

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuando la cosa sea mueble o no registrable, y será necesario el asentimiento conyugal (art. 1277) cuando sea mueble registrable o inmueble. Si ese asentimiento no es prestado podrá recurrirse a la venia judicial supletoria (art. 1277, Cód Civil), en cuyo trámite y otorgamiento el juez interviniente deberá tener muy especialmente en cuenta el interés familiar de los esposos (Belluscio, ob. cit., pág 601). Cuando la disposición es de todo el bien objeto del condominio, será necesario el consentimiento de ambos, por ser ello una clara consecuencia de la naturaleza del derecho y de lo preceptuado por los arts. 2680, 2681 y 2682 del Cód. Civil.

VII. Fallos C. N. Civ., Sala B, junio 23 / 81, "D. F. de F. E., C. c / F. A., M." LL, 1983 - B, págs. 589 y siguientes.

"El régimen patrimonial del matrimonio es de orden público, por lo cual no pueden ser dejados de lado, por medio de una división de condominio entre esposos, algunos bienes, entre los cuales se encuentra el asiento del hogar conyugal"; y así votaron los doctores Collazo y Palmieri. En cambio, manteniendo el criterio del juez de 1ra. instancia que admitía el condominio y la acción de división de condominio, votó en minoría el doctor Vernengo Prack.

En cambio, admitiendo el condominio entre cónyuges sobre bienes gananciales y la posibilidad de su división, hay dos fallos que sustentan la doctrina admitida por otros.

Me refiero a los dictados por la C. N. Civ., Sala C, en los autos: "Cozzoni, Reynaldo Ángel", resuelto el 24 / 9 / 74, publicado en ED, 57 - 669 y LL, 1975 - B, 878, y en "Raute SA c / Catoni Aldana, Anastasio y otra", resuelto el 23 / 6 / 75, publicado en LL, 1976 - A, págs. 1209 y siguientes. En ambos casos, con un primer voto del doctor Belluscio al que adhirieron el resto de los camaristas que integraban la Sala.

La doctrina que surge de dichos fallos, y en lo atinente al tema que estamos tratando, expresa que: "Al adquirirse un inmueble a nombre de dos cónyuges, se origina un condominio entre los mismos, cuyas porciones indivisas son gananciales, en tanto no se produzcan algunas de las situaciones en las que la ley impone carácter propio a bienes obtenidos después de la celebración del matrimonio".

OTRA FORMA ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIVIENDA FAMILIAR: DERECHO DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE (ARTÍCULO 3573 BIS DEL CÓDIGO CIVIL)(*)(373)

LILIANA M. GARBARINI, MARCELO E. NARDELLI MIRA Y CAROLINA ROVIRA

SUMARIO

I. Introducción. La posición del cónyuge en el sistema del Código Civil. II. Derecho de habitación del cónyuge supérstite. 2.1. Concepto. 2.2. Caracteres de este instituto. 2.3. Naturaleza jurídica. III. Derecho real de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

habitación del cónyuge supérstite. 3.1. Definición. 3.2. Caracteres de este nuevo derecho real. 3.3. Constitución del derecho real de habitación. 3.3.1. Declaración de voluntad. 3.3.2. ¿En qué momento el cónyuge hace oponible su derecho?. 3.4. Derechos y obligaciones del cónyuge habitador y del nudo propietario. 3.5. Extinción del derecho. IV. Situaciones especiales. Casos jurisprudenciales. 4.1. Aceptación de venta del inmueble. Renuncia tácita al derecho de habitación legal. 4.2. Tiempo para oponer el ejercicio del derecho de habitación legal. 4.3. Existencia de varios inmuebles. Uno solo destinado a vivienda. 4.4. Oponibilidad del derecho de habitación legal. Ejecución del bien. 4.5. Inmueble en condominio con terceros. 4.6. Retroactividad de la ley 20798. V. Conclusiones de Jornadas. 5.1. XIX Jornada Notarial Bonaerense. 5.2. Primeras Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina. 5.3. Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil. VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN.

La posición del cónyuge en el sistema del Código Civil

La ley 20798 introdujo un nuevo artículo al Código Civil bajo el N° 3573 bis, que dice: "Si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiere constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurren 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".

El cónyuge es, en nuestro ordenamiento positivo, el integrante de la familia más protegido. Vélez Sársfield, en su Código, impuso su propio pensamiento, tanto en la regulación del régimen patrimonial del matrimonio como en la vocación sucesoria que le otorga. Aun 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, y aunque algunos de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos".

La ley 17711 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.

Dentro del derecho sucesorio, la posición que ocupa el cónyuge no tiene similar en ningún Código de Europa o América, otorgándosele una vocación sucesoria plena.

Así, le corresponde el tercer orden en la sucesión intestada, y su calidad de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

heredero legítimo tiene la nota sobresaliente de ser el único legítimo que concurre con todos los legítimos; no hay, pues, heredero alguno que excluya al cónyuge superviviente; concurre con los parientes comprendidos en línea recta, excluyendo totalmente a los colaterales cualquiera sea su grado. El cónyuge superviviente forma un orden anómalo en la sucesión, una especie de cuña que se encaja entre otros, que no es un rango inferior a los ascendientes y descendientes, sino una situación a reglarse junto 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".

Asimismo, observamos que la ley 17711 introdujo modificaciones que acrecentaron la cuota hereditaria del cónyuge en concurrencia con los demás legítimos; que el art. 3410 otorga al cónyuge la posesión hereditaria de pleno derecho desde el momento de la apertura de la sucesión del causante; que el art. 3826 dispone que: "Todo testamento hecho por persona que no esté actualmente casada, queda revocado desde que contraiga matrimonio", y que el art. 3576 bis otorga vocación sucesoria a la nuera viuda y que no tuviere hijos.

II. DERECHO DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE SUPERVIVIENTE

2.1. Concepto

El derecho de habitación del cónyuge superviviente es el derecho concedido por la ley a habitar de por vida mientras se mantenga viudo, y gratuitamente, con independencia de su cuota hereditaria, al superviviente 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 poderse constituir en bien de familia.

2.2. Caracteres de este instituto

- A. Es un derecho real creado por la ley.
- B. Se consagra a favor del cónyuge sobreviviente que, a la muerte del causante, estuviere habitando con éste el hogar conyugal.
- C. El inmueble, asiento del hogar conyugal, debe ser el único inmueble habitable que integre el haber hereditario.
- D. Se le reconoce al cónyuge en forma vitalicia y gratuita.
- E. La tasación del inmueble no debe superar el valor máximo aceptado para constituirlo en bien de familia.
- F. El cónyuge debe habitar la vivienda personalmente, sea solo, con sus familiares o personal de servicio.
- G. Debe concurrir como heredero con otras personas con vocación hereditaria o legatarios.
- H. Subsiste mientras el cónyuge sobreviviente no contrajere nuevo matrimonio, falleciere o se diere alguna otra causal de extinción del derecho, como podría ser el abandono injustificado de la vivienda.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

I. La sola existencia de este derecho crea, entre el cónyuge y sus herederos y / o legatarios, un estado de indivisión forzosa en relación con el inmueble afectado al derecho.

J. El inmueble debe ser propio del causante o ganancial de la sociedad conyugal.

K. Le son aplicables supletoriamente las normas del derecho común de habitación y la de los otros derechos reales, en cuanto sean compatibles con la habitación legal.

L. Sus objetivos apuntan indudablemente a la conservación y amparo de la vivienda que fuere asiento del hogar conyugal a la muerte del causante y, por ello, el instituto es considerado como de orden público.

2.3. Naturaleza jurídica

Entre las diferentes posturas predominan quienes sostienen que se trata de un derecho propio, por ejemplo, Borda, y quienes lo consideran un derecho sucesorio, como Molinario.

a) Jure proprio: es un derecho otorgado al cónyuge supérstite propio de él y surge de su calidad de tal, ya como heredero o por su vocación a la ganancialidad; no forma la masa hereditaria, porque ésta se forma con el conjunto de derechos activos y pasivos que el causante transmite a sus herederos; consecuentemente, no integra la cuota del cónyuge supérstite y no debe computarse para fijarse la legítima. Consideran que no puede sostenerse que el derecho que nos ocupa forme parte de la herencia porque, precisamente, nace para el cónyuge supérstite en el mismo momento de la muerte del otro cónyuge, y, si se lo tuviera en vida, se extingue por efecto de ésta, porque es intransmisible.

b) Jure hereditatis: es un derecho sucesorio, es decir, una facultad que, para su invocación por parte del cónyuge, es menester que éste invista la calidad de heredero, lo que implica la ampliación de la cuota legal que el Código asigna al cónyuge. Feúne los requisitos que caracterizan a un derecho como sucesorio por causa de muerte; entre ellos: significado económico, aparición con la muerte, no produce efectos con anterioridad a la apertura de la sucesión, gratuidad.

III. DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

3.1. Definición

Según Molinario, es el derecho real sobre un inmueble parcialmente ajeno de naturaleza sucesoria legal, temporal, incesible, en virtud del cual su titular lo ocupa total o parcialmente para morar en él, gratuitamente, respecto de los cotitulares en el dominio de la cosa.

3.2. Caracteres de este nuevo derecho real

A. Derecho real: no se duda de su carácter porque la ley expresamente lo determina. El titular recibe el beneficio económico que le corresponde directamente de la cosa y sin la necesaria intervención de un sujeto de derecho particularmente determinado.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

B. Sobre cosa ajena: hay una desmembración del dominio. Para que pueda existir y subsistir, es menester que la cosa sea ajena ya sea total o parcialmente. Si la cosa se convirtiere en propia del titular, el derecho de habitación se extinguiría por confusión.

C. Temporal: la ley nunca admite la habitación perpetua. El plazo máximo podrá ser la vida del habitador.

D. Vitalicio: durará en principio toda la vida del cónyuge habitador, a menos que contraiga nuevas nupcias o se dé algún otro supuesto de extinción prematura. Lo de "vitalicio" implica, además, que es un derecho intransmisible a título de herencia a los sucesores del cónyuge supérstite.

E. Incesible: es intransmisible por actos entre vivos como, por ejemplo por cesión o locación.

F. Gratuito: el titular no debe contraprestación alguna al nudo propietario.

G. Renunciable: el beneficiario puede rechazarlo sin que ello importe renuncia a la herencia, que es independiente de este legado legal. También puede renunciar a él después de haberlo reconocido. La renuncia debe ser siempre posterior al fallecimiento del causante, ya que antes importaría un pacto sobre herencia futura.

H. Modificable: por aplicación del art. 2952, es modificable su contenido mediante convenio de parte. El cónyuge y el o los nudos propietarios podrán aumentar o disminuir los derechos de cada parte, siempre que no se vulneren disposiciones de orden público. En principio, ese acuerdo modificatorio no requeriría intervención judicial, salvo cuando hubiere menores, incapaces o ausentes. Bastará la escritura pública y, para hacer valer el convenio frente a terceros, la inscripción registral. La intervención judicial suple la escritura pública.

I. Asistencial: la ley 20798 tiene un carácter netamente asistencial, aunque sólo ampare al cónyuge supérstite. Esta fundamentación está por encima de la de función social de la propiedad y trata de que, por lo menos en alguna medida, el cónyuge sobreviviente no quede desamparado o no se vea privado de disfrutar de un patrimonio a cuya adquisición contribuyó.

J. Inembargable: carácter que se deriva del anterior y, sobre todo, de su incesibilidad.

K. Susceptible de registración: para tomarse oponible frente a terceros.

3.3. Constitución del derecho real de habitación

Para que nazca este derecho, será menester una manifestación de voluntad expresa del beneficiario, pues no podría presumirse su existencia cuando éste reviste un carácter excepcional. Así lo ha entendido la propia doctrina, al admitir que el mismo configura una excepción al art. 2949, segunda parte, del Cód. Civil, que expresa que no hay en nuestra ley habitación legal.

Por ello, deberá exigirse al cónyuge beneficiario un mínimo de diligencia a los fines del reconocimiento de su derecho, y tal diligencia deberá consistir, indefectiblemente, en una clara y expresa manifestación de su voluntad. Además, se debe tener presente que no puede presumirse la existencia de tal derecho real sin que medie una declaración de voluntad del beneficiario, toda vez que su consagración importa una restricción o menoscabo a los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derechos de los coherederos, quienes han de ver reducido su dominio a la nuda propiedad del inmueble y, de por vida, del beneficiario.

3.3.1. Declaración de voluntad

Esta manifestación de voluntad del cónyuge beneficiario no podrá ser efectuada de cualquier manera, ni siquiera en forma tácita o presumida, por cuanto la existencia del derecho no puede quedar sujeta a una actitud equívoca que diere lugar a conflictos o planteamientos entre los interesados; la misma deberá ser realizada en forma escrita.

Las diversas circunstancias que pueden darse en torno de la actitud que asume el cónyuge supérstite y sus herederos, permite distinguir las siguientes posibilidades:

a) Que se hubiere abierto la sucesión: en este caso, el cónyuge deberá expresar al juez de la sucesión su voluntad de acogerse al beneficio conferido por el art. 3573 bis, por cuanto el inmueble en el que se asienta el hogar conyugal será total o parcialmente de propiedad del causante. Deberá presentarse por escrito y expresar concretamente que el solicitante se encuentra comprendido dentro de las prescripciones del artículo antes citado, lo que se deberá acreditar debidamente. Se debe notificar fehacientemente a los herederos, porque el reconocimiento de este derecho traerá aparejada la disminución de los valores de sus respectivas hijuelas. Reconocido por todos los herederos o acreditado por el peticionante el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, el juez dictará una resolución fundada, la que en testimonio se inscribirá en el Registro de la Propiedad con el fin de que dicho derecho sea oponible a terceros (arts. 2505 del Cód. Civil y 20, ley 17801, que consagran una inscripción de carácter declarativo).

b) Que hubiere mediado partición privada: los herederos capaces, y cuya voluntad sea unánime, podrán efectuar la partición privada y extrajudicial, la que se realizará por escritura pública de acuerdo con las formalidades de la ley. En dicha escritura, los herederos, conjuntamente con el cónyuge, podrán hacer constar en forma especial el reconocimiento del derecho real de habitación. Así declarado, se la inscribirá en el Registro de la Propiedad.

c) Que mediare partición mixta: los herederos y el cónyuge en el momento de solicitar la homologación del convenio, le manifestarán al juez que declaran reconocida la concurrencia de los requisitos para la existencia del derecho de habitación; el juez dictará sentencia homologando el acuerdo reconociendo dicho derecho real que, en testimonio, se inscribirá en el respectivo Registro.

d) Que no existe juicio sucesorio ni partición alguna: de no haberse iniciado el sucesorio, los acreedores de los herederos, perjudicados por ese estado de indivisión por ignorar en definitiva qué es lo que va a corresponderles en la sucesión de sus deudores, pueden abrir la sucesión a instancia de ellos, conforme el art. 3452 del Cód. Civil. Mediando tal actividad de los acreedores, el cónyuge supérstite se verá obligado a formular la manifestación pertinente ante el juez de la sucesión, bajo apercibimiento de agotar la oportunidad de hacerlo, toda vez que a instancia de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acreedores se podrá arribar a la partición de la herencia y, si fuere factible, a la ejecución de los bienes, entre ellos el inmueble objeto del derecho real.

3.3.2. ¿En qué momento el cónyuge hace oponible su derecho?

Para tratar este tema es conveniente hablar de grados de "oponibilidad" porque, según las distintas situaciones que se den, la oponibilidad de este derecho será distinta.

En efecto, declarado el derecho en forma judicial o con intervención del escribano se logra la inscripción registral, a partir de la cual ese derecho será oponible en forma absoluta a todos los acreedores, cualquiera sea su carácter, a los herederos y, en definitiva, a todos los terceros sin limitación, salvo que con anterioridad a la inscripción o a la muerte del causante, el acreedor de la sucesión hubiere embargado el inmueble.

Pero, antes de tal inscripción podría funcionar cierto grado de oponibilidad. Reconocido el derecho ante el notario o por el juez de la sucesión, no obstante no haber aún declaración y / o inscripción, los intervinientes en el sucesorio o los herederos que concurrieron ante el escribano a requerir la partición extrajudicial, por tener conocimiento de la existencia del derecho, no podrán aducir la falta de declaración y / o inscripción, y a ellos será oponible. Acaecida la inscripción del derecho, la oponibilidad será total.

Con relación a los acreedores del causante, podrían darse las siguientes variantes:

a) Que se hubiere trabado un embargo antes del fallecimiento del causante; en este caso y como consecuencia de la prioridad registral, el embargo será oponible al titular del derecho real de habitación, porque éste se adquirió recién a partir de la muerte del causante, es decir, es de existencia posterior.

b) Que se hubiere trabado un embargo después de la muerte del causante en este caso, la prioridad registral actuará a favor o en contra del acreedor según se den las siguientes hipótesis:

1. Si el embargo se trabó con posterioridad a la inscripción del derecho real de habitación, la prioridad registral favorecerá al derecho inscrito, tornándose este derecho oponible a los acreedores del causante.

2. Si el embargo fue anterior a la inscripción del derecho reconocido, la prioridad registral favorecerá a los derechos del acreedor embargante al que le será inoponible ese embargo.

No obstante lo expuesto, el doctor Borda opina que "...los acreedores de la sucesión pueden ejecutar el inmueble libre del derecho de habitación, pues éste se ha concedido teniendo en mira las relaciones de los herederos entre sí, pero no se ha pretendido afectar los legítimos derechos de los terceros acreedores. Si el causante y el mismo cónyuge supérstite hubieran querido poner el hogar conyugal a cubierto de la acción de los acreedores, tenían en sus manos el recurso de constituirlo en bien de familia. Si no usaron el recurso que la ley les brinda, no pueden pretender escapar a la acción de los acreedores, que no hacen otra cosa que perseguir el cobro de sus legítimos créditos...."

En cuanto a los acreedores del cónyuge con relación al derecho concedido,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Mariani de Vidal destaca que, mediando prohibición absoluta de ceder este derecho, el mismo estaría fuera del comercio, por lo cual los acreedores del cónyuge no podrán embargarlo ni ejecutarlo. Tampoco podrán intentar la acción revocatoria o pauliana en caso de renuncia del cónyuge.

3.4. Derechos y obligaciones del cónyuge habitador y del nudo propietario

Derechos y obligaciones del habitador

1. Puede ejercer toda clase de actos materiales con el fin de efectivizar su derecho sobre el inmueble, el que se extiende a los accesorios, como los muebles que conforman el ajuar del hogar conyugal y que sirvan para satisfacer las necesidades del habitador; los demás muebles quedan excluidos.
2. Puede emplear el inmueble para su industria o comercio, si no fuere impropio de su destino.
3. Debe habitar el inmueble, lo que puede hacer con miembros de su familia y no sólo con personas vinculadas con él jurídicamente, como consecuencia de la relación de filiación, sino también con las personas que naciesen después; el número de sirvientes necesarios y las personas que, al momento de la constitución de la habitación, vivían con el habitador y aquéllas a que éstos deban alimentos. El derecho del cónyuge es exclusivo y no excluyente.
4. El cónyuge habitador es también comunero y, como tal, puede ejercer todas las acciones reales y posesorias, no sólo las que el causante tenía sino las que emergen de su condición, además de las otorgadas por ser habitador.
5. Debe morar en el inmueble conforme a sus necesidades, conservando su sustancia y según el destino de éste.
6. 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 su habitaciones, ni cambiar su destino. Puede hacer las mejoras que considere útiles, las que no podrá reclamar.
7. No podrá arrendar el inmueble, ni total ni parcialmente; tampoco podrá ceder el derecho de habitación, derecho que, por lo tanto, es inembargable, porque reviste un carácter personal o alimentario, no encontrándose limitado como ocurre con el uso de los frutos.
8. Para algunos (Molinario) si el habitador ocupa la totalidad del inmueble deberá dar fianza y practicar inventario; para otros (Borda) por ser un derecho emergente de la ley, su ejercicio no debe tener otras condiciones que las que la ley impone, por lo cual piensan que no tiene la obligación de dar fianza.
9. El habitador no debe compensación pecuniaria a coherederos o legatarios, pero debe soportar el pago de impuestos, tasas y contribuciones que pesen sobre el inmueble en su totalidad, incluidos el pago de las expensas comunes, si el inmueble cae dentro de las previsiones de la ley 13512.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

10. Debe ejecutar a su costa las reparaciones necesarias para la conservación de la cosa y aun las extraordinarias que sean consecuencia de la falta de aquélla, que se han hecho necesarias luego de ejercer el derecho. Cabe aclarar que las reparaciones y los gastos extraordinarios que fueren necesarios para restablecer o reintegrar los bienes que se hayan arruinado o deteriorado, por vejez o caso fortuito, son a cargo de los comuneros, dado que su realización beneficia a la propiedad toda.

11. Si el habitador realiza las reparaciones que no están a su cargo, no podrá reclamarlas, ni exigir que los nudos propietarios realicen mejoras, reparaciones o gastos de ninguna clase. Estos pueden obligar al habitador a hacer las reparaciones que estén a su cargo o cobrar las reparaciones o gastos que hubieren efectuado.

12. Cuando el inmueble se deteriora por culpa del habitador, puede ser obligado a efectuar las reparaciones necesarias o satisfacer los daños o perjuicios, mas no se podrá exigir la extinción del derecho.

Derechos y obligaciones del nudo propietario

1. Conserva el ejercicio de todos los derechos de propiedad compatible con sus obligaciones. Puede vender el inmueble sometido a este derecho donarlo, gravarlo con hipotecas y ejercer todas las acciones que pertenezcan al propietario en su calidad de tal; así, podrá hipotecar el inmueble y, en caso de ejecución del bien, el adquirente deberá respetar el derecho de habitación del habitador.

2. El nudo propietario tiene derecho a ejecutar todos los actos necesarios para la conservación de la cosa; puede también reconstruir los edificios destruidos por cualquier accidente, aunque por tales trabajos y durante ellos le resulte al habitador alguna incomodidad o disminución de su goce.

3. Puede reclamar el pago de lo invertido en reparaciones que están a cargo del habitador.

4. En general, el nudo propietario puede ejercer acciones para que el habitador cumpla sus obligaciones, no estando en modo alguno obligado a esperar que se extinga la habitación.

5. Debe entregar la cosa en el estado en que se hallare, si el habitador no tuviere el inmueble en su poder en el momento de la apertura de la sucesión.

6. No tiene obligación de entregar y mantener la cosa en buen estado; pues no es locador.

7. Debe realizar las reparaciones extraordinarias. Si fuese moroso al efectuarlas, el habitador puede hacerlo por un tercero a su costa.

8. Debe permitir al habitador que use tranquilamente el inmueble.

9. No responde por evicción y vicios redhibitorios.

3.5. Extinción del derecho

Circunstancias que determinan la extinción

a) Resolución de los derechos del causante: se extingue si el dominio del nudo propietario ha sido revocado con efecto retroactivo (art. 2928, Cód. Civil); el derecho de habitación nunca pudo haber nacido válidamente si en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el momento de la apertura de la sucesión el causante no era titular del dominio exclusivo sobre el inmueble.

b) Muerte del habitador: dado el carácter vitalicio establecido por el art. 3573 bis, Cód. Civil, la muerte del habitador será el modo natural de extinguirse.

c) Presunción de fallecimiento del habitador: se equipara a la muerte real. Sin embargo, quien resulte adjudicatario del inmueble objeto de este derecho se encontrará, a pesar de la plenitud de su dominio, sujeto a las restricciones que durante el período de prenotación establecen los arts. 28, última parte, y 30 de la ley 14394.

d) Expropiación: esta venta forzosa produce para el nudo propietario la pérdida del dominio sobre el inmueble; consecuentemente, el habitador perderá su derecho, que es una desmembración de aquél. Omar Barbero opina que, en este supuesto, no se extingue propiamente la habitación, sino que debería trasladarse de un inmueble a otro (subrogación real).

e) El no uso por el término de diez años: el no uso prolongado e injustificadamente por el cónyuge supérstite pone en evidencia la falta de necesidad de mantenerlo, no pudiéndose permitir desmedro en el derecho de los otros herederos o legatarios que han visto notablemente disminuido el valor venal del inmueble, por el ejercicio de este derecho real.

f) Consolidación: ya sea por actos entre vivos o mortis causa, onerosos o gratuitos, ya en cabeza del cónyuge habitador o en la de los herederos o legatarios.

g) Renuncia: puede tener lugar antes de aceptar la habitación o luego de la aceptación. La renuncia expresa, para que valga como tal, no requiere escritura pública ni aceptación por parte del nudo propietario; bastará con notificarlo fehacientemente.

h) Adquirir el cónyuge habitador otros bienes suficientes para su habitación con posterioridad al ejercicio del derecho: aquí desaparece el amparo al cónyuge, por lo que no puede perjudicarse a los demás coherederos o legatarios.

i) Pérdida o destrucción total de la cosa: la pérdida y / o destrucción debe ser total. Si ésta fuere parcial, aunque sea por culpa del habitador, no hay derecho a pedir la extinción, pudiendo continuar la habitación en la parte restante de la cosa.

j) Prescripción: se opera a los veinte años.

k) Ejercicio irregular del derecho: si como consecuencia del ejercicio, el cónyuge habitador no se encuentra 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 nudos propietarios pueden pedir la extinción del derecho por la aplicación del art. 1071 del Cód. Civil.

l) Contraer el cónyuge habitador nuevas nupcias: ésta es una causal que el propio art. 3573 bis in fine la contempla expresamente. Ante el concubinato podría producirse la extinción del derecho por invocación del art. 1971 ya citado.

Conforme lo prescrito por el art. 36 de la ley 17801, la extinción del derecho de habitación del cónyuge supérstite debe ser motivo de registración, ya

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

resulte de la escritura pública o de la resolución judicial. En caso de muerte del habitador, será suficiente el certificado de defunción.

IV. SITUACIONES ESPECIALES. CASOS JURISPRUDENCIALES

4.1. Aceptación de Venta del inmueble. Renuncia tácita al derecho de habitación legal

Caso 1. El cónyuge, luego de quedar viudo, compró conjuntamente con su hija y con el cónyuge de ésta, hoy accionante, una casa con el producido de la venta del inmueble que constituía el hogar conyugal, condominio cuya división el demandante reclama.

El demandado (viudo) opone como defensa la violación del derecho instituido por el art. 3573 bis del Cód. Civil. Argumenta que la posterior adquisición de un inmueble con el producido de la venta de aquél donde estaba asentado el hogar conyugal, no produce la extinción o renuncia de tal derecho, toda vez que expresamente la normativa legal establece cuál es la única causa de pérdida del derecho: contraer nuevas nupcias.

Solución judicial: la extinción del derecho se produce, además de la causa mencionada en el texto del art. 3573 bis del Cód. Civil, cuando el cónyuge habitador acepta la partición del inmueble o su venta.

La venta implica una actitud demostrativa del abandono que se hace de la facultad legal, la que viene a resultar contradictoria con la pretensión de ejercer posteriormente el derecho.

Considerar extinguido el derecho, es lo que mejor se compadece con el carácter excepcional de la limitación al dominio.

El nuevo inmueble carece de los siguientes requisitos:

- 1) No integra el haber hereditario.
- 2) No constituye asiento del hogar conyugal.
- 3) El nuevo inmueble no conforma una comunidad hereditaria sino un condominio. La compra realizada es contractual. El art. 3573 bis se refiere a la indivisión hereditaria, o como legatarios. En este condominio existe otra persona que no tiene vocación hereditaria.

(Autos: "C., H. R. y otra c / P., A.", Cámara Nacional en lo Civil, Sala G Rev. del Notariado, N° 776, pág. 675, comentado por Carlos N. Gattari).

4.2. Tiempo para oponer el ejercicio del derecho de habitación legal

La jurisprudencia dijo:

"El derecho real de habitación constituye una desmembración del dominio que es necesario exteriorizar para conocimiento de los herederos o legatarios y de los terceros interesados".

La posibilidad de invocar el art. 3573 bis del Cód. Civil se extiende hasta que el peticionante diere expresa conformidad a la partición en pleno dominio del bien, aunque la declaratoria de herederos o del testamento se hallase inscrita, porque la inscripción no significa adjudicación en dominio del inmueble, sino exteriorización de la indivisión hereditaria entre el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cónyuge y los herederos del difunto.

(Autos: "Baamonde, Alicia L. s / suc.", Cámara Nacional Civil, Sala A, Rev. del Notariado, N° 812, pág. 234).

4.3. Existencia de varios inmuebles. Uno solo destinado a vivienda

Caso 2. El heredero reclama que no se encuentran reunidos los extremos exigidos por el art. 3573 bis del Cód. Civil, en virtud de encontrarse el haber hereditario integrado por varios bienes, entre ellos, la casa habitación, cinco lotes de terreno, un auto, un galpón taller y el ajuar del hogar conyugal. Argumenta el heredero que se cumpliría lo prescrito por el art. 1071, Cód. Civil (abuso del derecho), por cuanto la venta de los bienes integrantes del haber hereditario permitirían al supérstite la adquisición de una vivienda propia a cada uno.

Solución jurisprudencial: otorga al cónyuge supérstite el derecho de habitación legal, al considerar:

1. Que se reúnen los requisitos exigidos por el art. 3573 bis.
2. Que este derecho tiene jerarquía constitucional.
3. Que la postura del hijo es una afirmación abusiva del propio derecho frente a la otra parte.
4. En la actualidad, se admite todo inmueble, cualquiera sea su valor fiscal, para constituirlo en bien de familia.

En el comentario al fallo, Silvia E. Sassali destaca:

1. Que el proyecto de ley tuvo como finalidad impedir que el cónyuge supérstite quedara sin habitación, al fallecimiento del causante, compartiendo el único bien con los herederos o legatarios que, al exigir la venta del inmueble para hacer efectivas sus legítimas, dejaban al supérstite sin habitación.
2. El bien jurídicamente protegido es el derecho habitacional del cónyuge.
3. En el fallo analizado no existe desamparo; por lo tanto, no corresponde otorgarle al supérstite el derecho del art. 3573, Cód. Civil, por cuanto la porción que le corresponde en los bienes del sucesorio resulta suficiente para procurarle habitación, o cuando la vivienda resulta asegurada por la existencia de bienes propios suficientes por parte del cónyuge supérstite.
4. Considera que no se encontraría violentado el fin de la norma si los herederos ofrecen al cónyuge otro inmueble como vivienda, en sustitución del que fue vivienda familiar.

(Autos: "CH., E. I." Cámara Civil 2ª., Sala II de La Plata, Rev. del Notariado, N° 820, pág. 197).

4.4. Oponibilidad del derecho de habitación legal. Ejecución del bien

El derecho de habitación del cónyuge supérstite es oponible al acreedor de uno de los herederos porque, de lo contrario, los coherederos que no quieran respetar ese derecho tendrían un recurso muy simple para desalojarlo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El bien sobre el cual está constituido el derecho de habitación es ejecutable por el acreedor de uno de los herederos, pero el comprador debe respetar el derecho de habitación, lo que sin duda disminuye el valor venal del inmueble y, ello así, porque la opción efectuada por el cónyuge - que importa una desmembración del dominio, confiriendo a éste el derecho de habitación y a aquél sólo la nuda propiedad - es plenamente oponible: la partición sólo comprenderá esa nuda propiedad para los herederos y, por ende, los acreedores no pueden embargar el derecho de habitación, que se ha desmembrado.

(Autos: "Cobos, José, suc.", Cámara Nacional Civil, Sala D, Rev. del Notariado, N° 809, pág. 618. Comentario de María Virginia Lacour).

4.5. Inmueble en condominio con terceros

El inmueble objeto del derecho real de habitación del cónyuge supérstite ha de ser de dominio exclusivo, propio o ganancial, del causante, a fin de que aquel derecho no grave sobre intereses de terceros ni resulte atentatorio de su derecho de propiedad en su sentido constitucional.

La constitución de este derecho no puede trascender o escapar a los límites que impone la propia sucesión en cuya órbita se origina. Dicho derecho no puede afectar bienes que no integran en acervo relicto, como son las partes indivisas en un condominio que no pertenecen al causante.

(Autos: "Valenziano, José O. suc.", Cámara Nacional Civil, Sala D, Rev. del Notariado, N° 779, pág. 1781. Comentario de Carlos N. Gattari).

4.6. Retroactividad de la ley 20798

Si bien hoy en día este tema ha perdido vigencia, fue una situación que en oportunidad de sancionarse la ley, produjo diferencias entre la doctrina y la jurisprudencia.

Para poner fin al problema, la Cámara Nacional Civil, en pleno (autos: "Falland, Federico F., s / suc.") determinó

"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 20798".

(Rev. del Notariado, N° 767, pág. 1905).

V. CONCLUSIONES DE JORNADAS

5.1. XIX Jornada Notarial Bonaerense (Pergamino, junio de 1975)

Declaró:

- 1) El art. 3573 bis del Cód. Civil consagra un derecho real de habitación, nacido imperio legis, con modalidades propias, que se encuadra en los lineamientos del Código Civil referidos a este derecho.
- 2) Es un derecho jure proprio, extrasucesorio, renunciable y susceptible de registración.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3) En cuanto a su oponibilidad es:

- * Inoponible a los acreedores del causante;
 - * Oponible a los coherederos y legatarios;
 - * Oponible a los acreedores de los coherederos, legatarios y del cónyuge superviviente, desde su inscripción.
- 4) El cónyuge superviviente podrá acogerse o renunciar a este beneficio, indistintamente, por acto notarial o en sede judicial.
- 5) Respecto de este derecho no es de aplicación la obligación de garantía que preceptúa el art. 2851 del Cód. Civil, pero es conveniente, en armonía y seguridad de los derechos de los herederos, que se practique inventario.

5.2. Primeras Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina (Tucumán, mayo de 1975)

Recomendaron:

- 1) Que si bien la fórmula legal es perfectible, debe reputarse un acierto la incorporación a nuestro Código Civil del derecho de habitación del cónyuge superviviente.
- 2) El art. 3573 bis constituye una excepción a la norma del art. 2949 del Cód. Civil, según el cual no hay uso legal o establecido por las leyes.
- 3) El cónyuge deberá habitar en el inmueble conjuntamente con otras personas vinculadas a él por vínculos de parentesco o de servicio o dependencia.
- 4) El cónyuge superviviente deberá aceptar la herencia y petionar concretamente el derecho de habitación conferido por la ley. Asimismo, será menester la inscripción del referido derecho a los efectos de su oponibilidad frente a terceros.
- 5) El beneficio establecido por el art. 3573 bis del Cód. Civil puede ser invocado por los cónyuges cuyos esposos hubieren fallecido con posterioridad a la vigencia de la ley 20798.
- 6) El derecho de habitación se tiene jure hereditatis y no jure proprio.
- 7) El cónyuge superviviente tiene la prohibición absoluta de ceder o alquilar el inmueble.
- 8) El habitador no tendrá necesidad de prestar fianza, pero sí la obligación de hacer inventario.
- 9) El derecho de habitación del cónyuge superviviente es inembargable por parte de los acreedores del habitador. En cambio, podrá ejecutarse la cuota indivisa de la nuda propiedad del viudo o viuda, quedando en tal caso subsistente el derecho de habitación sobre el inmueble.

5.3. Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (San Rafael, Mendoza marzo de 1976)

Recomendaron:

- 1) El derecho se ejercerá cuando el causante deje solamente un inmueble habitable como integrante de haber hereditario. No obstante, corresponderá igualmente cuando, a pesar de existir otros bienes, éstos fuesen

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

insuficientes para satisfacer las necesidades habitacionales del cónyuge supérstite.

- 2) El derecho no opera en el caso de que el inmueble estuviese en condominio con terceros, fueren parientes o no.
- 3) El cónyuge supérstite no deberá poseer bienes a título propio que le permitan satisfacer su necesidad de habitación.
- 4) El derecho se extiende a los bienes que forman el ajuar de la casa.
- 5) El derecho de habitación legal deberá inscribirse a los fines de su oponibilidad.
- 6) El cónyuge deberá petitionar reconocimiento de su derecho.

VI. CONCLUSIÓN

La protección de la familia ha adquirido en los últimos años una importancia fundamental. Es de lamentar que entre nosotros no se le haya dado el tratamiento constitucional que ella merece.

La dirección proteccional debe ser la familia toda y no uno de sus miembros, pues ello acarrea la desigualdad jurídica con los demás integrantes, si el tratamiento es diferencial. Si la ley 20798 no tuviese las limitaciones que apreciamos, lo dicho se cumpliría.

Reconocida la familia como ente intermedio e indispensable de la estructura social, surge la necesidad de preservar el cumplimiento del deber de asistencia y de fomentar la estabilidad y cohesión familiares.

Es cierto que la institución del bien de familia tiende a la protección del núcleo familiar y a la tutela de la vivienda familiar en función de valores sociojurídicos, mas la limitación de personas hace que no se cumpla acabadamente la protección del hogar familiar. Por ello, cabe seguir avanzando para que los beneficios puedan alcanzar a todos los miembros de la familia y especialmente a los hijos, hasta que lleguen a la mayoría de edad o se emancipen, y a los incapaces mayores de edad.

A esto tiende la indivisión forzosa que autorizan los arts. 51 y 52 de la ley 14394, y el propio art. 1277, especialmente en su segunda parte.

En relación con el tema por nosotros expuesto, indudablemente es loable el propósito perseguido por el legislador al sancionar el art. 3573 bis. El derecho creado tiene carácter asistencial; se genera la sociedad conyugal; se nutre de los principios de la moral y las buenas costumbres y tiene por finalidad amparar la vivienda del cónyuge sobreviviente. Resulta recomendable promover la reforma legislativa en el sentido de incorporar al Código Civil las disposiciones que fueren necesarias para lograr una mejor caracterización del derecho real de habitación, para evitar inconvenientes que surgen en el orden práctico. Estas posibles reformas deberían contemplar a la familia como un todo y no únicamente tender a la protección de uno de sus miembros.

Asimismo, destacamos que, por olvido o desconocimiento, esta figura ha caído en desuso. Los profesionales del derecho, cuando creemos que se reúnen los requisitos establecidos para su funcionamiento, deberíamos tenerla presente en el momento de asesorar y promoverla.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

BIBLIOGRAFÍA

1. Barbero, Omar R, El derecho de habitación del cónyuge supérstite, Ed. Astrea.
2. Bittar, Amara y Morales, Ángel Armando, "Constitución del derecho real de habitación del cónyuge supérstite", capítulo del libro Estudios de Derecho Civil, págs. 181 y siguientes.
3. Borda, Guillermo A., "El derecho de habitación del cónyuge supérstite", ED, t. 57, pág. 755.
4. - "Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de habitación creado por el artículo 3573 del Código Civil", ED, t. 60, pág. 884.
5. Gattari, Carlos Nicolás, "Derecho de habitación del supérstite, indivisibilidad (artículo 3573 bis)", (comentario a fallo), en Rev. del Notariado, N 779, pág. 1783.
6. - "Derecho de habitación del cónyuge supérstite (artículo 3573 bis)", (comentario a fallo), en Rev. del Notariado, N° 776, pág. 677.
7. Mariani de Vidal, Marina, "Ley 20798: derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente", LL, 1976 - C, pág. 498.
8. Molinario, Alberto D., "Estudio del artículo 3573 bis del Código Civil", LL, 1975 - B, pág. 1048.
9. Sassali, Silvia E., "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite (artículo 3573 bis, Código Civil)", (comentario a fallo), en Rev. del Notariado, N° 820, pág. 201.
10. Vidal Taquini, Carlos H., "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite", Rev. del Notariado, N° 743, págs. 1531 y siguientes.

¿PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIVIENDA FAMILIAR?. EL ARTICULO 211 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL SUPUESTO DE "CÓNYUGE ENFERMO"(*) (374)

HORACIO TEITELBAUM Y RICARDO J. BLANCO LARA

SUMARIO

1. Introducción. 2. Naturaleza jurídica. Bien jurídico que protege la norma. 3. El artículo 211 del Código Civil. Breve reseña de antecedentes y fuentes. 4. Requisitos explícitos e implícitos en el caso del cónyuge enfermo. 5. Situación frente a los herederos en el artículo 211 in fine. ¿Es carga de la sucesión?. 6. Publicidad registral y situación frente a terceros. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La "protección jurídica de la vivienda familiar" evoca los preceptos de la ley 14394 - específica en el tema - y las reformas que en el régimen patrimonial matrimonial introdujeron las leyes 17711 y 23515 al Código

En cuanto a la ley de matrimonio sancionada en el año 1987, receiptó gran cantidad de decisiones jurisprudenciales y medulosos dictámenes de los