

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**Tema: PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA**

Relatores: PROFESORES DOCTORES MARINA MARIANI DE VIDAL Y JORGE HORACIO ALTERINI

Fecha: 9 DE OCTUBRE DE 1991

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR ROBERTO LÓPEZ CABANA. - Antes de iniciar el tratamiento del tema que hoy nos convoca, solicito que nos pongamos de pie y guardemos un minuto de silencio en homenaje a la memoria del profesor emérito de esta casa de estudios, el doctor José María López Olaciregui, que con su reconocida capacidad y fecunda trayectoria civilista honró a este claustro universitario.

- Puestos de pie, los asistentes al acto guardan un minuto de silencio.

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - En esta mesa redonda, que hoy como subdirector del Departamento de Derecho Privado me toca presidir porque el director de nuestro Departamento, doctor Jorge Alterini, será uno de los expositores, proseguimos con el ciclo "Protección de la persona".

Nos acompaña esta noche la doctora Mariana Mariani de Vidal y, por la ausencia, que lamentamos, de la doctora Ana Raquel Nuta, que no integrará el panel por razones de salud, el doctor Alterini se hará cargo del tema que a ella le correspondía exponer.

La doctora Mariani de Vidal se referirá a "Derecho de vivienda y el concurso de vendedor". Después el doctor Jorge Alterini abordará dos temas. En primer término: "Protección de la vivienda en el caso del último beneficiario superstite del bien de familia, que además se convirtió en su único titular", y luego otro, relacionado con el que tenía que tratar la doctora Nuta; "Comparación de la situación jurídica del cónyuge sobreviviente ante el derecho real de habitación; el bien de familia y la indivisión de la casa habitación".

De acuerdo con lo anunciado, concedemos la palabra a la doctora Mariani de Vidal.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

DOCTORA MARIANI DE VIDAL

En estas mesas redondas sobre tutela de la persona, los profesores de derechos reales hemos elegido específicamente el tema de la protección de la vivienda; y al respecto me pareció importante referirme al artículo 1185 bis del Código Civil y a sus implicancias en la materia.

Transcurridos más de veinte años desde la introducción de esta norma en el Código Civil, es conveniente hacer una recapitulación de los problemas que se han presentado y cómo se han ido solucionando con el correr del tiempo. La preocupación acerca del boleto de compraventa no es nueva ni empezó en el 1185 bis, ya que con anterioridad hubo otros regímenes, verbigracia, el decreto 9032/63, que tuvo triste suerte porque jamás se aplicó y pasó a la historia por desuetudo; la ley de prehorizontalidad, aunque de relativa aplicación; la ley 14005, de venta de inmuebles en lotes, que también fue importante, y el artículo 1185 bis, que tuvo mejor suerte que las normativas que acabo de mencionar.

El problema del boleto de compraventa surge a raíz de que no guarda la forma que tiene que revestir el título suficiente a los fines de la traslación del dominio. Vale decir que para nuestro Código Civil, que en punto a derechos reales sigue la teoría del título suficiente y del modo suficiente, el boleto no satisface la forma exigida para el título suficiente respecto de inmuebles, según la norma del artículo 1184.

Por lo tanto, frente a un boleto de compraventa, aun habiendo tradición, posesión por parte del adquirente, y aun cuando se considere que esa posesión surge de un boleto de compraventa celebrado de buena fe, aunque se haya pagado todo el precio (en nuestro régimen jurídico tal circunstancia no hace a la transferencia del derecho real), aun reuniéndose todos estos requisitos, el derecho real no se ha transmitido. Mientras no se firme la escritura llamada traslativa de dominio, continúa el derecho de propiedad en cabeza del vendedor, y el comprador sólo tendría el derecho de exigir, en principio, el otorgamiento de la escritura pública, y sólo después de inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble ese adquirente se convertirá en un titular con derecho oponible erga omnes.

La preocupación por proteger a los adquirentes con boleto en materia inmobiliaria se basa entonces, más allá de todos los debates que pueda haber acerca de la naturaleza jurídica del boleto como contrato, en que en la órbita de los derechos reales, es decir, de transmisión y adquisición correlativa del dominio, casi nadie discute (salvo algunos, los menos, que dicen que hay dominio imperfecto) que con boleto de compraventa el título suficiente no está formalizado y no hay transmisión de dominio.

Por eso, aun mediando tradición, el boleto y la posesión no dan derecho al adquirente para sustentar una tercería de dominio. La jurisprudencia desestima las tercerías de dominio que se fundamentan en boletos de compraventa.

El adquirente con boleto no puede intentar una tercería de dominio en

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

ejecuciones que puedan seguir al vendedor otros acreedores; y así, frente a un acreedor hipotecario, por ejemplo, puede llegar a rematarse el inmueble y él perder todo, en especial si el vendedor es insolvente.

Tampoco hay posibilidad de que el boleto - esto lo digo para disipar una duda que generalmente se plantea - , cuando se una a la posesión, pueda llevar a la propiedad por la usucapión breve.

El boleto no es la forma del título suficiente. Un título con un defecto de forma hace presumir la mala fe del adquirente, quien tiene que saber que en materia de inmuebles hay que contar con la escritura pública. Además, el Código Civil establece que cuando el título carezca de forma no es justo título a los efectos de la usucapión breve. Así lo disponen los artículos 4010 y 4011, de los cuales deriva que no hay justo título si se trata de un boleto de compraventa.

Entonces, ¿qué hacer con estos adquirentes que no son una cosa ni la otra? ¿Tendrán que esperar veinte años para arribar al dominio y hasta ese momento no podrán enfrentar a los acreedores del vendedor?

El artículo 1185 bis nació como respuesta a un plenario, ya bastante antiguo, de 1967, de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, que en un caso que tuvo mucha repercusión, el de "Lozzi, E. c/Socha SA", resolvió que, habiendo tradición de la cosa, habiendo pago de la totalidad del precio, pero faltando la escritura - el adquirente sólo contaba con boleto de compraventa - , no había habido transferencia de dominio, y la situación resultaba inoponible al concurso. En consecuencia, lo único que podía hacer el adquirente era verificar en el concurso todo lo pagado. Imagínense la situación que se le creaba repentinamente a una persona que estaba viviendo en un inmueble: tenía que devolverlo y verificar su crédito para recobrar lo entregado tarde, mal y nunca en el concurso... Ese caso, en su momento, fue un verdadero explosivo.

La jurisprudencia de la Cámara Comercial se enfrentó con la jurisprudencia de la Cámara Civil, que por todas sus salas sostenía que en tales condiciones ese boleto era oponible al concurso y tenía que escriturarse, de lo contrario se violaba la buena fe.

La respuesta a este plenario fue la sanción del artículo 1185 bis, que se introdujo en el Código Civil el año siguiente, 1968, mediante la ley 17711. Su lectura nos será útil en este análisis. Dice: "Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe serán oponibles al concurso o quiebra de vendedor si se hubiere abonado el veinticinco por ciento del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio."

Esta norma se complementa con el artículo 150 de la ley 19551, de concursos, que dispone: "Las promesas de contratos o de contratos celebrados sin la forma requerida por la ley no son exigibles al concurso, salvo cuando el contrato pueda continuarse por éste y media autorización judicial, ante expreso pedido del síndico y del tercero... El artículo 1185 bis del Código Civil sólo se aplica a los casos de inmuebles destinados a vivienda." Este artículo - se los recuerdo - está ubicado entre los efectos de la quiebra del vendedor y se refiere a los que produce en el contrato de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

compraventa.

Voy a ir desmenuzando el artículo 1185 bis para establecer los requisitos que se deben cumplir. "Los boletos de compraventa de inmueble otorgados a favor de adquirentes de buena fe..." ¿Quiénes serán los adquirentes de buena fe? ¿En qué consiste la buena fe en este caso? Consiste en la ignorancia excusable acerca del estado de insolvencia del concursado en cuyo concurso se va a hacer valer este boleto.

Sigue el artículo diciendo: "... serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor..."

Anteriormente se diferenciaba entre el concurso civil y el concurso comercial, que se llamaba quiebra. En la actualidad no se hace ninguna distinción entre el concurso civil y el comercial, todos son concursos (art. 2° actual, ley 19551, texto ordenado en 1984).

Hay que distinguir, sí, entre concurso preventivo y quiebra. En una interpretación moderna de la norma, hay quienes se preguntan si el Código Civil, al referirse al concurso o quiebra, quiere decir que también están comprendidos los concursos preventivos, es decir, si la norma podrá jugar también en materia de concurso preventivo.

No olvidemos que el artículo 150 de la ley de concursos se refiere al efecto del boleto en cuanto a la quiebra, y allí es donde exige el requisito de vivienda, según hemos leído. Reitero que este artículo trata los casos de promesas de contratos, de contratos que no tienen la forma requerida por la ley concursal.

El artículo 21, en materia de concurso preventivo, no hace ninguna limitación, nada dice del destino del inmueble. Como se suele criticar en alguna medida esta limitación por lo que vamos a ver, hay autores que sostienen que, como la ley en materia de concurso preventivo no distingue, en los concursos preventivos, cualquiera que sea el destino del inmueble, parecería que el boleto resulta oponible.

¿Qué pasaría si el artículo 1185 bis se hiciera valer en las ejecuciones individuales?

El concurso es una ejecución colectiva. Cuando no hay ejecución colectiva, la ejecución es individual.

Si en las ejecuciones colectivas, que es lo más grave que le pueda pasar a un transmitente, el boleto es oponible a toda la masa acreedora, ¿por qué no podrá ser oponible también en las ejecuciones individuales? Es decir, que podrá no ser suficiente para fundar una tercería de dominio, porque transmisión de dominio no hay, pero ¿por qué no podrá ser suficiente para fundar una tercería de mejor derecho? Así se podría salvar el inmueble, respecto del cual hay un boleto, de las garras del acreedor que ha iniciado la ejecución individual.

Esta posición se está abriendo camino en la jurisprudencia. Nació en la provincia de Buenos Aires por fallo de la Suprema Corte, tiene ya dos fallos a favor, en 1989 y 1990, y la doctrina pasó a la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial.

Por lo tanto, el 1185 bis juega no sólo en materia de ejecuciones colectivas, sino que a fortiori o, por qué no, tiene que jugar también en materia de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

ejecuciones individuales. Ello así, aun cuando no haya entrega de la posesión, que no es requisito del 1185 bis - como vamos a ver - , porque cuando hay entrega de la posesión pueden entrar en juego otras normas, inclusive la del artículo 2355 que califica de legítima la posesión adquirida con boleto de compraventa, siempre que haya habido buena fe del adquirente, lo que ha dado lugar a interminables y aún no terminadas polémicas. Pero parece que el 1185 bis, que no exige posesión, permitiría oponer el boleto aun a la ejecución individual.

Ya tenemos delimitados dos problemas. Si decimos que el concurso implica una situación grave porque el concursado es insolvente, es decir, que sus bienes no alcanzan a satisfacer a todos sus acreedores, es de aplicación el famoso principio que rige en materia de concursos: par conditio creditorum, paridad de los acreedores. Parecería, entonces, que toda norma que salga de este principio tiene que ser interpretada restrictivamente.

Siguiendo con los requisitos que tiene que reunir el boleto para poder ser oponible al concurso, el Código Civil establece que tiene que haberse pagado el 25 por ciento del precio.

Frente a esta exigencia se generan dos problemas. Uno, el de saber si el 25 por ciento del precio comprende capital e intereses o sólo el capital. Parece que la respuesta es que el 25 por ciento se debe referir al capital, indexado o no, según se aplique o no la ley de convertibilidad, según los períodos, etcétera, porque los intereses, punitivos o moratorios, no son el precio. Es lógico que el 25 por ciento del precio apunte al 25 por ciento del capital exclusivamente, y algún fallo así lo ha resuelto. La jurisprudencia se orienta en ese sentido.

Por supuesto, ese 25 por ciento tiene que haber sido pagado antes de la declaración de la quiebra; si se paga después, no tiene valor a los fines del artículo 1185 bis.

Respecto del 25 por ciento del precio, se plantea la duda de si, además del pago de ese porcentaje, es necesario que haya tradición. Ese interrogante se planteaba antiguamente en casos que precisamente dieron origen a la norma del 1185 bis que contempló el plenario. "Lozzi c/Socha SA".

Otro interrogante supongamos que el adquirente está en posesión del inmueble, pero no ha pagado aún el 25 por ciento del precio. ¿Jugará o no el 1185 bis? Hubo grandes discrepancias al respecto, hasta que un plenario de la Cámara Comercial, en el caso "Arturo de Zaguir, M. c/Concepción Arenal SCA", del 8 de julio de 1981, resolvió que había que pagar el 25 por ciento del precio. Es decir, la posesión no suple la falta de pago del 25 por ciento del capital y, a su vez, la posesión no es necesaria. En síntesis, es suficiente con el pago del 25 por ciento del precio, sin necesidad de que haya habido tradición de la cosa al adquirente.

Entre otros problemas que plantea esta norma, se presenta una duda respecto de la fecha cierta, es decir, si es necesaria o no la fecha cierta en el boleto a fin de poder ser opuesto al concurso.

Autores como Borda sostienen que lo suple la posesión, pero parten de la base de que la posesión es exigible para el 1185 bis, lo que no es así como

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

hemos visto, por lo que parece que la solución no puede ser otra que exigir que el boleto, para ser oponible, tenga fecha cierta anterior a la declaración de quiebra, de lo contrario no podrá ser oponible. En síntesis, es necesaria la fecha cierta anterior. Y es muy fácil concluir así, porque el 1185 bis integra el Código en el que los artículos 1034 y 1035 son claros respecto de la exigencia de la fecha cierta en materia de instrumentos privados.

En cambio, a mi juicio, no es necesaria la inscripción del boleto, que en la Capital Federal no se exige, pero sí en algunas provincias, como Córdoba y Entre Ríos, en sus respectivos Registros de la Propiedad Inmueble. La norma nacional de fondo, que es la que regula esta cuestión, no exige la inscripción. Además, la ley 17801 del Registro de la Propiedad Inmueble tampoco contempla la inscripción de los boletos para los casos en que no haya una ley especial que lo exija; aquí no la hay.

Parece básico que la inscripción no es necesaria aun en las provincias en las que está organizado el registro de boletos, salvo en caso de que normas especiales lo exijan, como en la ley de prehorizontalidad o en la ley 14005.

Un autor (el doctor Luis Andorno), para darle mayor fuerza a la oponibilidad del boleto al concurso del transmitente, piensa que aquél puede caer dentro de las anotaciones personales a que se refiere la ley 17801 (art. 30, inc. b) y tendría que inscribirse, inscripción que sería exigible en las jurisdicciones que tengan organizado el registro de boletos.

Hay que tener presente que el crédito debe ser verificado. Cuando se quiere oponer el boleto al concurso, es necesario verificar el crédito. Hay que prestar atención a esta verificación porque hay plazos que deben ser cumplidos y, de hacerlo tardíamente, las costas son enormes.

El artículo 33 de la ley de concurso no hace distinciones, y hay quienes sustentan el criterio de que no es necesaria la verificación, toda vez que el 1185 bis no la exige como requisito imprescindible y expreso.

En el régimen del concurso - que es completo - la verificación es exigible. Además, esta es la solución más valiosa porque la verificación lleva a controlar si ese boleto reúne los requisitos que el Código Civil exige, lo mismo que la ley de concursos, para la oponibilidad del boleto. Por lo tanto, la verificación a tenor del artículo 33 de la ley de concurso, es exigible.

Pasamos ahora al verdadero tema de esta charla, que es el destino de vivienda.

El artículo 1185 bis no exige destino de vivienda; la ley de concursos, en su artículo 150 - reitero que está ubicado entre los efectos de la declaración de quiebra - exige el destino de vivienda para que pueda jugar el 1185 bis.

Queda con un signo de interrogación el concurso preventivo, en cuanto a si juega o no la oponibilidad del boleto y, en ese caso, si se necesita o no el requisito de vivienda. Y también queda flotando si este requisito juega en los casos en que se decida aplicar el 1185 bis en el supuesto de ejecución individual. Les adelanto que los casos en los que la jurisprudencia resolvió que sí jugaba para las ejecuciones individuales eran aquellos en los que se había pagado, si no todo, por lo menos una parte importantísima del precio, había habido tradición y el destino era vivienda. Es decir, a los jueces los conmovió esa circunstancia, porque, de decidirse lo contrario, los

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

adquirentes hubieran tenido que desalojar los inmuebles.

De modo que quizás ese interrogante que se presenta debería ser resuelto por el principio de par conditio creditorum.

¿Qué es esto del destino de vivienda que exige el artículo 150 de la ley de concurso? ¿El destino dado por quién? ¿por el vendedor, por el comprador? ¿Será el destino que objetivamente pueda satisfacer el bien, o será el destino subjetivo, el que le va a dar el adquirente?

Supongamos que un petit hotel destinado a vivienda por el propietario se venda y el adquirente piense destinarlo, por ejemplo, a una clínica psiquiátrica. Ahí hay un destino objetivo, pero no un destino subjetivo; hay un destino actual, el de vivienda, pero el destino futuro será el de la clínica psiquiátrica. Entonces, ¿es oponible o no?

Es bueno recordar que la Corte Suprema consideró en 1982 que esta especie de "discriminación", de desigualdad, es justificada, de manera que la exigencia del destino de vivienda es constitucional.

Supongamos el caso del propietario de un terreno que lo vende al titular de una empresa constructora. Este empresario construye un edificio que va a someter al régimen de propiedad horizontal y firma boletos con otras personas que van a vivir allí. El propietario del terreno quiebra; el empresario quiere salvar el negocio y los adquirentes de unidades también quieren salvar su compra. El destino objetivo es de vivienda, pero no el destino subjetivo porque la empresa compró el terreno no para vivienda sino para lucrar con él. En este caso, ¿está protegido o no? Estaría protegido, en mi opinión.

Otro caso. Supongamos que una persona ahorró dinero para comprarse un lote de terreno y construir en él su propia casa. El vendedor quiebra. No hay destino actual, no hay destino objetivo ni subjetivo. En este caso, ¿es oponible o no? Como juez me temblaría la mano si resolviera que no es oponible, a pesar de que ahí el destino de vivienda no es actual, sino futuro.

Otro caso. Supongamos que se trate de un edificio con una construcción no muy adelantada, y el vendedor cae en concurso. La oponibilidad y la subsiguiente escrituración que se puede exigir al concurso para consolidar el dominio tiene que ser material y jurídicamente posible porque no se puede exigir que el concurso distraiga fondos que van a servir para satisfacer a todos los acreedores, para terminar la construcción. En estos casos el adquirente sólo tiene que verificar su crédito por la parte que pagó del precio, y no puede oponer el boleto.

Pero ¿qué sucede cuando el edificio está casi terminado y el adquirente o los adquirentes - porque pueden ser muchos los adquirentes, por ejemplo, si se trata de un edificio que va a ser sometido a la ley de propiedad horizontal - deciden hacerse cargo de la terminación de la obra? ¿Será oponible o inoponible? ¿El concurso tendrá que hacerse cargo de lograr la aprobación de los planos, el certificado final de obra? ¿Podrá el juez sustituir la voluntad del fallido para otorgar el reglamento de copropiedad y administración? Algunos jueces en lo Comercial lo han hecho así. Ofician al Banco Hipotecario Nacional, por ejemplo, para que les informe sobre las cláusulas que usualmente constan en los reglamentos de copropiedad, y así han

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

posibilitado el acceso a la escritura pública, y, por tanto, al dominio, de esos adquirentes de buena fe que caen en la preceptiva del 1185 bis.

Otro tema es el referido a los inmuebles sometidos a la ley de prehorizontalidad. Sabemos que los dos requisitos fundamentales son que se inscriban la afectación y luego los boletos.

Algunos autores sostienen que en estos casos juega no el artículo 1185 bis, sino la ley de prehorizontalidad, de manera que, si no se satisfacen las exigencias de esta ley, el boleto no es oponible.

No obstante, cabe hacer una distinción. La anotación de la afectación corresponde al propietario, que en nuestra hipótesis es el quebrado, el fallido. El incumplimiento de la obligación por parte del fallido parece que no puede redundar en perjuicio del adquirente porque él no puede suplir ese incumplimiento. Aquí el boleto es oponible. Pero si se inscribe la afectación y no el boleto, la hipótesis es otra porque en la prehorizontalidad la inscripción del boleto la puede requerir tanto el adquirente como el transmitente, de modo que, si aquél no hizo inscribir el boleto, tendrá que soportar las consecuencias de su propia conducta discrecional, es decir, el boleto no será oponible.

Vayamos a otro caso que se puede presentar. ¿Qué sucede si el adquirente utiliza el inmueble, por ejemplo, para veraneo? Es una vivienda, pero sólo para las vacaciones. En este caso, ¿es oponible o no?; ¿satisface o no satisface el requisito de vivienda? Una vivienda en country que se tenga únicamente para los fines de semana ¿satisface o no satisface ese requisito? Un lote en un cementerio privado - problema que se puede plantear - ¿será o no será oponible? ¿Jugará el artículo 1185 bis?

Con estos ejemplos quiero demostrar que el artículo 1185 bis es un semillero de problemas y de cuestiones que deben seguirse estudiando.

Vayamos al caso de las cocheras. Quien adquiere una cochera en un garaje, por más que se quiera ampliar la interpretación de la norma, parece que no podría ser oponible. Pero quien adquiere una cochera como unidad complementaria de la unidad de vivienda de su propiedad estaría cubierto por la norma, porque en los casos de destino mixto el boleto es oponible; y así lo considero.

Supongamos el caso de un profesional - psicólogo, médico, abogado, etc. - que atiende en su casa. So pena de desproteger a la vivienda, el destino mixto tiene que estar comprendido, sin ninguna duda, en el 1185 bis.

También sería necesario proteger, por ejemplo, campos o locales de comercio que a lo mejor son la base de la subsistencia de sus adquirentes.

Hay buenas razones para proteger al adquirente de un inmueble para destino de vivienda como para estos destinos que acabo de señalar, lo cual parece que la ley no lo permite.

Algunos autores entienden que, retornando a la norma común de la que les hablé, o sea, al principio de *par conditio creditorum*, la interpretación tiene que ser restrictiva en todo lo que implique apartarse de él. También hay quienes sostienen que cuando el artículo 150 de la ley de concursos se refiere al destino vivienda, este destino tiene que ser actual, propio del adquirente - es decir, que en algunos casos que planteábamos no cabría

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

aplicarse - y además debería tratarse - yo no participo de este criterio - de vivienda única y reunir los requisitos que exige la ley para que pueda ser inscrita como bien de familia.

Doy por concluida mi intervención.

- Aplausos.

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Agradecemos a la doctora Mariani de Vidal su brillante y aguda exposición, y pasamos a escuchar al doctor Jorge Horacio Alterini, quien, como dijimos, se va a hacer cargo de su tema y del que le correspondía a la doctora Ana Raquel Nuta.

DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI.

El primero de los aspectos que originariamente pensaba tratar, y que la reformulación de la mesa redonda impone que lo haga con mayor brevedad, atañe a la protección de la vivienda en el caso del último beneficiario sobreviviente del bien de familia que además se convirtió en su único titular. Previamente quiero explicar por qué dentro de un simposio sobre tutela de la persona hablamos de la vivienda.

Como ustedes recordarán, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se proclamó textualmente en el art. 25 que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia... la vivienda".

Si pasamos revista a las necesidades más elementales de los seres humanos, encontramos que a renglón seguido de los alimentos está la vivienda. Más aún, si visualizamos el concepto de alimentos que nos brinda el Código Civil en su artículo 372, advertiremos que se alude a la habitación como comprendida la idea de alimentos.

Entre habitación y vivienda hay una relación muy estrecha, son conceptos que tienden a confundirse.

En una obra francesa clásica en esta temática, al menos en los aspectos sociológicos y filosóficos: Hábitat y vivienda, de Havel, rescatando purezas en estos conceptos, se lee que acaso la idea de hábitat apunte más a la protección, a la seguridad, al refugio adecuado, y, en cambio, la vivienda reflejaría en mayor medida la idea de residencia efectiva.

Con ese esquema, en realidad, pondré el acento más en la protección de la habitación que de la vivienda, no tanto en la residencia efectiva, sino más bien, o al menos al mismo tiempo, en una residencia adecuada. Una cabaña puede ser una excelente vivienda, entendida como residencia efectiva, pero inadecuada como habitación, porque tal vez una cabaña, salvo que sea muy confortable, no es aspiración común de la persona. Por supuesto, hay quienes tienen que conformarse con mucho menos que una cabaña, pero ésta es una realidad lamentable que debemos esforzarnos para superarla.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Entraré directamente en el tema del bien de familia y, en especial, en el punto que nos convoca. El bien de familia procura satisfacer, según se infiere del artículo 34 de la ley 14394, que organiza éste y otros institutos, las necesidades de sustento y de vivienda del constituyente y de su familia.

Según el art. 35, son beneficiarios, aparte del constituyente del bien de familia y de su cónyuge, los descendientes, ascendientes y los hijos adoptivos, o, en su defecto - cuando no los hay - , los parientes colaterales hasta el tercer grado, si convivieren con el constituyente. Es un concepto especial de familia compatible con la noción biológica.

Además, para que funcione el instituto, el constituyente o su familia tiene que habitar el inmueble afectado o unos u otros explotar por cuenta propia el inmueble o la industria en él instalada - así lo dice el artículo 41 de la ley - , salvo supuestos especiales que admita de manera transitoria la autoridad de aplicación y por causas debidamente justificadas.

Destaquemos estas ideas acerca del sentido del bien de familia, de quiénes intenta proteger y de qué requisitos se necesitan para su persistencia.

Hay una correlación estrecha con las causales de extinción del bien de familia, sobre todo con las que más nos interesan en esta oportunidad, que son las del inciso d) del artículo 49. Entre esas causales alude a la desaparición de los presupuestos del artículo 34: cuando excede las necesidades de sustento y vivienda; cuando no se configuran más los requisitos del artículo 36: cuando no hay familia; o del artículo 41: cuando el inmueble no se habita o no se explota por cuenta propia, y, finalmente, cuando hubieran fallecido todos los beneficiarios.

El tema donde pretendo rescatar en toda su importancia la protección de la vivienda aun más allá de la existencia de familia, pero siempre dentro del instituto del bien de familia, se aprecia en el último andarivel citado.

No fallecen todos los beneficiarios, pero queda uno solo. Todavía no se presentarían problemas, pero ese único beneficiario, por devenires jurídicos, se ha convertido en el único titular del inmueble. O sea, el último superviviente, que pasa a ser el único beneficiario, es al mismo tiempo el único titular del inmueble.

En esta disputa conceptual se exponen dos doctrinas.

La tradicional, llamada doctrina de la extinción, sostiene que la familia no existe si hay un solo beneficiario, que puede ser el último hijo varón o la última hija mujer, o la viuda o el viudo, y además se trata del único titular del inmueble.

Hasta se han publicado artículos diciendo que la familia supone por lo menos dos personas. Obvio. El problema es si la protección exige dos personas por lo menos.

También dicen que si al desaparecer toda la familia y quedar nada más que el constituyente, se extingue el bien de familia porque no hay beneficiarios, inversamente, si el único beneficiario pasa a ser único dueño, también se extingue el bien de familia. Una suerte de simetría jurídica.

La otra tesis es la de la subsistencia, en la que estoy comprometido desde hace años, y no sabía cuán comprometido estaba.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

En un artículo muy valioso sobre el tema (LL 1986 - D - 357), el profesor Lagomarsino - encargado de cátedra en esta Facultad - atribuye la tesis de la subsistencia a la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que integro. Lo mismo hace quien más ha trabajado en el tema de bien de familia, el doctor Guastavino (véase, en especial, ED, t. 122 - 334); la concebimos desde el precedente del 31 de marzo de 1986, en los autos "Fernández, Maximino, Lema de Fernández, Esperanza s/sucesiones".

Les confieso cuál es el origen de esta idea. La formulé por primera vez el 28 de mayo de 1983 - por razones obvias las fechas son importantes, y por eso las puntualizo - en un simposio sobre "Protección del patrimonio familiar y la sucesión hereditaria", que tuvo lugar en la Delegación Mar del Plata del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Y la reiteré aquí, en esta Facultad, en un simposio sobre "Régimen jurídico del patrimonio familiar", realizado el 10 de agosto de 1983.

No suponía la originalidad de la tesis, porque no creía compartible la tesis opuesta, a pesar de que la mencionaba. No me atreví a decir, frente a algo que me parecía poco discutible, que era el primero en sostener esta posición. Parece que sí, ya que tanto Guastavino como Lagomarsino se la adjudican a la Sala C de la Cámara Civil. Y como yo la había sostenido antes, parecería que soy quien primero vislumbró esta interpretación.

La orientación clásica, o de la extinción, comenzó a sentirse incómoda y a admitir excepciones. Y así reflexionó que la afectación desaparece ante un propietario único; pero, si por vía sucesoria, el beneficiario único llega a ser cotitular, el bien de familia no se extingue. También, si el último beneficiario supérstite es la viuda del constituyente, aunque ella fuera la única dueña, por razones de equidad subsistiría el bien de familia.

Cuando se formula un principio y luego se defienden excepciones, se demuestra que ese principio no es tan fuerte. ¿No habrá acaso reticencia para cambiar de opinión cuando se la ha sostenido desde los artículos, desde los libros...?

Nuestra Cámara Civil no ha llegado al fallo plenario, a pesar de que estuvo próximo a producirlo, porque, en definitiva, entendió que no había antecedentes nítidamente contradictorios, que, como ustedes saben, son los que provocan el fallo plenario. Luego de una apertura provisional por la Sala respectiva, el pleno de la Cámara, con mi voto en contra junto a distinguidos colegas, no abrió el plenario, lo que hubiera clarificado definitivamente el tema. Se trata de la resolución por mayoría del 31 de marzo de 1991 en la causa "Adaime, Amado y Mallorca, Catalina s/sucesión ab intestato".

Tengo la sensación de que en el futuro ésta será la doctrina plenaria. Estoy convencido de que es la buena doctrina. Por de pronto, hay un argumento literal: la causal de extinción es que fallezca hasta el último beneficiario. Aquí hay uno solo, pero lo hay. Algunos dicen que no hay más familia, por lo que no sería aplicable el párrafo final del inciso d) del artículo 49, y sí la causal de extinción resultante de la desaparición de la familia.

Ese argumento lo rebatió acertadamente el doctor Lagomarsino, al señalar que el legislador, a quien debemos suponer congruente, prevé como

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

causales de extinción distintas la desaparición de la familia y el fallecimiento del último beneficiario.

¿Cómo puede desaparecer la familia, aunque subsista algún beneficiario? Desaparece, por ejemplo, cuando hay un divorcio vincular: aquí finiquita la relación con el cónyuge. Cuando hay acciones que hagan cesar relaciones de filiación: así quien estaba emplazado como hijo pierde ese status. La familia desaparece por alternativas jurídicas, no biológicas.

En cambio, en el último párrafo mencionado se apunta al hecho biológico del fallecimiento del último beneficiario. Pero, como dijo la Sala C, si el constituyente es previsor y quiere proteger a ese último beneficiario, déjenlo que lo proteja. Ese último beneficiario puede ser un incapaz o un inhabilitado.

¡Qué contradictorio!: el último beneficiario, mientras viva el constituyente, tendrá un beneficio que nadie discutirá, pero debe rogar que no se muera. Más allá de que el ruego responda al afecto, igualmente lo impondría la conveniencia, porque si aquél muriera quedaría privado del beneficio. Como sería el único heredero, el beneficio desaparecería. Esta es una interpretación disvaliosa: tiene que estar preocupado por el destino ajeno para no perturbar el propio, cuando la ley dice claramente que se protege hasta al último beneficiario.

Además de los argumentos citados y de otros que se puedan agregar, hay que rescatar de la ley no sólo la protección de la familia, sino también de lo que subyace, que es la protección de la vivienda, que, con la adhesión a la Declaración Universal de Derechos Humanos, interniza su fuerza vinculante para el derecho argentino. Tiene además rango constitucional. El artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que introdujo la reforma de 1957, al referirse a la seguridad social en sentido genérico, dice que "En especial 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."

Con el sustento de razonamientos como los referidos y de las normas ordenadoras de la comunidad contenidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Constitución Nacional, parece difícil concluir en sentido distinto del propuesto.

Este es el primer aspecto, que he formulado más sumariamente porque la ausencia de la doctora Nuta ha dejado libres otros temas que nos hemos distribuido con la doctora Mariani de Vidal.

La doctora Nuta iba a hablar concretamente del derecho real de habitación. Como hay ausencias irremplazables, he preferido, con la intención de dar un panorama más integral, hacer una comparación entre diversos institutos que atañen a la protección de la vivienda.

La doctora Mariani de Vidal ha tratado con envidia un aspecto de la protección de la vivienda particularmente importante. Pero quedan otros: por ello, esta segunda parte podría llamarse Comparación de la situación jurídica del cónyuge supérstite ante el derecho real de habitación, el bien de familia y la indivisión de la casa habitación.

Esta noche, para los que conocen el tema y para los que no lo conocen, he

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

realizado una muy rápida presentación del bien de familia.

Este instituto convive con otros dos básicamente tutelares de la vivienda, de los que me ocuparé.

El derecho real de habitación del cónyuge supérstite, incorporado como art. 3573 bis del Código Civil por la ley 20798, es una de las máximas expresiones solidarias de los parlamentos constitucionales. Implica que el cónyuge supérstite, cuando concurriera con otros coherederos o legatarios y existiera un único inmueble habitable, tiene derecho real de habitación sobre ese inmueble, si fue asiento del hogar conyugal y cuya estimación no exceda el límite máximo asignado a las viviendas para ser declaradas bien de familia, el que persistirá hasta su muerte porque es vitalicio, y es gratuito, y se extingue con el nuevo matrimonio que pueda contraer el supérstite.

La otra dimensión protectora que quiero mencionar, para hacer después la comparación integral, es la del caso del artículo 53 de la ley 14394, en materia de indivisión forzosa para bienes de origen hereditario. Es el supuesto de la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal y que fue la residencia habitual de los esposos. El cónyuge supérstite podrá oponerse a la división del condominio que exista sobre ese inmueble.

Son dos instituciones que tienen fines paralelos, y, para posibilitar la comparación, me detendré en la situación del cónyuge supérstite, en esas distintas temáticas.

**a) Naturaleza del derecho**

La doctrina dialoga demasiado con respecto a la naturaleza del derecho otorgado por el art. 3573 bis. Es derecho real de habitación. Tiene algunas notas propias que son las que le imprime la norma y las que resultan de la aplicación de la habitación en este ámbito tan singular. Pero no hay que exagerar y, por ver alguna singularidad, creer que nos encontramos con algo muy distinto de lo que es el clásico derecho real de habitación.

El usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos es muy particular y nadie lo saca del contexto general del usufructo; es una modalidad del usufructo, pero de fuente legal. Y esta es otra manifestación del derecho real de habitación, que también nace de la ley.

En el supuesto de la oposición del cónyuge supérstite a la división de la comunidad hereditaria, porque lo van a dejar sin vivienda, se trata simplemente de un comunero hereditario que ejercita el derecho de oponerse a la partición. Sigue siendo comunero hereditario, su condición no se muta, es un comunero que se puede oponer al derecho de los demás, si quieren excluirlo. Tal vez en esa casa habitación vivan otros coherederos, pero hay que garantizar la vivienda del cónyuge supérstite.

La naturaleza del derecho del cónyuge supérstite sobre el bien de familia es de difícil determinación. Es una consecuencia, según la interpretación que acaso sea la dominante, de las restricciones y límites que tiene el dueño, el constituyente del bien de familia, y de las limitaciones que tienen los terceros ante la constitución del bien de familia. Y en ese contexto de límites y limitaciones de unos y de otros aparece este derecho del beneficiario con

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

la tipicidad propia del instituto.

**b) Voluntariedad de la constitución**

El derecho real de habitación del art. 3573 bis del Cód. Civil nace de la ley, pese a que se ha discutido mucho la constitución.

Pero el artículo 3573 bis dice que, dados los supuestos que prevé la norma, el supérstite "tendrá derecho". Se configuran los supuestos, y tendrá el derecho, el que perdurará mientras no lo abdique.

En el caso del bien de familia, el beneficiario supérstite adquirió el derecho desde que se constituyó el bien de familia. Mientras no lo decline o se dé alguna causal de extinción, su derecho persistirá. No se necesita un acto de reclamo de su derecho. Tendrá que defenderlo, si se lo desconocen, pero no tiene que impetrarlo para poder ejercerlo.

En cambio, en la indivisión generada por la oposición del cónyuge supérstite, si no articula ese derecho concreto a habitar el bien integrante de la comunidad hereditaria, no será operativo. O sea, la voluntariedad del beneficio se ve claramente en el acto inicial; si no se opone a la partición hereditaria, no alcanzará el derecho que le garantiza el artículo 53 de la ley 14394.

**c) Duración**

En materia de duración, el bien de familia persiste indefinidamente hasta que no se verifiquen causales de extinción. No tiene una duración predeterminada, es decir, no está subordinado a un plazo.

En el derecho real de habitación sí hay un gran plazo, la vida, porque es vitalicio. Persiste toda la vida del supérstite, pero no más allá.

En el caso de la ley 14394, los efectos de la oposición del cónyuge comunero hereditario a la partición perduran diez años desde que se la plantea. Algunos autores computan los diez años desde la muerte del causante que generó el proceso sucesorio, pero la doctrina dominante se inclina por contar los diez años desde la oposición.

**d) Naturaleza del objeto (propio o ganancial)**

En el caso del bien de familia no hay ningún vallado en la ley, y por ello se entiende que el objeto puede ser tanto propio como ganancial.

Para el derecho real de habitación, tampoco hay directiva legal que permita inferir que sólo si se trata de bienes gananciales el cónyuge supérstite puede invocar ese derecho.

En cambio, en la indivisión esgrimida por el cónyuge supérstite, como la ley dice que debe tratarse de una casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal, se interpreta que debe ser un bien ganancial. Correcta o incorrecta, la directiva de la ley es explícita.

**e) Número de inmuebles**

En el derecho real de habitación la ley dice "único inmueble habitable". Una interpretación restrictiva ha opinado que en la indivisión tiene que haber un único inmueble habitable, y hasta algunos que debe ser un único bien

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

componente del acervo hereditario para que se dé el supuesto del artículo 3573 bis.

En las Jornadas de Derecho Civil realizadas en San Rafael, Mendoza, en 1976, se declaró que puede haber otros inmuebles en tanto y en cuanto no alcancen para el sustento. No puede negársele al supérstite el ejercicio de este derecho, si los demás inmuebles no alcanzan para el sustento, es decir, que si prescindimos de este inmueble, los restantes no serían suficientes para el sustento. Es una interpretación amplia.

Otra interpretación interesante es la del doctor Barbero, que sostiene que tiene que ser el único inmueble habitable que quede luego de saneado el sucesorio, pagadas las deudas y las cargas del sucesorio. Lo que quede después de liberado todo. Las cargas pueden pagarse con otros bienes, y si queda un único inmueble habitable, sobre él se ejecutará el derecho real de habitación.

En materia de bien de familia, el cónyuge beneficiario de la protección como último sobreviviente, aunque hubiera algún otro inmueble, en principio no pierde el bien de familia.

En todos estos supuestos debe ponderarse el tema del abuso del derecho. Por un lado, el bien de familia traba a los coherederos porque hay que respetar al cónyuge supérstite, y, por otro lado, a los acreedores.

Si el supérstite tiene otras propiedades, el instituto se vuelve discutible, aunque estrictamente la ley no lo desconozca. Pero está la posibilidad de aducir abuso del derecho, que está incorporado al Código, y, por tanto, es estéril discutir si nos gusta o nos disgusta. Es ley vigente; el instituto hay que aplicarlo con moderación, pero existe.

En el caso de la indivisión tampoco se dice que tiene que ser un único inmueble. Nuevamente los convoco a analizar si en determinado caso puede configurarse un abuso de derecho.

#### **f) Límites**

El legislador, cuando acuñó el bien de familia, quería que tuviera límites, y no que cualquier inmueble se pudiera afectar como bien de familia si era de ostentoso valor económico. Por eso la ley 14394, en su artículo 34, remite a la estimación de las necesidades de sustento y vivienda según normas reglamentarias, y tradicionalmente existieron tales normas reglamentarias que previeron que si el inmueble excedía de determinado valor no podía ser bien de familia.

En 1980 se inició en el país una tendencia cuestionable: suprimir los límites, si el destino es la vivienda, que un inmueble sea bien de familia cualquiera que fuere su valor. No hay inconveniente en inscribir, mansamente, como bien de familia una propiedad de varios millones de dólares. Lo dispone el decreto 2080/80 de la Capital Federal, que hizo escuela rápidamente, ya que la ley 9747, de 1981, de la provincia de Buenos Aires, adoptó similar criterio: con destino para vivienda, no hay límite máximo para la afectación.

La solución parece atractiva porque da la sensación de que protege, pero ¿en qué situación quedan los acreedores? Acreedores, acaso pobres, impotentes ante deudores con importante patrimonio. El criterio

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

reglamentario es éticamente reprochable y carece de equilibrio, tanto que la mayoría del derecho comparado fija techos. Pienso que puede soslayarse la arbitrariedad reglamentaria por los acreedores, si intentan la desafectación del inmueble como bien de familia, fundados en el art. 49 inciso d) de la ley 14394, que la prevé, si no subsistiere el requisito impuesto por el art. 34 de que el valor del inmueble no puede exceder las necesidades de sustento y vivienda.

El derecho real de habitación regulado por el artículo 3573 bis es factible según la norma, si su estimación no excede el límite máximo asignado a las viviendas para ser declaradas bien de familia. Pero, al no existir límite, al menos explícito, en el bien de familia, tampoco lo habría en materia de habitación.

Insisto en que discrepo de ese resultado disvalioso, que reviste suma importancia en la praxis, y propicio neutralizarlo.

En materia de valor de la casa habitación, en el supuesto de la indivisión del art.53 de la ley 14394, tampoco hay monto máximo.

En todos estos casos tampoco hay que descartar la posibilidad de acudir al instituto del abuso del derecho. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo publicado en LL 1988 - E - 415, interpretó que importaba un ejercicio antifuncional del derecho a invocar la protección del bien de familia, la pretensión de una sola persona de utilizar exclusivamente un departamento de 350 metros cuadrados, ubicado en zona destacada de Buenos Aires.

**g) Compensación**

La cónyuge supérstite que se queda en la casa habitación ¿no paga nada por ello?

Si se trata del derecho real de habitación, la ocupación es gratuita. No hay discusión posible.

En el caso de oposición a la indivisión hereditaria, tampoco la ley impone el pago. Sin embargo, si un condómino o comunero hereditario utiliza exclusivamente el inmueble en cotitularidad, se acepta que los demás le puedan pedir una compensación. Adviértase que, si no lo hacen, no debe abonar nada; sólo lo hará una vez que se le exija la compensación. Parece razonable extender la misma idea al supuesto de que la cónyuge supérstite invoque la indivisión a que se refiere la ley 14394.

Esta compensación corresponde desde el momento en que se requiera, es una suerte de valor locativo. Si no se la pide, al menos temporariamente se abdica del derecho a reclamarla. Los créditos por los períodos anteriores a la intimación quedan extinguidos.

En el caso del bien de familia en favor del cónyuge supérstite como último beneficiario y único titular no se plantea la eventualidad de la compensación, pero sí se plantearía de haber otros cotitulares del inmueble.

No sería ilógico, entonces, pensar en una compensación de modalidades similares a la que vimos con anterioridad.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**h) Derecho de los acreedores**

En el derecho real de habitación se respeta al cónyuge supérstite porque tiene un derecho real. Aunque sea un derecho real sobre cosa ajena, total o parcialmente de otro, si hay alguna ejecución contra ese otro, queda incólume el derecho real de habitación del cónyuge supérstite; se impone con la virtualidad propia de un derecho real, sin la menor hesitación.

¿Qué pasa con los acreedores ante el bien de familia? Por los créditos posteriores a la constitución del bien de familia, la regla es que quedan fuera de la prenda común de los acreedores, salvo que se trate de impuestos o tasas - el fisco es siempre el gran protegido - , de gravámenes constituidos sobre el inmueble en la hipótesis particular que establece el artículo 37 de la ley 14394, o de créditos por construcción o mejora que se haga en el inmueble afectado por el bien de familia (véase art. 38).

Las deudas anteriores a la constitución del bien de familia están garantizadas por ese inmueble como integrante de la prenda común de los acreedores.

¿Qué derechos tienen los acreedores sobre los frutos en el bien de familia? En principio, no pueden agredir los frutos que hagan a las necesidades de sustento de los beneficiarios del bien de familia, y nunca agredir más del cincuenta por ciento de ellos (art. 39).

En las indivisiones forzosas de la ley 14394, los acreedores no pueden ejecutar ni el inmueble ni sus partes indivisas. El único derecho se concreta en cobrarse con las utilidades correspondientes al deudor que produzca la explotación del inmueble (art. 55).

Si no se generan utilidades y no las hay normalmente en el destino para vivienda, que es la habitación sin ninguna explotación paralela, el derecho de los acreedores es estéril.

**i) Extinción anticipada**

Hemos hablado de la duración, pero ¿se pueden extinguir las tutelas antes por algún motivo especial que haya contemplado el legislador?

En caso del derecho real de habitación no hay previsión legal. Podría pensarse, para el abuso del goce del habitador en algún tipo de extinción. Pero con el abuso del goce del usufructuario no es causal de extinción en nuestro Código Civil, es difícil sostener la idea de que un abuso del goce de habitador posibilite tal extinción.

En el supuesto del bien de familia hay causales de extinción que están contempladas en el inciso d) del artículo 49 de la ley 14394. En ese inciso se prevé que, a pedido de parte interesada o de oficio, cuando no subsistan los requisitos previstos en los artículos 34, 36 y 41, o hubieren fallecido todos los beneficiarios, se extingue el bien de familia.

Hay otras más generales, poco utilizadas, son las causas graves, previstas en la última parte del inciso e) del artículo 49.

Es difícil perfilar causas graves que puedan provocar la extinción del derecho habitacional en el bien de familia.

En el supuesto de la 14394, por precepto concreto de la ley, cuando hay causas graves o de manifiesta utilidad económica, los coherederos pueden

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

impetrar la extinción del derecho de la cónyuge.

En todas estas instituciones, si se excede notoriamente la necesidad de vivienda y de sustento, el fin tuitivo se desvanece, se opaca, se apaga, no se justifican protecciones tan especiales. La protección tiene que ser razonable.

¿Qué importancia tiene que la reglamentación no cumpla el mandato legal? Lo que sí importaría es el silencio del legislador en brindar recursos sucedáneos.

Cuando notoriamente se exceden las necesidades de sustento, el bien de familia debe caer por la norma del inciso d) del artículo 49, y se convierte en insostenible el derecho del art. 3573 bis del Código Civil.

Si la protección, lejos de ser venturosa, plausible, se vuelve hasta ignominiosa, hay remedios en la ley, y no hay que arredrarse ante ellos.

Se le garantiza el derecho real de habitación al cónyuge supérstite, salvo que contrajere nuevas nupcias. La doctrina mayoritaria, aunque censura el criterio adoptado, coincide en que es ineludible su aplicación, pese a que una condición prohibida expresamente por el Código es la que restrinja el derecho a casarse (art. 531, incisos 3º y 4º del Código Civil).

A la cónyuge supérstite se le dice: tú tienes derecho a casarte, pero, si lo haces perderás el derecho de habitación, lo que podría inducirla a vivir en concubinato para que no se extinga ese derecho.

En un reciente simposio, en Bahía Blanca, en homenaje al doctor Pliner, camarista local de prolongada y fecunda existencia, todo un monumento de la justicia, se ha recomendado que en el futuro se extinga el derecho de habitación, no sólo con el nuevo matrimonio sino también cuando se viva en concubinato.

Casarse, no; concubinato, tampoco, ¿pero, paradójicamente, se podrán mantener relaciones pasajeras, alternativas, múltiples?

Esta norma de extinción por el nuevo matrimonio no se puede aplicar por analogía al bien de familia, ni al supuesto del art. 53 de la ley 14394 en cuanto a la protección del cónyuge supérstite.

En todos estos temas aletea también un aspecto central, sobre todo en un ciclo sobre tutela de la persona, y es el valor libertad.

- Aplausos.

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Como se dice en los congresos, queda abierto el debate a los fines de cualquier apostilla, cualquier duda, cualquier interrogante que hayan generado las exposiciones que hemos escuchado.

PARTICIPANTE. - Mi pregunta iría dirigida más bien a la doctora Mariani de Vidal.

Cuando se ha pagado, por ejemplo, el 80 por ciento del precio que demanda una construcción, ¿se puede inscribir como bien de familia, aun en el supuesto de que se haya iniciado un concurso?

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Me permito anticiparme a la respuesta que le dará la doctora Mariani de Vidal.

No sé si su pregunta se refiere al tema concursal o a la afectación del bien de familia.

La duda obedece a que para la afectación al bien de familia es necesario ser propietario en regla.

La doctora se ha referido a la oponibilidad frente al concurso o quiebra del vendedor cuando todavía no era propietario, es decir, cuando se tenía un derecho personal a la cosa, no sobre la cosa.

DOCTORA MARIANI DE VIDAL. - Ya lo dije al comienzo de mi intervención y no tengo inconveniente en repetirlo.

El boleto de compraventa no satisface la formalidad que tiene el título para ser elemento suficiente junto con el modo, o sea, junto con la tradición, para trasladar el dominio.

Con boleto, por más que se haya pagado todo el precio, no es posible inscribir el bien de familia porque hay que ser propietario. La escritura es ineludible.

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Yo me voy a permitir hacer un pequeño agregado, porque no querría que quedara flotando en el ambiente que lo que se dijo en el merecido homenaje que se tributó en Bahía Blanca al doctor Adolfo Pliner el mes pasado, en las Primeras Jornadas Sudatlánticas de Derecho de Familia, sea lo que ustedes estimen como doctrina corriente.

Con el doctor Isidoro Goldenberg presentamos una ponencia en las Jornadas de Derecho de Familia realizadas en Morón en 1988, y en una comisión que tuvimos el honor de presidir conjuntamente sobre protección de vivienda familiar, estimamos de lege ferenda, es decir, como una propuesta de modificación del Código Civil, que el derecho real de habitación del cónyuge superviviente no debería extinguirse cuando éste, beneficiado por la norma, contrajera nuevas nupcias.

Entendimos que en el conflicto de intereses entre los herederos deseosos de la partición y la cónyuge o el cónyuge beneficiados por este derecho real, debía prevalecer el derecho real del cónyuge, que con su esfuerzo hizo lo necesario para adquirir esa vivienda y no el de los otros coherederos.

El doctor Zannoni dice, para explicar esta norma, que, cuando el cónyuge superviviente contrae nuevas nupcias, cambia su situación patrimonial. Sin embargo, si las contrajera con alguien que estuviera en una situación económica difícil, no creo que el cambio de situación patrimonial pudiera justificarlo.

Reitero que a mi juicio, las nuevas nupcias de ninguna manera deberían extinguir ese derecho.

La Argentina es un país de eufemismos. Se vive en concubinato en buena medida para soslayar el efecto de la norma, como lo señalaba el doctor Alterini.

Lo deseable no es que se deba vivir en concubinato, sino que la norma

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

permitiera contraer nuevas nupcias y seguir gozando de ese derecho al cónyuge supérstite, que bien merecido lo tiene.

Esta posición recibió buena acogida en esas Jornadas de Derecho de Familia y la reiteramos en las Jornadas de Derecho Civil sanjuaninas que se hicieron en 1989, donde también tuvo aceptación.

Sin embargo, en las jornadas de homenaje al doctor Pliner, en razón de haberseme invitado a la comisión que trató el tema de la ley de convertibilidad, no pude estar presente en la comisión que analizó esta cuestión y a mi pesar se resolvió que sería valioso agregar el concubinato como una causal de extinción del derecho del cónyuge supérstite.

Me parece absurdo que una situación que, por esencia, es transitoria - no está institucionalizada - , pueda llegar a extinguir un derecho real que, como enseñan los profesores titulares de derechos reales de esta casa de estudios, que honran esta mesa, configura una situación de permanencia.

Lo permanente y lo coyuntural, lo transitorio, conviven en esta posición sugerida en Bahía Blanca que, como imaginarán, no comparto en absoluto. Esta es una recidiva de una opinión que deviene de un prejuicio antiguo, y que de ninguna manera fue aceptada en otros congresos en los que estas cuestiones fueron debatidas con toda amplitud.

**PARTICIPANTE.** - Supongamos que el bien sobre el que se constituyó es ganancial. La situación no sería la misma, si se tratase de un bien propio del causante. El cónyuge supérstite es un heredero...

**SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO.** - Si ese cónyuge supérstite, con prescindencia de la naturaleza del bien, constituyó allí el hogar y vivió allí con el anterior cónyuge y después participa con los otros herederos, para obtener el derecho de habitación es necesario que cumpla con otros requisitos, a los cuales el doctor Alterini pasó revista con amplitud, que ese bien sea apto para la vivienda, que estén pagas las cargas de la sucesión, es decir, que no perturbe económicamente a los demás coherederos.

Lo que usted dice es que quizás el argumento que nosotros esgrimimos respecto del esfuerzo puesto en común, que es propio del bien ganancial, no se dará en igual medida cuando el bien fuera propio del causante. Pero, si bien es cierto que en este caso, este argumento estaría limitado, sigo pensando que la causal que la ley establece para extinguir ese derecho, apoyada en el eventual cambio de situación económica del cónyuge supérstite no parece demasiado atendible, ni se da invariablemente. Creo que más bien es una conjetura que se formula para fundar este tramo de la norma legal que instituye el derecho real del cónyuge supérstite.

**DOCTORA MARIANI DE VIDAL.** - Querría plantear dos inquietudes.

Tal vez sea cierto que habría que suprimir esta causal de extinción del derecho real de habitación. Pero no estoy tan segura, porque esto es así siempre que lo miremos del lado del cónyuge supérstite. ¿Pero por qué no lo miramos desde el ángulo de los otros herederos?

¿Además, si la ley establece como causal de extinción del derecho de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

habitación del cónyuge supérstite el nuevo casamiento, me parece que esta causal tiene que extenderse al caso del concubinato, porque, si no, se da lo que decía el doctor Alterini.

Algunas personas se preguntan si por vivir en concubinato se extingue o no ese derecho. Pienso que sí se extingue.

El doctor Alterini se refirió a casos en los que, sin ser concubinato, que es casi parecido al matrimonio, se realizan relaciones esporádicas que pueden llevar días o meses incluso. Estas relaciones también extinguen el derecho porque el Código Civil establece como causal de extinción de la vocación hereditaria del cónyuge supérstite los graves actos de inconducta moral. Y si hay una grave inconducta moral que hace perder la vocación hereditaria, también tiene que causar la extinción.

Más allá de que después podamos estar de acuerdo o no en que habría que eliminar lisa y llanamente la extinción por matrimonio, si la norma está vigente, hay que extenderla a otros supuestos.

**SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO.** - Para evitar confusiones, quiero aclarar que no estamos hablando del derecho vigente, que dice que con el nuevo matrimonio se extingue el derecho, o sea, que si la viuda o el viudo contrae nuevas nupcias el derecho se extingue. Estamos hablando de lege ferenda.

**DOCTORA MARIANI DE VIDAL.** - Si en el derecho vigente se extingue por matrimonio, también tiene que extinguirse por concubinato.

**SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO.** - Esa posición radicalizada de la doctora Mariani de Vidal no es sostenida por ningún jurista, ni siquiera por los de Bahía Blanca, que consideraron este tema de lege ferenda.

**DOCTORA MARIANI DE VIDAL.** - No he sido entendida.

No es que yo no esté de acuerdo con la posición que sostiene que ese derecho se debe extinguir. Pienso que no se debe extinguir por el nuevo matrimonio.

Ahora bien, si la ley dice que se extingue por matrimonio, con el régimen vigente la única interpretación posible es que el concubinato también lo extingue, e igualmente en los casos de las relaciones esporádicas.

**SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO.** - Estamos hablando de derechos reales que tienen numerus clausus y una vocación de permanencia.

Ese derecho real se inscribe después de haber petitionado y demostrado que se es beneficiario de la norma, lo que no es sencillo porque hay que cumplir una serie de requisitos que han sido explicados por el doctor Alterini.

Aquí estamos hablando de cuáles son los casos de cesación, y se ha hecho referencia a la cesación de un derecho real por una situación esencialmente transitoria, porque el que quiere acceder a una situación definitiva se une en matrimonio.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Allí hay cierto sentido de comparación entre una situación permanente y una situación de derecho real que también es permanente.

Pero una situación transitoria no puede extinguir un derecho real y menos aún con los criterios extendidos de la doctora Mariani de Vidal, que habla de situaciones de grave inconducta moral, que sí pueden servir para quitar la vocación hereditaria en algunos casos, que, en definitiva, es un derecho o una vocación para obtener un beneficio patrimonial, y no se trata de un derecho real concreto e inscrito en el Registro.

Me parece que la situación es bien diferente.

Reitero que ésta es una expresión de deseos como todas las posiciones que se plantean de lege ferenda, que son las que tienden a mejorar el derecho vigente.

Nuestra idea, compartida con el doctor Goldenberg, es la de mejorar la legislación en esta materia y ponerla a la altura de los tiempos. Y nuestro criterio nos lleva a computar como un dato de la realidad que una viuda o un viudo se case con una persona de pocos recursos, que esa unión legal no genere un nuevo patrimonio o un cambio de su situación patrimonial, y que no deba ver extinguido su derecho real de habitación con el consiguiente desamparo que implica que esa nueva pareja, quizás de ancianos, tenga que irse a una pensión para conformar las pretensiones de partición de los coherederos.

En este conflicto de intereses debe preferirse a quien es merecedor de la protección legal.

De todos modos, considero muy respetables las otras posiciones que se sustentan.

Damos término así a esta mesa redonda.

- Aplausos.

## **CONSULTAS** **JURÍDICONOTARIALES**

### *I. DONACIÓN A TERCEROS. Título observable (art. 3955)*

DOCTRINA: Es imperfecto el título que proviene de donaciones gratuitas a personas que no son herederas legitimarias del donante, desde que aquél está sometido a las vicisitudes de una eventual futura acción persecutoria, autorizada por el artículo 3955 del Código Civil.

(Dictamen del consejero Jorge F. Taquini, con un agregado complementario, aprobados por el Consejo Directivo en sesión de 19 de agosto de 1992.) (Expte. 2949 - V - 1992.)

ANTECEDENTES: La señorita M.N.V., con patrocinio de la abogada H.A.G.M., consulta si es perfecto el título del inmueble cuya ubicación precisa, y, en caso de que no lo fuera, cuáles serían los procedimientos necesarios para sanearlo.