

Sucesión: cónyuge supérstite: derecho de uso y habitación; finalidad; normativa aplicable; derecho fructuario; improcedencia *

Doctrina:

- 1) *El derecho consagrado por el art. 3573 bis del Código Civil tiene carácter netamente asistencial. No reviste una función patrimonial ni persigue fines de lucro, puesto que tiende a la protección de la vivienda del cónyuge supérstite, permitiendo la continuación del derecho que en ese carácter tenía antes de la muerte del de cujus.*
- 2) *El derecho consagrado por el art. 3573 bis del Código Civil es un derecho regido, en lo previsto de manera singular por dicha norma, por las disposiciones pertinentes del mismo Código. Por ello, la exigencia legal de que la estimación del inmueble no sobrepase el valor indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia,*

debe examinarse en función de las modalidades propias del caso, habida cuenta de que, en cuanto aquí interesa, tal tope valorativo no existe en la actualidad a mérito de lo dispuesto por el art. 168 del decreto 2080/80. Por ende, en ausencia de previsión específica al respecto, corresponde remitir a las normas propias y reguladoras del derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente, de donde se concluye que la habitación se limita a las necesidades personales del habitador y su familia, según su condición social.

- 3) *El viudo habitador carece de todo derecho fructuario, no tiene en modo alguno derecho a los frutos de la cosa, posee exclusivamente el ius utendi.*
- 4) *El legislador ha considerado que*

* Publicado en *El Derecho* del 12/3/2007, fallo 54.551.

el derecho del habitador es eminentemente personal y, por tanto, ha prohibido en absoluto la cesión y el arrendamiento. Por ende, y en este aspecto, lo dispuesto en el art. 2963 del Código Civil se compagina con el espíritu y finalidad de la institución aludida, ya que fue

creada por la ley para asegurar techo al cónyuge sobreviviente, pero no para que lucre.

Cámara Nacional Civil, Sala E, octubre 18 de 2006. Autos: “Ortiz de Zárate, Pedro E. s/ sucesión *ab intestato*”.

Buenos Aires, octubre 18 de 2006.

Y Vistos: y Considerando: I. Contra la resolución de fs. 60/62, que hizo lugar al pedido formulado por la cónyuge supérstite a que se le reconozca el derecho de uso y habitación del inmueble sito en Argerich 3180/82, de esta ciudad, alza sus quejas el coheredero Pedro Edgardo Ortiz de Zárate, quien las vierte en el escrito de fs. 68/70, cuyo traslado fuera respondido a fs. 72/74.

II. Cuando el recurso se concede en relación, el Tribunal debe fallar teniendo en cuenta las actuaciones producidas en primera instancia, no pudiendo abrirse la causa a prueba ni alegarse hechos nuevos conforme lo establece el art. 275 del Código Procesal (conf. Morello y otros, *Código Procesal...*, t. III, págs. 398/91 y jurisprudencia allí citada: Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, t. V, pág. 98; Fassi-Yáñez, *Código Procesal...*, t. 2, pág. 498; CNCiv., esta Sala, c. 138.962 del 29/12/93; c. 148.411 del 1/9/94; c. 172.151 del 26/5/95; c. 161.503 del 20/6/95). Es que, de acuerdo con lo dispuesto por la norma legal citada, la alzada debe resolver sobre la base de lo articulado y probado en primera instancia.

Ello así, y sin dejar de puntualizar que el recurrente al oponerse a la petición incoada por la cónyuge supérstite no ofreció probanza alguna para acreditar los extremos que ahora invoca, la petición en cuanto a la prueba que pretende se produzca, no puede tener favorable acogida.

III. A los fines de decidir la cuestión materia de recurso cabe tener presente la finalidad que informa el instituto.

Al respecto, una gran parte de la doctrina –recogida además por el voto de la mayoría en el fallo plenario dictado por esta Cámara el 15/8/79 (conf. *ED*, 84-504)– ha entendido que el derecho consagrado por el art. 3573 bis del Código Civil tiene carácter asistencial. No reviste una función patrimonial ni persigue fines de lucro, puesto que tiende a la protección de la vivienda del cónyuge supérstite, permitiendo la continuación del derecho que en ese carácter tenía antes de la muerte del *de cuius* (conf. Borda, “Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de habitación creado por el art. 3573 bis del Código Civil”, en *ED*, 60-884; Vidal Taquini, “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite”, en *Revista del Notariado* n° 743, pág. 1544; Andorno, “El derecho de habitación del cónyuge supérstite”, en *JA*, serie contemporánea, t. 29, pág. 629; Molinario, “Estudio del art. 3573 bis del Código Civil”, en *LL*, 1975-B-1049 y 1050; Cafferata, “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite”, en *LL*,

1977-B-726; Barbero, *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, pág. 17, n° 14; CNCivil, esta Sala, c. 17.220 del 14/10/85).

Por otra parte, se trata de un derecho real regido, en lo no previsto de manera singular por el art. 3573 bis del Código Civil, por las disposiciones pertinentes del mismo Código (conf. CNCivil, Sala D, *ED*, 109-219 y sus citas). Por ello, la exigencia legal de que la estimación del inmueble no sobrepase el valor indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia debe examinarse en función de las modalidades propias del caso habida cuenta de que, en cuanto aquí interesa, tal tope valorativo no existe en la actualidad a mérito de lo dispuesto por el art. 168 del decreto 2080/80. Por ende, en ausencia de previsión específica al respecto, corresponde remitir a las normas propias y reguladoras del derecho de habitación del Código Civil (Mariani de Vidal, “Ley 20.798: derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente”, *LL*, 1976-C-498; Barbero, *ob. y loc. cit.*, núms. 42 y 43), de donde se concluye que la habitación se limita a las necesidades personales del habitador y su familia, según su condición social (art. 2953, Código Civil).

En sentido concordante, el art. 2963 dispone que el que tiene derecho de habitación no puede servirse de la casa sino para habitar él y su familia o para el establecimiento de su industria o comercio, si no fuere impropio de su destino. Ahora bien, tal disposición es aplicable a la habitación del art. 3573 bis, en la medida en que pueda ser compatible con el espíritu de esta nueva institución. Es que una cosa es que el cónyuge supérstite prosiga en la casa-habitación una pequeña industria o comercio, y otra que el inmueble constituya una vivienda-negocio (conf. Barbero, *ob. y loc. cit.*, n° 56, pág. 86). Asimismo, el viudo habitador carece de todo derecho fructuario, no tiene en modo alguno derecho a los frutos de la cosa, posee exclusivamente el *ius utendi*. Es así que el legislador ha considerado que el derecho del habitador es eminentemente personal y, por tanto, ha prohibido en absoluto la cesión y el arrendamiento. Por ende, y en este aspecto, lo dispuesto en el art. 2963 se compagina con el espíritu y finalidad de la institución, al que anteriormente se aludiera, ya que fue creada por la ley para asegurar techo al cónyuge sobreviviente, pero no para que lucre (conf. Barbero, *ob. y loc. cit.*, núms. 58 y 60).

Desde otro ángulo, la conservación de la sustancia de la casa-habitación se cumple no sólo respetando en lo material las características de la cosa, que hacen que ella sea lo que es, sino también su destino, que no se puede cambiar (arg. arts. 2878 y 2892, mismo Código). Por ello, el cónyuge debe usar la cosa con todos los cuidados de un propietario y para el destino al cual se encontraba afectada antes del nacimiento del derecho (conf. Mariani de Vidal, *ob. y loc. cit.*, n° 6, pág. 502).

En el caso, pese al esfuerzo que denota la pieza ya citada, lo cierto es que el recurrente no logra demostrar el yerro que atribuye a la solución adoptada por el Sr. juez *a quo*.

En efecto, el inmueble en cuestión es una parte indivisa de naturaleza ganancial, tal como surge del título que en copia obra a fs. 49/50, y se está

admitido que se trata de un inmueble constituido por dos plantas, en una de las cuales vive la hija de la peticionante y coheredera.

Si, como ya se precisara, el beneficio tiene una finalidad asistencial y no corresponde concederlo cuando en la sucesión existan bienes suficientes que permitan cubrir sus necesidades de vivienda y además el viudo posee otros que no integran el acervo, ya que en estos supuestos la función tuitiva de la ley carece de objeto (Hernández-Ugarte, *Sucesión del cónyuge*, n° 9, págs. 205/206; Zannoni, Eduardo A., *Derecho de las Sucesiones*, 3ª ed., t. I, n° 624, págs. 642/643), en el caso de autos, no puede perderse de vista que, conforme surge del certificado de dominio que en copia obra a fs. 42/43, dicho inmueble no se encuentra subdividido y que el acervo hereditario se encuentra compuesto únicamente por dicho bien. Tampoco existe constancia alguna, ni siquiera se alega, que la peticionante del beneficio perciba algún fruto por la ocupación que hace la hija de la parte de la propiedad.

IV. Por último, en lo que a las costas de Alzada tal como lo señala el Sr. juez de grado, en tanto el recurrente pudo creerse con derecho a peticionar como lo hizo, corresponde imponerlas en el orden causado.

Por todo ello, se resuelve: Confirmar la resolución de fs. 60/62. Las costas de Alzada se imponen en el orden causado. Notifíquese y devuélvase. — *Juan C. G. Dupuis*. — *Mario P. Calatayud*. — *Oswaldo D. Mirás*.