión inc. de Fijación de Canon Locativo”, 2/3/2022, cita: TR LALEY AR/JUR/43981/2022

Constituir el hogar conyugal

Aquí la norma no aclara que el último hogar conyugal sea el del momento de la muerte, por lo que, si se integra con las disposiciones relativas al matrimonio (art. 431 y sgtes. del CCyCN), se entiende que puede darse la situación de cónyuges que deciden no cohabitar, pero mantener el proyecto de vida en común ¹²². Al no estar separados de hecho en el sentido de ruptura de la comunidad de vida, el cónyuge conserva la vocación hereditaria.

En contraposición, Alterini defiende la postura que de la lectura del artículo el mismo se refiere que al momento de la muerte el inmueble en cuestión debía ser el último hogar conyugal. Asimismo, el supérstite no podrá invocar el derecho de habitación si con anterioridad a la apertura de la sucesión se había divorciado del causante pues en este caso no existe hogar conyugal, y además tampoco existiría vocación sucesoria. La excepción que se efectuaba a favor del cónyuge inocente de la separación personal, ya no juega más porque ha sido suprimida la separación personal, y solo se admite el divorcio vincular, y además se eliminó la culpa del régimen de divorcio. Cabe destacar que de acuerdo a la concepción del matrimonio consagrada en el Código Civil y Comercial, los cónyuges pueden haber adoptado un proyecto de vida en común en el que no incluyan la convivencia en forma permanente, sino en forma esporádica o para determinadas circunstancias (vacaciones, etc.) (art. 431 del Código Civil y Comercial), por lo tanto en estas circunstancias no existiría hogar conyugal, y no procedería el derecho real de habitación. Si los cónyuges a la fecha de la muerte de uno de ellos han estado separados de hecho, no procederá tampoco el ejercicio de este derecho si se prueba la separación fáctica sin voluntad de unirse. ¹²³ En esta misma línea, Mariani de Vidal apoya la idea de que se descarta el caso en que mediare divorcio o separación de hecho anterior al deceso porque, en esos casos, al momento de la muerte no existiría hogar conyugal.

124

A mayor abundamiento, el inmueble debe ser la sede del hogar conyugal, por ende, los cónyuges deben habitar el inmueble al momento de la muerte del causante. Si los cónyuges se mudaron a otro, no se podría hacer valer este derecho. De acuerdo a lo establecido por el Art. 2621, “ se en-

¹²² Conforme lo expuesto en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se aprobó por mayoría: “Quien pretende excluir al cónyuge, debe probar el supuesto objetivo de la separación de hecho. Quien considere que no debe ser excluido de la sucesión, será quien deba probar que dice separación era transitoria o no afectaba el proyecto de vida en común” citado por Guilisasti, Jorgelina; “Derecho real de Habitación del Cónyuge Supérstite en el Nuevo Código Civil Y Comercial de la Nación. Cuestiones sobre la convivencia de su elección”; TR LA LEY AR/DOC/701/2018

¹²³ Alterini, Jorge, “Código Civil y Comercial comentado, Tratado Exegético” segunda edición, Tomo XI, pagina 302, ed. Thomson Reuters La Ley, Año 2016.

¹²⁴ Mariani De Vidal, Mariana., Ob. Cit.,pág. 54.-

tiende por domicilio conyugal efectivo el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges”.¹²⁵

En contraposición, se tiene dicho que la norma no requiere que ambos esposos convivan en la casa habitación para que sea considerada como hogar conyugal. El derecho podrá invocarse, aunque el cónyuge supérstite se encuentre separado de hecho o divorciado, en función del carácter asistencial de la institución, que no puede verse frustrado por el fracaso matrimonial.¹²⁶

Sin perjuicio de las posiciones existentes, el carácter asistencial de este instituto puede dar lugar a su procedencia si se presentan circunstancias excepcionales que el juez debe apreciar. Por ejemplo, podría suceder que el cónyuge supérstite separado de hecho se encuentre en una situación de vulnerabilidad que justifique el reconocimiento de este derecho. Es bueno resaltar que esta interpretación excede los alcances de la norma, por lo que su aplicación debe ser restrictiva en estos casos, teniendo en cuenta la finalidad que tuvo el legislador, que es en esencia la protección al acceso a la vivienda.¹²⁷

Que a la apertura de la sucesión no estuviere en condominio con otras personas.

A la apertura de la sucesión no debe estar en condominio con otras personas, incluso coherederos, sea el inmueble propio o ganancial. Esto es así por que en caso de que el causante fuere titular de una parte indivisa del inmueble, la afectación perjudicaría a los restantes condóminos quienes no podrán ejercer plenamente sus derechos de propiedad. Sin embargo, esta limitación no opera en el supuesto de condominio con el cónyuge supérstite y, tampoco cuando se trate de un bien ganancial de propiedad exclusiva de este último. Ello así, puesto que en ambos casos el cónyuge supérstite será beneficiario de una parte indivisa del bien y la restricción se extendería sobre la parte restante, siendo en este caso procedente toda vez que también lo será cuando no tiene participación alguna en él, por aplicación del principio general del derecho: “quien puede lo más, puede lo menos”¹²⁸

¹²⁵ Kiper, Claudio. Ob. Cit., T. II Pág. 77.-

¹²⁶ Bueres, Alberto, “Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial” T 5, pág. 339, ed. Hammurabi, citando a Kemelmajer de Carlucci, “protección de la vivienda familiar”, Ed. Hammurabi.

¹²⁷ Guilisasti, Jorgelina “El derecho real de habitación viudal en el Código Civil y Comercial. Cuestiones sobre la conveniencia”, Publicado - LA LEY 19/07/2018, 1 - LA LEY 2018-D, 549; Cita: TR LALEY AR/DOC/701/2018.-

¹²⁸ Balestra, Ricardo, Artículo cit, citando a Olmo, Juan Pablo, Derecho Real de habitación del cónyuge supérstite en el Código Civil y Comercial de la nación, DFYP 2014 noviembre 3/11/2014, 121

Medina menciona la posibilidad de que el condominio acepte en forma expresa la constitución del derecho real de habitación viudal, en cuyo caso corresponde admitirlo con todos sus efectos.¹²⁹

En cuanto a la calificación del bien y a la posibilidad de que el condominio sea con el cónyuge supérstite, dentro del régimen de comunidad, Mendez Costa admitía el derecho y describía las siguientes posibilidades: el bien propio en condominio con el cónyuge sobreviviente, sea la porción de este propia o ganancial; bien en condominio entre ambos cónyuges con porciones alicuotas gananciales o con porción ganancial del causante y propia del supérstite; los bienes mixtos de cualquiera de los esposos¹³⁰.

Esta disposición es de gran relevancia por que en el régimen derogado no estaba prevista la procedencia en caso de condominio entre cónyuges, lo que dio lugar a resoluciones injustas, en las que no se reconoció al Derecho Real de Habitación al supérstite, condómino del inmueble del causante.¹³¹ Es por ello que la jurisprudencia predominante de los últimos años, incluso había resuelto que no procedía invocar el derecho de habitación cuando el inmueble se encontraba en condominio con hijos del causante del primer matrimonio. de lo contrario, se afectan injustificadamente los derechos de terceros, así sean coherederos del causante. La nueva norma receptó acertadamente esta jurisprudencia.¹³²

El derecho de habitación ha sido previsto teniendo en mira las relaciones de los herederos entre sí, pero a través de el no se pueden afectar los legítimos derechos de los terceros, por lo que no opera en los caso en que el inmuebles dejado por el causante estuviese en condominio con terceros, fueren parientes o no.-

¹²⁹ Medina, Graciela, "Proceso Sucesorio" T. II pág. 184, cuarta edición, Ed. Rubinzal- Culzoni, Año 2021.-

¹³⁰ Mendez Costa, M. "sobre el objeto del derecho de habitación viudal" JA 1982 -I-590

¹³¹ CNCiv., sala K, 30/04/2007, "Andrada, Julio E. s/ sucesión ab intestato", cita: MJJ14273. "Debe rechazarse el pedido de reconocimiento del derecho real de habitación a favor de la cónyuge supérstite del causante, si éste resultaba ser, respecto del inmueble, condómino y no único titular que transmite su propiedad. En el caso, la titularidad de dominio del único inmueble que integra el acervo y por el que solicitaba el derecho real de habitación, era compartida, en ere calidad de bien propio y en un 50% cada uno, entre el causante y su cónyuge —aquí recurrente por tanto, solo el 50% del dominio sobre este bien integraba el acervo sucesorio, no cumpliéndose con uno de los presupuestos legales para que proceda la constitución del derecho real con acuerdo a la norma. No obstante el rechazo de esta pretensión, queda a salvo el derecho de la conyuge supérstite a petitionar la división de la porción indivisa del inmueble sobre el cual participa"

¹³²Alterini, Jorge, Ob. Cit., Tomo XI, pagina 302, ed. Thomson Reuters La Ley

Deben concurrir otras personas con vocación hereditaria o como legatarios. (Bueres)

Lo que nunca puede ocurrir es que el dueño de un inmueble sea titular de otro derecho real sobre la misma cosa, por que el dominio es el derecho de mayor contenido que encierra todas las facultades posibles. Por ende, este resulta ser un requisito obvio para que el instituto estudiado nazca, por que en caso de no existir coherederos o legatarios, o aun habiendo herederos, el cónyuge supérstite excluye a los colaterales (art. 2345), el derecho de habitación no tendría virtualidad, por que aquél recibiría el dominio pleno y exclusivo del inmueble.¹³³

Ausencia de los otros requisitos del Código Civil de Vélez (ref. ley 20.798)

Con la redacción del nuevo CCyCN no se contempla la totalidad de los requisitos que imponía la legislación anterior, faltando los siguientes:

a) Anotación a pedido del cónyuge supérstite.

Se estableció que el beneficio no requiere más una alegación expresa del cónyuge supérstite, por que opera de pleno derecho. El cónyuge no necesita exteriorizar su voluntad de ejercer este derecho

b) Único inmueble habitable que integre el haber hereditario

Este presupuesto había recibido críticas de la doctrina, por que en determinados casos, pese a haber otro inmueble en el acervo hereditario, el derecho del consorte no podría resguardarse. Con el nuevo ordenamiento, si bien se admite la posibilidad de que existan otros bienes, incluso inmuebles que sean susceptibles de ser habitados, esto no implica que se admita el ejercicio irregular del derecho. Cada circunstancia deberá ser apreciada por el juez en cada caso, para que reconozca el derecho de habitación con la finalidad asistencial contenida en la norma.

c) Valor del inmueble que no supere el límite máximo para la anotación de vivienda como bien de familia

En el régimen derogado, el valor del inmueble no debía sobrepasar el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declarado bien de familia, el al viejo art. 3573 bis remitía al art. 34

¹³³Bueres, Alberto Ob. Cit., pág. 339 citando a Zannoni, Derecho Civil, Derecho de las sucesiones, 3era. ed. 1982, T. I, p- 639.

de la ley 14.394, que disponía que el valor del inmueble no debía exceder las necesidades de sustento y vivienda de la familia, pero no fijaba tope, los que fueron determinado reglamentariamente. Sabido es que sucesivos decretos fueron actualizando los tope a lo largo de décadas hasta que el Dec. 2080/80, reglamentario de la ley 17.801, optó por suprimirlos al disponer en su art. 168 la admisión de la constitución de un inmueble en bien de familia, cualquiera fuera su valuación fiscal, siempre que estuviere destinado a vivienda del constituyente o su familia, o cuando además de ese destino, se llevare a cabo una actividad lucrativa desarrollada personalmente por el titular o beneficiario. En los demás supuestos establecidos por el Art. 41 de la ley 14.394 era necesario además que la valuación fiscal del inmueble no superara los montos que semestralmente fijaría el Ministerio de Justicia de la Nación. El Dec. 466/99 modificó el Dec. 2080/80, sustituyendo entre otros al cuestionado Art. 168 por el Art. 154. Eso determinó que la remisión cayera en el vacío.¹³⁴

Lo cierto es que el viejo Art. 3573 bis mantuvo la referencia al tope máximo de la estimación para la constitución como bien de familia, por lo que el requisito mantenía toda su vigencia. Por lo tanto, frente al vacío en que caía la remisión en el orden nacional y en algunas provincias, nada impedía que a fin de evitar el ejercicio antifuncional de los derechos y los sacrificios que implica su indivisión para los restantes coherederos, se lo ponderara considerando el fin tuitivo de la norma del Art. 3573 bis de CC.

Frente a las divergencias de opiniones en la doctrina, las soluciones dispares en la jurisprudencia y la multiplicidad de normas sobre el tema en las distintas jurisdicciones, el nuevo artículo se ha inclinado decididamente por la supresión de todo tope, por lo que en cada caso habrá de evaluarse judicialmente la conveniencia de la constitución, considerando el fin tuitivo de la norma y a fin de evitar el ejercicio antifuncional de los derechos y los sacrificios que implica su indivisión para los restantes coherederos.¹³⁵

d) se mantiene mientras el beneficiario no contraiga nuevas nupcias.

En este caso no se explicita si dicho derecho se extingue si el cónyuge habitador contrae nuevas nupcias o vive en union convivencial. Sobre este punto podrían generarse en el futuro controversias que, vale recordar que en el pasado se hallaban zanjadas en el Art. 3573 bis del Código Civil que disponía expresamente que el derecho real de habitación del cónyuge supérstite fuera vitalicio y gratuito, siempre y cuando el beneficiario no contrajese nuevas nupcias.

¹³⁴ Bueres, Alberto, Ob. Cit, T 5, ed. Hammurabi. Pág. 340.

¹³⁵ Bueres, Alberto, Ob. Cit, T 5, ed. Hammurabi, pág. 347-348

Uno de los fundamentos que se sostenía para hacer caer este derecho era que al compartir el viudo/a un nuevo proyecto de vida con otra persona hacía presumir que la vivienda era sostenida de manera conjunta con la nueva pareja y, ahora se poseían recursos suficientes para procurarse otra vivienda, haciendo cesar los motivos que condujeron a solicitar el derecho real de habitación.¹³⁶ Si la ratio legis de la norma busca proteger al viuda o viudo, debe dejar de otorgarse cuando forman una nueva familia.¹³⁷

Tal como hemos enunciado, Borda estaba en desacuerdo con lo establecido en el derogado artículo por que olvidaba al viudo, que generalmente no mejora su situación económica volviéndose a casar, sino que por lo contrario aumenta sus gastos y necesidades, siendo esto una incitación a vivir en concubinato. Bueres critica esta posición al determinar que se le resta importancia a la situación de los coherederos, la que puede ser tanto o mas apremiante que la del supérstite y, mientras este sigue gozando del bien con su nueva pareja, aquellos continúan viendo postergada la efectividad de sus derechos sucesorios.¹³⁸

Esta simplificación de requisitos, genera innumerables situaciones injustas y conflictos, que seguramente han escapado a la intención del legislador, pero que los tribunales deberán resolver teniendo en cuenta la interpretación de la ley conforme los principios contemplados en los Arts. 2, 9 con relación a la buena fe y 10 respecto al ejercicio abusivo del derecho.

2. c.- Derechos y Obligaciones del Cónyuge Habitador

Es pertinente aclarar que este es un derecho real que constituye una modalidad especial del derecho real de habitación regulado en los Arts. 2158 y ss. del Código Civil y Comercial, al cual se le aplican la normativa de dicho derecho y del usufructo, por remisión de los Arts. 2159 y 2155.

DERECHOS

a) *Derecho a habitar.*

El cónyuge habitador tiene el derecho a morar de por vida hasta una vez comprobado su deceso o

¹³⁶ Silva, Cristina., “Transmisión de los Derecho por causa de muerte: la protección de la vivienda a favor del conviviente y el cónyuge supérstite prevista en el Código Civil y Comercial”, TR LA LEY AR/DOC/1115/2016.

¹³⁷ Bueres, Alberto, Ob. Cit T 5, ed. Hammurabi. pág. 344

¹³⁸ Bueres, Alberto. Ob. Cit. T 5, pag. 345, ed. Hammurabi.-

muerte presunta, sin que el mismo se extinga por contraer nuevas nupcias o vivir en unión convivencial, y todo ocupante deberá dejar libre el inmueble al desaparecer el derecho a continuar residiendo. El habitador podrá vivir solo o junto con su familia, y al ser el mismo gratuito, el demás coherederos no podrán reclamarle el pago de un canon por el uso, como tampoco a quienes lo ocupen junto a él, pero no relevarlo de las obligaciones impuestas por la ley al habitador. La gratuidad tiene como proposición su carácter solidario e implica que no se le prodrá exigir contraprestación alguna como compensación por morar el inmueble. Lo contrario sería injusto para con los otros herederos y legatarios: si el cónyuge absorbe la faz útil del dominio del inmueble, parece lógico que contribuya a su conservación y al pago de las cargas que sobre él pesan: los bienes se deteriorarían por que los nudos propietarios no tendrían prácticamente interés en conservarlos y su circulación se paralizaría, por que nadie quería adquirirlos con esa carga.¹³⁹

Las palabras “morar”, significa habitar, vivir, residir, debiendo necesariamente estar el inmueble apto para vivienda. No parece apropiado entonces que este derecho de habitación comprenda algún inmueble con destino comercial o industrial. El código no es muy preciso, pero debería ser la idea de acuerdo a los antecedentes históricos de la figura. Se podría admitir que este derecho recayera sobre una parte de un inmueble destinada a vivienda, aún cuando el resto de dicho inmueble tuviere un destino diferente. Esta idea se encuentra confirmada por el Art. 2161, que alude a “una parte de la casa que le señala para vivienda”. Aquí aparecen los vocablos “casa” y “vivienda”, que dan mayor precisión al contorno de este derecho real. Asimismo, Tanto el Art. 527 como el Art. 2383 se refieren a la “vivienda propia habitable”, “último hogar conyugal”, “último hogar familiar”, en clara alusión al destino de la casa”.¹⁴⁰

Prohibición del cónyuge habitador de arrendar, dar en comodato y ceder

En virtud de lo normado por el Art. 2160, el derecho de habitación no es transmisible por acto entre vivos ni causa de muerte. Por ende, no prodrá arrendar, ni dar en comodato el inmueble total o parcialmente, como así ceder su derecho. Estas limitaciones son lógicas teniendo en cuenta la índole de este derecho real que consiste en morar una vivienda.

¹³⁹.Marina Mariani de Vidal, Ob. Cit., T. 2, pág. 54, ed. Zavalia.-

¹⁴⁰ Conf. KIPER, Claudio, Ob. Cit., T. II, pág. 125, Ed. Rubinzal - Culzoni

b) Derecho del cónyuge habitador de ejercer acciones reales y posesorias.

El cónyuge habitador puede ejercer todas las acciones reales y posesorias, no solo las que el causante tenía sino las que emergen de su condición (art. 2245 del CCyCN) a más de las otorgadas por ser habitador, como poseedor que es, incluso en virtud de lo normado por el Art. 2240 de CCyCN, el puede recuperar la posesión de propia autoridad en los casos en que los auxilios de la autoridad judicial o policial llegarían demasiado tarde, debiendo recobrar la posesión sin intervalo de tiempo y sin exceder los límites de la propia defensa.

c) Mejoras facultativas

De acuerdo a la aplicación supletoria dispuesta por los Arts. 2159 y 2155 del CCyCN, de la lectura del Art. 2143 se establece que el cónyuge habitador puede efectuar aquellas mejoras, además de las que está obligado a hacer, sino alteran la sustancia del inmueble, no tienen derecho a reclamar su pago, pero podría retirarlas si la separación no ocasiona daños al mismo. Dichas mejoras se compensan con el uso y aprovechamiento del bien.

OBLIGACIONES

1) Obligación del habitador de vivir en el inmueble.

El cónyuge supérstite debe vivir en el inmueble (art. 2158 del CCyCN) conforme sus necesidades, lo que puede hacer con miembros de su familia y no sólo con personas vinculadas a él jurídicamente como consecuencia de la relación de matrimonio o convivencia o de filiación, sino también con las que naciesen después.

2) Obligación de conservar el inmueble. Mejoras.

El cónyuge habitador debe conservar el inmueble conforme su sustancia y según su destino. El art. 2146 se refiere a las mejoras obligatorias, las necesarias para mantener la cosa en buen estado, “el usufructuario debe realizar a su costa las mejoras de mero mantenimiento, las necesarias y las demás que se originen por su culpa”, mientras que el art. 2143 prevé las facultativas “El usufructuario puede efectuar otras mejoras, además de las que no está obligado a hacer, sino alteran la sus-

tancia de la cosa. No tiene derecho a reclamar su pago, pero puede retirarlas si la separación no ocasiona daño a los bienes”. Asimismo, no puede demoler en todo o en parte alguna construcción aunque la sustituya por otra mejor, no cambiar su forma, ni sus dependencias accesorias, ni la distribución interior de sus habitaciones, ni cambiar su destino (art. 2146) pero, en cambio, puede hacer las mejoras que crea útiles, las que no podrá reclamar (art. 2161).

Esta necesidad de hacer mejoras necesarias para mantener la cosa en buen estado, así como la de reparar los deterioros originados por su culpa, se vinculan con la obligación de no alterar su sustancia. Aquí se avisa la aplicación del principio romano *Salva renum substantia*, que tiene un lado negativo que implica abstenerse de alterar, de deteriorar (no hacer), y un lado positivo que conlleva a realizar las reparaciones necesarias (hacer).¹⁴¹

Las primeras son aquellas que importan la reparación de deterioros menores causados por el uso, mientras que las segundas son las indispensables para la conservación de la cosa.

También son a cargo del usufructuario aquellas reparaciones por daños que provengan de hechos originados en su culpa. Cabe consignar que el término "culpa" está tomado aquí en forma genérica, comprendiendo negligencia, falta de cuidado, pero también dolo, es decir, toda causa imputable al usufructuario que importe violación de su deber de guarda y conservación.

Estas mejoras que resultan obligatorias para el usufructuario pueden ser reclamadas y exigidas por el nudo propietario aún antes de la extinción del usufructo y su negativa a realizarlas hasta puede llegar a configurar "uso abusivo" y autorizar al nudo propietario a petitionar la extinción del usufructo¹⁴²

3) *Exclusividad de destino de vivienda.*

Tal como se ha dicho, el instituto estudiado se refiere exclusivamente al derecho real de habitación y el fin es procurarle al cónyuge sobreviviente, una vivienda. Pero puede darse el supuesto de que sea un inmueble mixto el objeto de este derecho, por ejemplo, el local comercial con vivienda en el fondo o en el piso superior, entonces el ámbito que utilizaría el viudo sería exclusivamente el de vivienda, debiéndose realizar modificaciones edilicias para delimitar el ámbito, pero podría llegar a generar impedimentos. Pero es bueno aclarar que el cónyuge supérstite, al extinguirse el derecho, como no le pertenece, debe restituir el objeto al nudo propietario. Por ello, el código le im-

¹⁴¹Kiper, Claudio, Ob. Cit., T. II, pag. 100

¹⁴²Alterini, Jorge. "Tratado de Derechos Reales", TII, Ed. La Ley, pag. 234, Año 2018.-

poner el deber de conservar la cosa y de no alterar su sustancia. Esta es una expresión que viene de la definición de usufructo hecha por el jurisconsulto Paulo. El código explica que “hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba” (art. 2129 de CCyCN). Más que una obligación, se trata de un límite que establece el código a las facultades otorgadas.

Sin perjuicio de lo expuesto y de la naturaleza intrínseca de este instituto, cada caso deberá ser resuelto de acuerdo a las condiciones particulares de cada uno.

4) *Obligación de pagar impuestos, tasas, contribuciones y expensas comunes.*

El CCyCN establece en su Art. 2148 que el usufructuario debe pagar los impuestos, tasas, contribuciones y expensas comunes que afectan directamente a los bienes objeto del usufructo. Por ende, el cónyuge que goza del derecho de habitación sobre un inmueble ganancial debe contribuir al pago de las cargas, de las contribuciones y de las reparaciones de conservación (expensas, servicios, etc), a prorrata de la parte que ocupe. Por ello, a efectos de obtener el reintegro de lo pagado por tales conceptos debe acreditar los límites temporales y espaciales de su ocupación¹⁴³.-

Vélez Sarfield no había previsto el pago de las expensas comunes por parte del usufructuario, ni pudo hacerlo dado que no reguló la propiedad horizontal y la misma aparece recién con la ley 13.512. En cuanto a la facultad del consorcio para cobrar esa obligación del usufructuario, con la legislación anterior, una parte de la jurisprudencia sostenía que la obligación de pago de expensas pesaba únicamente sobre el nudo propietario. Incluso se ha resuelto que el mero poseedor en virtud del derecho real de usufructo no tiene por qué contribuir a otras cargas que las establecidas en el art. 2894, entre las que no están enumeradas las expensas comunes. SALA K BUSCAR EL FALLO

Para otra corriente jurisprudencial, bien sintetizada por la sala C de la Cámara Civil, "el usufructuario debe pagar los impuestos, tasas y contribuciones que gravan el inmueble y, si se trata como en el caso, de una cosa sujeta al régimen de propiedad horizontal, las expensas comunes, de acuerdo a lo que dispone el art. 2894 CCyCN.", dado que aun "cuando se ha entendido que lo establecido en este artículo regula las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario, pero no determina la persona obligada al pago frente al acreedor, también se ha admitido que no obstante ser la condición de titular del inmueble generador de las expensas lo que lo legitima pasivamente en la ejecución, y ello haya sido lo que justificó se intimara solo a él, dictándose la correspondiente

¹⁴³ Conf. CNCiv. Sala “E, G.R. c D., M.A. s/ división de bienes”, Expte. E471591, 12/3/2007

sentencia de trance y remate, advertida la existencia de un derecho real de usufructo, nada impide que en la particular circunstancia de ese caso, se intime al titular (usufructuario) a estar a derecho y ejercer las defensas que considere necesario oponer" correspondiendo "considerar que pesan sobre el usufructuario las expensas comunes, y si bien esta circunstancia no libera al propietario".

Las normas vigentes que rigen la propiedad horizontal (y que se aplican también a los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos —Art. 2075, Código Civil y Comercial— ponen la obligación de pagar las expensas comunes, sean éstas ordinarias o extraordinarias en cabeza del propietario de la unidad funcional (art. 2046, inc. c], y 2049 del Código Civil y Comercial). Sin embargo, cuando existiera otro poseedor —por cualquier título aclara la ley, aplicándose al caso estudiado— distinto del propietario —tal es el caso del cónyuge habitador— éste estaría también obligado al pago, en forma solidaria con el propietario de la unidad funcional el que, aclara el art. 2050 del Código Civil y Comercial, no queda liberado de modo alguno de sus obligaciones frente al consorcio.

144

Es decir que, existiendo una unidad funcional dada en habitación al cónyuge supérstite, en el aspecto externo (frente al consorcio) resultan obligados en forma solidaria tanto el cónyuge habitador como los coherederos, pudiendo el consorcio perseguir el cobro de uno u otro o de ambos en conjunto, mientras que en el aspecto interno la obligación de pagar las expensas recae exclusivamente sobre el cónyuge, de donde, al igual que en los impuestos, tasas y contribuciones, si éstas son pagadas por los coherederos tendrá derecho de repetición contra el titular del derecho real sobre cosa ajena. En cambio, en el aspecto que podríamos llamar "interno" del derecho real de habitación del cónyuge supérstite, es decir, a las relaciones privadas entre cónyuge habitador y los coherederos, rige la obligación para el cónyuge sin condicionar en absoluto los derechos del consorcio.

De no cumplir con el pago de los impuestos, tasas, contribuciones y expensas comunes, se daría un quebrantamiento al amparo de la modalidad asistencial, sin perjuicio de darse el supuesto de enriquecimiento sin causa, excepto que se justifique dicho incumplimiento por la existencia de carencias económicas.

¹⁴⁴ Alterini, Jorge, "Código Civil y Comercial comentado, Tratado Exegetico", Tomo X, pagina 237, ed. Thomson Reuters La Ley, Año 2016.-

5) *Inventario y garantía*

Realizar un inventario consiste en describir como se encuentra el inmueble, su estado, y el detalle de los muebles que componen el hogar conyugal y que integran por extensión el derecho real de habitación, a fin de contribuir a la salvaguarda de la integridad económica y jurídica de los bienes que pasan a manos del cónyuge habitador.

El inventario no se encuentra contemplado en el Art. 2383 y, además, de la lectura del Art. 2137 surge que el mismo no es obligatorio al implementarse la palabra *facultativo*. Sin perjuicio, la realización del mismo (por instrumento privado es posible) puede resultar útil si en determinadas circunstancias hay que hacer reparaciones de conservación imprescindibles que databan desde antes de entrar a habitar el inmueble, por que, la única consecuencia de la ausencia de la realización del inventario es que, constituido este derecho real sin que el inventario se hubiere realizado, nace una presunción (siempre *iuris tantum*) de que las cosas fueron recibidas en buen estado. Así lo dispone el art. 2138 del Código Civil y Comercial: "La falta de inventario y de determinación del estado de los bienes hace presumir que se corresponden con la cantidad indicada en el título y que se encuentran en buen estado de conservación, excepto que se haya previsto lo contrario".

El art. 2139 expresa que "En el acto de constitución puede establecerse la obligación previa al ingreso en el uso y goce, de otorgar garantía suficiente para la conservación y restitución de los bienes, una vez extinguido el usufructo". De acuerdo a una lectura de este artículo y el art. 2383 se puede interpretar que la obligación de ofrecer garantía no es obligatoria, al decir puede *establecerse*.

6) *Obligación del habitador de notificar a los demás condóminos hechos dañosos al inmueble o usurpaciones o intrusiones.*

El cónyuge habitador se encuentra legalmente obligado a notificar a los demás herederos condóminos de todo hecho dañoso sobre el inmueble que habita, al igual que hechos de terceros como intrusiones o usurpaciones.

2. d.- Derechos y Obligaciones del Nudo Propietario

En virtud de la aplicación supletoria establecida por el Art. 2159 y 2155 del CCyCN, es de aplicación lo establecido por el Art. 2151 del CCyCN el cual pertenece al Capítulo 4 titulado "De-

recho y Deberes del Nudo Propietario del Título VIII que reglamente el Derecho Real de Usufructo, el cual reza “*Disposición jurídica y material. El nudo propietario conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho, pero no debe turbar el uso y goce del usufructuario. Si lo hace, el usufructuario puede exigir el cese de la turbación; y, si el usufructo es oneroso, puede optar por una disminución del precio proporcional a la gravedad de la turbación.*”.-

Derechos

En este particular derecho, los demás herederos siguen manteniendo el *ius abutendi*, es decir el derecho a disponer de la cosa, por que si bien el dominio se encuentra desmembrado, lo cierto es que sigue siendo el titular del derecho real de dominio, aunque imperfecto ¹⁴⁵. La posición de los herederos es esencialmente pasiva - deben respetar al cónyuge supérstite -, por ende, nada puede hacer que perjudique al cónyuge supérstite y sí lo demás.

a) Actos de disposición

Los herederos en este particular caso no dejan de ser los dueños del inmueble y, por ende, conservan las facultades inherentes a su condición, con el único límite de no turbar el uso y goce del usufructuario del cónyuge supérstite.

Por ello, los herederos (nudos propietarios), pueden enajenar, gravar, disponer de la cosa y goza de todos los derechos y acciones que incumben al propietario, en tanto no afecte el derecho real de habitación en favor del cónyuge supérstite. Por ejemplo, no podrá constituir una servidumbre de paso sobre el inmueble (sería en este caso fondo sirviente), ya que ello perjudicaría al cónyuge supérstite. Pero, si la servidumbre es en favor del inmueble (en este caso sería fondo dominante), no se aprecian motivos para que no se constituya.

En el caso de que los herederos decidan enajenar el inmueble, el adquirente deberá respetar el derecho real de habitación constituido en favor del cónyuge supérstite, debiendo haber sido debidamente registrado en el registro correspondiente a los fines de su oponibilidad respecto a terceros interesados de buena fe. Si lo que se gravara con hipoteca, la solución es la misma, de modo que si se rematara el inmueble deberá respetarse la situación del cónyuge supérstite.

¹⁴⁵Kiper, Claudio, Tratado de Derechos reales, T. II, pág 107, Ed. Rubinzal Calzoni, año 2021.

b) Actos materiales

En relación a los actos materiales sobre el inmueble, los mismos serán bien limitados los que puedan realizar los coherederos, ya que el cónyuge supérstite se hallará en posesión del mismo, por lo que eventualmente deberán contar con su autorización para concretarlos.

En caso de realizar mejoras a cargo de los coherederos, como el supuesto de las reparaciones y gastos extraordinarios necesarios para restablecer los bienes que se hayan arruinado o deteriorado por vetustez o caso fortuito (art. 2146 CCyCN), si no cuenta con la conformidad del cónyuge supérstite, puede recurrir a la justicia para que se le otorgue la correspondiente autorización. Asimismo, tiene también derecho a exigir al cónyuge habitador que cumpla con sus obligaciones, por ejemplo, que se haga cargo de las mejoras necesarias para la conservación de la cosa (art. 2146), se que se haga cargo de impuestos y expensas (art. 2148).

En el caso de que el inmueble sea desojado o sufra turbaciones, los coherederos cuentan con acciones posesorias y reales pertinentes. Asimismo, pueden ejercer la acción de deslinde, en cuyo caso de deberá citar al cónyuge supérstite (art. 2267)¹⁴⁶.

Obligaciones

Las obligaciones de los coherederos es la de respetar al cónyuge supérstite, no poner obstáculos. Poseen una posición de expectativa, siendo un deber de abstención, de no impedir que el cónyuge supérstite ejerza sus facultades, debiéndose de abstener de realizar cualquier acto material o jurídico que turbe el derecho del uso y goce del cónyuge supérstite.¹⁴⁷

a) Entrega del Objeto

De acuerdo a la aplicación supletoria de las disposiciones concernientes al Derecho real de Usufructo, la primera obligación del nudo propietario sería la entrega de la cosa. Esta obligación no surge de ninguna norma especial de usufructo, sino que se deduce de las normas generales de constitución de los derecho reales que se ejercen por la posesión. Así el art. 750 del CCyCN determina que “El acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición” y el Art. 1892

¹⁴⁶Kiper Claudio, Ob. Cit., T. II pág. 109.-

¹⁴⁷Mariani de Vidal, Mariana, Ob. Cit., pag. 36.-
85 de 97

del CCyCN determina que “ la tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión”.

Pero, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite es una excepción a esta regla. Una vez nacido el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, el mismo opera de pleno derecho, sin perjuicio de que es necesaria una manifestación de voluntad por parte del cónyuge supérstite a los fines de solicitar la inscripción en el registro de la propiedad inmueble jurisdiccional correspondiente conjuntamente con la declaratoria de herederos dictada para su oponibilidad frente a terceros. En virtud de las características de este derecho y de los requisitos del mismo para su implementación, no sería necesaria la entrega del inmueble, ya que al ser necesario que el inmueble constituya el último hogar conyugal de ambos, el cónyuge supérstite habitaría el inmueble al momento del deceso de su cónyuge.

b) Mejoras

Los coherederos tienen el deber de realizar aquellas mejoras que no se encuentra a cargo del cónyuge supérstite. De una interpretación de lo establecido por el Art. 2146 del CCyCN, los coherederos se encuentran a cargo de las mejoras originadas por vetustez o caso fortuito. El primero de los supuestos es absolutamente claro y no merece mayores comentarios, las mejoras que tienen su origen en un caso fortuito no pesan sobre el usufructuario. El segundo de los casos requiere precisiones.

La cuestión estriba en determinar si este término se aplica en su concepto técnico o refiere más bien a un concepto genérico o vulgar. El vocablo "vetustez" fue utilizado por primera vez en nuestra legislación en la ley 13.512, como un modo de extinción del derecho de propiedad horizontal. Se trataba de un supuesto excepcional de extinción del régimen de propiedad horizontal en el que la situación de un inmueble antiguo y ruinoso, por su estado de obsolescencia impedía brindar las condiciones mínimas de habitabilidad y aun de seguridad. El Código Civil y Comercial no la establece ya como causal de extinción del régimen de propiedad horizontal, ni la define técnicamente, aunque sí la menciona como causal de extinción del tiempo compartido (art. 2099, inc. c], Código Civil y Comercial), también sin definirla, pero equiparándola con la destrucción de la cosa, con lo cual, no será difícil colegir que se refiere —en ese caso— a la misma situación técnica que la doctrina elaborara para la vieja ley de propiedad horizontal.

Sin embargo, cuando en el art. 2146 el Código Civil habla de "vetustez" no puede referirse a la ruina de la cosa, puesto que no lo trata como una causal de extinción del usufructo, sino que caracteriza un tipo de deterioros que no resultan a cargo del usufructuario, y si excluimos las mejoras de mantenimiento y las necesarias (que sí son a su cargo), solo podemos relevarlo de responder de aquellos daños o deterioros que se producen por el transcurso del tiempo sin su culpa y que hayan tornado la cosa extremadamente vieja. En efecto, ante la falta de definición jurídica debe acudir al *Diccionario* de la Real Academia que nos informa que vetustez significa "cualidad de vetusto". A su vez, la palabra vetusto se define como "extremadamente viejo". En consecuencia, no responderá el usufructuario por aquellas mejoras que se originan en el carácter extremadamente viejo de la cosa dada en usufructo. Se trata de casos donde la propia vejez de la cosa hace desproporcionado su arreglo o que, en todo caso, éstos estén a cargo del usufructuario.¹⁴⁸

c) Obligación de Saneamiento

Sin perjuicios de que el nuevo cuerpo normativo no lo establezca expresamente, cuando el usufructo ha sido constituido a título oneroso, el nudo propietario debe garantía por evicción y por vicios redhibitorios en su carácter de obligado al saneamiento. De acuerdo a lo normado por el Art. 1033 CCyCN, el cual establece "Están obligados al saneamiento: a) el transmitente de bienes a título oneroso..." y el art. 1034 del mismo cuerpo, "el obligado al saneamiento garantiza por evicción y por vicios ocultos..", el nudo propietario es garante por los mismos si el usufructo fue constituido a título oneroso.

En cambio, si el usufructo hubiera sido constituido a título gratuito, se aplican supletoriamente las reglas sobre la donación, tal lo enuncia el Art. 1543, el cual reza: "*Las normas de este Capítulo se aplican subsidiariamente a los demás actos jurídicos a título gratuito.*".

En virtud del carácter gratuito del derecho real de habitación del cónyuge supérstite, se aplicaran dichas disposiciones. Es por ello que los coherederos responderán por evicción si la misma es producida por su causa (Art. 1556 Inc. 1 CCyCN) debiendo indemnizar al cónyuge supérstite por los gastos en que éste ha incurrido como así también en el caso en que si la evicción proviene de un hecho posterior a la constitución del derecho real de habitación imputable a los coherederos (Art. 1557 CCyCN).

¹⁴⁸ Alterini, Jorge, Ob. Cit., T. X, pág. 234.-

En relación a los vicios ocultos, es bueno primero aclarar que vicio se refiere mala calidad, defecto o daño físico en las cosas, y agregamos que en este caso ese vicio debe estar oculto al cónyuge superviviente, es decir, existir antes de la constitución del derecho real de habitación, sin que se manifieste. De acuerdo a la aplicación supletoria del Art. 1558, los coherederos sólo responderán por los vicios ocultos de la cosa donada si hubo dolo por parte de su parte, caso en el cual, deberán reparar los daños ocasionados.

2. e.- Extinción

Si bien en principio el derecho de habitación del cónyuge superviviente nace como vitalicio, ello no quiere decir que la única causal de extinción sea la muerte del superviviente, sino que como todo derecho de habitación se extingue por las mismas causales por las que fenece el usufructo, ello en virtud de lo establecido por los Arts. 2155 y 2159 del CCyCN, en tanto y en cuanto, sean compatibles. Sin embargo, este carácter de vitalicio impide que se extinga por cumplimiento de plazo o condición -que no puede existir- o por ejecución por los acreedores -ya se ha visto que es inembargable-, pero nada impide que se extinga por otras causales.

Asimismo, a diferencia de lo que sucedía con el código velezano en el que no existían causales generales de extinción de los derechos reales, en el nuevo cuerpo normativo se establece en su art. 1907 que *“Sin perjuicio de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales, éstos se extinguen, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono y por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena”*.

Por ende, se considera que además de las causales mencionadas en esas normas, dadas las especiales características del instituto, se deben agregar otras.-

1) *Por muerte del cónyuge habitador. (Art. 2152 inc. a)*

Si ocurre la muerte del cónyuge superviviente este derecho real se extingue en ese instante por ser un derecho vitalicio, intransmisible por vía hereditaria (art. 2140).-

2) *Resolución de los derechos del causante*

Esta causal no se encuentra mencionada en el Art. 2152 por que surge de los principios generales propios de todos los derechos reales.

3) *El no uso, durante el término de diez años (art. 2152, inc. c CCyCN).*

Aquí se sigue la línea del derogado Art. 2924 del Código de Vélez, aclarando que esto es así, cualquiera sea el motivo del no uso. La aplicación literal de esta causa de extinción no es posible. El carácter personal y alimentario del derecho, acentuado en el caso del cónyuge, hace que más allá el plazo que el juez considere prudente, debe considerarse por extinguido el derecho. Es evidente que si por un lapso prolongado e injustificadamente el cónyuge no hace uso del derecho, pone en evidencia que desaparece la necesidad de mantener el derecho, no pudiéndose permitir desmedro en el derecho de los otros herederos o legatarios, que ya han visto notablemente disminuido el valor venal del inmueble ante el ejercicio del derecho real de habitación por el cónyuge ¹⁴⁹.-

4) *Renuncia del cónyuge supérstite.*

Tal como ha sucedido con la anterior legislación, el derecho real de habitación también se extingue por la renuncia que el cónyuge supérstite haga de su derecho. La misma puede ser expresa o tácita, y cabe resalta que la misma no se presume (art. 948). La misma deberá ser realizada por instrumento público (art. 296), escritura pública (art. 299), inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble para ser oponible, seguido de la tradición del bien a los legitimarios (art. 750), o por acta judicial incorporada al expediente.

Tal como se ha expresado con anterioridad se entiende *La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria.* La aceptación del cónyuge habitador de la partición del inmueble o su venta es considerada por la doctrina como una renuncia tácita.

En este punto, mayoritariamente la doctrina sostiene que tanto el régimen anterior como en el actual, si el cónyuge supérstite presta conformidad para la venta total o parcial del inmueble, tal conformidad hace cesar su derecho a reclamar el derecho real de habitación (así lo declaran las Segundas Jornadas Mendocinas de Derecho Civil, celebradas en Mendoza en 1991). En cambio, parte

¹⁴⁹ Rocca (h), Ival, “Derecho Real de hab. Cónyuge y el conviviente supérstite en el CCyCN. Aspectos positivos y negativos de la reforma”, La LEY 13/09/2016

de la doctrina sostiene que la conformidad para la venta del bien no importa su renuncia al Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite si antes de la partición se presentó en el juicio sucesorio solicitando la inscripción de su derecho en el registro de la Propiedad Inmueble juntamente con la declaratoria de herederos ¹⁵⁰.-

5) Consolidación.

Esta situación se da cuando se reúne ambas calidades en la misma persona. En este caso, se reúne en cabeza tanto en cabeza del cónyuge supérstite o en la de los herederos o legatarios, Art. 1907 in-fine, ya sea por sucesión universal o particular onerosa o gratuita, la calidad de propietario conservando el poder de hecho, art. 1909, mejor dicho, de relación real sobre el inmueble.

6) Ejercicio irregular de un derecho (abuso de derecho) o dar al inmueble un destino diferente (art. 2152 inc. d).

Este último inciso del art. 2152, es novedoso. En el derogado código de Vélez, se entendía que si el usufructuario abusaba de la cosa el dueño tenía acciones para impedir que continúe la conducta dañosa ¹⁵¹. En el nuevo cuerpo normativo se faculta al nudo propietario a reclamar la extinción del derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el supuesto de demostrar el uso abusivo y la alteración de la sustancia. Si el cónyuge habitador incumple con la finalidad de asistencia y amparo que la ley le asigna y, por ejemplo, no habita el inmueble o lo utiliza con otros fines, como oficina, comercio, etc. los herederos o legatarios podrían pedir la extinción del derecho de habitación por aplicación de los Art. 10 y 2152 inc. d del CCyCN.

Es así que, puede suceder también que exista una transgresión por parte del superviviente (o de alguno de sus convivientes) a la moral y las buenas costumbres. Es lo que se denomina como “causal de grave de inconducta moral del cónyuge supérstite, posterior a la muerte del causante” ¹⁵².

¹⁵⁰ Iturbide, Gabriela “El Derecho Real de Habitación del cónyuge supérstite en el CCyCN”, ,publicado en LA LEY dic. 2020.

¹⁵¹ Borda, Guillermo, Derechos reales, t II, paf. 83, citado por Kiper Claudio, Tratado de Derecho reales, tomo II, pag. 117, ed. Rubinzal.-

¹⁵² Conf, Penna, Marcela - Barbieri, Patricia, “Acerca del Derecho real de Habitación del cónyuge supérstite”, LA LEY, 1988-E, 440, citado por Arraga Penido, Mario “Derecho Real de Habitación especial del cónyuge supérstite”, LA LEY, 19/4/2018.-

7) Expropiación

La expropiación es un acto de derecho público por el cual se lo priva forzosamente del bien, convirtiéndose en dominio público. La ley 21.499 de expropiaciones rige en todo el país; y a su vez cada provincia ha dictado sus propias leyes. La respectiva indemnización será abonada a los legítimos y nada podrá hacer el cónyuge superviviente para evitarlo. Solo podría subrogarse en los derechos de los coherederos (art. 35, ley 21.499), para accionar por retrocesión del dominio si el sujeto expropiado es reticente a reintegrar al expropiante las sumas de dinero recibidas en concepto de indemnización (art. 48).¹⁵³

8) *Destrucción completa del inmueble en que funcionaba el Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite.*

Esta causal surge de lo dispuesto por el Art. 1907 del CCyCN concerniente a las causales de extinción de los Derechos Reales. En este caso si el inmueble se destruye como todo derecho real existente sobre el mismo, se extingue por falta de sustento material. La norma es muy clara al determinar que si la ley no autoriza la reconstrucción de la cosa, el derecho real se extingue. Si al reconstrucción es imposible, el derecho real se extinguirá por más que la ley autorice abstractamente su reconstrucción. Muchas veces, ni siquiera quedan restos sobre los cuales ejercer el derecho real respectivo.

Este supuesto de caso fortuito o fuerza mayor alcanza a todos los derechos reales, frustándose su goce a través de la imposibilidad de su uso. Puede encontrarse un ejemplo de esta destrucción absoluta de un inmueble, cuando un maremoto produce que la finca quede cubierta permanentemente por el mar, modificando inclusive la conformación de la corteza terrestre. En tal caso desaparece el mismo sustento del derecho real.¹⁵⁴

¹⁵³ Arragada Penido, Mario, “Derecho Real de Habitación especial del cónyuge superstite”, La ley 19/4/18

¹⁵⁴ Alterini, Jorge, “Codigo Civil y Comercial comentado, Tratado Exegético”, T. IX, pág. 166, ed. Thomson Reuters, La Ley, Año 2016.-

Conclusión

Al comienzo de este trabajo nos hemos propuesto analizar como la redacción del nuevo Artículo 2383 del Código Civil y Comercial de la Nación, en el cual se ha consagrado “el Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite”, ha contrariado los fines originarios de este instituto, desvirtuándolo. Se ha procedido a realizar un extenso análisis de los orígenes del mismo como su evolución en demás países, al igual que se hizo hincapié en la investigación del derogado Código Civil y, específicamente, el estudio pormenorizado del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, con foco en la doctrina y la jurisprudencia, a fin de analizar el fundamento y la finalidad del instituto.

A lo largo del desarrollo de este trabajo hemos podido constatar que la finalidad del legislador al introducir este instituto fue la de proteger al cónyuge supérstite asegurándole la posibilidad de habitar en una vivienda digna y adecuada a sus necesidades en el ocaso de su vida, liberándolo de la angustia de una partición hereditaria que le arrebatase lo que fue su último hogar compartido con su cónyuge fallecido y evitar su desamparo, pero no desconociendo los legítimos derechos de los herederos y legatarios, sino postergándolos en el tiempo, “para dar paso a una seguridad habitacional del cónyuge supérstite”. De esta forma, se ha dado una de las máximas expresiones solidarias de los parlamentos constitucionales, no existiendo ninguna disposición, estudio académico o recomendación de la doctrina similar a este instituto en el mundo al día de su implementación que haya abonado el terreno para incorporar una norma que no tenía precedentes, siendo una verdadera originalidad su creación en nuestro derecho y en el mundo.

Con posterioridad, en virtud de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, el nuevo Art. 2383 que consagra este instituto no contempla la totalidad de los requisitos que imponía su antecesor, faltando los siguientes: a) anotación a pedido del cónyuge supérstite; b) único inmueble habitable que integre el haber hereditario; c) valor del inmueble que no supere el límite máximo para la anotación de vivienda como bien de familia; d) se mantiene mientras el beneficiario no contraiga nuevas nupcias. Aunque se celebre la casuística del nuevo cuerpo legal, es necesario resaltar que existía una norma prudente y sabia que era el derogado Art. 3573 bis del Código Velezano. Es muy difícil leer el nuevo artículo sin tener en cuenta las previsiones del artículo derogado, que daba una solución acertada al problema del viudo que vivía en un inmueble y satisfacía sus necesidades, sin ser ostentosa.

El conflicto que se da aquí queda definido entre la finalidad asistencial hacia el cónyuge supérstite en relación a su habitación vitalicia y gratuita, consagrada por el Art. 14 bis de la Constitu-

ción Nacional y en otros tratados internacionales de la misma jerarquía, y contra el derecho al acceso a la vivienda por parte de los demás coherederos (que puede ser un niño o niña) y al de propiedad. Es por eso que ningún artículo debe interpretarse en forma aislada, siendo el CCyCN un sistema de normas, es muy importante el título preliminar, siendo la llave de interpretación del mismo, que dispone que todas las normas deben ser interpretadas según la Constitución Nacional y los tratados de Derecho Humanos, un verdadero sistema de fuentes que deben dialogar para encontrar una solución razonable.

El ejercicio actual del derecho de habitación regulado en el Art. 2383 genera situaciones que contrarían su fin económico y social, como así también el espíritu del instituto, dando lugar a supuestos de un ejercicio abusivo del derecho, quedando en evidencia que la amplitud del derecho vigente y la ausencia de límites al mismo, ocasionan situaciones injustas en caso de concurrencia de coherederos, que no se tuvieron en cuenta al momento de sancionar la norma pero que los tribunales deberán resolver a la luz de lo establecido por el Art. 2 y 9 del CCyCN en relación a la Buena Fe y el Art. 10 respecto al ejercicio abusivo del derecho. Por medio de la aplicación literal de este nuevo artículo no resultará favorecida la familia como conjunto, respecto de los demás partícipes que no califiquen en tal descripción, por que únicamente resulta beneficiado el cónyuge supérstite en desmedro de los demás integrantes del grupo familiar, particularmente sus hijos. De esta forma se violenta la legítima de los demás herederos forzosos, impidiendo a los mismos de disponer de su herencia, atentando contra las garantías constitucionales del derecho de propiedad, violando a su vez el espíritu de la reforma del CCyCN, que es el de la constitucionalización del derecho privado y las normas de la Ley Fundamental de supremacía de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, equivaliendo a una desheredación temporal hasta la muerte del cónyuge sobreviviente.

En resumen, la investigación realizada en este Trabajo Final permiten concluir que no se justifica constitucionalmente que el legislador, fundándose en el principio de fortalecimiento y protección de la familia, instaure diferencias a favor del cónyuge supérstite, en perjuicio de los demás coherederos siendo abusivo, contrariando y excediendo los fines que el legislador contempló al reconocerlo originariamente, como también contraría los principios básicos sobre los que se asienta nuestro ordenamiento jurídico, los cuales son la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

A fin de salvaguardar este instituto y garantizar el cumplimiento de la finalidad querida por el mismo, es necesaria una reforma legislativa que introduzca límites efectivos y así evitar el ejercicio antifuncional del derecho, por que, como ha dicho el gran profesor Guillermo Borda “Los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe; tienen un espíritu que es la razón por la cual la ley los ha concedido; es evidentemente ilegítimo

ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley. El derecho no puede amparar ese proceder inmoral.”¹⁵⁵

¹⁵⁵ BORDA, Guillermo, “Manual de Derecho Civil. Parte general”, T. I, pág. 28, Ed. Abeledo Perrot, Año 1999.-
94 de 97

Bibliografía

- ALTERINI, Jorge**, “Código Civil y Comercial comentado, Tratado Exegético” Ed. Thomson Reuters La Ley, Año 2016.
- ALTERINI, Jorge**, “Tratado de Derechos Reales”, Ed. La Ley, Año 2018.-
- ARRAGA PENIDO, Mario** “Derecho Real de Habitación especial del cónyuge supérstite”, LA LEY, 19/4/2018.
- BARBERO, Omar**; “El Derecho de Habitación del Cónyuge Supérstite”, Ed. Astrea, Año. 1977
- BALESTRA, Ricardo**, “Derecho real de habitación viudal en el Código Civil y Comercial de la Nación. Interpretación de la nueva normativa a la luz del Título Preliminar del CCyCN en un “diálogo de fuentes”, publicado en EIDial 29/09/2016.-
- BIDART CAMPOS, German**; Compendio de Derecho Constitucional, Ed. Ediar. Año 2008.-
- BORDA, Guillermo**, “Manual de Derecho Civil. Parte general”, Ed. Abeledo Perrot, Año 1999.-
- BORDA, Guillermo**; “Tratado de Derecho Civil Sucesiones” Ed. Lexis Nexis, año 2003.
- BOSH, Monica Patricia**, “Derecho Real de Hab. del Cónyuge y conviviente supérstite en el CCyCN, TR LA LEY AR/DOC/1447/2016.
- BUERES, Alberto**, Código Civil Comentado, Ed. Hammurabi, 1975.
- BUERES, Alberto.**, “Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial”, ed. Hammurabi, Año 2016.
- CIFUENTES, Santos**, “Código Civil comentado y anotado”, Ed. La Ley, Año 2008.
- COTTAL TALCIANI, Hernan**; “Derecho Sucesorio Actual y Adjudicación de la Vivienda Familiar”, Ed. Universidad de Los Andes, año 2000.
- CHAVARRI, Angel B.**; "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite", en Sucesiones, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1991.
- FAZIO DE BELLO, Marta E.** “Protección de la vivienda. El derecho de habitación del cónyuge supérstite y del conviviente. Las cláusulas de indivisión. El Proyecto de unificación” AutorPublicado en: SJA 15/05/2013, 3; Cita: TR LALEY AR/DOC/5428/2013
- GARBARINI, Liliana M**; “Otra forma alternativa de protección jurídica de la vivienda familiar: derecho de habitación del cónyuge supérstite (artículo 3573 bis del Código Civil)” Publicado en: *Revista del Notariado* 843, 737 Cita: TR LALEY AR/DOC/244/22
- GUASTAVINO, Gabriel**; “Derecho de habitación del cónyuge/conviviente supérstite”, publicado en *Revista De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales. Nueva Época*, 2017-02-01, <https://doi.org/10.14409/ne.v0i10.6228>.

GUILISASTI, Jorgelina “El derecho real de habitación viudal en el Código Civil y Comercial. Cuestiones sobre la conveniencia”, Publicado - LA LEY 19/07/2018, 1 - LA LEY 2018-D, 549; Cita: TR LALEY AR/DOC/701/2018.-

ITURBIDE, Gabriela “El Derecho Real de Habitación del cónyuge supérstite en el CCyCN”, , publicado en LA LEY dic. 2020

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida: “Protección Jurídica de la Vivienda Familiar”, Ed. Hammurabi, año 1995

KIPER, Claudio “Tratado de Derecho Reales”, Ed. Rubinzal Calzoni, año 2021.-

MARIANI DE VIDAL, Marina; “Curso de Derechos Reales”, Ed. Zavalia, Año 2016.

MARIANI DE VIDAL, Marina; “Ley 20.798. Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite”, LL, 1976 . C.

MEDINA, Graciela; “Que pasa con los convenios de atribución del hogar conyugal a la muerte de uno de los esposos?”, LL, 1992-D-961

MEDINA, Graciela, “Proceso Sucesorio”, año 2021, cuarta edición, Ed. Rubinzal- Culzoni,-

MOLINARIO, Alberto, “Estudio Art. 35742 bis CC”, TR LALEY AR/DOC/465/2012, publicado en la Ley 1975-B-1040.-

LEVY, Lea M. “Protección de la vivienda familiar” ed. Hammurabi.

LOPEZ MESA, Marcelo, “Código Civil y Leyes Complementarias”, Ed. Lexis Nexis, Año 2008

LORENZETTI, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación” Ed. Rubinzal - Culzoni.

PAPAÑO, Ricardo, “Manual de Derechos Reales” Ed. Astrea, Año 2004.

ROCCA, Ival (h.), “Derecho real de habitación del cónyuge y el conviviente supérstite en el Código Civil y Comercial. Aspectos positivos y negativos de la reforma”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, 5/10/2016

(cita online AR/DOC/2305/2016).

STAROPOLI, María del Carmen; “Derecho real de habitación del cónyuge supérstite: El artículo 3573 bis después de la reforma de la ley 23.515”; Publicado en: [DFyP 2010 \(diciembre\)](#), 188 Cita: TR LALEY AR/DOC/7581/2010.

SILVA, Cristina., “Transmisión de los Derecho por causa de muerte: la protección de la vivienda a favor del conviviente y el cónyuge supérstite prevista en el Código Civil y Comercial”, TR LA LEY AR/DOC/1115/2016.

VIDAL TAQUINI, Carlos; “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite” TR LALEY AR/DOC/6241/2011.

VIDAL TAQUINI, Carlos “El Derecho real de habitación del cónyuge supérstite”, en Revista del Notariado nro. 743, p- 1536 y ss.

ZAVALA, Gaston Augusto, “Derecho real de Habitación de Cónyuge Supérstite”, Derecho de Sucesiones revista 2022-3, Ed. Rubinzal Culzoni,

ZANNONI, Eduardo, “Derecho Civil, Derecho de las Sucesiones”, Ed. Astrea, Año 1982.