

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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Juristas, para adecuar la legislación a situaciones no contempladas anteriormente y a nuevos institutos que vinieron a proteger al "más débil" en la relación patrimonial - matrimonial.

Cuando hablamos de protección al más débil, ya estamos vislumbrando una de las hipótesis fundamentales de este trabajo: por un lado, existe una protección legal especial respecto de la vivienda ocupada por el núcleo familiar y, por otro, una protección que tutela a la "persona" que se encuentra en clara desventaja, no sólo económica sino también física y psicológica

Tanto la ley 14394 de bien de familia, como los arts. 3573 bis y 1277 tutelan la vivienda familiar, ya que el bien jurídico que se pretende proteger es la casa - habitación en donde la familia desarrolla su vida (el que constituye un presupuesto que el legislador ha previsto como condición del normal funcionamiento de esta institución, contenido en el art. 199, Cód. Civil). Pero encontramos que otros artículos tienden a la protección del individuo, que se encuentra en una situación de minusvalor respecto del resto de los componentes familiares.

Una de estas disposiciones la constituye el art. 211 del Cód. Civil, en tanto contempla la indivisión del inmueble que fue asiento del hogar conyugal, en caso de separación personal, cuando es solicitada por el cónyuge no culpable - que continuó habitando el inmueble, o que se le atribuyó en el juicio - o la adjudicación de ese inmueble al cónyuge enfermo que lo ocupa, en los términos del art. 203, sea el bien propio o ganancial, según el caso. Este es un claro ejemplo que nos permite ver la intencionalidad del legislador para resguardar, en un primer momento, al cónyuge no culpable y, luego, al cónyuge enfermo.

El análisis del art. 211 del Cód. Civil y las consecuencias relacionadas con la protección de la vivienda familiar, nos conducen a acotar este trabajo a algunos ítem que consideramos poco difundidos: las derivaciones vinculadas con la situación del cónyuge enfermo, en los términos del 203, Cód. Civil.

OBJETIVOS DE ESTE TRABAJO

El objetivo del presente trabajo se focaliza en el estudio y las derivaciones del segundo supuesto contemplado en el primer párrafo del art. 211 (cónyuge enfermo en los términos del 203 del Cód. Civil), con especial atención al carácter de bien propio, al que ya nos referiremos entrando al análisis. Nuestra inquietud radica en poder establecer el alcance de este artículo a la luz de los supuestos allí previstos.

Asimismo, desde un punto de vista estrictamente notarial que hace a nuestra diaria actividad - , nos preocupa el tratamiento registral de este supuesto, en lo que hace a la oponibilidad del derecho del cónyuge enfermo frente a los terceros y la consiguiente libre disponibilidad del inmueble propio.

2. NATURALEZA JURÍDICA. BIEN JURÍDICO QUE PROTEGE LA NORMA

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

¿Por qué es importante definir la naturaleza jurídica de un instituto?.

Más allá del objetivo académico que nos mueve a investigarlo, el encuadre aproximado a la materia en cuestión nos aporta las soluciones posibles y alternativas en la interpretación y funcionamiento del mismo.

En principio, debemos indagar acerca de qué tipo de prestación está protegido por la norma: ¿es una típica prestación alimentaria o constituye una prestación que va más allá de eso, imbuida de una verdadera protección asistencial de carácter permanente?. Diversos autores se han referido al tema: el deber alimentario tiene su origen en la relación jurídica matrimonial existente entre las partes, independientemente de la hipótesis de divorcio o separación. No creemos, en este caso, encontrarnos frente a un típico derecho alimentario, sino ante una previsión de orden "asistencial y personalísimo" que admite supletoriamente, en lo compatible, las normas sobre alimentos. Estamos, entonces, frente a una prestación de carácter amplio, comprensiva del techo, la manutención y la asistencia especializada en caso de necesitarla el enfermo para su recuperación.

También se lo ha querido vincular con el derecho de habitación del cónyuge superviviente, con la locación, con el condominio, con el uso, con el usufructo, con el derecho de goce o disfrute sobre cosa ajena.

En efecto, comparte con el art. 3573 bis el ser un derecho nacido imperio legis, siendo de carácter excepcional, dado que el dominio se presume libre de cargas.

También es intransmisible por causa de muerte del beneficiario y su ejercicio es incesible.

Resulta poco acertado el término locación: no existe bilateralidad y consensualidad; la onerosidad de la renta es discrecionalmente aplicada por el juez que, inclusive, puede dispensarla, lo cual, como analizaremos más adelante, no implica liberalidad o donación alguna. No hay plazos mínimos ni máximos; la falta de pago no deja expedita la vía al desalojo. Comparte con esta figura el carácter personal y la subsistencia de todos los derechos conferidos al locatario. Incluso consideramos que también constituye un escudo frente a la enajenación de la finca arrendada, frente a la quiebra o a la sucesión del titular del bien. No estimamos pertinente vincular este instituto con el condominio, ya que el cónyuge enfermo no tiene, sobre parte indivisa alguna, derechos de propietario; sus derechos se limitan meramente a ocupar el inmueble, sin siquiera gozar de sus frutos, salvo en lo necesario para su sustento.

Más cerca del derecho real de habitación, el articulado del Código nos brinda la guía de los derechos y obligaciones del usuario - habitador, la obligación de guarda y conservación, la dispensa de fianza - por ser un supuesto de aplicación analógica con el usufructo paterno impuesto por ley - , el pago de impuestos y servicios que gravan el bien y otras situaciones orientadoras en cuestiones de hecho que, en definitiva, serán revisadas por la sana crítica Judicial.

El derecho consagrado en este artículo comparte caracteres comunes con los derechos reales y con los derechos personales. Así, comparte con los primeros la relación directa e inmediata con la cosa, la individualización y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

existencia actual del objeto, la exclusividad, la independencia absoluta con la autonomía de la voluntad. Si bien puede existir la fijación de una renta, ésta no equivale al pago que opera como medio extintivo de los derechos personales. En cuanto a los segundos, comparte la característica de no gozar del ius perseguendi y preferendi y, en principio, es oponible sólo al deudor (titular registral).

Estamos, entonces, frente a un derecho intuitu personae, no fungible ni compensable, que va más allá de lo patrimonial, sustentado en valores afectivos, psicológicos, morales y emocionales, que trasciende la muerte del cónyuge titular del inmueble. Se fusionan aquí factores propios de los derechos personales y reales, engendrando así una afectación y restricción al dominio en favor del cónyuge minusválido. Reconocemos así un derecho de uso y ocupación híbrido, personalísimo, de carácter asistencial, de origen legal, oneroso - según las circunstancias - y a mitad de camino entre el contrato de locación y el derecho real de uso.

3. EL ARTÍCULO 211 DEL CÓDIGO CIVIL. BREVE RESEÑA DE ANTECEDENTES Y FUENTES

Resulta lógico que el fin tuitivo de la norma sea la protección de la vivienda familiar para el cónyuge más desamparado o para el que no fue culpable de las desavenencias conyugales. Pero no fue así en sus antecedentes; así, la Corte Suprema de Justicia, en fallo del año 1955 (JA, 1955 - IV - 353), dispuso mantener la indivisión del único bien ganancial, sede del hogar conyugal - en ocasión de la venta del mismo por parte del titular - , en aras de amparar los derechos del menor que lo habitaba junto con su madre y hasta tanto éste llegase a la mayoría de edad. También resulta procedente preguntarse si el derecho defendido fue en interés de la "familia", como institución tutelada por el legislador o, simplemente, se defendieron los derechos del menor porque habitaba el bien con su madre. Allí se nos presenta la cuestión: ¿podría haberse mantenido la indivisión, en ausencia de hijos?. En la legislación nacional no encontrábamos respuesta para ese entonces. Pero en el derecho civil francés - una de las fuentes fundamentales de nuestro Codificador - encontramos, en el inc. 1° del art. 285 de su Cód. Civil, la disposición por medio de la cual se le otorga al juez la facultad de dar en locación un inmueble propio de un esposo al otro, por nueve años prorrogables, si el propietario pidió el divorcio, o en el caso de que el inmueble sea habitado por hijos menores del matrimonio. Esta disposición cesa cuando los hijos lleguen a la mayoría de edad, nuevo matrimonio o concubinato notorio del locatario.

4. REQUISITOS EXPLÍCITOS E IMPLÍCITOS EN EL CASO DEL CÓNYUGE ENFERMO

Requisitos explícitos:

Consideramos como requisitos explícitos los siguientes:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a) Resolución judicial que decreta la separación personal de los cónyuges

Atribución de culpabilidad: del artículo surge en forma clara que debe existir una sentencia que declare la separación personal o divorcio (por aplicación del art. 217, supuesto de conversión), pues, de lo contrario, no podría invocarse este derecho en caso de mera separación de hecho. En el supuesto de divorcio decretado por culpa de ambos o por presentación conjunta, la doctrina no es unánime: algunos consideran que el beneficio no podría invocarse, pues de la norma se infiere la necesidad de que exista un juicio (entendido como controversia), que está ausente en caso de que ambos cónyuges, de consuno, lo petitionen. Es más, en caso de celebrarse un convenio acerca de la atribución de la vivienda familiar, éste no sólo será prohibido por aplicación del art. 1218 - que preceptúa la prohibición de contratar entre los cónyuges - , sino que también se haría caso omiso a la literalidad de la norma que pone el acento sobre la culpabilidad. Nosotros nos enrolamos en una postura de interpretación amplia: el presupuesto de la norma exige la sentencia de separación personal o divorcio, pues lo que se busca es paliar la delicada situación originada en la ruptura, y no premiar o castigar a uno u otro cónyuge, si no existe culpa.

Inferimos que, en la primera parte del artículo, el cónyuge que petitiona la indivisión no debe haber dado causa a la separación. En cambio, para el caso del cónyuge enfermo, no debemos considerar la imputación de culpabilidad o no en la sentencia, ya que el 203 alude a una causal objetiva que, por sí misma, da lugar a la separación personal, en razón de que tales afecciones provocan trastornos que hacen imposible la vida en común. Entendemos entonces, que la causal para invocarlo es la sola enfermedad, lo cual no implica necesariamente que el cónyuge propietario sano sea culpable de algo.

Cabría preguntarse si el legislador previó la posibilidad de culpa en el cónyuge enfermo, exigiendo como requisito implícito un presupuesto de inocencia y si, en tal caso, podría invocar éste el derecho que le acuerda el art. 211. Recordemos que en las XIII Jornadas de Derecho Civil (Buenos Aires, 1991) se dijo que el beneficio puede ser otorgado al cónyuge "a quien se ha dado la tenencia de los hijos menores, con independencia de su culpabilidad o inocencia, pues el bien superior tutelado es el de los menores"; por extensión, podría pensarse que el cónyuge enfermo, declarado culpable en la sentencia, también podría invocar este beneficio en razón de que el bien tutelado es la protección asistencial de su persona dada su condición de minusvalía.

En suma, la conducta irregular del enfermo a que alude el 211 no merecería una sanción de culpabilidad, en razón de que el sujeto se encuentra afectado en sus facultades mentales, pudiendo llegar a no distinguir entre actos valiosos y disvaliosos.

b) Requisito de ocupación

El artículo prevé la posibilidad de invocar este derecho para el cónyuge enfermo en los términos del 203, Cód. Civil, si el inmueble estuviese ocupado por este. La mayor parte de los autores exige como requisito esta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ocupación. Nosotros creemos que, en la realidad, la exigencia de que el inmueble estuviese ocupado por el enfermo se transforma en una eventual contradicción, dado que es común la internación de una persona alterada mentalmente alcohólica o drogadicta, tanto para su rehabilitación como para su tratamiento. Entendemos que el inmueble debe de haber sido, por un tiempo prolongado, hogar del enfermo y que de las circunstancias del caso surgirá la inconveniencia de su traslado. Va de suyo que el peticionante deberá ocuparlo, en lo sucesivo, si no estaba allí viviendo por alguna causal momentánea.

c) La causal de "enfermedad" como requisito. Su acreditación

A esta causal objetiva, estimamos encuadrarla dentro de los siguientes parámetros: en primer lugar, llamaremos enfermedad - en los términos del 203, Cód. Civil - a toda afección psíquica derivada de alteraciones mentales, o del alcoholismo o drogadicción, previo examen de facultativos.

En los últimos dos supuestos resulta evidente que la adicción del enfermo debe poner en peligro su propia persona y la convivencia de éste para su cónyuge e hijos, impidiendo un normal desarrollo de la vida familiar.

Nos intriga la mención que hace el art. 203 a "alteraciones mentales graves de carácter permanente": ¿se refiere, entonces, a los incapaces por demencia del art. 141, Cód. Civil; a los inhabilitados del inc. 2° del 152 bis, Cód. Civil; a ambos, o a un supuesto diferente que no llega a tales extremos?. Entendemos que los dementes a que hace mención el 141 son los que más se acercan a la previsión de la norma.

El caso de los inhabilitados del art. 152 bis puede ser coincidente con los supuestos mencionados en el art. 203: embriaguez habitual - alcoholismo - ; uso de estupefacientes - drogadicción - ; disminuidos en sus facultades - alteraciones mentales graves o permanentes - . Podría pensarse, entonces, que toda invocación del beneficio contenido en el artículo comentado supone una declaración de inhabilitación previa o, al menos, simultánea.

Creemos que los supuestos mencionados en el 203, a los que remite el 211, abarcan aquéllos contemplados en los arts. 141 y 152 bis y, además, los casos específicos del mismo 203 que incluyen la gravedad de las afecciones, que no llegan a hacer aplicables los artículos anteriores. Queda así abierto el abanico de una amplia gama de situaciones.

Debemos resaltar que la declaración de enfermedad grave, en los términos del art. 203, es inescindible del derecho acordado por el art. 211. Pero para proteger el beneficio del enfermo, frente a terceros que pudieran atacar de simulación la situación que da origen a su ocupación, recomendamos, paralelamente, y por la vía incidental, la declaración de insania o inhabilitación, ya que ésta refuerza la condición de inferioridad del habitador, desalentando la impugnación fundada en la falta de la causal objetiva de "enfermedad" por parte de los acreedores.

Pensamos, entonces, que luego del examen de los facultativos debería quedar acreditada judicialmente la causal objetiva del art. 203, del 141 o del 152 bis, para que proceda la petición del beneficio contemplado en el 211.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

d) Fijación de una renta cuando el inmueble es propio

El artículo prevé que, en caso de que el inmueble revista el carácter de ganancial, no sea liquidado ni partido como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal. Y en caso del inmueble propio, el juez puede establecer una renta en favor del titular. Mucho se ha escrito respecto de esta "renta". El propio artículo menciona renta y locación. Algunos autores han hablado de "canon" (término más cercano al derecho administrativo que al civil); otros han cuestionado su constitucionalidad, aludiendo a que esta renta entraña una locación imperativa que contraría el derecho de propiedad.

Nosotros pensamos que el término que más se adecua al instituto es el de contraprestación de carácter compensatorio, pues la locación supone un contrato inter partes, consensual, que engendra un beneficio pecuniario por parte del locador; en cambio, la renta del 211 tiene carácter compensatorio. Además, congruentemente con lo expuesto en cuanto a la naturaleza Jurídica de este instituto, consideramos que el derecho contenido en el art. 211 engendra una prestación de carácter asistencial y no alimentaria, pues esta última prohíbe cualquier tipo de compensación, atento lo estatuido en el 374 del Cód. Civil.

Pensamos que la falta de pago, por parte del cónyuge enfermo, no implica una donación o liberalidad por parte del titular o sus herederos sino antes bien, en razón de que se persigue el equilibrio de los patrimonios y se pretende evitar el enriquecimiento sin causa, se genera, consecuentemente una recompensa que se hará efectiva al momento de liquidarse la sociedad conyugal por muerte o divorcio, en caso de insolvencia del cónyuge enfermo.

En cuanto a la renta, cabe reconocer que quien percibe se supone acreedor a una utilidad o rédito, situación que se encuentra lejos de asemejarse a la prestación que contiene esta norma, ubicada más cerca del derecho alimentario que de una actividad lucrativa.

Requisitos implícitos

a) La existencia de un único inmueble

Pensamos que no necesariamente debe haber un único inmueble, a diferencia de lo que dispone el 3573 bis (derecho real de habitación del cónyuge supérstite), que sí lo exige. Esto es así por el carácter especial de este derecho cuya protección le otorga importancia a otras circunstancias, tales como aspectos psicológicos, morales o afectivos. Así, el cambio de entorno en una persona enferma podría desencadenar el agravamiento, estancamiento o involución de su recuperación. Además, si el legislador hubiese querido exigir dicho extremo, debería haberlo consignado expresamente, como en el artículo que mencionamos al inicio de este párrafo.

b) la duración del plazo

El artículo comentado cita la posibilidad que tiene el juez de fijar un plazo a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la locación. Creemos que la duración del plazo, mencionado en la segunda parte del artículo, es una característica implícita más que se suma a las causales objetivas de extinción del beneficio, tales como la recuperación del enfermo, su muerte o ausencia con presunción de fallecimiento, el concubinato, nuevas nupcias o las injurias graves causas, algunas, a que alude el art. 218 expresamente - , así como también el abandono permanente del bien, la renuncia del derecho (ya que consideramos a este derecho renunciable, por lo cual no se le aplica la previsión del art. 872) o la pérdida del inmueble.

c) Atribución de culpabilidad

Nos remitimos a lo mencionado en el punto a) de los requisitos explícitos.

5. SITUACIÓN FRENTE A LOS HEREDEROS EN EL ARTICULO 211 IN FINE. ¿ES CARGA DE LA SUCESIÓN?

En la transmisión hereditaria, el principio es la partición de los bienes. En relación con el art. 211 in fine, la doctrina se encuentra dividida en dos posturas:

a) Por un lado, los que sostienen que el principio mencionado es punto cardinal en las relaciones post mortem, y las causales de indivisión forzosa están taxativamente contempladas en los pertinentes artículos de la ley 14394.

b) Por otro, los que están por la plena vigencia del art. 208, que protege los derechos del enfermo por ser éstos carga del sucesorio.

Atento lo comentado en la nota al art. 3474 por nuestro Codificador, el concepto de carga involucra las obligaciones nacidas después de la muerte del autor de la herencia, tales como gastos funerarios y los relativos a la conservación, liquidación y división del acervo sucesorio. El derecho del enfermo nace con anterioridad a la muerte del cónyuge sano; ergo, no es carga sino un "cargo legal", impuesto por sentencia y limitado en su duración por causales que tienen que ver con el enfermo y no con el cónyuge titular sano.

No obstante ello, estimamos que si existiesen parientes del enfermo, sujetos a obligación alimentaria para con éste - entendida ésta como subsidiaria de la obligación asistencial principal - , debería ser remunerada a los herederos del cónyuge sano por medio de una renta, en especial en caso de pérdida de la vocación hereditaria por divorcio vincular o conversión de la sentencia de separación personal.

En lo atinente a la vinculación con otros institutos jurídicos (sin perjuicio de coincidir con lo establecido por el art. 3573 bis), el art. 211 puede colisionar con la porción conferida por ley a los llamados herederos legitimarios. De subsistir la vocación hereditaria y en congruencia con la porción correspondiente al enfermo, su exceso quedaría sujeto a la acción de reducción. Es aquí donde resulta relevante la fijación judicial de una renta, aun en el supuesto del enfermo insolvente, puesto que el cálculo de lo adeudado por tal concepto se compensará con lo que a él le corresponde

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en los derechos hereditarios a la época de su fallecimiento.

6. PUBLICIDAD REGISTRAL Y SITUACIÓN FRENTE A TERCEROS

La protección del derecho conferido por el art. 211 resultaría ilusoria sin una adecuada publicidad registral no prevista expresamente en la norma posibilidad ésta conferida por el inc. c) del art. 2° de la ley 17801.

Es capital proteger, frente a terceros, la vulnerabilidad del que ha quedado desamparado. Cualquier tercero acreedor del titular sano, que pretendiese agredir el bien ocupado por el enfermo, se enfrentaría con una publicidad registral oponible que postergará sus pretensiones. Inclusive, frente a la quiebra, el beneficio de ocupación se erigiría como freno de los créditos demandados. Así como la locación y el bien de familia son oponibles a la masa, este instituto, analógicamente, también debería serlo, salvo, claro está, que el enfermo participe de un concierto doloso en fraude de los acreedores.

La ley 17801, en su art. 2°, impone la inscripción o anotación de los documentos que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles, lo cual excluye la figura en análisis atento el numerus clausus que los limita. El inc. b) del artículo citado dispone la registración de embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares. ¿Sería factible, entonces, anotar marginalmente la sentencia que declara el derecho del cónyuge enfermo?. La respuesta no se deja esperar: estimamos que el art. 2, inc. b) no es taxativo, ya que engloba, genéricamente, cualquier decisión judicial.

No obstante, frente a este razonamiento, se esgrime que el título que legitima la ocupación del enfermo deriva de una sentencia judicial que lo convierte en tenedor; dicha tenencia, por sí misma, no tiene rango de derecho real susceptible de registración, sino que permanece relegada a una situación fáctica carente de vocación registral. Sin embargo, subrayamos que restricciones en materia de indivisión, a petición expresa de sus titulares, tienen consagración registral, tales como las previstas en los arts. 2715, 2337 y 2693. No vemos, entonces, óbice para que el derecho contenido en el art. 211 se traduzca en una restricción más al dominio, también registrable.

La trascendencia de la medida dictada por el juez importa una restricción severa en la libre disponibilidad del dominio ya que, si bien la titularidad del derecho permanece inalterada, su ejercicio se ve muy afectado por la ocupación del enfermo. Nos cuestionamos la frontera de esta valla. ¿Se crea acaso un dominio desmembrado, imperfecto, inenajenable?. No, los supuestos de dominio imperfecto son exclusivamente de dominio revocable, fiduciario y desmembrado, sin perjuicio de creer de aplicación analógica la solución dada por el art. 2916, que permite al nudo propietario conservar el ejercicio de todos los derechos de propiedad.

Ante el eventual rechazo de la inscripción marginal de este supuesto en los términos del art. 2° de la ley 17801, nada obstaría a inscribir este derecho según lo prescrito por el inc. b) del art. 30 de la referida norma, que reza: "El

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Registro tendrá secciones donde se anotarán: ... b) Toda otra registración de carácter personal que dispongan las leyes nacionales o provinciales y que incida sobre el estado o la disponibilidad jurídica de los inmuebles". A mayor abundamiento, la doble inscripción beneficiaría la protección del enfermo. Por lo tanto, creemos conveniente que el dictado de la sentencia contenga la doble orden de inscripción (en el folio real y en anotaciones personales) en el Registro público inmobiliario. Asimismo, estimamos que la cancelación de éste, una vez operadas las causales previstas y no previstas por el art. 211, también debería provenir de una orden judicial que así lo disponga.

7. CONCLUSIONES

Al internarnos en el juego armónico exigido para el análisis de este instituto, nos persuadimos de que:

- 1) La norma prioriza el derecho al "más débil", tutelando los derechos del cónyuge enfermo en su más amplio sentido. La protección jurídica de vivienda familiar no constituye un fin en sí mismo para este supuesto, sino que asiste, como medio, al principal objetivo de defensa de quien se halla en inferioridad de condiciones.
- 2) El beneficio contenido en la norma comentada no tiene una directa relación con la familia, por cuanto se aplica, precisamente, cuando ésta se disuelve o cuando está en vías de disolución.
- 3) A pesar del ponderable espíritu asistencial de la norma, su aplicación práctica resulta dudosa, en particular frente a los derechos del titular del bien propio, quien seguramente enervará el beneficio invocado por el enfermo, reconviniendo por internación del actor o por tratamiento destinado a su recuperación fuera del inmueble propio.
- 4) Ante la ausencia de una norma específica que prevea la registración de este instituto, proponemos, hasta que se aclare este punto, la doble registración y cancelación por orden judicial.
- 5) Tal como está redactado el art. 211, pensamos que nos desvía de la aplicación de principios normativos autónomos. Estimamos, modestamente, que convendría redefinir términos como: renta, locación, enfermedad grave y permanente, ocupación.
- 6) La ambigüedad que advertimos en la naturaleza jurídica exige un esfuerzo de interpretación, apelando a otras figuras jurídicas para conciliar la comprensión, la dinámica y la evolución de este instituto.

BIBLIOGRAFÍA, TRABAJOS Y JURISPRUDENCIA CONSULTADOS

Bibliografía

- D' Antonio, Daniel Hugo, Régimen legal del matrimonio civil, Ediciones Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1987.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, Protección jurídica de la vivienda familiar, Ed. Hammurabi, 1995.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Méndez Costa, María Josefa, Régimen legal dei matrimonio civil, Ediciones Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1987.

Vidal Taquini, Carlos H., Régimen de bienes en el matrimonio, Ed. Astrea, 3ra. ed., Buenos Aires, 1987.

Zannoni, Eduardo A. y Bossert, Gustavo A, Manual de Derecho de familia, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988.

Trabajos

Capparelli, Julio César, "El derecho de habitación del cónyuge inocente y del enfermo en caso de separación personal o divorcio", en LL, 1989 - A, pág. 897

Rocca, Ival, "Locación familiar imperativa", en LL, 1987 - C, pág. 802

Medina, Graciela, "Derechos sucesorios y la separación personal por alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o drogadicción", en ED, 1992 - C, pág. 863.

Levy, Lea y Wagmaister, Adriana, "Derecho alimentario entre cónyuges separados de hecho", (comentario a fallo), en LL, 1988 - C, pág. 863.

Venini, Juan Carlos y Venini, Guillermina, "La protección de la vivienda familiar", en JA, 1989 - IV, pág. 691.

Vidal Taquini, Carlos H., "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite", en Rev. del Notariado, N° 743, setiembre - octubre de 1975, pág. 1531.

Jurisprudencia

Fallo N° 17.602, en JA, 1955 - IV, pág. 353.

Fallo en JA, 1990 - I, pág. 471.

Fallo en LL, 1977 - D, pág. 373.

BIEN DE FAMILIA. DIVORCIO: ¿CAUSAL DE DESAFECTACIÓN?. BIEN DE FAMILIA, DIVORCIO Y GANANCIALIDAD. DERECHO COMPARADO(*)(375)

MYRIAM S. PALACIO Y OCTAVIO J. GILLO

CONCLUSIONES

I. El divorcio no es causa autónoma de desafectación ya que no aparece entre las contempladas taxativamente en el art. 49 de la ley 14394.

II. El sistema de bien de familia tiene su propio régimen contemplado por la ley específica. Una vez pronunciado el divorcio, el destino del bien de familia debe resolverse más por las reglas propias del régimen del bien de familia caracterizado por la indisponibilidad y la indivisibilidad que por las reglas disolutorias de la sociedad conyugal.

III. Los intereses tutelados a tener en cuenta por la jurisprudencia son: habitación y existencia de hijos.