CNCiv., Sala G, 29/10/2010. - L., A. J. c. H., A. C. Y OTROS s/DIVISIÓN DE CONDOMINIO

**Sucesión:**
Derecho real de habitación: cónyuge supérstite; requisitos; único inmueble; valor; ejercicio del derecho; oportunidad; pago de cánones; improcedencia.

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 29 días del mes de Octubre de Dos Mil Diez, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: “L., A. J. C/ H., A. C. y otros s/ división de condominio”, respecto de la sentencia de fs. 201/204, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es justa la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores Beatriz Areán - Carlos Alfredo Bellucci - Carlos Carranza Casares.

A la cuestión planteada la Señora Juez de Cámara Doctora *Areán* dijo:

I. La sentencia de fs. 201/204 rechazó la demanda promovida por Á. J. L. por división de condominio y daños y perjuicios a título de alquileres, imponiendo las costas al vencido. Difirió la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes.

Contra dicho pronunciamiento se alzó el actor a fs. 205, siendo concedido el recurso a fs. 209.

Expresó agravios a fs. 227/236, los que fueron respondidos a fs. 240/243. Se queja porque el juez de grado ha considerado que el inmueble de San Antonio de Padua debe quedar excluido por estar ocupado por intrusos y tiene autorización de venta. Sin embargo, la propia demandada reconoció al suscribir el boleto que el bien se hallaba libre de intrusos, por lo que debe recurrirse a la doctrina de los actos propios. Ese inmueble era apto para vivienda a la fecha de apertura de la sucesión, siendo la intrusión posterior. Además, al haber autorizado la venta puede ser considerado como una clara renuncia al privilegio legal. Igualmente protesta porque el sentenciante también ha excluido el departamento de la calle Uruguay, 2º Piso, Dpto. 7 por tratarse de una oficina, sin que exista en autos prueba alguna que sustente tal aserto. La carga de demostrar ese destino pesaba sobre la accionada. La sentencia apelada no analiza el tema relacionado con el valor del inmueble. El derecho de habitación viudal no es absoluto, sino que está limitado a las necesidades del habitador. La unidad de autos excede holgadamente las de la Sra. H.

II. Por ante el Juzgado Nº 63 del Fuero tramitan los autos sucesorios de V. A. L., que tengo a la vista, surgiendo de ellos que el nombrado falleció el 24 de julio de 1992, siendo de estado civil casado en segundas nupcias con A. C. H.

En el escrito inicial presentado por la cónyuge supérstite fueron denunciados como integrantes del acervo hereditario el inmueble de la calle Jorge Newbery, 8º Piso, Dpto. A, unidad funcional Nº 29 de esta Ciudad de Buenos Aires, así como la mitad indivisa de dos lotes de terreno sitos en San Antonio de Padua, uno adquirido en 1952 y el otro en 1957, cuando el causante estaba casado en primeras nupcias con N. S. C.

El primer inmueble reviste el carácter de propio, mientras que el segundo es ganancial pero correspondiente a la sociedad conyugal que el “*de cujus*” integrara con la nombrada C.

Producido el fallecimiento de esta última, L. contrajo segundas nupcias con A. C. H. en julio de 1978.

A fs. 127/129 el aquí actor denunció una extensa nómina de bienes inmuebles sitos en esta Ciudad y en las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos, Neuquén y Córdoba, habiendo acreditado únicamente la cotitularidad de un lote en San Clemente del Tuyú, que además era ganancial del primer matrimonio.

La finca de Mar del Plata había sido vendida en diciembre de 1979 conforme certificado de fs. 314. Y respecto de los restantes inmuebles, nada se ha demostrado.

A fs. 59 se dispuso la apertura del proceso *ab-intestato* y a fs. 115 se dictó la declaratoria de herederos a favor del hijo del causante Á. J. L. y C., de los nietos J. I. y M. F. L. y S., en representación de su padre prefallecido V. F. L. y de la cónyuge supérstite A. C. H., en cuanto a los bienes propios y sin perjuicio de los derechos conferidos por la ley respecto de los gananciales.

A su vez, a fs. 166/168 se halla agregado testimonio de la protocolización del testamento ológrafo, en el que L. instituyó como herederos a sus dos hijos y a su esposa, mejorando a esta última con el quinto disponible.

Las porciones hereditarias se dividen por tres, correspondiendo a la demandada el 46,66% (un tercio del 80% y un 20% por la mejora testamentaria). Al actor sólo pertenece el 26,66%, en ambos casos, no en relación al inmueble de Jorge Newbery, sino con respecto a la universalidad.

Por escritura Nº 74 del 4 de julio de 2000 E. J. S., M. F. L. y J. I. L. cedieron a favor de A. C. H. todos los derechos hereditarios que le correspondían, incluidos los gananciales, en las sucesiones de V. A. L. y V. F. L., sobre el inmueble de la calle Jorge Newbery, 8º Piso, Dpto. letra A, unidad funcional Nº 29 de esta Ciudad de Buenos Aires.

Más allá de la calificación jurídica que deba darse a ese acto por no recaer sobre la universalidad o sobre parte alícuota de ella, sino sobre un bien determinado, lo cierto es que, con motivo de esa traslación de derechos, la Sra. H. pasó a ostentar la titularidad del 73,34% del bien en el que habita, en tanto L. mantiene su 26,66%.

Ahora bien, atento el estado actual del sucesorio, en el que ni siquiera se han inscripto en el Registro de la Propiedad la declaratoria de herederos ni el testamento, el estado de indivisión hereditaria subsiste plenamente, a pesar de lo cual el aquí actor promovió acción por división de condominio y cobro de alquileres contra los tres cedentes y contra la cesionaria individualizados en el párrafo anterior.

Y el magistrado entonces interviniente aceptó la radicación de los autos en virtud de un invocado e inexistente fuero de atracción, cuando lo que debió hacer era desestimar “*in limine*” la demanda, por improponible debido a la inexistencia de condominio.

La partición sucesoria era y sigue siendo el único camino a seguir para la división del patrimonio hereditario.

De todos modos, ya es tarde para cuestionamientos de esta naturaleza.

Aun cuando todavía no se había ordenado correr traslado de la demanda, a fs. 47 el actor desistió de la acción contra E. J. S., M. F. L. y J. I. L., en razón de haber éstos cedido sus derechos hereditarios.

Sostiene entonces erróneamente que el “condominio” ha quedado circunscripto entre la demandada y él, cuando en realidad sólo persiste el estado de indivisión entre todos los herederos.

Al contestar la demanda, la accionada invoca el derecho de habitación legal reconocido por el art. 3573 bis del Código Civil, que ya había anticipado al responder a una intimación por carta documento que le cursara L.

A fs. 110/111 obra certificado registral, surgiendo del asiento 1 de la columna de titularidades que el dominio subsiste a nombre de V. A. L., quien adquirió el inmueble siendo de estado civil viudo. Además, está afectado como bien de familia según actuación del 11 de mayo de 1981. Pesa sobre él un embargo decretado en los autos sucesorios, trabado a pedido de la escribana que protocolizara el testamento para asegurar el cobro de sus honorarios y un segundo embargo sin monto ordenado en estos obrados a solicitud del actor, con anotación condicional por no constar el dominio a nombre de la demandada y que atento el tiempo transcurrido sin subsanación, ha quedado sin efecto.

A fs. 163 el perito arquitecto estima un valor locativo mensual de $ 2.900 netos con la cochera inclusive.

No determina, por no haberle sido requerido, el valor venal.

III. El actor sostiene que no están reunidos los requisitos impuestos por el art. 3573 bis del Código Civil, pues en el acervo sucesorio existe más de un inmueble habitable y, además, el de la calle Jorge Newbery excede notoriamente las necesidades de la demandada.

El uso y la habitación están definidos por el art. 2948 de dicho Código en estos términos: “El derecho de uso es un derecho real que consiste en la facultad de servirse de la cosa de otro, independiente de la posesión de heredad alguna, con el cargo de conservar la substancia de ella; o de tomar sobre los frutos de un fundo ajeno lo que sea preciso para las necesidades del usuario y de su familia. Si se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama en este Código, derecho de habitación”.

Ni el uso ni la habitación han tenido trascendencia alguna en nuestro país, al extremo que Machado decía a comienzos del siglo pasado que ambos derechos reales “han desaparecido casi de nuestras costumbres y desaparecerán definitivamente dentro de poco arrastrados por la corriente poderosa de transformación que experimenta nuestra sociedad, y que tiende a desterrar todo lo que inmoviliza la propiedad y su rápida transmisión. Las cuestiones que pueden suscitarse pierden interés práctico y sólo importan a la teoría de un derecho que se va” (Conf. Machado, José O., “Exposición y comentario del Código Civil argentino”, t. VII, p. 423, Buenos Aires, 1900).

Más aún, se ha llegado a propiciar la supresión como derechos autónomos en una futura reforma del Código, pues la distinción que se hacía en el Derecho romano ya no tendría razón de ser, al haberse borrado en la actualidad las diferencias entre el uso y la habitación, con el usufructo (Conf. Mariani de Vidal, Marina, “Curso de derechos reales”, vol. II, p. 291, Buenos Aires, 1976).

En medio de este estado de decadencia del uso y la habitación, en 1974 se sancionó la ley 20.798, que incorporó al Código Civil el art. 3573 bis, el que dispone: “Si a la muerte del causante éste dejase 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 concurrieren 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”.

Surge de la elevación del proyecto de ley presentado por Edgar Cossy Isasi, que “se buscó con esta norma poner fin a una situación crítica y angustiosa que se les presentaba a los cónyuges supérstites, que luego de haber compartido años de vida con el causante, se hallaban con que, al ocurrir la muerte del cónyuge, y en virtud del régimen de las sucesiones que establece el Código Civil, de­bían abrir el respectivo juicio sucesorio, compartiendo el único bien con los demás herederos o legatarios, los cuales exigían la venta del inmueble para percibir sus legítimas o legados, o bien para pagar las costas, quedando el cónyuge supérstite sin habitación. Ello sucedía en la mayoría de los supuestos en que el supérstite tenía una edad avanzada, sin posibilidad biológica de reiniciar una vida productiva”.

Aparece palmaria la intención del legislador de proteger a los “económicamente más débiles” (Conf. Molinario, Alberto, “Estudio del art. 3573 bis del Código Civil”, LL, 1975-B, p. 1048), asegurando al cónyuge su casa, evitando su desamparo y preservándolo del peligro de quedar sin techo (Conf. Borda, Guillermo, “El derecho de habitación del cónyuge supérstite”, ED, 57-755).

En realidad, la incorporación de este derecho real no hizo más que dar mayor fuerza a otras instituciones que ya estaban contempladas en la legislación, como el bien de familia introducido por la ley 14.394; la indivisión que puede imponer el cónyuge sobre la casa habitación (arts. 53 y concs., ley 14.394), que data de la misma época por emanar de la misma normativa; y la restricción derivada del art. 1277, segundo párrafo del Código Civil, incorporada por la Reforma de 1968, al condicionar el poder dispositivo del cónyuge titular del bien inmueble que es asiento del hogar conyugal al asentimiento del otro.

No hay duda que todas estas instituciones reconocen un denominador común: la protección del hogar conyugal.

Tiene dicho la Sala que “La naturaleza de este derecho real obliga a que la interpretación del mismo se haga con amplitud, para que no se desvirtúen los fundamentos asistenciales que le dieron origen y, por ende, se torne ilusoria su aplicación. No basta que se trate del único bien inmueble, en el cual se hubiera asentado la convivencia conyugal y cuyo valor no sobrepase el correspondiente para la inscripción como bien de familia. Debe concurrir además el recaudo de que dicho inmueble satisfaga la necesidad de vivienda, vale decir, que sea “habitable” (Conf. esta Sala G, 04/11/1987, LL 1988-A, 328). Ello es así, no obstante el carácter excepcional, pues de lo contrario no sería compatible con el criterio tuitivo que inspiró la sanción de tal norma (Conf. CNCivil, Sala I, 13/11/1997, LL 1998-F, 14).

Ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la naturaleza del instituto obliga a que la interpretación del mismo se haga con amplitud para que no se desvirtúen los fundamentos asistenciales que le dieron origen y por ende, se torne ilusoria su aplicación, si todos los presupuestos legales se encuentran reunidos el pedido de la cónyuge debe acogerse (Conf. CSJN, 20/3/1985, “Castañares de Román, Pía E. s/sucesión”, LL, 1985-C, p. 458).

Para que opere el derecho de habitación del cónyuge supérstite, deben darse las siguientes condiciones: a) el acervo sucesorio debe estar integrado por un solo inmueble habitable; b) éste debe integrar en su totalidad el acervo, sin que partes alícuotas correspondan a tercero; c) en el inmueble debe haber estado radicado en el hogar conyugal, al tiempo de la apertura de la sucesión; d) el valor del bien no debe sobrepasar o exceder el que autoriza a constituirlo como bien de familia; e) el cónyuge debe concurrir con otros herederos o legatarios; f) debe tratarse de sucesiones abiertas a partir de la entrada en vigencia del art. 3573 bis (Conf. Zannoni, Eduardo, “Derecho de las Sucesiones”, t. I, p. 638, nº 621).

En cuanto al primer requisito, que aquí interesa especialmente, debe tratarse del único bien “habitable”, con lo que se alude a la inexistencia de otros aptos para satisfacer las necesidades habitacionales del cónyuge supérstite.

En las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil se recomendó que: “El derecho se ejercerá cuando el causante deje solamente un inmueble habitable como integrante del haber hereditario. No obstante, corresponderá igualmente cuando a pesar de existir otros bienes, éstos fuesen insuficientes para satisfacer las necesidades habitacionales del cónyuge supérstite”.

Si bien es cierto que la ley dice un solo inmueble, no lo es menos que éste deberá reunir condiciones de habitabilidad por lo que, la decisión debe dejarse en el prudente arbitrio judicial y dependerá de la restante integración del acervo y la satisfacción que reciba el supérstite (Conf. Roveda, Eduardo G.-Sarquis, Lorena, El derecho real de habitación del cónyuge supérstite, LL, 1997-A, 249).

El calificativo “habitable” quiere significar “habitable por el cónyuge supérstite”, lo cual implica que el inmueble esté destinado a vivienda y que esté desocupado. Si faltara el destino de vivienda no se daría el presupuesto; y tampoco si no estuviere desocupada, por ejemplo, una casa alquilada. De ahí que no haya inconveniente en conceder el derecho al cónyuge si hay una casa desocupada (habitable) y otra ocupada (no habitable), porque aquí se cumple el presupuesto de la ley respecto de la existencia de un solo inmueble habitable (Conf. Pérez Lasala, Fernando [colab.] - Pérez Lasala, José Luis [autor], Curso de Derecho Sucesorio, 2007, LexisNexis-AbeledoPerrot, Lexis Nº 9206/007307).

La exigencia se refiere al acervo hereditario pero no deben considerarse aquellos inmuebles que no son susceptibles de ser habitados por el cónyuge supérstite, por estar arrendados, materialmente deteriorados o alejados del lugar de residencia habitual o son inadecuados a la condición social del beneficiario (Conf. Chávarri, Ángel A., “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite”, en AA.VV., Sucesiones, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 157).

Quedan excluidos entonces los bienes muebles, los inmuebles aplicados a otro destino, como el comercial, o aquellos que se encuentran ocupados por efecto de un contrato de locación vigente. Debe tratarse, en síntesis, de inmuebles destinados a vivienda, libres de ocupantes (Hernández, Lidia B. - Ugarte, Luis A., “Sucesión del cónyuge”, pág. 196 y sigs., Ed. Universidad, Buenos Aires, 1996; CNCivil, Sala A, 24/03/1998, LL 1998-C, 738 - DJ, 1998-2, 1051).

En la actualidad es posible que en el acervo sucesorio existan cuantiosos bienes que no son inmuebles, por ejemplo, acciones de sociedades anónimas, automotores, embarcaciones, aeronaves, campos, terrenos, locales de comercio, obras pictóricas de gran valor, etcétera.

A juicio del legislador tal circunstancia carece de trascendencia, a los fines de la legitimación del cónyuge supérstite para imponer el derecho de habitación, si sólo existiera un inmueble habitable en la masa hereditaria.

Se ha dicho acertadamente que: “Debe admitirse la declaración del derecho real de habitación en favor del cónyuge supérstite respecto al inmueble donde se asentaba el hogar conyugal, ya que si bien existen otros inmuebles que integran el acervo hereditario del causante, sólo aquél reúne las condiciones de único bien habitable –en el caso, existe otro inmueble que se encuentra alquilado y uno que sólo está afectado al sucesorio en una porción–, pues concluir de otra manera cercenaría los motivos asistenciales que sirven de fundamento al art. 3573 bis del Cód. Civil que contempla dicho instituto” (Conf. CNCivil, Sala I, 03/02/2004, LL 25/06/2004, 6).

“La exigencia del art. 3573 bis del Código Civil, en cuanto a que debe tratarse del único bien habitable, se refiere a la inexistencia de otros aptos para satisfacer las necesidades habitacionales del cónyuge supérstite. No sería el caso de bienes muebles, inmuebles aplicados a otro destino, como el comercial, o aquellos que se encuentran ocupados por efecto de un contrato de locación vigente, pues debe tratarse de inmuebles destinados a vivienda, libres de ocupantes” (Conf. CNCivil, Sala A, 24/09/2002, [elDial.com - AE1A15]).

Volveré sobre éste más adelante. Como segundo requisito, el inmueble debe haber constituido la sede del hogar conyugal: se entiende que ese “status” era el vigente a la fecha de la apertura de la sucesión, que no es otra que la del fallecimiento del causante (Conf. Zannoni, ob. cit., p. 643).

En cuanto al valor del inmueble, según la norma no debe sobrepasar el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia: el art. 3473 bis está remitiendo al art. 34 de la ley 14.394, el que dispone que el valor del inmueble no debe exceder las nece­sidades de sustento y vivienda de la familia, mas no fija topes, que quedaban reservados a las normas que se establecerían reglamentariamente, para evitar la rápida desactualización y consiguiente necesidad de modificar la normativa.

Fue así que sucesivos decretos fueron actualizando los topes a lo largo de décadas. Finalmente, el Decreto Nº 2080/80, reglamentario de la ley 17.801 en el orden nacional, optó por suprimirlos, manteniendo la derogación del Decreto 466/99.

Lo cierto es que el art. 3573 bis sigue mencionando el tope máximo de la estimación para la constitución como bien de familia, por lo que el requisito conserva toda su vigencia, ya que no podría ser derogado por una disposición de carácter local. Más aún, de aceptarse esta posición, la norma de fondo tendría un alcance para la Capital Federal o en las provincias de Buenos Aires y Tucumán y otro para aquellas que fijan el tope de la estimación para el bien de familia, ya que en las primeras el requisito quedaría vacío de contenido, mientras que en las otras continuaría vigente.

No debe perderse de vista la “*ratio legis*” que inspiró al legislador, que al remitir al valor de inmuebles que puedan ser constituidos en bien de familia, ha considerado el carácter asistencial del derecho en cuestión, tendiente a proteger un modesto acervo (Conf. Vidal Taquini, Carlos H., “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite”, Revista del Notariado, nº 743, p. 1540).

Por lo tanto, frente al vacío en que cae la remisión en el orden nacional y en algunas provincias, si bien es irrelevante justipreciar el monto del inmueble por haberse suprimido la exigencia de un determinado monto para constituir un inmueble en bien de familia, nada impide que, como pauta hermenéutica, y a fin de evitar el ejercicio antifuncional de los derechos y los sacrificios que implica su indivisión para los restantes coherederos, se lo pondere considerando el fin tuitivo de la norma del art. 3573 bis del Cód. Civil (Conf. CNCivil, Sala I, 13/11/1997, LL 1998-F, 14).

En algunos fallos se ha sostenido que, a falta de datos concretos referentes al valor del inmueble, debe estarse a su prudente estimación, según las modalidades de cada hipótesis, a fin de no violentar el espíritu cuasialimentario de la ley a través del reconocimiento al cónyuge de una prerrogativa (derecho de habitación en el caso) que agreda, por su exceso, el derecho de propiedad de los sucesores, que el art. 17 de la Constitución Nacional ha querido sea inviolable. En consecuencia, se remite a las normas que regulan ese derecho, limitando la habitación a las necesidades personales del habitador y su familia, según su condición social (art. 2953 del Código Civil) (Conf. CNCivil, Sala D, 29-2-84, LL 1984-C-199).

Una pauta razonable para ponderar su admisibilidad la brindan las disposiciones reguladoras de la habitación, según las cuales ésta ha de limitarse a las necesidades personales del habitador y su familia, según su condición social (art. 2953, Cód. Civil). Tales necesidades serán juzgadas en relación con 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 (art. 2954, Cód. Civil) (Conf. esta Sala, 25/04/1994, DJ, 1995-1, 875).

Esta interpretación es coincidente con la sustentada por la Corte Suprema, que hizo lugar a la desafectación de un bien de familia planteada por los coherederos, porque se estaba ante un inmueble de trescientos cincuenta metros cuadrados ubicado en una zona privilegiada de la Capital Federal, en el que moraba sólo la cónyuge supérstite, afirmando que excedía notoriamente los fines previstos por la legislación vigente en la materia y ponía de manifiesto un ejercicio antifuncional del derecho (Conf. CSJN, 1-9-87, LL 1988-E-414).

Por lo tanto, ante la situación creada en el orden nacional, así como también en algunas provincias que también han optado por la supresión de los topes, se impone una interpretación que compatibilice las reglas previstas por el Código Civil para determinar las necesidades del usuario o habitador, en función de las circunstancias del caso.

El fin perseguido por el legislador de 1974, así como el que redactara la ley 14.394, ha sido la protección de la familia, apuntando principalmente a favorecer a los grupos que más la necesitan y excluyendo a aquellos que por la importancia de su caudal económico, pueden autoprotegerse.

En el caso, se trata de un departamento de apenas 84 metros cuadrados, que cuenta con un living-comedor y dos pequeños dormitorios, con una valuación fiscal de $ 82.245,58.

Lejos está entonces de constituir el valioso y gran inmueble que excede notoriamente las necesidades de la demandada, como lo pretende el actor.

En cuanto a los demás requisitos para que sea procedente la constitución del derecho de habitación, es necesario que concurran otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, pues en caso de no existir, el derecho de habitación carecería de virtualidad, por cuanto el cónyuge supérstite recibirá el dominio pleno y exclusivo del inmueble; es vitalicio, ya que dura tanto como la vida del titular, o sea que se extingue indefectiblemente con la muerte del beneficiario, pues al igual que el usufructo no pasa a los herederos del habitador. Además, el acaecimiento de ese hecho deja sin sustento el sentido de la restricción al dominio de los demás herederos o legatarios; es gratuito, requisito que analizaré más adelante; y, por último, se extingue en el supuesto en que el beneficiario contraiga nuevas nupcias: se justifica esta causal que es propia de este derecho real, en la circunstancia de que, al reincidir en el matrimonio, debe suponerse que está en condiciones de constituir económicamente un nuevo hogar (Conf. Molinario, ob. cit.).

Por otra parte, este especial derecho de habitación no opera “*ipso iure*”, sino que requiere de una invocación expresa, oponiéndolo a los coherederos o legatarios antes de consentir en el proceso sucesorio cualquier acto que suponga incompatibilidad con la conservación del mismo (Conf. Zannoni, ob. cit., pág. 644).

Si bien se trata de un derecho de origen legal, al igual que el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos sometidos a su patria potestad, no nace por el solo hecho de que en el haber sucesorio exista un inmueble que responda a los requisitos que surgen del art. 3573 bis.

Como importa su constitución una desmembración del dominio de los coherederos y todo dominio se presume pleno e ilimitado (arts. 2523 y 2005 y su nota), es necesario una manifestación expresa del cónyuge supérstite en el sentido de optar por acogerse a la prerrogativa, pues bien podría suceder que no lo hiciera.

En tal supuesto, nunca nacerá el derecho real ni el dominio perderá su plenitud.

La jurisprudencia mayoritaria se inclina por sostener que la posibilidad de invocar el art. 3573 bis se extiende hasta que el peticionante haya dado expresa conformidad a la partición en pleno dominio del bien, aunque la declaratoria de herederos o del testamento se hallase inscripta, porque la inscripción no significa adjudicación en condominio del inmueble, sino exteriorización de la indivisión hereditaria o poscomunitaria entre el cónyuge y los herederos del difunto (Conf. CNCivil, Sala A, 31/03/1987, LL 1987-E, 427; íd. Sala K, 23/06/1995, LL 1996-C, 2, DJ, 1996-1, 1299, C.Apel. Civ. y Com., Lomas de Zamora, sala I, 12/08/2003, LLBA 2004 [abril], 309).

El derecho real de habitación del cónyuge supérstite se vería gravemente afectado si se admitiera la caducidad del derecho a hacerlo valer, por la mera circunstancia de la inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad, o por el transcurso de un tiempo indeterminado a partir de dicha inscripción (Conf. Fleitas Ortiz de Rozas, Abel-López Fuster, Gustavo O., “La prolongación de la indivisión hereditaria y el derecho de habitación del cónyuge supérstite”, LL 1987-E, 427).

En consecuencia, el cónyuge puede guardar silencio durante años y recién exteriorizar su voluntad cuando los herederos deciden realizar la partición.

Si bien sería más correcto invocar el derecho desde el comienzo del sucesorio, no debe perderse de vista que las circunstancias iniciales pudieron cambiar a lo largo de los años, el haber hereditario pudo haber disminuido, las condiciones económicas del cónyuge es posible que se hayan visto deterioradas, al igual que las relaciones familiares.

De ahí que deba admitirse que el silencio, aunque prolongado, no ha importado renuncia y el derecho pueda hacerse valer en cualquier tiempo anterior a la concreción de la partición.

En autos no es motivo de controversia que el inmueble de la calle Jorge Newbery, 8º Piso, Dpto. A, unidad funcional Nº 29 de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, era la sede del hogar conyugal. Sí lo es el requisito relacionado con la existencia de un solo inmueble habitable.

Sigue insistiendo el actor en los agravios que en el patrimonio hereditario había, al menos tres inmuebles susceptibles de ser destinados a vivienda.

Si se deja de lado aquel en el que habita la demandada, la cuestión ha quedado circunscripta a los de la calle General Alvear de la localidad de San Antonio de Padua y al departamento de la calle Uruguay, 2º Piso, unidad 7 de la ciudad de Buenos Aires.

La realidad que se advierte en estos autos demuestra palmariamente que el primer bien estaba ocupado por terceros, sin que se haya probado la fecha en que comenzó la ocupación indebida de los intrusos.

Si el actor fue quien como letrado actuó en el juicio de desalojo promovido contra los intrusos, es obvio que era quien estaba en mejores condiciones para probar la fecha aproximada del inicio de la usurpación, lo que no hizo ni intentó hacer.

Además, a fs. 87 reconoció la autenticidad del boleto de compraventa que la totalidad de los herederos celebraron el 7 de octubre de 1999 a favor de H. A. de M., relativo al bien de la calle Alvear sito en el Partido de Merlo, Provincia de Buenos Aires.

Por último, como se trata de un inmueble ganancial del primer matrimonio de L., sólo integra la masa hereditaria en un cincuenta por ciento.

Borda ha interpretado la norma en el sentido que en el caso de que el causante deje, además del bien inmueble en donde se encuentra asentado el hogar conyugal, otro situado en otra localidad, el derecho podría invocarse, pues no es posible arrancar a la cónyuge supérstite del lugar donde trabaja o, de no hacerlo, del centro donde ha desenvuelto su vida y ha anudado afectos (conf. Borda, Guillermo, “El Derecho de habitación del cónyuge supérstite”, ED, 57, p. 755, CNCivil, Sala A, 18/02/1985, LL, 1985-C, 3).

No puede pretenderse que la Sra. H., una anciana de 85 años, deje después de morar durante más tres décadas el departamento de “Las Cañitas” para trasladarse a San Antonio de Padua, una localidad ubicada a 31 Km. de esta ciudad, máxime en una época en que la seguridad de los habitantes de la Provincia de Buenos Aires se halla permanentemente en jaque.

Acertadamente se ha dicho que el art. 3573 bis no es simplemente de carácter alimentario, sino que también tiene implicancias afectivas, cada vez más importantes, en la medida que la avanzada edad necesita menos cosas “nuevas” y cada vez más cosas cargadas de sentido, de recuerdos, signos de amor (Conf. CNCivil, Sala B, 15/02/1979, La Ley Online, AR/JUR/3414/1979).

Entre los fundamentos de un proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados en 2006, proponiendo la modificación del art. 3573 bis, se lee: “La vulnerabilidad del anciano requiere de una protección adicional. En la ancianidad la vivienda tiene una importancia especial. La casa es un objeto singular entre los objetos de apego, entendiéndose por apego ‘la idea de un vínculo afectivo muy fuerte con situaciones, estados, signos y finalmente objetos, vínculo por medio del cual el sujeto accede al sentimiento de una existencia propia’. Se ha destacado a la vivienda en la ancianidad como expresión de mantenimiento de la independencia, como expresión de continuidad, como expresión de la vida diaria y desde la perspectiva de la gerontología ambiental como expresión de significado y afecto”.

En cuanto al bien de la calle Uruguay, asiste razón a la demandada cuando sostiene al contestar los agravios, que en la escritura de cesión de derechos se alude a dicho inmueble, calificándolo como “oficina”.

Igualmente, el actor no ha aportado prueba alguna tendiente a demostrar las características de la unidad, sus dimensiones, estado de conservación, de ocupación, etcétera.

Además, al igual que el inmueble ubicado en el Partido de Merlo, es un bien ganancial del primer matrimonio de L., de modo que sólo integra su acervo hereditario en un cincuenta por ciento.

Por último, recordaré que como lo sostuvo la mayoría en plenario de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, *in re* “Falland, Federico F., suc.”, del 15/08/1979, publicado en LL, 1979-C, 530, que no puede desconocerse que este derecho de habitación, por ser un derecho real, importa la constitución de un gravamen que afecta a un bien que es parcialmente ajeno. Tiene su origen en la cosa y, por ende, constituye un desmembramiento de dominio: el útil corresponderá al cónyuge supérstite y la nuda propiedad a los co-herederos, legatarios o a aquél, en caso de ser también heredero.

“El propósito de la ley es asegurar su casa al cónyuge sobreviviente, aunque sin impedir la adjudicación del bien como medio de concluir con la indivisión hereditaria: quien resulte adjudicatario quedará como nudo propietario correspondiendo el dominio útil al cónyuge” (Conf. Mariani de Vidal, Marina, “Curso de Derechos Reales”, t. 3, p. 65, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1993).

El texto incorporado por la ley 20.798 no importa impedir la adjudicación del inmueble que constituyó el hogar conyugal. En efecto, el derecho real de habitación que se acuerda al cónyuge supérstite dándose las circunstancias o presupuestos previstos por la norma legal, no impide la adjudicación o atribución “*ut singuli*” del bien como medio de hacer cesar la indivisión hereditaria. Se ha instituido una desmembración del dominio que pudiera corresponder, mediante la partición, a otro u otros sucesores (herederos o legatarios) o a éstos y al propio cónyuge, en condominio, según el caso. Esa desmembración no afecta las relaciones jurídicas en cuanto a la nuda propiedad, la que podría ser objeto de actos de disposición o gravamen. Pero al conferir el derecho real de habitación se asegura al cónyuge supérstite el ejercicio de las facultades atribuidas al habitador (arts. 2948, 2950 y sigs., Cód. Civil) (Conf. Zannoni, ob. cit., p. 630).

En síntesis, la demanda no puede prosperar porque no puede dividirse un condominio inexistente, pues actor y demandada no son titulares de ese derecho real, sino que siguen siendo comuneros inmersos en el estado de indivisión hereditaria que pesa sobre el haber sucesorio.

Los conflictos suscitados entre las partes deben resolverse en el único marco posible: la sucesión de V. A. L.

De todos modos, aun suponiendo que pudiera disponerse aquí la división, no puedo dejar de preguntarme qué beneficio o ventaja obtendría el accionante, ya que si se ordenara la subasta, quienquiera que resultara adquirente, estaría obligado a respetar el derecho real de habitación mientras conserve su vida la Sra. H.

Sólo a título didáctico le recuerdo al abogado L. que la inherencia a la cosa con sus dos consecuencias inmediatas, el “*ius preferendi*” y el “*ius persequendi*”, siguen siendo características propias de todo derecho real. No existe derecho real que no las tenga y si una figura no las tiene, sencillamente, no es derecho real.

Menos aún, asiste derecho al actor para requerir una compensación por la ocupación del bien, ya que al ser una de las características de este derecho real la gratuidad, es obvio que el cónyuge supérstite no está obligado a pagar a los coherederos o legatarios ninguna contribución o canon locativo por el uso y goce del inmueble, como sucede en el condominio o en la comunidad hereditaria, cuando uno de los condóminos o comuneros utiliza la cosa común en forma exclusiva.

Por todas las razones expuestas y exclusivamente por los fundamentos que anteceden, corresponde confirmar la sentencia apelada en todas sus partes, con costas de alzada al actor vencido (art. 68 del Código Procesal).

Los Señores Jueces de Cámara Doctores *Bellucci* y *Carranza Casares* votaron en igual sentido por análogas razones a las expresadas en su voto por la Dra. Areán. Con lo que terminó el acto.

Buenos Aires, 29 de Octubre de 2010

Y *Vistos*:

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se resuelve: Confirmar la sentencia apelada en todas sus partes. Costas en esta instancia a la vencida. Los honorarios de los profesionales intervinientes serán regulados una vez fijados los de primera instancia. Se deja constancia de que la publicación de esta sentencia se encuentra sujeta a lo establecido por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal. Notifíquese, regístrese y devuélvase. – *Beatriz Areán. – Carlos A. Bellucci. – Carlos Carranza Casares.*