

Derecho de habitación del cónyuge/conviviente supérstite

Por Gabriel N. E. GUASTAVINO*

Resumen

El derecho de habitación se reconoció primeramente sólo al cónyuge sobreviviente, mediante ley 20798 que incorporó al Código Civil argentino el artículo 3573 bis. Fue una creación propia del legislador argentino que no reconoció antecedentes en derecho comparado. En esta primera instancia, el conviviente supérstite no tenía reconocido este derecho ni ninguno otro parecido. Doctrina y Jurisprudencia eran coincidentes en rechazar este derecho en caso de los convivientes o concubinos supérstite.

Con el Código Civil y Comercial, se mantiene en líneas generales el derecho a favor del cónyuge supérstite (aunque con nuevas notas) y se avanza en reconocer, aunque limitado en el tiempo y características, un derecho similar (aunque no idéntico), en el caso del conviviente o concubino supérstite.

Palabras clave

Cónyuge · Conviviente · Supérstite · Derecho · Habitación

Summary

Dwell right for the surviving spouse only was firstly recognised by argentine law number 20798 which, as a result, incorporated article 3573 bis in our Civil Code. This original legislative innovation did not recognise any precedent worldwide.

At first, surviving twosome couple did not have this right legally recognized or any other similar. Authors and jurisprudence denied this benefit in case of a surviving twosome couple claiming for it. The new Civil and Commercial Code maintains surviving spouse dwell right (with some innovations) and goes beyond it by recognising, with limitations, the surviving twosome couple dwell right.

Key words

Spouse · Twosome Couple · Surviving · Dwell Right

*Abogado - UNL/FCJS, egresado año 2000. Especialista en Derecho Alta Tecnología, UCA, Buenos Aires, 2008. Adscripto a la Cátedra Derecho Civil VI -Sucesiones- en la UNL/FCJS, desde 2006 a 2010 (Titular Dr. Rolando). Ayudante de la Cátedra Civil VI -Sucesiones-, en la UNL/FCJS desde 2010 a la fecha (Titular Dr. Ferrer). Docente Ayudante en la Cátedra Derecho Civil VI -Sucesiones- en la UCSF, desde 2016 (Titular Dr. Ferrer). Doctorando en el Doctorado en Derecho que dicta la UNL/FCJS, año 2016.

1. Presentación

Por ley nacional 20798 del año 1974 se incorporó al derecho positivo argentino la figura del derecho de habitación viudal o derecho real de habitación del cónyuge superviviente. Se trata de una figura autóctona del derecho argentino ya que fue una creación genuina del legislador nacional, que no reconoce antecedentes similares en el derecho comparado.

Basándose en antecedentes legislativos nacionales que contemplaban supuestos análogos y en los usos y costumbres patrios, la novedosa figura vino a dar respuesta a una problemática por entonces incipiente y que con el correr de los años se iría haciendo cada vez más grave: el flagelo de la falta de vivienda digna. En el caso de la figura en estudio, la misma tuvo un destinatario específico: el cónyuge superviviente y su situación de indefensión a la hora de la partición de la herencia del causante frente a otros herederos con vocación sobre el bien que fuera sede del hogar conyugal, en virtud del principio de la partición forzosa contemplado en el artículo 3452 del Código Civil.

Incorporada al derecho positivo, la figura se erigió como una herramienta práctica, ágil y pertinente a la hora de asegurar al cónyuge superviviente el derecho elemental a una vivienda digna.

Más de cuarenta años transcurrieron desde su consagración legislativa originaria y el Código Civil y Comercial (ley 26994)⁽¹⁾ no sólo mantiene su vigencia legislativa, sino que también innova en la materia, ampliando sus alcances y dándole un nuevo y más dinámico impulso. Así, del juego armónico de los artículos 2332 (último párrafo), 2383 y 527 del mencionado cuerpo legislativo surge el derecho real de habitación gratuito a favor del cónyuge o conviviente superviviente, con un nuevo significado, mayores alcances y menos requisitos.

El presente trabajo intentará brindar un rápido panorama de este derecho, desde su originaria consagración legislativa (ley 20798) hasta su reafirmación en el Código Civil y Comercial (ley 26994), pasando por su interpretación y revisión jurisprudencial y doctrinaria.

2. Antecedentes. Fundamento

El antecedente legislativo más inmediato de la figura lo constituye sin dudas el anteproyecto a la ley 20798, presentado en el Congreso de la Nación por el Diputado Nacional por la provincia de Entre Ríos Edgar Cossy Isasi.

La mencionada ley tuvo por única finalidad la de incorporar al Código Civil Argentino la figura en cuestión, haciéndolo mediante el artículo 3573 bis, el cual quedó definitivamente redactado en los siguientes términos: “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 sobrepasar 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 superviviente tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge superviviente contrajere nuevas nupcias...”.

⁽¹⁾ La ley 26994 fue sancionada el 01.10.2014, promulgada el 07.10.14 por Decreto PEN 1795/2014 y publicada en el B. O. el 08.10.14.

Tratándose de una figura novedosa y autóctona del derecho argentino, sus antecedentes han de recabarse no en la legislación comparada ni en figuras similares allí regladas, sino que la búsqueda deberá orientarse a la legislación y a la costumbre nacional o antecedentes patrios.

Al presentarse el anteproyecto de ley en el Congreso de la Nación, se consignó que la novedosa institución venía a cumplir una función específica, su finalidad era la de impedir que el cónyuge superviviente quedara sin habitación al producirse la muerte de su consorte, ya que en virtud del régimen del código civil por entonces vigente, merced al principio de la partición forzosa (conforme artículo 3452), los coherederos podían abrir y tramitar el juicio sucesorio y en consecuencia disponer del único bien de importancia: el inmueble que hubiere constituido la sede del hogar conyugal (bien que para hacerse de sus respectivas cuotas legítimas, o para pagar legados y/o deudas). Como consecuencia del principio de la partición forzosa, ante la vocación de otros sobre el inmueble (herederos, legatarios o acreedores), pesaba sobre el cónyuge superviviente la amenaza siempre latente y concreta de quedarse sin una habitación digna⁽²⁾.

De modo que el fin tuitivo de esta figura surge de manera evidente y palmaria: con ella se trató de salvaguardar el derecho elemental y fundamental del cónyuge superviviente a una vivienda digna y a no ser desplazado del inmueble que en vida del causante hubiera constituido la sede del hogar matrimonial.

Por otro lado, con este instituto se vino a dar un nuevo aire al derecho real de habitación que, en comparación con los otros derechos reales reglados por el código civil, era el que menos preponderancia y aplicación había observado en la práctica.

Sin perjuicio de lo novedoso de este derecho, podemos señalar los siguientes antecedentes:

- Decreto 11.157/45: por medio de este decreto se creó la ex Administración Nacional de la Vivienda que, entre otras, tenía la función de fomentar la construcción de viviendas mediante préstamos y facilidades. Muerto el titular de la vivienda construida con dichos préstamos, el cónyuge sobreviviente tenía derecho real de uso y habitación gratuito, en los términos y condiciones allí consignadas.

- Ley 14394⁽³⁾, cuyo artículo 53 otorga el derecho al cónyuge superviviente a oponerse a la partición del bien inmueble, sede del hogar conyugal y que hubiese sido formado en todo o en parte con fondos de la sociedad conyugal.

- Ley 17711 que incorpora al Código Civil el artículo 3576 bis, iniciando una etapa en la que se va ampliando el elenco de derechos surgidos a partir de la muerte del causante, reconociendo derechos a la nuera viuda y sin hijos. La ley 20798 vendría a continuar esta senda de ampliación de derechos.

Por último, el Código Civil y Comercial sancionado en 2014 por ley 26994 trae, en lo que respecta a la figura en estudio, tres artículos que son el objeto del presente estudio.

Por un lado, el artículo 2332 reza: “El cónyuge también puede oponerse a que la vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, con sus muebles, sea incluida en la partición, mientras él sobreviva, excepto que pueda serle adjudicada en

⁽²⁾ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1974, pág. 6074.

⁽³⁾ Ley 14394, sancionada el 14.12.1954, promulgada el 22.12.1954, publicada el 30.12.1954.

su lote. Los herederos sólo pueden pedir el cese de la indivisión si el cónyuge supérstite tiene bienes que le permitan procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades...”. Este texto tiene como antecedente evidente el artículo 53 de la ley 14394.

A su turno, el artículo 2383 del mencionado cuerpo normativo unificado establece: “Derecho real de habitación del cónyuge supérstite. El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante...”. El antecedente inmediato de este artículo lo constituye sin dudas el artículo 3573 bis del Código Civil, incorporado por ley 20798.

Finalmente tenemos el artículo 527 reconociendo un derecho similar pero no igual al conviviente supérstite, estableciendo: “Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta...”.

3. Naturaleza Jurídica de este derecho: el doble enfoque (en el Código Civil y en el Código Civil y Comercial)

La figura presenta una naturaleza jurídica propia y la que puede ser predicada tanto en su versión originaria del Código Civil (ley 20798) como en la nueva y más amplia versión recogida en el Código Civil y Comercial.

Dos aspectos influyen de sobremanera a la hora de encarar el estudio de la naturaleza jurídica que presenta el derecho de habitación del cónyuge o conviviente supérstite y le dan una preponderancia importante a dicha tarea investigativa:

- por un lado, la ya mencionada falta de antecedentes en derecho comparado, se trata, como se dijo, de una figura autóctona, propia del derecho argentino
- por otro lado, se carece de una regulación pormenorizada de la figura ya que en un solo artículo del código civil (3573 bis) y en dos del código civil y comercial (2383 y 527) se consagra la totalidad de este derecho.

Por tal motivo, desentrañar la real naturaleza jurídica de este derecho implicará una tarea particular que demandará un doble enfoque, de modo tal que se puede aprehender la real esencia de la figura en cuestión y no confundir sus notas:

- aspecto formal: a título de qué o quién recibe este derecho el cónyuge o conviviente supérstite (*jure hereditatis* o como heredero, sucesor, legatario, beneficiario de un cargo, *jure proprio*, etc.)
- aspecto sustancial: qué derecho, atribuciones, facultades, obligaciones o cargas se le reconocen en concreto al beneficiario de este nuevo derecho (se trata de un nuevo derecho real, con notas y características propias o se trata del mismo derecho real de habitación que regula el ordenamiento de fondo)

3.1 Aspecto formal

Se indaga y trata de dilucidar el título en virtud del cual se le reconoce este derecho al cónyuge o conviviente supérstite. Al respecto se han esbozado distintas teorías.

3.1.1 Adquisición *jure proprio*

Es la opinión que encabezó Borda⁽⁴⁾, la que en la actualidad goza de mayor aceptación en doctrina y jurisprudencia y la que, por otro lado, consideramos más acertada.

Básicamente, quienes participan de esta postura consideran que la figura en estudio no tiene naturaleza hereditaria, es decir, que se reconoce este derecho al cónyuge o conviviente supérstite no por ser heredero sino por otro título, o bien, que este derecho se adquiere por el cónyuge o conviviente no por transmisión hereditaria sino que se adquiere por otra vía o instancia.

Esta opinión goza de sólidos fundamentos que no han podido ser rebatidos, razón por la cual ha sido mayoritariamente seguida. Entre los argumentos que se esgrime desde esta óptica cabe señalar:

- falta de identidad entre el derecho del causante y el derecho que se le reconoce al cónyuge o conviviente supérstite: una característica propia de la transmisión hereditaria de derechos es la identidad del objeto que se transmite, de modo que sea el mismo derecho que detentaba en cabeza el causante el que se le transmite al heredero. Para que se pudiera predicar el carácter hereditario del derecho de habitación del cónyuge o conviviente supérstite, el derecho que se le reconoce a éste último debiera ser el mismo que tenía el causante. Y como se observa, no existe identidad de objeto en la figura en estudio, ya que el causante era titular del derecho real de dominio sobre todo el bien o en una parte (cuando sea ganancial) y al cónyuge o conviviente supérstite se le reconoce un derecho real distinto (el de habitación).

- reconocimiento de este derecho aun cuando el inmueble sea de naturaleza ganancial y el cónyuge o conviviente supérstite concurra sólo con descendientes. En dicha hipótesis (conurrencia del cónyuge con descendientes en los gananciales del causante), el supérstite no hereda al causante, ya que es excluido por los descendientes (conforme artículo 3576 del Código Civil y 2433 del Código Civil y Comercial). Sin embargo, aún en dicha hipótesis, el cónyuge o conviviente supérstite goza del derecho de habitación sobre el inmueble ganancial, con lo cual refuerza la naturaleza no hereditaria de este derecho.

- el fin protectorio que presenta la figura: el derecho sucesorio no atiende situaciones o supuestos particulares, regula de modo general y en abstracto. Así pues, el heredero pobre hereda al causante rico y comparte la herencia con el coheredero pobre o rico y viceversa, el heredero rico hereda al causante pobre y comparte la herencia con el coheredero pobre o rico; sin atender a la justicia o injusticia de la solución. El fin evidentemente protectorio de la figura, plasmado en los fundamentos del proyecto y reflejado en los términos del artículo, lo aleja decididamente del panorama del derecho sucesorio. La figura en estudio viene a solucionar, con toda justicia y equidad, una situación que el legislador considera

⁽⁴⁾ BORDA, Guillermo A, "Acercas de la naturaleza jurídica del derecho de habitación creado por el artículo 3573 bis del Código Civil", en *El Derecho*, T. 60, pág. 883.

injusta y merecedora de un tratamiento favorable, pero desde una perspectiva ajena al derecho sucesorio.

Descartada la naturaleza hereditaria del instituto y que en consecuencia su nacimiento se produzca a la muerte del causante, quienes participan de esta postura concluyen que este derecho nace a favor del cónyuge o conviviente supérstite en el momento en que se contrae matrimonio o nace la vida en común con el causante. En vida del causante este derecho permanece aletargado, en potencia o en estado de latencia, no pudiendo ser ejercido ni invocado por su cónyuge o conviviente. Recién a la muerte del causante el derecho despliega toda su vigencia y eficacia y es cuando podrá ser ejercido o invocado; cumpliendo de esa manera con el fin protectorio tenido en mira por el legislador al consagrarlo.

3.1.2 Adquisición *jure hereditatis*

a) Como derecho sucesorio:

Esta postura fue sostenida inicialmente por Molinario en relación al instituto creado por la ley 20798⁽⁵⁾; y quienes participan de ella sostienen la naturaleza hereditaria de la figura, reconociendo que, al menos el cónyuge supérstite, adquiere este derecho merced a una transmisión hereditaria.

Observa Molinario que para que se pueda hablar de transmisión hereditaria, es menester que haya una atribución gratuita de derecho sobre un bien (o sobre varios), condicionada a la muerte de su titular. Concluye Molinario que esas características se dan en el caso previsto en el artículo 3573 bis. Así, observa que:

- hay una atribución de derechos: el cónyuge adquiere el derecho real de habitación
- dicha atribución recae sobre un bien en particular: el inmueble que fuera sede del hogar conyugal
- entre muchas otras, este derecho presenta las características centrales de ser gratuito y vitalicio
- dicha atribución está condicionada a la muerte del causante, ya que mientras éste vive, este derecho no nace ni se puede ejercer
- los términos empleados por el legislador: el artículo refiere que este derecho se le reconocerá al cónyuge que concurra a la herencia con otros con vocación hereditaria sobre el bien sobre el cual recae el derecho (sean herederos o legatarios), dando a entender que el cónyuge también debiera tener vocación o, lo que es lo mismo, debe también ser heredero.
- la ubicación del artículo (3573 bis): al incluirlo en el capítulo referente a la sucesión de los cónyuges, pareciera dar a entender que se trata de un tema de sucesión entre los cónyuges.

La crítica que recibe esta postura está dada por la falta de identidad entre el derecho que detenta el causante y el que recibe el supérstite, al faltar esa identidad no se puede válidamente hablar de una transmisión o adquisición hereditaria de derechos. El derecho de habitación que recibe el supérstite no es el mismo derecho que detentaba el causante (dominio pleno de todo o parte del bien, en caso de ser ganancial)

⁽⁵⁾ MOLINARIO, Alberto, "Estudio del artículo 3573 bis del Código Civil", en *Diario La Ley* del 24.03.1975.

b) Como prelegado legal particular y forzoso.

Es la postura de Barbero⁽⁶⁾, para quien el derecho que se le reconoce al cónyuge supérstite vendría a ser un prelegado legal particular y forzoso. Sus argumentos son que la figura en cuestión:

- es un prelegado: en doctrina y en algunos sistemas positivo del derecho comparado se ha dado el nombre de prelegado al legado hecho a favor de algún heredero forzoso; en el caso, siendo el cónyuge un heredero forzoso en el derecho argentino, el legado a su favor vendría a configurar un prelegado

- es legal: ya que tiene su origen en una disposición expresa de la ley y no en la voluntad expresa o presunta del causante. Es la ley la que dispone el prelegado

- es particular: toda vez que su objeto recae sobre un inmueble en particular; el único inmueble habitable dentro del caudal relicto y que hubiera constituido sede del hogar conyugal

- es forzoso: por el origen legal antes señalado, se trata igualmente de una imposición de la ley, la que no se puede obviar por los demás interesados con vocación hereditaria sobre el bien.

Desde esta óptica se observa que en apariencia la afirmación de Borda es acertada (falta de identidad en el objeto transmitido ya que por hipótesis el causante era titular del dominio pleno sobre el bien mientras que el cónyuge supérstite recibe sólo el derecho de habitación). Más agudamente se observa que no sería del todo correcto tal afirmación, ya que como titular del dominio pleno el causante dispone de los tres aspectos o facetas de dicho derecho: *jus utendi*, *jus abutendi* y *jus fruendi* (dominio directo y dominio útil). A la muerte del causante, el cónyuge recibe idéntico objeto que titularizaba el causante: el derecho de habitación (como aspecto o faceta del dominio pleno).

Sin embargo, desde esta postura no se logra superar exitosamente la aguda y contundente crítica en orden a que en el derecho argentino no es jurídicamente correcto hablar de legados o prelegados de origen legal. En nuestra legislación, y mientras no se opere una modificación legislativa al respecto, los legados o prelegados tienen su origen exclusivamente en la voluntad del causante, manifestada en un testamento válido.

c) Como carga sucesoria:

Zanoni⁽⁷⁾ considera que, independientemente de su naturaleza hereditaria o no, esta figura está vinculada estrechamente al fenómeno sucesorio toda vez que su nacimiento está condicionado a la muerte del causante. Producida la muerte del causante nace para los herederos una carga sucesoria cuyo beneficiario es el cónyuge supérstite. Y como carga sucesoria que es, su cumplimiento es obligatorio y vinculante para los herederos, quienes no podrán desentenderse de la misma.

Sin embargo, si se considera que este derecho como una carga sucesoria a favor del supérstite, éste podría ser excluido de la herencia del causante (como renunciante, indigno o desheredado) y sin embargo exigir igualmente el cumplimiento de la carga a los herederos, con lo cual se generaría un conflicto axiológico ya que quien es excluido de la herencia del causante como indigno, podría igualmente beneficiarse como beneficiario de la carga.

⁽⁶⁾ BARBERO, Omar U., *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1977.

⁽⁷⁾ ZANONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, 2ª Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1976.

3.2 Aspecto material

De lo que se trata de dilucidar aquí es en concreto qué derecho recibe o adquiere el supérstite.

Aquí la problemática en cuanto a su naturaleza jurídica es más simple, ya que la cuestión se reduce a dos puntos de vistas contrapuestos: se recibe el mismo e idéntico derecho real de habitación regulado por el ordenamiento en la sección correspondiente a los derechos reales o se trata de un nuevo y novedoso derecho real creado a partir de la regulación específica de la figura (postura sostenida por Barbero).

Mayoritariamente se considera que el derecho en estudio es el mismo que se regula en la parte pertinente a los derechos reales. Desde esta óptica, no habría una nueva figura legal (derecho real de habitación supérstite), sino que se trataría del mismo derecho, aunque con ciertas notas distintivas y características.

Esas notas características, propias de éste derecho y distintas al derecho real de habitación, que le dan una impronta propia, son:

- origen legal: el artículo 1894 del Código Civil y Comercial deja a salvo expresamente el origen legal de este derecho y que lo aparta del artículo 2134 (al que se remite en la regulación del derecho real de habitación)

- carácter gratuito: previsto en el mencionado artículo 2383 y que lo aparta de la presunción de onerosidad que el artículo 2135 del Código Civil y Comercial prevé por remisión para el derecho real de habitación

En consecuencia, en tanto titular de un derecho real de habitación similar al previsto legalmente, el supérstite tendrá todas las facultades, prerrogativas y obligaciones propias de cualquier habitador.

4. Requisitos para su procedencia

La procedencia de este instituto está supeditada a la verificación de una serie de requisitos, los que han de constatarse a la muerte del causante.

Cabe destacar que dichos requisitos, en comparación con la versión originaria de la ley 20798 incorporada al articulado del código civil, han sido “retocados” en la actual redacción del código civil y comercial.

Dichos requisitos son:

4.1. Objeto

Este derecho recae sobre un inmueble exclusivamente, el cual debe reunir tres requisitos esenciales, dos positivos y uno negativo. Los dos recaudos positivos: ser de propiedad del causante y haber constituido la sede del último hogar conyugal. El elemento negativo: el inmueble no debe estar en condominio con terceras personas.

La redacción, en orden a los requisitos exigidos en relación al objeto, peca por impreciso y/o exiguo.

Nos parece acertado la exigencia de los tres requisitos, aunque nos parece que utilizando una redacción no del todo feliz, ya que incurre en las mismas imprecisiones que su antecedente más inmediato (el artículo 3573 bis del Código Civil), o quizás aún mayores.

Una figura llamada a cumplir una función social y tuitiva preponderante debió haberse regulado con términos más precisos.

En ambas redacciones (Código Civil y Código Civil y Comercial) se incurre en la misma y doble imprecisión en relación al objeto de esta figura:

- nada se dice sobre la situación patrimonial particular del beneficiario de éste derecho: el cónyuge supérstite (y ahora también el conviviente supérstite) puede ser titular de uno o varios inmuebles a título personal o incluso poseer una gran cantidad de bienes muebles de gran valor, y exigir igualmente se le reconozca este derecho. Nos parece una situación no deseada por el legislador que, de plantearse, daría lugar a controversia. Atendiendo al fin tuitivo de la figura (garantizar al supérstite una vivienda digna o el acceso a ella), se ha dicho que una situación tal configuraría un ejercicio abusivo y antifuncional del derecho que no merece reconocimiento, y que iría en evidente perjuicio de los demás herederos quienes, legítimamente, tienen derecho a pedir la partición de los bienes. Por tal motivo, se ha negado la procedencia de este derecho cuando quien lo reclama (cónyuge supérstite) es dueño de bienes en cantidad suficiente para garantizarse una vivienda digna⁽⁸⁾. Así, se ha dicho que "...si el viudo posee otros bienes en carácter de propios, no se configura el supuesto que intenta amparar el art. 3573 bis del Código Civil. En este caso, no existe fundamento para otorgar el derecho real de habitación al cónyuge supérstite, por lo que no corresponde acordarlo..."

- tampoco se aclara nada sobre la posible existencia de otros bienes (muebles o inmuebles) dentro de la misma herencia en la que se pretende hacer valer este derecho que, liquidados o vendidos, permitirían al supérstite acceder o gozar de una vivienda digna, sin tener que para ello condicionar o violentar el legítimo derecho de los demás herederos. Aquí también, acudiendo al fin de la figura, no se debiera reconocer la procedencia del derecho alegando un ejercicio abusivo por parte del supérstite.

El artículo 2383 del Código Civil y Comercial incurre en una imprecisión aún mayor en relación al inmueble objeto de la figura.

En el Código Civil (artículo 3573 bis) se reconoce el derecho a condición de que no exista en el acervo hereditario otro inmueble habitable (condiciona la procedencia del derecho a que exista *un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario*), con lo que, de haber algún inmueble habitable, la figura no procedería. El Código Civil y Comercial elimina dicho requisito y declara su procedencia directamente y de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, independientemente de la existencia de otros bienes muebles o inmuebles.

Más aún, el texto del código unificado tampoco exige que se trate de un inmueble habitable, aunque lo da por entendido al mencionar que debe tratarse del inmueble que fue sede del último hogar conyugal.

En relación al objeto de este derecho, hubiese sido más acertado especificar que su procedencia está condicionada a que:

- se trate de un inmueble habitable
- que hubiese sido sede del último hogar conyugal

⁽⁸⁾ Véase entre muchos otros, "Z., E. H. c./ L. E. H. s./ división de condominio", Cámara Nacional Sala M, 11.10.2005, en *El Derecho*, 13.03.06.

- que el beneficiario no resulte titular de otro inmueble habitable o bienes en cantidad para garantizarle el acceso a una vivienda digna o que en la herencia no haya otro inmueble habitable o bienes en cantidad para garantizar al supérstite el acceso a una vivienda digna.

En cambio, luce acertado en la nueva redacción de la legislación unificada la eliminación, como requisito para la procedencia de la figura, del tope máximo en el valor del inmueble.

De modo que en la legislación unificada se reconoce la procedencia de este derecho independientemente del valor del inmueble, siempre y cuando se reúnan los demás requisitos allí previstos.

En el artículo 3573 bis del Código Civil el valor del inmueble sobre el que se va a ejercer el derecho no debe ser excesivamente elevado, señalando como tope para reconocerlo el valor máximo permitido para constituir bien de familia.

El valor máximo permitido para constituir bien de familia lo fija cada una de las provincias, mediante respectivas leyes internas. Algunas provincias fijan como límite un determinado monto monetario en pesos, en cambio otras provincias permiten constituir bien de familia, independientemente del valor del inmueble, sobre cualquier predio que cumpla con los requisitos mínimos previstos en sus legislaciones (por lo general se exige que se trate del único inmueble habitable o de la única vivienda estable del grupo familiar).

Con lo cual se puede dar una situación muchas veces injustas, ya que en algunas provincias se condiciona y se niega la procedencia de este derecho con el fundamento del valor alto del inmueble, mientras que en otras provincias no existe dicho condicionamiento y la procedencia de este derecho es más amplia.

El artículo 2383 no condiciona ni limita este derecho por el valor del inmueble, con lo cual se pone fin a dicha controversia, resolviendo acertadamente la cuestión con un criterio razonable e igualitario.

4.2. Sujetos

En este derecho juegan los intereses de dos sujetos claramente diferentes: el beneficiario o titular del derecho y quien debe soportar su ejercicio.

El destinatario o beneficiario de este instituto es el cónyuge supérstite.

Tanto en el código civil (artículo 3573 bis) como en el código civil y comercial (artículo 2383) se reconoce este derecho al cónyuge supérstite, tratando de dar una respuesta adecuada y pertinente a su situación de indefensión y de desprotección en la que quedaría a la muerte del causante en relación a la vivienda digna.

Este derecho se erige como una eficaz herramienta en manos del cónyuge supérstite para contrarrestar los usos y abusos del principio de la partición forzosa a que tendrían derechos los demás herederos sobre el inmueble.

Se debe tener presente que en ausencia de este derecho, rige con toda amplitud el principio de la partición forzosa (artículo 3452 del Código Civil), aunque atenuado a la luz del código Civil y Comercial (artículo 2365); y en virtud de tal prerrogativa, los herederos tienen derecho a pedir la partición inmediata de los bienes del causante, incluyendo lógico está, el inmueble que fuera sede del hogar conyugal.

Quienes deben soportar el ejercicio de este derecho son los demás herederos, los que verán postergado su derecho a pedir la partición del inmueble en la medida de que el cónyuge supérstite esté en ejercicio de este derecho de habitación.

Extinguido el derecho de habitación en cabeza del cónyuge supérstite (por su muerte, renuncia o no ejercicio), renace en cabeza de los demás herederos y con total vigor el principio de la partición forzosa en virtud del cual van a poder llevar adelante la partición del bien (partición en especie, adjudicando en concreto el bien íntegramente o en partes alícuotas, o partición en valores, vendiendo el bien y distribuyendo su producido entre los herederos).

A falta de alguno de los sujetos antes señalados, no procede el derecho ya que no tendría sentido reconocerlo.

Así, ante la falta del cónyuge supérstite (porque el causante era soltero o viudo), ningún heredero va a poder invocar el derecho de habitación supérstite en su favor.

En cambio, ante la falta de otros herederos o legitimados con vocación sobre el bien (como legatarios) no tendría sentido que se le reconozca al cónyuge sólo el derecho de habitación cuando en dichas circunstancias le correspondería el dominio pleno sobre el bien.

La falta de otros herederos o legitimados con vocación sobre el bien fue expresamente previsto en el artículo 3573 bis del Código Civil como condición para que procediera el derecho. El artículo 2383 del Código Civil y Comercial no contempla dicha condición, lo cual podría dar lugar a ciertas dudas sobre la procedencia de este derecho en ausencia de tales legitimados. Creemos que a pesar del silencio del legislador en este aspecto, no debieran quedar dudas sobre la no procedencia del derecho en caso de que falten otros legitimados con vocación sobre el bien. Quizá el legislador dio por sentado dicho razonamiento, aunque creemos que la buena técnica legislativa sugiere no dar por sentado nada y ante la duda, contemplar expresamente el supuesto.

Una última mención en relación a los sujetos de este derecho está referida a los acreedores del causante.

En el artículo 3573 bis nada se dice al respecto, lo que mereció la labor integradora e interpretativa de la doctrina y jurisprudencia, que en forma coincidente concluyen que el derecho contemplado en dicho artículo no resulta oponible a los acreedores del causante.

Con buen criterio, el artículo 2383 del Código Civil y Comercial previó expresamente la situación de los acreedores del causante, para quienes resulta inoponible esta figura. En consecuencia, los acreedores personales del causante (por definición lógica, anteriores a su muerte y al nacimiento de este derecho) no van a ver afectado en lo más mínimo sus derechos y pretensiones y podrán continuar normalmente con su trámite judicial o extrajudicial contra los herederos tendiente al cobro íntegro de su acreencia.

5. Caracteres

La figura prevista en el artículo 2383 del Código Civil y Comercial participa de los siguientes caracteres específicos:

- se trata de un derecho real de habitación, con las características, alcances y limitaciones establecidas en el artículo 2158 y siguientes del Código Civil y Comercial
- se ejerce sobre cosa parcialmente ajena

- es gratuito, ya que el cónyuge superviviente no debe contraprestación alguna por ejercer este derecho
- es vitalicio y personalísimo, ya que su eficacia y vigencia se extiende a lo largo de toda la vida del beneficiario y ningún otro sujeto puede continuar su ejercicio o goce
- es facultativo u optativo y renunciable, ya que no existe obligación de ejercerlo por parte del superviviente, e incluso una vez reconocido el derecho, se lo puede renunciar sin responsabilidad ulterior alguna (de hecho, una forma implícita o tácita de renunciar al derecho es no ejercerlo ni invocarlo)
- es registrable en los asientos de los Registros de Propiedad respectivo, a fin de darle publicidad y eficacia *erga omnes*
- es modificable, en cuanto a su alcance y extensión, por acuerdo de partes
- procede de oficio. En este aspecto se marca una sustancial e importante diferencia, para bien desde nuestra óptica, entre la actual redacción de la figura (artículo 2383 del Código Civil y Comercial) y la que tiene en la versión del Código Civil (artículo 3573 bis). En la actual redacción de la figura se señala expresamente que el derecho procede de oficio, siempre y cuando se hallen reunidos los demás requisitos exigidos; a diferencia de lo que ocurre en la versión consagrada por la ley 20798 (artículo 3573 bis del Código Civil) que guarda silencio al respecto. Este silencio normativo ha sido integrado por la jurisprudencia y doctrina interpretando que la figura procede sólo a pedido de parte interesada (cónyuge superviviente) y que su solicitud debe ser formulado en tiempo y forma oportuna (en el expediente sucesorio y hasta la partición). De lo contrario (no invocado ni solicitado por el cónyuge antes de la partición), no sería ya posible su reconocimiento. Por el contrario, el artículo 2383 del Código Civil y Comercial, mejorando sustancialmente la redacción del artículo 3573 bis del Código Civil expresamente declara la procedencia de oficio de la figura, dejando de lado dudas interpretativas y conflicto de intereses.

6. Extinción

Este derecho se extingue por las mismas causales de extinción que el derecho real de habitación:

- muerte del beneficiario: como se apuntó al señalar sus caracteres, se trata de un derecho vitalicio y personalísimo, razón por la cual se extiende a lo largo de toda la vida del beneficiario, y no más allá ni a favor de ningún otro sujeto
- renuncia o no uso: tratándose de un derecho optativo o facultativo y no de una carga o imposición legal, una vez reconocido el derecho, su titular puede perfectamente renunciar a él, momento en el cual se producirá su extinción. Por otro lado, el no ejercicio o uso de este derecho implicará una renuncia tácita del derecho (excepción al principio general según el cual la renuncia de derechos debe ser expresa y no tácita ni presumida)
- confusión o consolidación: consecuencia lógica y necesaria del dominio desmembrado a que da lugar la figura (nuda propiedad por un lado –a favor de herederos o legatarios- y usufructo/habitación por el otro –a favor del cónyuge superviviente-), cuando se produzca la confusión o consolidación de ambos aspectos del dominio en una misma y sola persona (sea que el cónyuge o los demás herederos adquieran por cualquier título -gratuito u oneroso: compraventa, cesión, donación-, entre vivos o por causa de muerte), se producirá necesariamente la extinción del derecho

•nuevas nupcias: en la redacción dada a la figura por la ley 20798 en el artículo 3573 bis del Código Civil, se contempla expresamente como causal de pérdida del derecho las nuevas nupcias del cónyuge superviviente. Se trata de una causal de extinción propia de este derecho de habitación viudal, no prevista para el derecho real de habitación regulado en la sección correspondiente y que mereció la crítica unánime de doctrina y jurisprudencia, ya que se sanciona con la pérdida de un derecho importante al cónyuge superviviente por el solo hecho de contraer nuevas nupcias, estando legalmente habilitado para ello. Por otro lado, la crítica también se relaciona con el hecho de que se incitaba al superviviente a mantener una relación de hecho (concubinato) sin regularizarla y también porque se somete el derecho a una condición prohibida: que el superviviente conserve un determinado estado civil (viudo). Con total justicia, equidad y razonabilidad, el artículo 2383 del Código Civil y Comercial elimina a las nuevas nupcias del superviviente como causa de pérdida del derecho de habitación viudal. De modo que en la legislación unificada, el goce del derecho de habitación del cónyuge superviviente no es incompatible con sus nuevas nupcias, pudiendo coexistir perfectamente y sin pérdida o extinción del derecho.

7. Situación particular del Conviviente Superviviente

Mención especial merece la situación del conviviente superviviente en relación a la regulación que de este derecho hace el Código Civil y Comercial.

En el Código Civil (artículo 3573 bis) no se otorga derecho alguno al concubino o conviviente superviviente en relación al derecho de habitación una vez producida la muerte del causante. Doctrina y jurisprudencia⁽⁹⁾ eran coincidentes y concluían que en la metodología del Código Civil no había lugar para reconocerle derechos sucesorios al concubino en general, y en particular tampoco lo había en orden al derecho de habitación superviviente.

El Código Civil y Comercial en forma incipiente otorga, si bien en forma limitada y temporal, ciertos derechos sucesorios al conviviente superviviente. En lo atinente a la figura en estudio, el artículo 527 de dicho cuerpo normativo unificado otorga al conviviente superviviente derechos similares pero no idénticos al cónyuge.

No se trata del mismo ni de idéntico derecho, ya que el derecho del conviviente tiene ciertas limitaciones o condicionamientos que no tiene el del cónyuge.

Tienen en común el objeto sobre el que se ejerce el derecho: inmueble de propiedad del causante que no esté en condominio con terceras personas y que haya constituido sede del hogar familiar. Además, ambos derechos son inoponibles a los acreedores del causante.

En cambio, las características del derecho de habitación a favor del conviviente superviviente está condicionado a ciertos recaudos:

- falta de vivienda o de recursos para acceder a ella: para ser merecedor de este derecho el conviviente no debe ser propietario de una vivienda o carecer de fondos para acceder a ella; circunstancia no exigida para el cónyuge

- exigencia: el conviviente que pretenda acogerse a este derecho debe invocarlo en tiempo y forma, extremo que no se le exige al cónyuge, ya que para él, procede de oficio

- temporalidad: el derecho tiene un plazo para el conviviente (máximo dos años), mientras que carece de plazo para el cónyuge (vitalicio)

⁽⁹⁾ Véase entre muchos otros, "D. F., J. O. s./ Suc.", Cámara Nacional Civil, Sala C, 28.10.2005, en *La Ley* del 23.03.2006.

- pérdida: el conviviente supérstite pierde el derecho si después de otorgado el derecho, inicia una nueva unión convivencial, contrae nupcias o adquiere una vivienda o fondos suficientes para acceder a ella; mientras que para el cónyuge supérstite tales circunstancias no implican la pérdida del derecho.

Nos parece una respuesta saludable y razonable que viene a dar respuesta a una realidad cada vez más común: las uniones convivenciales. Con esta respuesta, limitada en cuanto a los efectos y al tiempo, el legislador ha dado una respuesta equitativa y justa al conviviente supérstite frente a la muerte de su pareja y en relación a los herederos de éste; sin que dicha solución implique vulnerar legítimos derechos de los demás herederos.

Referencias bibliográficas

BARBERO, Omar U., *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1977.

Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1974, pág. 6074

BORDA, Guillermo A; "Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de habitación creado por el artículo 3573 bis del Código Civil", *El Derecho* T. 60, pág. 883

MOLINARIO, Alberto, "Estudio del artículo 3573 bis del Código Civil" en Diario *La Ley* del 24.03.1975

ZANONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, 2º Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1976,

Fallo "Z., E. H. c./ L. E. H. s./ división de condominio", Cámara Nacional Sala M, 11.10.2005, en *El Derecho*, 13.03.06

Fallo "D. F., J. O. s./ Suc", Cámara Nacional Civil, Sala C, 28.10.2005, en *La Ley* del 23.03.2006