

DOCTRINA

EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE(*) (734)

CARLOS H. VIDAL TAQUINI

SUMARIO

I. La técnica legislativa. - II. La protección del cónyuge. - III. La protección de la familia. - IV. El derecho real de habitación. - V. Es un derecho propio. - VI. Requisitos. - VII. Exteriorización, registración y oponibilidad. - VIII. Derechos y obligaciones del cónyuge habitador. - IX. Extinción.

I. LA TÉCNICA LEGISLATIVA

La ley 20798 ha introducido un nuevo artículo al Código Civil argentino numerado 3573 bis, que dice: "Si a la muerte del causante, éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia y 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 artículo forma parte del Capítulo III - Sucesión de los cónyuges -, del Título IX - Del orden de las sucesiones intestadas -, de la Sección Primera del Libro Cuarto y por su numeración resulta una cuña entre artículos que se refieren a causas de exclusión de la vocación sucesoria del cónyuge supérstite. Resalta así una deficiente metodología, pues dentro del capítulo su ubicación pudo ser como art. 3572 bis, mas por los fines y consecuencias que aparea este derecho real de habitación para el cónyuge supérstite debió incluirse en el Título VI - De la división de la herencia - como art. 3452 bis, toda vez que se plasma una excepción a los principios de que el acto particionario es forzoso e integral.

En todo sistema legislativo es imprescindible la armonización de la Teoría (determinación de los fines) con su Técnica (determinación de los medios); y aún cuando las instituciones serán valoradas como eficaces en función de sus resultados más que por sus fines, es evidente que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

para el logro de ambos los procedimientos de técnica legislativa deben ser cada vez más avanzados.

Esta necesidad no deja de ser una consecuencia del singular momento actual; de las importantes transformaciones y exigencias de la vida contemporánea; los avances científicos; la complejidad del Estado actual. Por esto se torna imprescindible un mayor acopio de conocimientos para que la Teoría pueda cumplimentarse, debiendo el Parlamento desplegar una Técnica virtuosa al servicio de lo eficaz.

Lamentablemente, los procesos técnico - legislativos no se adecuan a los tiempos y las deficiencias continúan. El apresuramiento en legislar no debe conllevar el desconocimiento de las instituciones; la elaboración descuidada; el tratamiento superficial; las imprecisiones de lenguaje, todo lo cual provoca dificultades en la interpretación que pueden llevar a no satisfacer el fin de bien común que el legislador debe haber tenido en cuenta al proyectar su ley. O sea, la defectuosa Técnica impide que la Teoría se cumpla. Es que, además, las transformaciones apuntadas exigen el dictado de normas jurídicas con caracteres especiales. Por ello, se torna necesario que la iniciativa legislativa sea el producto de serias, profundas y meditadas investigaciones, para que la ley sea en definitiva fiel reflejo de la realidad que se ha querido aprehender y regular, pues la falta de investigación exhaustiva y espíritu reflexivo hará fracasar a la ley en sus postulaciones ya que quedará vacía, tornándose de aplicación hartamente difícil; porque el resultado será una legislación confusa y equívoca con lo cual el orden y la seguridad jurídica correrán serios riesgos.

Hemos considerado necesario efectuar estas reflexiones ante esta ley 20798, demostrativas que el Parlamento sigue enfermo, no como sistema sino como falta de actualización a las técnicas necesarias. La ley que en teoría puede considerarse buena es técnicamente deficitaria al no proporcionar todos los medios necesarios para que los fines puedan cumplimentarse. Por ello, ya se han advertido las dificultades de aplicación, que exigirá una aguda labor interpretativa por parte de nuestros jueces(1)(735) y pretensiones de modificar la ley(2)(736). La tarea legislativa es hartamente delicada, de lo cual el legislador debe compenetrarse y evitará así el fracaso de su esfuerzo.

II. LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE

Es indubitable que el cónyuge es en nuestro ordenamiento positivo el integrante de la familia más protegido. Ya en el Código de Vélez Sársfield observamos que éste impuso su propio pensamiento tanto en la regulación del régimen patrimonial del matrimonio, como en la vocación sucesoria que le otorga.

Aún cuando se destacaba en la sociedad conyugal la posición del marido como el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, la mujer era destinataria de la protección legal. Colocaba

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

empero en un pie de igualdad a los cónyuges, al determinar: "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 alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos" (art. 1315). Es que aún cuando uno de los cónyuges no contribuye con su trabajo o actividad personal a la adquisición de los bienes que se incorporan, lo hace con su vinculación afectiva y espiritual hacia el otro cónyuge, con su consagración a los deberes recíprocos que impone el matrimonio o con su conducta leal y de adhesión a la vida en común dentro del hogar conyugal.

En esta materia el decreto - ley 17711/68 allega 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 a bienes también determinados, configura exclusivamente un régimen de protección a la cuota parte que pueda corresponder a los cónyuges a la disolución del régimen(3)(737)

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 Solución que se corresponde con el concepto existente sobre la estructura familiar y la comunidad de vida que presupone el matrimonio.

Le corresponde el tercer orden de la sucesión intestada, y su calidad de heredero legitimario tiene la nota sobresaliente de ser el único legitimario que concurre con todos los legitimarios. No hay, pues, heredero alguno que excluya al cónyuge supérstite; concurre con los parientes comprendidos en la línea recta, excluyendo en forma total a los parientes colaterales cualquiera sea su grado.

La existencia del cónyuge provoca la excepción al principio de la sucesión intestada de que no se atiende al origen de los bienes que componen la herencia (art. 3547), dado que ante lo prescripto en los arts. 1315 y 3576 corresponde distinguir en cuanto al origen de los bienes en: propios y gananciales.

Conforma el primer orden hereditario en concurrencia con los descendientes legítimos (art. 3570), adoptivos (arts. 14, 24 y 25, decreto - ley 19134/71) e hijos extramatrimoniales (arts. 3565 y 3578). Si los bienes son gananciales y concurrese sólo con descendientes matrimoniales, luego de la reforma de 1968 constituye el único supuesto en que el cónyuge es heres sine re al no tener parte alguna en la división de esos gananciales que correspondían al cónyuge premuerto, porque en los demás casos de concurrencia siempre es heredero en esa parte.

También está presente en el segundo orden hereditario al concurrir con los ascendientes legítimos (art. 3571) e hijos extramatrimoniales (art. 3581). Estos aspectos han llevado a sostener que el cónyuge supérstite forma un orden anómalo de sucesión, una especie de cuña que se encaja entre los otros; que no es un rango inferior a los ascendientes o descendientes, sino una situación a reglarse junto con los parientes más próximos y que a falta de ellos, sirve de fundamento para el derecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

exclusivo que le otorga el art. 3572(4)(738).

El decreto ley 17711/68, con las modificaciones introducidas a 109 arts 3571, 3576 y 3581, ha acrecentado la cuota hereditaria del cónyuge en concurrencia con los demás legitimarios(5)(739); y con la del art. 3410, el cónyuge tiene posesión hereditaria de pleno derecho desde el momento de la apertura de la sucesión del causante. No se ha innovado en lo que hace a la porción legítima del cónyuge que es la mitad de los bienes (art. 3595), que no puede ser aniquilada o preterida (arts. 3714 y 3715).

Esa vocación sucesoria del cónyuge también queda protegida por el art. 3826 al disponer que "todo testamento hecho por persona que no esté actualmente casada queda revocado desde que contraiga matrimonio", sin perjuicio que la ley presuponga que ha variado la voluntad del testador en la misma medida que han cambiado sus afecciones; mas lo fundamental es la aparición de un heredero legítimo.

Con fundamento asistencial y proteccional la reforma de 1968 otorgó, a través del art. 3576 bis, vocación sucesoria a la nuera viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos. Si bien la sucesión ab intestato reposa en la voluntad presunta del causante (nota al art. 3283) y resulta difícil explicar que puede presumirse una voluntad del causante de que parte o todo de sus bienes sean diferidos a la nuera, lo cierto es que la nuera está presente en el primer orden hereditario.

Decimos parte o todo de sus bienes porque pensamos que estamos en presencia de una legitimaria que no tiene una asignación de parte en el sentido del art. 3719. Tiene una cuota hereditaria, que es distinta de la cuota del legatario parciario que la misma nota al art. 3719 determina con claridad. Tiene, por tanto, título universal y en consecuencia, derecho de acrecer(6)(740). A su vez excluye al fisco.

En la ley 14394 también encontramos normas que hacen a la protección del cónyuge. Así del art. 29, in fine, se mantiene la opción prevista en el art. 1307: "Si en conformidad a los arts. 116 y 117 (léase arts. 26 y 27, ley 14394), el juez hubiere fijado el día presuntivo del fallecimiento del marido ausente, la mujer tiene opción, o para impedir el ejercicio provisorio de los derechos subordinados al fallecimiento de su marido, o para exigir la división judicial de los bienes". Esta opción, que actualmente se extiende al marido, subsiste en tanto no se cumplan los plazos del art. 30; si se produce la muerte del cónyuge presente; si éste contrae nuevo matrimonio; o si llegan noticias ciertas del óbito del cónyuge declarado presuntamente fallecido.

Por su parte el art. 53 da al cónyuge supérstite que hubiere adquirido o formado en todo o en parte un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o de otra índole tal que constituya una unidad económica existente en el acervo hereditario, el derecho a oponerse a la división del bien por un término máximo de diez años. Igual derecho lo tiene sobre la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la habitual de los esposos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

III. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

La importancia fundamental que esta materia tiene en el mundo ha hecho que se redoblen esfuerzos para la protección de la familia, dedicándosele, a partir de este siglo, normas constitucionales que orienten esa protección. Por cierto, es de lamentar que entre nosotros no se haya dado aún a la familia el tratamiento constitucional que merece, porque ello no se cumple con el art. 14 bis, C. Nacional, pues el mismo está referido a los beneficios de la seguridad social, por más que se exprese que la ley establecerá "La protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna"

No es el momento de desarrollar un tema de esta envergadura, pero debemos señalar que la dirección proteccional debe ser la familia toda y no uno de sus miembros, pues ello acarrea la desigualdad jurídica con los demás miembros si el tratamiento es diferencial. Si la ley 20798 no tuviese las limitaciones que apreciamos, lo dicho se cumpliría.

Cierto es que nuestro legislador, aunque limitadamente, ha protegido la vivienda familiar partiendo de la ley 761 que otorgaba lotes de hasta cien hectáreas para cada familia de inmigrantes por el P.E.N. en la colonización de los territorios nacionales. De allí en más surgieron las leyes 817; 1501; 4167; 9677 de casas baratas; 10284 de lote de hogar; 10650 de hogar ferroviario; 11684 y 12389 de crédito agrícola; 12636 de creación del Consejo Agrario Nacional; 13246 y sus modificatorias sobre arrendamientos rurales; 13995 sobre tierras públicas; 14392 y sus modificatorias de colonización; las diversas sobre locación urbana; los regímenes especiales del Banco Hipotecario Nacional, Caja Nacional de Ahorro y Seguro, Dirección General de Préstamos Personales con Garantía Real, etc.(7)(741)

En fin, la ley 14394 regula el bien de familia(8)(742). Sostiene Guastavino que la razón filosóficojurídica más general del bien de familia puede resumirse en la concepción supraindividualista o pluralista de la sociedad. Reconocida la familia como ente intermedio indispensable de la estructura - social, surge la necesidad de preservar el cumplimiento del deber de asistencia y de fomentar la estabilidad y cohesión familiar. Agrega que la ley argentina apunta a la finalidad de conservación e intangibilidad de las propiedades que sirven de alojamiento o de sustento a las familias, dentro del derecho privado. Tiende específicamente a la protección de propiedad familiar ya existente con criterio netamente civilista; no la guían propósitos de política económica ni de política agraria(9)(743).

Es cierto que la institución del bien de familia tiende a la protección del núcleo familiar, la tutela de la vivienda familiar en función de valores socio - jurídicos. Mas las limitaciones de personas y de valor del inmueble que puede ser motivo de su constitución, hace que no se cumpla acabadamente la protección del hogar familiar. Por ello cabe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

seguir avanzando para que los beneficios puedan alcanzar a personas pertenecientes a cualquier clase social; a todos los miembros de la familia, y, especialmente, a los hijos hasta que lleguen a la mayor edad o se emancipen. A esto tiende la indivisión forzosa que autorizan los arts. 51 y 52, ley 14394 y aún el propio art. 1277, especialmente en su segunda parte.

No puede dudarse que la ley 20798 tiene un carácter netamente asistencial, aunque sólo ampare al cónyuge supérstite. Esta fundamentación está por encima del de función social de la propiedad(10)(744)y el patético de que así se evitará la venta del hogar conyugal.

IV. EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN

La ley otorga un derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Mas sin duda ofrece peculiaridades evidentes partiendo del hecho que deja de lado el art. 2949 de que no podía haber uso legal o establecido por las leyes.

Que aunque el art. 2953 determine que "El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario, o del habitador y su familia, según su condición social . . ." y que el art. 2954 exprese que "Las necesidades personales del usuario serán juzgadas en relación a las diversas circunstancias que puedan aumentarlas o disminuirlas, como a sus hábitos, estado de salud, y lugar donde viva, sin que se le pueda oponer que no es persona necesitada", es claro que la condición social de este cónyuge es modesta y que se le puede oponer al ejercicio del derecho que se le otorga el que posea otros bienes de fortuna.

Si bien toda servidumbre personal debe afectar una cosa ajena, en el caso el derecho resulta sobre bien parcialmente propio, sin importar que en su origen fue propio o ganancial.

Es de carácter excepcional como toda servidumbre, dado que él dominio se presume libre de cargas, debiendo acreditarse cualquiera que se pretenda sobre la cosa (arts. 2523, 2804); de allí que si hubiera duda sobre su existencia extensión o modo de ejercerlo, se interpreta a favor de la libertad por aplicación del art. 3011(11)(745). Por esto la necesidad de que el cónyuge exteriorice su voluntad de ejercer este derecho real y de su registración. Mientras el habitador común es tenedor de la cosa, pues lo es con independencia de la posesión de heredad alguna (art. 2948), el cónyuge habitador es poseedor de la cosa(12)(746).

Aún cuando se establezca que el derecho se tenga en forma vitalicia no significa que no tenga duración limitada toda vez que es por vida del habitador (arts. 2822, 2949, 2966 y 2969). Como consecuencia es intransmisible por causa de muerte (art. 2855 y nota al art. 3279). Es indivisible porque sólo corresponde al cónyuge supérstite, no apartándose del carácter del derecho real de habitación. Es gratuito, por lo cual no se debe compensación dineraria por el cónyuge a herederos o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

legatarios; gratuidad que lleva a la incesibilidad del derecho, y a la inembargabilidad (art. 2963).

V ES UN DERECHO PROPIO

Este derecho otorgado al cónyuge supérstite es propio de él y surge por su calidad de tal(13)(747)ya como heredero, ya por su vocación a la ganancialidad.(14)(748)

Molinario, en cambio, sostiene que se trata de un derecho sucesorio, es decir de 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(15)(749).Si partimos de la definición que proporciona el art. 3279: "La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero en este Código", debemos concluir que derecho hereditario es aquel ya activo ya pasivo que compone la herencia.

Señala Vélez Sársfield en la nota que en el artículo dice componen la herencia y no que pertenecen al difunto, porque hay algunos derechos que salen de su patrimonio por efecto mismo de la muerte. De tal forma, no puede sostenerse que el derecho que nos ocupa forma 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 la muerte, porque es intransmisible.

De tal manera, en sentido estricto, son derechos hereditarios aquellos que componen la herencia y que se transmiten al heredero por la muerte. De allí en más los derechos son del heredero llamado a suceder, quien por su calidad de tal los tendrá por derecho propio, o sea por ser heredero o en el caso del cónyuge supérstite por su vocación a la ganancialidad que surge con la muerte ante la disolución del régimen de bienes en el matrimonio (arts. 1291, 1313 y 1315).

No refuerza el criterio opuesto el significado económico que se atribuye, dado que el contenido de la sucesión no siempre es exclusivamente patrimonial. Ello se abona ante lo preceptuado por el art. 3281: "La sucesión a título universal es la que tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos", lo que concuerda con el contenido del art. 3279 y su nota. Agréguese los arts. 440, 3473 y su nota.

Cabe no olvidar que sucesión, herencia y patrimonio no son expresiones jurídicas equivalentes. Y si el derecho, aunque exista en el patrimonio del causante, luego no compone la herencia, no será un derecho hereditario, y menos lo será cuando no existía en aquel patrimonio como ocurre con el que nos ocupa. Por tanto este derecho real de habitación no forma la masa hereditaria, porque ésta se forma con el conjunto de derechos activos y pasivos que el causante transmite a sus herederos;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consecuentemente no integra la cuota del cónyuge supérstite; no debe computarse para fijar la legítima, ya que según el art. 3602 "para fijar la legítima, se atenderá al valor de los bienes quedados por la muerte del testador".

Todo lleva a que no pueda válidamente sostenerse que deba incluirse en la partición, máxime que ante la existencia del derecho real el bien sobre el que recae queda excluido del acto particionario. Menos que pueda llegar a pagar el impuesto al enriquecimiento patrimonial a título gratuito. No porque no pueda calcularse (véase art. 11, inc. p., ley 20632), sino porque lo que se grava es la herencia y el derecho no forma parte de ella, además de que sin texto jamás puede haber imposición. Más aún, la ley 20632, art. 5°, inc. p. declara exenta la transmisión de vivienda comprendida en el régimen del decreto 11157/45, antecedente de la ley 20798(16)(750), cuando la misma se opera a favor de herederos incluidos en el art. 3545.

VI. REQUISITOS

Para que nazca y se mantenga para y por el cónyuge supérstite el derecho real de habitación es necesario:

- a) Se produzca el hecho biológico jurídico de la muerte o se declare la presunción de fallecimiento del otro cónyuge.
- b) El causante dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario. Defectuosa redacción, por lo cual debe buscarse su recto sentido.

Pensamos que dado el carácter asistencial del derecho debe entenderse que el derecho podrá ejercerse cuando el acuerdo está integrado por un único bien inmueble. De ahí que si existen otros inmuebles aunque no sean habitables el derecho no puede funcionar, por el desmedro al derecho de los otros herederos y la desigualdad que suscitaría.

Por su brevedad e importancia vamos a transcribir lo manifestado por el senador Héctor D. Maya, único expositor, al tratarse el proyecto: "Se trata de un proyecto de ley por el que se incorpora al Código un artículo, con el número 3573 bis, que contempla la situación que se crea en aquellos juicios sucesorios por muerte de uno de los esposos en los que queda como bien hereditario una pequeña propiedad en la que hasta ese momento ha habitado la pareja. Dicho artículo establece que el cónyuge supérstite tiene derecho a habitar la casa por vida. Vale decir que cuando concurren otros herederos, sean ascendientes o descendientes, ellos no pueden obligar a que, en virtud de la división de la herencia en los términos de la ley civil, el cónyuge supérstite sea privado de la vivienda. O sea que hay un derecho al usufructo del inmueble mientras el cónyuge viva. Se busca amparar al sobreviviente, teniendo en cuenta que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

generalmente los esposos, con gran esfuerzo, se hacen propietarios del inmueble que habitan y se procura que la muerte de uno de ellos no signifique la pérdida de la vivienda. Es en consecuencia, una situación de amparo que estimo de estricta justicia, por lo que solicito el voto favorable para este proyecto de ley venido de la Honorable Cámara de Diputados."(17)(751).

Es decir que se busca el amparo del cónyuge supérstite para que siga habitando la pequeña propiedad que constituía el inmueble que habitaba con el difunto. Esta hermenéutica apoyada en la palabra del único miembro informante en el Senado de la Nación tiene pleno valor y no puede ser desechada porque constituye según la ley y la doctrina una fuente propia de interpretación y determinación del espíritu de la ley, como así también de las razones del legislador(18)(752).

En la medida que existan otros bienes en el acervo partible desaparece el amparo, porque el cónyuge así podrá solucionar su habitación, pues el derecho no se otorga por el grado de afección que se pudiera tener hacia lo que fue el hogar conyugal. Es que en estos supuestos se torna factible la adjudicación al cónyuge del inmueble y allí cesa el derecho real. Aún así, pueden surgir situaciones de hecho que aconsejen otro temperamento; ellas quedarán sujetas al discrecionalismo del juzgador

c) Que hubiera constituido el hogar conyugal. Significa simplemente que los cónyuges vivían en el inmueble al momento de la muerte del causante. Por esto, si los cónyuges vivían en otro inmueble, el supérstite no tendrá el derecho sobre el inmueble, aunque éste fuere el único habitable que compone el acervo.

Tampoco tendrá el derecho acordado por la ley 20798, el cónyuge supérstite que aunque mantenga vocación hereditaria no vivía en el inmueble que habitaba el causante, a pesar de darse los otros requisitos. En cambio, sí lo tendría el cónyuge supérstite separado de hecho sin voluntad de unirse e inocente de la separación que continuaba viviendo en lo que había sido el hogar conyugal, pues también merece el amparo.

d) El cónyuge supérstite no debe tener otros bienes suficientes. Aún cuando no lo diga la ley, surge por el carácter asistencial del derecho. Así como hemos sostenido que si en el acervo existen otros bienes que pueden facilitar la solución de la vivienda para el supérstite, es obvio que si el mismo tiene otros bienes inmuebles habitables o no suficientes, no puede pretender el ejercicio de un derecho que originaría un desmedro para los otros herederos. Y no sólo que tenga otros bienes inmuebles. Si el cónyuge supérstite tiene medios suficientes de vida, a través de otra clase de bienes o recursos, también ello puede obstar al ejercicio del derecho. Otra vez nos enfrentamos con situaciones de hecho que deben quedar libradas al criterio del juzgador, quien apreciará si existen causas justificadas que obsten al ejercicio del derecho.

e) Cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite a las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

viviendas para ser declaradas bien de familia. En la remisión al valor de inmuebles que puedan ser constituidos en bien de familia resalta el carácter asistencial del derecho, dado que se protege un modesto acervo.

El valor será el que tenga el inmueble al momento de la apertura de la sucesión y referido a los valores determinados en ese momento por la autoridad competente para la constitución de bien de familia. Mas ¿cuál valor deberá tenerse en cuenta: el fiscal, el real o el venal ? Nos inclinamos por el último, pues constituye fiel reflejo del valor del bien. El fiscal o el real no siempre reflejan la realidad, siendo el venal el que proporciona con exactitud los valores en juego que se deberá determinar mediante - tasación judicial.

El derecho de habitación, por definición del art. 2948, reviste caracteres de un uso limitado, y únicamente se presenta en inmuebles urbanos.

Mas la referencia al bien de familia hace que el derecho pueda ser efectivizado sobre inmuebles rurales; por las reglamentaciones existentes en distintas provincias, que hacen posible que inmuebles de este tipo puedan constituirse en bien de familia.

Esta posibilidad la brindan provincias como Córdoba (decreto - ley 5113/62, arts. 4º y 5º); Chaco (ley 1241/73, art. 10); La Pampa (ley 505/69, art. 3º, inc. b); Río Negro (ley 678/71, art. 1º); San Juan (ley 3232/65, art. 3º) y Tucumán (decreto - ley 23/63, ratificado por ley 3186/64, art. 6º). Otras provincias como Buenos Aires (ley 8109, art. 1º); San Luis (ley 3401/71 art. 1º) o Santa Fe (ley 7224/74, art. 13), por la manera como han reglamentado la ley 14394 hacen también posible la constitución de inmuebles rurales como bien de familia. Es por esto que deben tenerse en cuenta estas reglamentaciones para que la ley 20798 pueda aplicarse en todo el país. Claro está que aún cuando se haga efectivo el derecho sobre un inmueble rural, el derecho real de habitación no podrá ir más allá de los límites en que él está encuadrado(19)(753).

f) Concurrencia de otras personas con vocación hereditaria o como legatarios. Hemos apuntado que el cónyuge es el único legitimario que concurre con todos los legitimarios y excluye a los colaterales. De tal forma, para que funcione el derecho se torna necesaria la concurrencia de otros legitimarios cuyas vocaciones no deben observar causas que la contraríen, o de legatarios en las mismas condiciones teniendo presente que la legítima del cónyuge es la mitad de los bienes del cónyuge muerto (art. 3595).

g) El supérstite no debe contraer nuevas nupcias. Este requisito hace a la conservación del derecho por el cónyuge. Aún cuando es lógico que así sea, resulta insuficiente y demuestra la desorientación del legislador ante el viudo o viuda, ya que no acierta para el mantenimiento de derechos que le ha otorgado, si debe seguir observando ese estado o no. Volveremos al ocuparnos de la extinción del derecho.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

VII. EXTERIORIZACIÓN, REGISTRACIÓN Y OPONIBILIDAD

Este derecho real para el cónyuge, que es tal porque obtiene el beneficio directamente de la cosa sin intermediación alguna, constituye un desmembramiento del dominio que es necesario exteriorizar para conocimiento de los herederos o legatarios y de los terceros interesados. Según el art. 3417 el heredero que ha entrado en la posesión de la herencia, el cónyuge por imperio del art. 3410, continúa la persona del causante y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión. Como el derecho que tratamos es intransmisible y no forma parte de la herencia, lo que ratifica la calidad de derecho propio del cónyuge que le hemos atribuido, hace que éste debe explicar si ejercerá el derecho, pues queda en su poder de disposición el hacerlo o no.

Molinario sostiene que como todo derecho hereditario debe quedar definitivamente determinado al tiempo de la apertura, al aceptar la herencia debe formular la pertinente manifestación pues la misma influirá en orden a la administración del acervo y a la liquidación y pago del impuesto hereditario(20)(754) (Continuación de nota)(755).

Puntualizado nuestro sentir que es un derecho propio no imponible, no vemos la necesidad de que en el momento de aceptar la herencia el cónyuge debe efectuar la manifestación, porque de no hacerlo se debiera interpretar que no lo pudiera hacer en un futuro. Si tenemos presente el requisito de que existan otros herederos o legatarios, cabe esperar hasta el dictado de la declaratoria de herederos o que el legatario pida la cosa Legada (art. 3767), para sí el cónyuge poder adecuar su conducta al interés que pueda tener.

De tal forma el momento se extiende hasta el pedido de inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento, en un caso, porque la inscripción que no significa adjudicación en condominio del inmueble, sino exteriorización de la indivisión hereditaria o postcomunitaria entre el cónyuge y los herederos del difunto, debe efectuarse con la anotación de las cargas que existan. En el otro, ante la petición del legatario el cónyuge debe manifestarle que hace uso del derecho para que aquél sepa la condición jurídica de la cosa legada. Inscripta la declaratoria o entregada la cosa legada, caduca el derecho del cónyuge, quien ya no podrá ejercer en el futuro.

En tanto ello no ocurra, siempre el cónyuge podrá efectuar la manifestación, teniendo como límite la partición. Este acto técnico - jurídicocontable pone fin al estado de indivisión hereditaria o postcomunitaria con división final y adjudicación a cada heredero, quien queda convertido en dueño exclusivo de los bienes que les resultan adjudicados, con efecto retroactivo al día de la muerte del causante, pues esos bienes los tiene exclusiva e inmediatamente de éste (art. 3503

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y nota al 3504), por lo que resulta obvio que nunca se puede ir más allá, y si el cónyuge acepta y nada opone al pedido de partición, también hace caducar su derecho.

La inscripción de la indivisión hereditaria o postcomunitaria se torna necesaria con fines de publicidad y medio de oponibilidad de ella a terceros, y si sumamos la indiscutible necesidad de registración de este derecho real por imperio del art. 2º, inc. a), decreto - ley 17801/68, queda destacado el momento hasta el cual el cónyuge puede hacer la manifestación, la que deberá ser puesta en conocimiento de los herederos o legatarios, para que éstos puedan hacer valer causas de oposición si las tuvieren. De aquí la necesidad de una resolución judicial, que es la que deberá inscribirse (art. 3º, inc. a) aceptando el derecho real a inscribirse (art. 14, incs. b y c). Nada empece que la exteriorización se efectúe por escritura notarial, siempre que se cumplan los requisitos antedichos: conocimiento de herederos y legatarios, realizándose antes de la inscripción de la indivisión hereditaria. Obviamente, que si media acuerdo de los herederos luego de la inscripción, el cónyuge puede hacer uso del derecho real de habitación, que deberá inscribirse.

Por aplicación del art. 3º, Código Civil, pueden invocar y ejercer el derecho los cónyuges supérstites de causantes fallecidos con anterioridad a la vigencia de la ley 20798, aunque se haya inscripto la indivisión, siempre que no se hubiere ordenado la subasta del inmueble o aceptado el pedido de partición o entrega del legado a través de las formas indicadas.

A partir de la manifestación del cónyuge, el derecho es oponible a los coherederos y legatarios. Desde la inscripción del derecho: será oponible a Tos terceros interesados. Estos son: los herederos del heredero o legatario; los cesionarios de los derechos del heredero o del legatario; los acreedores del cónyuge cuyos créditos nacen con posterioridad a la registración; los acreedores de los herederos, legatarios, herederos del heredero o cesionarios.

En cambio, es inoponible a los acreedores del causante y a todas aquellas personas a cuyo favor se impongan cargas a la sucesión (arts. 3358, 3471 y nota al art. 3474). Por esto aquéllos pueden ejecutar el inmueble libre del derecho de habitación(21)(756). Lo mismo ante la venta forzada por expropiación (art. 2861 y su nota).

Manifestado e inscripto el derecho, los acreedores del cónyuge supérstite, cuyos créditos reconocen causas anteriores, también pueden ejecutar el inmueble libre del derecho, porque la preservación del patrimonio será respecto de acreedores ulteriores, quienes sólo podrán ejecutar la nuda propiedad y en la cuota parte indivisa del cónyuge. A su vez los acreedores del heredero o legatario, aunque ejecuten el inmueble deberán respetar el derecho de habitación, al igual que los sucesores particulares por actos entre vivos del heredero (art. 2916), resultando indiferente el momento en que nació el crédito.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

VIII. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CÓNYUGE HABITADOR

Toda clase de actos materiales puede realizar el cónyuge para efectivizar su derecho sobre el inmueble. Basta aquí referir la nota al art. 2956 donde se expresa "que quien tiene un derecho de habitación, es realmente usuario en todo o en parte de la casa sobre la cual ese derecho ha sido establecido, según que él la ocupe en todo o en parte. Por esto, el que ocupa una casa a título de derecho de habitación, debe tener la facultad de gozar de los aljibes, pozos, graneros, jardines, bodegas, etc., porque todos esos objetos son accesorios del inmueble, para cuya comodidad han sido establecidos, y porque por otra parte, el derecho de habitación no es un simple derecho de alojamiento personal, sino un derecho de uso sobre el inmueble que lo faculta para gozar de todos los accesorios del fundo". Como accesorios también deben considerarse los muebles (arts. 2316 y 2320) aunque conformen el ajuar del hogar conyugal y que sirvan para satisfacer las necesidades del habitador; los demás muebles quedan excluidos.

Puede emplear el inmueble para su industria o comercio, si no fuere impropio de su destino (art. 2963). Como este derecho puede recaer sobre fundos rurales, cabe usar los frutos naturales que produzcan, aunque por ese uso todos los frutos fuesen consumidos (art. 2960); podrá emplear los animales en trabajos y servicios de los cuales son propios por su especie, y aún para las necesidades de su industria o comercio (art. 2961); puede aprovecharse de las crías, leche y lana, en cuanto baste para su consumo y el de su familia (art. 2962). Mas la continuación de la explotación del fundo rural cae en la indivisión, de allí que deberá rendir cuentas de la misma, en caso de administrar.

Mas lo importante es que el cónyuge supérstite viva en 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 intersexual o de la filiación, sino también con las 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 las personas que éstos deban alimentos (art. 2953).

Este derecho del cónyuge no excluye que los hijos legítimos del matrimonio, aunque sólo tengan la nuda propiedad, no puedan vivir en el inmueble. Ello surge de la interpretación del art. 2684 "Todo condómino puede gozar de la cosa común conforme al destino de ella, con tal que no la deteriore en su interés particular", sosteniendo Lafaille que "si un edificio es bastante cómodo para que todos los copartícipes lo habiten simultáneamente, o bien las necesidades de los interesados los lleven a habitarlo en épocas distintas, proceden todos dentro de la órbita de sus respectivas facultades"(22)(757). De tal forma, aunque el derecho del cónyuge es exclusivo, no es excluyente.

El cónyuge habitador es también comunero y como tal puede ejercer todas las acciones reales y posesorias, no sólo las que el causante tenía

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(art. 3418), sino las que emergen de su condición (art. 2489), además de las otorgadas por ser habitador (art. 2950).

Debe morar en el inmueble (art. 2948) conforme sus necesidades (art. 2954), conservando su substancia y según el destino del mismo. No puede demoler en todo o en parte ninguna construcción aunque la sustituya por otra mejor, ni cambiar su forma, ni sus dependencias accesorias, ni la distribución interior de sus habitaciones, ni cambiar su destino (art. 2892). Mas puede hacer las mejoras que crea útiles, las que no podrá reclamar (art. 2874).

No podrá arrendar el inmueble ni total ni parcialmente; tampoco podrá ceder el derecho de habitación (arts. 1449 y 2963); derecho que por lo tanto es inembargable, porque reviste un carácter personal y alimentario, no encontrándose limitado como ocurre con el uso a los frutos (art. 2959)

Molinario sostiene que si el habitador ocupa la totalidad del inmueble deberá dar fianza y practicar inventario (art. 2967). Borda, en cambio, considera que como el derecho emerge de la ley, su ejercicio no debe tener otras condiciones que las que la ley impone, por lo cual piensa que no tiene dicha obligación de dar fianza.

Es evidente que si ocupa una parte de la casa ninguna obligación tiene (art. 2967, in fine). Si la ocupa toda, en principio no cabe que otorgue fianza por el carácter alimentario del derecho, pues así se agravaría la situación económica del cónyuge habitador y porque la fianza puede ser perfectamente dispensada (art. 2851), existiendo la posibilidad de exigirla en cualquier tiempo (arts. 2852, 2860 y 2939). Por iguales razones se debe dispensar la obligación de inventario, pero siempre conservando para los coherederos o legatarios el privativo derecho de exigir la facción del inventario (art. 2849), que en el caso debe ser a costa del habitador. Empero, es aconsejable el inventario, cumpliendo así con los arts. 2846 y 2847 dado que de no hacerse cabe tener en cuenta la presunción del art. 2848: los bienes se hallaban en buen estado cuando se los recibió, sin olvidar lo dispuesto por el art. 2872 en cuanto al uso de las cosas.

El derecho es gratuito, lo que significa que ninguna compensación pecuniaria se debe por el habitador a los coherederos o legatarios, pero no hay duda que debe soportar el pago de impuestos, tasas y demás contribuciones que pesen sobre el inmueble en su totalidad (arts. 2894, 2957 y 2968), extendiendo igual criterio al pago de las expensas comunes si el inmueble cae bajo las previsiones de la ley 13512(23)(758).

Debe ejecutar a su costa las reparaciones necesarias para la conservación de la cosa y aún las extraordinarias que sean consecuencia de la falta de aquéllas (art. 2881)} que se han hecho necesarias luego de ejercer el derecho (arts. 2883 y 2886). Esas reparaciones de conservación no deben exceder las tres cuartas partes de la renta líquida anual (art. 2884).

Las reparaciones y gastos extraordinarios que fueren necesarios para restablecer o reintegrar los bienes que se hayan arruinado o deteriorado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por vejez o caso fortuito (art. 2885) son a cargo de todos los comuneros, dado que su realización beneficia a la propiedad toda.

Si el habitador realiza reparaciones que no están a su cargo, no podrá reclamarlas (art. 2888), ni exigir que los nudos propietarios realicen mejoras, reparaciones o gastos de ninguna clase (art. 2889). Estos pueden obligar al habitador a hacer las reparaciones que están a su cargo (art. 2887) o cobrar las reparaciones o gastos que hubieren efectuado (art. 2890).

Cuando el inmueble se deteriora por culpa del habitador, puede ser obligado a efectuar las reparaciones necesarias o satisfacer los daños y perjuicios (arts. 2872, 2939 y 2966), mas no se podrá exigir la extinción del derecho.

IX. EXTINCIÓN

Ante el art. 2969 debemos remitirnos a las causas de extinción del usufructo, con la modificación que los acreedores del habitador no pueden atacar la renuncia que hiciere de sus derechos. El principio no es absoluto. Cabe atenuar algunas causas y agregar otras en atención al carácter de este derecho. La extinción se opera por:

- a) Revocación de su constitución (art. 2918);
- b) Resolución de los derechos del causante (art. 2918);
- c) Muerte del habitador (art. 2920);
- d) Expropiación del inmueble (art. 2861);
- e) El no uso, durante el término de diez años (art. 2924). La aplicación literal de esta causa de extinción no es posible. El carácter personal y alimentario del derecho, acentuado en el caso del cónyuge, hace que más allá del plazo que el juez considere prudente, debe considerarse por extinguido el derecho. No dudamos en advertir lo peligroso de esta interpretación, pero es evidente que si por un lapso prolongado e injustificadamente el cónyuge no hace uso del derecho, pone en evidencia que desaparece la necesidad de mantener el derecho, no pudiéndose permitir desmedro en el derecho de los otros herederos o legatarios, que ya han visto notablemente disminuido el valor venal del inmueble por el ejercicio del derecho real de habitación por el cónyuge;
- f) Consolidación (art. 2928), 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 (arts. 2882 y 3047). En el caso el habitador no puede exonerarse de hacer las reparaciones necesarias, salvo que devuelva los frutos percibidos después de la necesidad de efectuar las reparaciones, o el valor de ellos;
- h) Aceptar el cónyuge habitador la partición del inmueble o su venta;
- i) Adquirir el cónyuge habitador otros bienes suficientes para su habitación con posterioridad al ejercicio del derecho. Es que aquí desaparece el amparo al cónyuge, por lo que no puede perjudicarse a los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

demás herederos o legatarios;

j) Pérdida total de la cosa, sucedida por caso fortuito (art. 2934);

k) Destrucción total de la cosa (art. 2937)(24)(759);

l) Prescripción (art. 2942), que se opera a los veinte años (art. 4015);

m) Ejercicio irregular del derecho o dar a la cosa un destino diferentes
Esta causal surge por la razón del derecho otorgado. Si como consecuencia del ejercicio el cónyuge habitador no se encuadra en el amparo y la asistencia que se le brinda o da a la cosa un destino que no sea el de morar en ella, los herederos o legatarios pueden pedir la extinción del derecho de habitación simplemente por aplicación del art. 1071;

n) Contraer el cónyuge habitador nuevas nupcias. Esta es una causal que el propio artículo trae plenamente justificada, porque es evidente que si se quiere amparar y alimentar al cónyuge, a lo que se puede agregar una presunta afección hacia lo que fue el hogar conyugal, todo ello desaparece al contraer nuevo matrimonio que apareja la introducción de un extraño. Una vez más aflora el perjuicio de los otros herederos o legatarios.

No resistimos reflexionar que es evidente que el legislador no acierta cuando debe mantener un derecho del cónyuge viudo. Basta pensar que la nuera viuda debe permanecer en ese estado para mantener su vocación sucesoria en la sucesión de sus suegros (art. 3576 bis) o que para evitar el concubinato se mantiene el derecho de pensión de la viuda, aunque vuelva a casar (decreto - ley 20314/73 y ley 20927, que modificaron el criterio anterior del decreto - ley 17562/67). Todo ello lleva a que se olvide lo prescrito por los arts. 531 y 3609, en lo que hace a casarse o no casarse.

La fórmula empleada ha llevado a Borda a sostener que la disposición es una suerte de incitación a vivir en concubinato, resultando un castigo al matrimonio que no tiene justificación alguna. En parte hay razón en ello, pero es lógica la consecuencia por lo ya expuesto.

Empero, aunque la ley no lo diga si el cónyuge supérstite vive en concubinato u observa una conducta desarreglada o inmoral, cabe declarar la extinción del derecho a pedido de parte legitimada. Para ello nos basamos: 1º) En la ubicación del artículo junto con las causales de pérdida de la vocación hereditaria del cónyuge, donde se contemplan actos de grave o notoria inconducta moral (arts. 3574, 3575 y 3576 bis); 2º) Porque la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, cuando se contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (art. 1071); 3º) Si el nuevo cónyuge legítimo del supérstite es un extraño, igual o más lo es el concubino, lo que resulta inmoral y escandaloso, aún cuando las leyes no deben castigar la unión de las personas libres, como lo resalta Vélez Sársfield en la nota en art. 325.

Conforme lo prescrito por el art. 36, decreto - ley 17801/68 la extinción del derecho de habitación del cónyuge supérstite debe ser motivo de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

registración, ya resulte de la escritura notarial o resolución judicial. En caso de muerte del habitador será suficiente el certificado de defunción del mismo.

DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS (La protección penal del adquirente)()(760)*

CARLOS M. SUARES ROBERTO LUIS DE HOZ AGUSTÍN O. BRASCHI
JORGE R. CAUSSE ORLANDO L. ESPINACO OSCAR E. F. GAGLIARDI
ÁLVARO GUTIÉRREZ ZALDÍVAR UBALDO FARRÉ LUIS PRATO
RICARDO E. TOBAL ARMANDO J. VERNI

A efectos de determinar con alguna precisión los diferentes matices configurativos de la especie penal que distinguen a las normas destinadas a sancionar los excesos derivados de acciones antijurídicas perjudiciales en la contratación inmobiliaria, entendemos conveniente efectuar un somero análisis de las disposiciones de la materia que resultan ser los antecedentes del ordenamiento positivo que para el tema nos interesa.

Ello así, en razón de estimarse que la legislación punitiva referente al tema en nuestro medio, ha estado siempre a la zaga de los hechos reprochables que llaman a su aplicación, lo que ha provocado el auge de la llamada delincuencia inmobiliaria.

El comportamiento de los preceptos normativos vinculados al tráfico de la cosa inmueble demostró siempre una característica debilidad, erigida en poderosa aliada de un específico maniobrar delictivo que interfiere y perturba gravosamente en un aspecto relevante del comercio en estudio. El análisis de las figuras delictivas que conciernen a este tópico, como en el caso de otros, requiere necesariamente el aporte de disposiciones del derecho privado que faciliten el encuadramiento de la conducta y del evento que han de resultar o no adecuados al tipo.

De ello resulta la necesidad de un armónico entrelazamiento de principios conceptuales que no aparezcan antinómicos entre ambas disciplinas, cuando se opera el reenvío al campo del derecho civil, de cuya correlación se producirá o no la captación por la norma penal del hecho que se presupone típicamente doloso.

En la apreciación que proponemos se podrá advertir, a nuestro criterio, una desarmonía notoria de esos presupuestos, evidenciada por los contradictorios fallos judiciales y la doctrina, lo cual denota un relevante desamparo de los intereses jurídicos que el dispositivo penal procura proteger, frente a la cada vez más notoria agresividad ambiente.

EL ANTIGUO INC. 9º DEL ART. 173 DEL CÓDIGO PENAL

El Código Penal sancionado por la ley 11179 del 30 de setiembre de