



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

El no uso como causal extintiva del derecho de habitación del cónyuge superviviente

2012

Tutor: Dr. Gustavo Nadalini

Alumno: Fernando Varano

Título al que aspira: Abogado

Fecha de Presentación: 10 de Mayo de 2012

1. Resumen

En el presente trabajo nos ocuparemos del estudio del tratamiento legislativo del no uso como causal de extinción de los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena en el Código Civil argentino, pero nos centraremos más específicamente en el supuesto del derecho real de habitación del cónyuge supérstite plasmado en dicho ordenamiento.

El derecho real de habitación del cónyuge supérstite es un instituto del derecho privado, que tiene relación con distintas ramas, como son el Derecho Sucesorio, el Derecho de Familia, los Derechos Reales, entre otras. Es un Derecho Real de Habitación con caracteres y notas propias, puesto que está regulado para un supuesto específico, que es el caso contemplado en el artículo 3573 BIS, y tiene una finalidad, a su vez, muy particular, como es la protección y tutela del cónyuge supérstite, para que conserve el inmueble que fue sede del hogar conyugal, y pueda habitar en el en forma gratuita y vitalicia.

A través del desarrollo del presente trabajo intentaremos hacer una descripción del instituto que nos compete, de ubicarlo dentro del amplio campo del derecho, de establecer su naturaleza, de hacer un desglose y un análisis del mismo, a fin de conocerlo en profundidad, para luego tratar de resolver el problema y los objetivos que se plantearán más adelante en miras a una propuesta superadora.

Para esto, creemos necesario hacer un breve estudio de los derechos reales en general en el primer capítulo, para saber dónde estamos ubicados, y poder contextualizar el objeto de estudio del trabajo. Hecho esto, procederemos a realizar un recorrido sobre los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena, y como se regula el no uso respecto de los mismos, debido a que es el género en donde se encuadra el derecho real que nos ocupa. De este modo tendremos una idea más amplia al respecto, que nos permitirá ir introduciéndonos en el estudio del instituto con una mirada más abarcadora del tema a tratar.

Al dejar en claro las nociones generales al respecto, y tener una visión más panorámica sobre la cuestión, estaremos en condiciones de ahondar más en el tema, y pasaremos a ver, en el capítulo II, a los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena, donde podemos encontrar precisamente al derecho real de habitación. Nos ocuparemos de realizar un análisis de los mismos, noción, naturaleza, caracteres,

etc. Todo esto sin intención de abarcarlos ni acapararlos en su totalidad, ni en sus múltiples aspectos, puesto que sería una tarea que excedería el tema en estudio. Simplemente pretendemos brindar las herramientas y los elementos necesarios para poder encuadrar el instituto del artículo 3573 BIS adecuadamente dentro de su contexto, y poder, a partir de allí, realizar un examen pormenorizado de éste derecho real específico.

Éste examen se hará en el siguiente capítulo (capítulo III), el cual tratará al derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el Código Civil Argentino. En este capítulo, comenzaremos repasando sus antecedentes históricos, dentro del cual estará abarcado el proyecto presentado en el Congreso, el debate parlamentario, y cuestiones al respecto.

En el mismo también se estudiarán las normas que tengan los demás países al respecto, haciéndose un análisis del derecho comparado con nuestra normativa vigente.

También se analizará si se trató el instituto en los proyectos de reforma que nuestro Código Civil ha tenido a lo largo del tiempo, y como se ha hecho en caso de ser así.

Luego se pasará a hacer un análisis detallado del artículo 3573 BIS, los requisitos para su procedencia, su naturaleza jurídica, la normativa aplicable al mismo, las causales de extinción (particularmente el no uso), y demás cuestiones trascendentales referidas al mismo.

Por último, en el capítulo final (capítulo IV), habiendo ya visto y analizado ampliamente el tema, nos ocuparemos de demostrar la importancia que tiene el instituto, la finalidad a la que debe apuntar su aplicación, y la necesidad de limitarlo en ciertas circunstancias.

Para esto último, demostraremos la falta de previsibilidad de determinadas consecuencias, de la que adolece la norma, así como también la aplicación y utilización disvaliosa de la que puede ser objeto si no se regula correctamente en este aspecto.

Para finalizar, luego de haber transitado por todas estas cuestiones previamente, propondremos una reforma y adecuación a la realidad del artículo como Propuesta Superadora, con el objetivo de evitar ciertos resultados injustos que pueden surgir de la aplicación del artículo 3573 BIS en ciertos casos, los cuales pueden llegar a opacar a éste instituto consagrado originariamente en nuestro Código

Civil con fines tan altos y altruistas. Y de esta manera contribuir al perfeccionamiento de este derecho real, que tiene una trascendencia innegable, pero que naturalmente, en el momento en que fue sancionado e incorporado al Código, sus propulsores no tuvieron la suficiente perspectiva para ver ciertas cuestiones que en ese tiempo escaparon a su alcance.

2. Estado de la Cuestión

El derecho real de habitación del cónyuge supérstite, no era una institución regulada por los derechos de los distintos países, sino hasta hace unos pocos años. Podríamos decir que se trata de una institución muy nueva y reciente en el derecho, y no solo a nivel local, sino a nivel internacional.

Para entender esto, hay que tener presente la evolución del Derecho Sucesorio en lo relativo al reconocimiento de los derechos del cónyuge en la sucesión de su esposo o esposa.

La tendencia en el derecho comparado, fue reconocer un derecho de usufructo sobre los bienes del cónyuge pre fallecido; asimismo, en algunos países se permitía la opción entre un derecho de usufructo (amplio), o un derecho de dominio, el cual resultaba ser muy reducido. Tendencia ésta que se sigue evidenciando en algunos países actualmente.

Con el transcurso del tiempo, el derecho ha ido evolucionando, y se han ido reconociendo más derechos al cónyuge en situaciones tales.

Una evolución similar se produjo en nuestro país, ya que se pasó de reconocer en forma precaria los derechos del cónyuge supérstite, a darle un reconocimiento más amplio y abarcador, que resuelve las distintas cuestiones que puedan suscitarse a la muerte del *de cuius*, de una manera más justa.

La culminación de esta ardua tarea por reconocer correctamente los derechos que le corresponden al cónyuge supérstite, podría decirse que se produce con la sanción de la ley 20.798, que consagra al artículo 3573 BIS como parte del Código Civil Argentino.

Fue un diputado de la Provincia de Entre Ríos, el doctor Edgar Cossy Isasi, quien presentó el proyecto en el Congreso en el año 1974, el cual, luego de sufrir algunas modificaciones en el transcurso

de la sesión donde se trató, fue aprobado por la Cámara de Diputados, para luego, al día siguiente, recibir conformidad también por parte del Senado, quedando completada la sanción.

Con posterioridad a su promulgación por el Poder Ejecutivo, entró en vigencia el 27 de Octubre del año 1974.

De esta manera el Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite fue consagrado por primera vez en el derecho argentino.

Pero debemos mencionar, que pese a la finalidad tan alta para la cual se reguló dicha institución, la misma padece de defectos que deben ser corregidos, para poder utilizar adecuadamente esta herramienta en favor del cónyuge supérstite; ya que, tal como se presenta hoy la norma, se puede desviar su aplicación hacia resultados muy poco justos.

3. Marco Teórico

El derecho real de habitación del cónyuge supérstite, es un derecho real específico otorgado en forma gratuita y vitalicia al cónyuge cuando en el caso se reúnan ciertos requisitos exigidos por la norma.

Según ciertos autores, a los cuales adherimos, nos encontramos frente a un derecho real de habitación, y entre los distintos fundamentos que al respecto encontramos, podemos decir que el más sólido está en la misma norma, puesto que surge de su mismo texto esta afirmación.

Por lo tanto, coincidimos en que se le aplicaran las normas del derecho real de habitación en cuanto no sean incompatibles con el instituto, y por lo tanto, por derivación le serán de aplicación también las normas relativas al derecho real de usufructo.

De esta forma se podrán suplir las faltas de su escasa regulación. Cuestión que merece justos reproches, puesto que se le dedicó un solo artículo a una institución con tanta importancia y trascendencia en el aspecto social, y que además, sin lugar a dudas, constituye una importante herramienta para los casos de posible desamparo del cónyuge supérstite.

Con este artículo se posibilitó una defensa a las personas que tengan la necesidad de techo y que corran el riesgo de quedar en la calle. Cabe mencionar que en muchos casos la construcción o adquisición de la vivienda, para que viva la familia, para poder criar allí a sus hijos, se logra con muchos años de esfuerzo y dedicación de los sujetos. El hecho de que a la muerte del causante, el cónyuge se encuentre concurriendo a la herencia, no solo con otros coherederos, sino también con otros sujetos, como pueden serlo quienes hayan sido instituidos herederos o quienes concurren en carácter de legatarios, afecta en gran medida al supérstite, ya que si los demás pretenden hacer efectivas sus partes correspondientes en la herencia, el cónyuge nada podrá hacer más que proteger su legítima, pero puede verse desterrado de la casa que con tanto esfuerzo contribuyó a adquirir. Además la afección no es solo a nivel económico, sino que también, y principalmente lo es a nivel afectivo, puesto que se vería despojada del hogar que constituyó su lugar en el mundo, y en el cual vio crecer a sus hijos, no teniendo posibilidad legal de hacer algo al respecto para evitarlo.

La ley, de manera acertada, intercede a favor del supérstite e impide el accionar de estos otros sujetos, brindando así protección a la parte desamparada.

En cuanto a su acogimiento normativo, fue consagrado (como ya lo dijimos) en el artículo 3573 BIS del Código Civil Argentino. Artículo éste que fue incorporado por la ley 20.798 del año 1974.

El mismo establece lo siguiente al respecto:

“Si a la muerte del causante este dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepase el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas como 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”.

De esta forma se da recepción normativa al derecho real de habitación del cónyuge supérstite, sin otorgar otro tipo de referencias, relativas a la normativa aplicable, al momento de invocarlo, su trámite, sus causales de extinción en forma completa, y demás cuestiones que debieron ser subsanadas por la doctrina y la jurisprudencia. Consideramos que lo adecuado hubiera sido aprovechar ésta

oportunidad, donde se otorga tan loable protección al cónyuge supérstite, para realizar una regulación en forma detallada y adecuada, y así lograr una correcta aplicación del instituto, sin dar lugar a una utilización inapropiada y contraria a sus fines.

De acuerdo a lo expuesto precedentemente, podemos arribar a la conclusión de que la normativa del Código Civil de la República Argentina adolece de escasez en cuanto a la regulación del Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite, y proclamar la necesidad de una nueva regulación normativa, con el objetivo de que tan alto instituto cumpla realmente con los fines para los que fue concebido, y así pueda usarse y no abusarse de él.

4. Introducción

El tema a tratar se ubica en la rama del Derecho Privado, precisamente en el área de los Derechos Reales, el Derecho de Familia y el Derecho Sucesorio.

El Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite se presenta como un instrumento de protección al cónyuge en la sucesión de su pareja, respecto de la casa donde ambos habitaron, para que al fallecer uno de ellos, el sobreviviente no se vea obligado a desprenderse de lo que fue el hogar conyugal, y así ser despojado de la casa que no solo debe tenerse en cuenta respecto al aspecto patrimonial, sino también en relación al aspecto sentimental, puesto que es muy probable que allí haya sido donde crió a sus hijos, donde los vio crecer, donde compartió muchos acontecimientos familiares, donde paso muchos años junto a su ahora difunto cónyuge, y por lo tanto sea sede de innumerables recuerdos y vivencias de las cuales el cónyuge no quisiera separarse, y que, de no protegérselo, corre el riesgo de verse desarraigado del mismo, quedando en una situación de plena desprotección en los últimos años de su vida, lo cual lo expone a padecimientos considerables, tanto en lo económico, como en sus más íntimas afecciones.

Por lo tanto, en estos casos, los sujetos cuentan con protección por medio del artículo 3573 BIS, que en caso de reunir los requisitos exigidos por la norma, le permite conservar el inmueble en forma vitalicia y gratuita, evitándole los posibles perjuicios mencionados.

Uno de los requisitos que deberá demostrar el solicitante es que el causante dejare un solo inmueble como integrante del haber hereditario. Asimismo, este debe haber constituido el hogar conyugal.

Por otro lado, este inmueble no debe sobrepasar en su estimación el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas como bien de familia.

El artículo también enuncia otra cuestión, pero que no constituye un requisito propiamente dicho, sino que es un presupuesto necesario para que se otorgue tal derecho, ya que de no darse tal situación, carecería de sentido reconocer el derecho de habitación, debido a que el cónyuge sería el propietario pleno y exclusivo del inmueble que constituía el hogar conyugal; y se trata de la concurrencia de otros herederos y legatarios junto al cónyuge supérstite.

Por último, el artículo menciona en su parte final una causal de extinción, al establecer que “este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias”.

Como podemos observar, si bien este instituto propende a hacer prevalecer la justicia en estas circunstancias tan particulares, para alcanzar ese objetivo en el terreno de la realidad, debería ser regulado en forma más extensa, puesto que se hace evidente que una contemplación tan escueta de la cuestión, como puede observarse en lo normado por el artículo 3576 BIS, no puede lograr esa finalidad.

Las consecuencias negativas de una tan acotada regulación pueden reflejarse en la existencia de cuestiones no contempladas ni prevista por la normativa, y que, en ciertos casos, puede usarse dicha carencia para hacer producir a la norma efectos no queridos por ella, y de esta forma desviar la aplicación del artículo de los fines para los que se sancionó y en los cuales se encuentra inspirada.

Un caso relevante al respecto se da en la falta de regulación adecuada respecto de las causales de extinción de este particular derecho real, al que se le aplican las normas del usufructo, las cuales no son aptas para dar una adecuada solución a este supuesto tan específico, y permite que los beneficiarios puedan abusar del derecho que se les otorga, sin posibilidad eficaz y concreta para los que se ven perjudicados, de hacer cesar esta situación tan injusta.

Una adecuada regulación del instituto impediría que tengan lugar estas inaceptables consecuencias, y tendería a que se dé una aplicación de la norma lo más cercana posible a los fines que tuvo en miras el legislador al momento de su consagración.

El objeto de este trabajo será analizar el tratamiento legislativo del Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite en nuestro Código Civil, pudiendo de esta manera, tener una visión de los efectos que produce y refleja, hacer notar así sus posibles falencias, y las consecuencias prácticas que surgen de las mismas.

Los fundamentos por los cuales he escogido este tema residen en la importancia que tiene este instituto en lo que refiere a la protección de los derechos del cónyuge, y la necesidad de que no se vea opacada una regulación con tan altos fines, por el uso inadecuado a que puede dar lugar su implementación al estar tan escasamente normado.

Más allá del artículo 3573 BIS del Código Civil, no encontramos otra norma que refiera a la cuestión, razón por la cual consideramos que no presenta un tratamiento adecuado, por pecar de escasas, generando una especie de laguna legislativa, donde pese a existir una norma sobre la cuestión, la misma resulta incompleta o escasa.

Concretamente nos centraremos en la ausencia de regulación en relación a las causales de extinción de este derecho, y la necesidad de contemplar la situación de los demás herederos y/o legatarios, como así también la de los acreedores, frente a un uso abusivo en que puede incurrir el cónyuge supérstite beneficiado con el derecho real de habitación del artículo 3573 BIS, en desmedro de aquellos, contrariando de esta manera los fines que tuvo la norma al ser sancionada.

Debe quedar en claro que no se está en contra del reconocimiento de derechos al cónyuge supérstite en la sucesión de quien fue su pareja. Ya que no somos ajenos al gran esfuerzo, y a los años de lucha que han tenido que transcurrir para llegar a la situación actual, donde se reconoce derechos al cónyuge, y que, por otra parte, creemos adecuado y defendemos con tesón. Lo que pretendemos es que se haga una regulación adecuada y moderada al respecto, sin dejar desprotegidos a los demás sujetos que puedan tener interés en la cuestión, y que pueden verse perjudicados por la falta de previsión al

respecto, y la voluntad maliciosa, o negligencia del cónyuge protegido por tal derecho, que contribuyen a generar una situación de injusticia notoria.

Para lograr una solución en éste aspecto, debemos enfocarnos en las causales de extinción de este derecho, y creemos que será suficiente con adecuar la causal de extinción que tiene su razón de ser en la falta de ejercicio por parte del cónyuge supérstite del derecho otorgado por el artículo 3573 BIS, que se configura concretamente en el “no uso del inmueble que fue sede del hogar conyugal”. Para esto cabe establecer un plazo de no ejercicio reducido, para que transcurrido el mismo se haga procedente el pedido de extinción de la protección, y no se vean menoscabados los derechos de terceros interesados. Según nuestro punto de vista, consideramos que ese plazo debe ser de 2 años, por entender que es un plazo razonable y adecuado.

De esta manera se contribuye también a favorecer la función social que debe darse a la propiedad, evitar el abuso de derecho en que puede incurrir el beneficiario, como así también regular de forma más acabada una institución cuya importancia está fuera de toda discusión.

Estos son los motivos por los que creo que es una cuestión relevante, de una gran trascendencia, y por los que he optado por el tratamiento y análisis de este tema.

En cuanto al problema planteado en el presente trabajo, debemos afirmar que no se encuentra acabadamente regulado el Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite en nuestro Código Civil.

A modo de hipótesis, trataremos de demostrar que debe adecuarse la causal de no uso en relación al artículo 3573 bis, estableciéndose un plazo de 2 (dos) años de no ejercicio por parte del beneficiario de tal derecho, para que el mismo se vea extinguido, y se eviten posibles abusos por parte de éste.

Como objetivo general, nos hemos propuesto explorar el tratamiento legislativo del no uso como causal de extinción de los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena, y específicamente en el supuesto del Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite en el Código Civil.

También hemos establecido ciertos objetivos específicos, los cuales iremos realizando a lo largo del transcurso del presente trabajo. A modo enunciativo podemos mencionar:

- Analizar el tratamiento legislativo de las causales de extinción del los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena.
- Analizar el tratamiento del Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite en nuestro Código Civil, y los requisitos de procedencia.
- Explorar sobre su regulación en otros países, haciendo una comparación con la normativa local.
- Analizar los fundamentos y finalidades del artículo.
- Explorar sobre su tratamiento en los Proyectos y Anteproyectos de reforma del Código.
- Proponer una modificación al articulado del código, donde se contemple como causal de extinción de este derecho, su no ejercicio por un determinado plazo.

Capítulo 1

NOCIONES GENERALES DE LOS DERECHOS REALES

SUMARIO: 1.Introducción 2. Derecho Real 3. Régimen legal de los derechos reales 3.1 Enumeración de los derechos reales 4. Clasificación de los derechos reales 4.1 Otras clasificaciones 5. Elementos de los derechos reales 6. Inscripción de los derechos reales 7. Desmembración del derecho de propiedad 7.1 Alcance terminológico 8. Conclusiones.

1. Introducción:

A través del presente capítulo llevaremos a cabo el análisis y determinación de ciertos conceptos fundamentales de los Derechos Reales, ya que creemos totalmente necesario tener un conocimiento abarcador de los mismos, para de esta forma poder encuadrar las figuras a tratar en su debido y adecuado contexto, y poder de esta manera relacionar y complementar correctamente el conocimiento.

No escapa a nuestra visión el hecho de que, tanto el derecho como sus normas, se interpretan y se aplican en forma complementaria, unas con otras, adecuando e integrándose las mismas a todo el conjunto normativo. Y no es posible aplicar o entender a una norma en forma aislada e independiente del resto.

Motivo éste por el cual creemos conveniente hacer un recorrido desde los conceptos más básicos y fundamentales del tema, para de éste modo poder entender y llegar a una opinión acabada respecto del problema que inspira el presente trabajo.

Luego ahondaremos más en la cuestión, y nos aproximaremos un poco más a los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena, al hacer mención de la desmembración del dominio.

Esto nos dará los conocimientos necesarios para ir avanzando con firmeza sobre el tema, y para poder afrontar los próximos capítulos con una mejor instrucción al respecto.

2. Derecho Real:

Cuando tratamos un tema específico, que por ser tal se encuentra encuadrado dentro de un tema general y por lo tanto más amplio, debemos contar con una formación y una instrucción mínima, así como también saber y poder manejar nociones básicas al respecto, puesto que será imprescindible para una adecuada comprensión de la cuestión.

El tema particular que es objeto del presente trabajo, como ya se mencionó anteriormente, es “el derecho real de habitación del cónyuge supérstite”, por lo tanto, consideramos una cuestión ineludible dejar en claro a que nos referimos cuando hablamos de derechos reales.

Antes de brindar una noción, un concepto de derecho real, como pretendemos hacer, pretendemos dejar bien en claro que al respecto la doctrina es muy diversa, debido a que existen múltiples definiciones al respecto, y los autores tienen distintas posturas y formas de ver al derecho real.

Queremos mencionar, a los efectos didácticos, que puede hacerse una bifurcación de las teorías, método empleado por algunos autores, que distinguen entre Postura Clásica o Tradicional (también denominada Dualista) y las Posturas o Concepciones No Clásicas. No obstante, no desarrollaremos cada una de ellas, ni las teorías que nuclea, por entender que excede la tarea del trabajo en cuestión.

Por su parte, podemos decir que el Código no contiene definición alguna de que debemos entender por Derecho Real. Lo que sí nos brinda es un artículo en el Libro II, que es precisamente el artículo 497, el cual en su segunda parte nos dice: “No hay obligación que corresponda a derechos reales”; por lo que Vélez nos da la pauta de que a los derechos reales no corresponde obligación alguna.

Vélez Sarsfield además, en la nota al mismo artículo cita, entre otros, a Ortolan, quien dice: “Derecho personal es aquel en que una persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. Derecho real es aquel en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. O, en términos más sencillos, un derecho personal es aquel que da la facultad de obligar individualmente a una persona a una prestación cualquiera, a dar, a suministrar, a hacer o no hacer alguna cosa. Un derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor o menor.”

A su vez, en la Nota al Título IV “De los derechos reales”, del Libro III Vélez Sarsfield cita a Demolombe, y expresa que: “Derecho real es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto.

Se llama, al contrario, derecho personal, aquel que solo crea una relación entre la persona a la cual el derecho pertenece, y otra persona que se obliga hacia ella, por razón de una cosa o de un hecho cualquiera, de modo que en esa relación se encuentren los tres elementos, a saber: la persona que es el sujeto activo del derecho (el acreedor), la persona que es el sujeto pasivo (el deudor), y la cosa o el hecho que es el objeto.”

Además en la misma nota se agrega: “El derecho real se tiene cuando entre la persona y la cosa que es el objeto, no hay intermediario alguno, y existe independientemente de toda obligación especial de una persona hacia otra.

Por el contrario, el que no puede dirigirse directamente sobre la cosa misma y tiene necesidad de dirigirse a una persona especialmente obligada a él por razón de la cosa, no tiene sino un derecho personal”.

Luego de estas citas que extrajimos del mismo Código, no queda duda de cuál era la postura del legislador al respecto, siendo las mismas encuadrables dentro de las posturas consideradas Clásicas o Tradicionales.

Para concluir con lo referido a la conceptualización de lo que debemos considerar por Derecho Real, creemos pertinente hacer referencia a la definición analítica que nos da el Doctor Guillermo L. Allende¹, la cual establece: “Es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que se otorga a sus titulares las ventajas inherentes al *ius persecuendi* y al *ius praeferendi*.”

En este orden de ideas, podemos concluir que la característica que define al derecho real es la relación directa e inmediata entre la persona y la cosa.

¹ ALLENDE, Guillermo L. “Panorama de derechos reales”. Buenos Aires: La Ley; 1967.

3. Régimen legal de los derechos reales:

Vélez Sarsfield en relación a los derechos reales, adopto el sistema de *numerus clausus*, es decir, de número cerrado. Cuando referimos a este sistema, queremos hacer alusión a un sistema en donde no pueden existir otros derechos reales más allá de los creados por ley. Conforme a esta postura es el artículo 2502 del Código Civil que en su primer parte dice: “Los derechos reales solo pueden ser creados por ley”.

Cabe entonces la pregunta: ¿qué sucede en caso de que no se esté a lo normado?, es decir, que se intente crear un derecho real fuera de los establecidos, o modificar los mismos.

Para estos casos encontramos respuesta en la segunda parte del artículo 2502, que consagra lo siguiente: “Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tales pudiera valer.”

Como podemos apreciar, la limitación que establece el Código incluye, no solo la prohibición de crear derechos reales, sino también la de modificar cualquiera de los derechos reales que se encuentran regulados.

Al respecto, Beatriz Areán² considera que tal prohibición es lógica ya que, como la ley fija el contenido de cada derecho real, la modificación de los mismos podría configurar la pretensión de crear un derecho real no permitido.

Otra característica distintiva del régimen legal de los derechos reales, y que consideramos necesario dejar establecida, es que los mismos se encuentran dominados por el principio del orden público, dejando muy poco lugar para la voluntad de los sujetos, a diferencia de lo que sucede con los derechos personales, donde predomina el principio de la autonomía de la voluntad, y las partes son plenamente libres de acordar lo que quisieran.

En relación a esta cuestión, en la nota al artículo 2828 podemos leer: “Los actos y contratos particulares no podrían derogar la disposición del artículo, porque la naturaleza de los derechos reales

² AREÁN, Beatriz A. Derechos Reales I. 6ª edición. Argentina, Buenos Aires: Hammurabi; 2005.

en general, y especialmente la del usufructo, está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares.”

Si bien este artículo 2828, cuya nota se trajo a colación, refiere específicamente al usufructo, nos sirve para entender la postura, y la ideología de nuestro codificador sobre la cuestión.

3.1 Enumeración de los derechos reales:

Consideramos que los derechos reales están en su mayoría contenidos en el Código Civil, pero no dejamos de advertir que además existen otros derechos reales extra código, contemplados en numerosas leyes que los crean y los regulan.

Lo que pretendemos remarcar es que, en nuestra opinión, la enumeración que hace el artículo 2503 del Código es solo enunciativa, y no tiene carácter taxativo. Respaldamos nuestra posición en la letra del artículo 2502, específicamente en la parte que dispone que los derechos reales solo pueden ser creados por ley. Por lo que, claramente, no se refiere solo al Código Civil, sino a cualquier ley.

Nos limitaremos, sin embargo, a hacer mención de los derechos reales abarcados en el código, más precisamente en el artículo 2503, para no hacer demasiado extenso el recorrido por estos temas. El mencionado artículo, ubicado en el Título IV, del Libro III, nos dice:

“Son derechos reales:

- 1° El dominio y el condominio;
- 2° El usufructo;
- 3° El uso y la habitación;
- 4° Las servidumbres activas;
- 5° El derecho de hipoteca;
- 6° La prenda;

7° La anticresis.

8° La superficie forestal.

Este último inciso, referente a la superficie forestal, ha sido incorporado como un nuevo inciso por la ley 25.509.

Por su parte el artículo 2614, hace una mención de los derechos reales prohibidos, los que para algunos resulta innecesario, y ha merecido muchas críticas, debido al principio de *númerus clausus* que rige nuestro sistema.

4. Clasificación de los derechos reales:

Existen innumerables clasificaciones acerca de los mismos, las cuales varían conforme a los distintos autores.

Nosotros procederemos a hacer una enumeración de las más comunes. Ellas son:

- **Sobre cosa propia, ajena o mixta**

Al respecto podemos decir, que son sobre cosa propia, aquellos en los que su titular se encuentra en condición de invocar una relación de pertenencia absoluta o parcial sobre la cosa, y así encontramos entre ellos al dominio y al condominio.

Por otro lado, se habla de derechos reales sobre cosa ajena, cuando el dominio de la cosa pertenece a un tercero. Son las llamadas desmembraciones al dominio.

En estos casos, a su vez se hace una subdivisión, distinguiéndose entre los denominados derechos reales de disfrute sobre cosa ajena, y los derechos reales de garantía. Tema que desarrollaremos en el siguiente capítulo.

Finalmente, tenemos al derecho de superficie forestal, que puede ser considerado como de naturaleza mixta, y así lo han entendido las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que se llevaron a cabo en Rosario, desde el 25 al 27 de Septiembre del año 2003, y que concluyeron que el derecho de

superficie forestal es mixto. Admite en su desarrollo una categorización dual, tanto como derecho real sobre cosa propia, cuanto como derecho real sobre cosa ajena.

- **Principales o accesorios**

Respecto a esta clasificación cabe decir que los accesorios son los derechos reales de garantía, ya que se constituyen para garantizar un derecho personal, y por tanto son accesorios de estos, como lo expresa el artículo 524 *in fine*. Así pues, dejando de lado estos, los demás derechos reales son considerados como principales.

- **Perpetuos o Temporales**

Los segundos se extinguen con el transcurso del tiempo, no siendo así en el caso de los primeros.

- **Que se ejercen o no por la posesión**

Se entiende que se ejercen por la posesión cuando la cosa objeto del derecho real está bajo poder de hecho de su titular. Cabe hacer mención que los únicos supuestos que no se ejercen por la posesión son los derechos reales de hipoteca, y las servidumbres.

4.1 Otras clasificaciones:

Como mencionamos anteriormente, son numerosas las clasificaciones, y varían dependiendo del autor. Si bien hemos mencionado algunas que consideramos más comunes, creemos interesante mencionar algunas que nos resultaran útiles para el tema que estamos desarrollando.

Así podemos clasificar en:

- **Exclusivos o no exclusivos**

Los primeros son los que no aceptan la concurrencia de muchos sujetos sobre un mismo objeto, mientras que los segundos sí.

- **De titularidad exclusiva solo a personas físicas o sin distinción al respecto**

La clasificación en estos casos radica en la circunstancia de quien resulta autorizado para ser su titular, quien está habilitado para ello; si lo son solo las personas físicas, o tanto las personas físicas como las jurídicas sin distinción.

De todos los derechos reales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, solo el uso y la habitación aceptan como titulares solamente a personas físicas.

Esto se debe a las características particulares de estos dos derechos reales, ya que se limita a las necesidades del usuario y su familia.

- **Vitalicios o no vitalicios**

Se caracterizan porque su existencia queda determinada por la vida de su titular, extinguiéndose con la muerte de los mismos.

- **Extinguibles o no por el no uso**

Se caracterizan por la pérdida o no del derecho, basándose la causal en el no ejercicio del mismo a lo largo de un período determinado de tiempo establecido por ley.

- **Que tengan o no como fuente la ley**

En este punto, podemos decir que los únicos dos derechos reales que tienen como fuente a la ley (que es una fuente excepcional) son el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos sujetos a su patria potestad, según el artículo 2816, y el derecho real de habitación del cónyuge supérstite consagrado por el artículo 3573 BIS, este último, por su parte, es el supuesto que particularmente nos interesa.

- **Registrables o no registrables**

Se diferencian en cuanto la ley imponga o no como requisito necesario la registración de los mismos. En nuestro derecho los únicos supuestos en que se exige registración son los casos de derechos reales que recaigan sobre inmuebles o sobre muebles registrables.

Estas son, por lo tanto, solo algunas de las clasificaciones posibles que nosotros hemos considerado útiles a los fines del trabajo, pero que de ninguna manera agotan el tratamiento del tema lo cual, por otra parte, no es nuestra intención. Solo pretendemos contar con los elementos necesarios para luego utilizarlos con relación al tema específico a tratar, y lograr, en la medida de lo posible, enriquecer al lector a fin de que pueda llegar al final del trabajo con una visión completa de la problemática.

5. Elementos de los derechos reales:

- **Sujeto**

Debemos dejar en claro que, en principio pueden ser titular de derechos reales toda persona, ya se trate de persona física o jurídica.

Pero no debemos olvidar lo mencionado anteriormente respecto a los supuesto de derechos reales de uso o habitación, donde solo pueden serlo las personas físicas, en orden a lo característico que son estos derechos reales.

- **Objeto**

Para determinar el objeto de los derechos reales, debemos remitirnos al artículo 2311 del Código Civil, el cual consigna: “Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor”.

- **Causa**

Podemos entender como causa todo hecho o acto jurídico que actúa como fuente de un derecho real.

En relación al concepto de hecho jurídico, lo encontramos en el artículo 896³. Mientras que la definición de acto jurídico, está contenida en el artículo 944⁴.

6. Inscripción de los derechos reales:

No debemos olvidar el principio sentado por el artículo 2505 del Código Civil, el cual establece: “La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.”

Este artículo se encuentra complementado a su vez por el artículo 2 de la ley 17.801, que refiere al registro de la propiedad inmueble, en dicho artículo dispone: “De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2505, 3135 y concordantes del Código Civil, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos:

- a) Los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles;
- b) Los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares;
- c) Los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales”.

Por lo tanto, mediante la transcripción de estos dos artículos que tienen una gran importancia sobre el tema, hemos dejado aclarado que toda adquisición, extinción, modificación, transmisión, o declaración de derechos reales sobre inmuebles deberá inscribirse en los respectivos registros, siendo

³ Artículo 896.- Los hechos de que se trata en esta parte del Código son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones.

⁴ Artículo 944.- Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos.

este un requisito ineludible para ser oponibles a terceros. Así pues, al hablar de los derechos reales en general, no podemos dejar de mencionarlo.

7. Desmembración del derecho de propiedad:

Ubicándonos desde el punto de vista del dominio pleno o perfecto, notaremos que el mismo tiene la característica de que uno puede ejercer todas las facultades posibles sobre la cosa, es decir que el sujeto que tiene el dominio pleno sobre una cosa, tiene respecto de la misma no solo el *ius utendi*, y el *ius fruendi*, sino que también posee el *ius abutendi*.

De acuerdo al artículo 2507 del Código Civil, en su primer parte, el dominio pleno se da cuando es perpetuo, y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas.

En la vereda opuesta encontramos al dominio imperfecto, que tiene lugar cuando ese dominio pleno que mencionábamos anteriormente se encuentra limitado; limite este que puede tener su origen en dos causas. Una de ellas puede ser el hecho de que ese dominio este sujeto a un plazo o condición resolutoria; mientras que otra de sus causas es la existencia de otro derecho real que grave a la cosa.

Al respecto podemos traer nuevamente a colación al artículo 2507, pero en este caso pondremos énfasis a su segunda parte, de donde surge lo que se llama dominio imperfecto cuando el mismo debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etcétera.

Además podemos citar también al artículo 2661 que consagra lo siguiente: “Dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil”

Ahora bien, refiriéndonos concretamente al dominio imperfecto, que tiene como causal la circunstancia de que otro derecho real grave la cosa, podremos observar que estamos frente a un derecho real de dominio desprovisto de algunas de sus facultades (que pueden ser el *ius fruendi* o el *ius*

utendi, pero nunca el *ius abutendi*, puesto que entonces desaparecería el dominio, pasando a tenerlo quien tiene esa facultad) que constituyen derechos reales otorgados a terceros, y que lo gravan.

A este dominio se lo denomina Dominio Desmembrado, o también Nuda Propiedad, en base a que la misma quedaría vacía de sus facultades prácticas, o como algunos dicen simplemente desnuda.

Mientras que los otros derechos reales que surgen de esas facultades de las cuales se vio desprovisto el dominio, son los que se conocen como Desmembraciones del Dominio, o también como Dominio Útil.

7.1 Alcance terminológico:

Creemos conveniente dejar aclarado a que nos referimos cuando utilizamos los términos *ius utendi*, *ius fruendi*, y *ius abutendi*.

El primer término refiere al derecho que tiene el sujeto de usar la cosa sobre la cual recae su derecho real. Así por ejemplo, en el derecho real de uso, el beneficiario de tal derecho puede usar de la cosa, ya se trate de una cosa mueble, o se trate de una cosa inmueble. Siempre con los límites que impone tal derecho junto a las facultades.

Respecto del segundo de los términos, hace alusión al goce, al derecho que tiene el sujeto de aprovechar los frutos que produce la cosa. Por ejemplo, si se trata de un derecho real de usufructo, como el mismo comprende las facultades de uso y goce, tratándose de un inmueble, no solo puede usar del mismo, sino que puede tomar los frutos que el mismo genera. Haciendo sencillo el ejemplo, podemos decir, que si en el terreno hay un manzano, el usufructuario podría hacer suyas las manzanas que del mismo se desprendan.

Finalmente respecto al tercero de los términos, que generalmente es el que se relaciona al nudo propietario en casos como estos, refiere al derecho que se tiene de disponer de la cosa. Es por ejemplo la facultad que conserva el titular del derecho real de un dominio desmembrado, de enajenar aquella, pero solo en lo que respecta a la nuda propiedad, y no a una propiedad plena o perfecta, debiendo respetar siempre a los que posean el dominio útil sobre la cosa en cuestión.

8. Conclusiones:

Es de absoluta necesidad, y ya hemos hecho mención al respecto, tener un panorama completa de la cuestión, ya que el derecho debe verse y analizarse como un todo conjunto, no pudiendo aislarse o independizarse una norma, o una institución del resto.

Por lo cual es un paso ineludible aclarar cuestiones que hacen a las bases fundamentales del tema sobre el cual trabajaremos luego, y en relación al cual trataremos de lograr una solución, mediante el perfeccionamiento de la institución, que será objeto del trabajo en los capítulos venideros, en los que intentaremos elaborar una propuesta superadora.

Es por este motivo que hemos transitado por las nociones básicas de los derechos reales, su regulación legal, la enumeración que de ellos hace el Código Civil, las clasificaciones de los mismos, los elementos que lo integran, entre otras cuestiones.

Además, para llegar a analizar adecuada y cabalmente una institución es necesario partir de lo general, para de a poco ir aproximándonos a la cuestión fundamental, sin que queden cuestiones sueltas por el camino que puedan llegar a hacernos caer en el error.

Hemos incursionado también en tratar las desmembraciones al dominio, lo que nos ayuda, a su vez, a ir introduciéndonos de a poco al tema que vamos a tratar en el siguiente capítulo, que consiste en el análisis de los derechos reales de disfrute sobre cosas ajenas, explorando sus distintos aspectos, y específicamente en el no uso por parte del beneficiario como causal de extinción de los mismos.

Vamos, asimismo, a poner mayor atención en lo que refiere al derecho real de habitación, puesto que esta es la figura que mayor cercanía tiene con el artículo 3573 bis, donde se regula precisamente el derecho real de habitación del cónyuge supérstite.

Capítulo 2

EL NO USO COMO CAUSAL DE EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS REALES DE DISFRUTE SOBRE COSA AJENA

SUMARIO: 1.Introducción 2. Derechos reales sobre cosa ajena 3. Derechos reales de disfrute sobre cosa ajena 4. Independencia con relación a las servidumbres personales 5. Usufructo, uso y habitación 5.1 El usufructo 5.2 El uso y la habitación 6. El no uso como causal de extinción de los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena 6.1 Uso parcial de la cosa 7. Conclusiones

1. Introducción

En este capítulo nos encargaremos de desarrollar el tema de los derechos reales clasificados como de disfrute sobre cosa ajena.

Nos extenderemos sobre sus nociones generales, para luego pasar a ver más específicamente como juega la cuestión del no uso como causal extintiva en cada uno de los derechos reales que quedan comprendidos dentro de esta clasificación.

Sabemos claramente que dentro de estos derechos reales de disfrute sobre cosa ajena, nos encontramos con el Usufructo, el Uso, la Habitación, y las Servidumbres. Pero solo trataremos las tres primeras, por ser las que se ejercen por la posesión, motivo por el cual están más emparentadas con el derecho real de habitación del cónyuge superviviente, que es el instituto al que nos dedicaremos en el próximo capítulo. Creemos que no es necesario tratar y desarrollar el tema de las servidumbres, por no tener importancia en relación a los fines que perseguimos, y por lo tanto no consideramos pertinente incluir su tratamiento en el presente, puesto que resulta ajeno a nuestro interés en el presente trabajo.

Finalmente, haremos hincapié en el no uso como causal de extinción de estos derechos reales, su regulación normativa, su aplicación práctica, sus efectos; y además nos referiremos a un aspecto de esta causal que puede generar ciertas dudas, el uso parcial de la cosa.

2. Derechos reales sobre cosa ajena

Como quedo establecido en el capítulo anterior, una de las clasificaciones de los derechos reales hace una distinción entre los que recaen sobre cosas propias o sobre cosas ajenas.

Los segundos se caracterizan, precisamente, por recaer el derecho sobre un objeto que pertenece a otro sujeto, que es quien tendrá el dominio directo.

Cabe explicar, sobre lo que ya hemos mencionado anteriormente, es decir el hecho de que estos derechos que recaen sobre cosa ajena a su vez se subdividen en dos aspectos, los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena, y los derechos reales de garantía sobre cosa ajena.

Los de disfrute son los derechos reales en base a los cuales su titular puede usar y/o gozar de la cosa, ya sea perpetua o temporalmente, pero siempre dentro de ciertos límites, como lo es la prohibición de alterar su sustancia. Entre ellos encontramos al Usufructo (artículo 2503, inciso 2); al Uso y Habitación (artículo 2503, inciso 3); y las Servidumbres (artículo 2503, inciso 4).

Por su parte los derechos reales de garantía son aquellos en que el titular tiene, a través de la cosa objeto del mismo, el aseguramiento del cobro, del cumplimiento de la obligación por parte del deudor. En estos casos el titular del derecho real no cuenta con el uso y goce sobre la cosa. Entre ellos encontramos a la Hipoteca (artículo 2503, inciso 5); la Prenda (artículo 2503, inciso 6); y la Anticresis (artículo 2503, inciso 7).

Debemos dejar en claro que los derechos reales sobre cosa ajena son considerados como desmembraciones del dominio, del derecho de propiedad. Sobre el tema remitimos a lo tratado en el capítulo anterior al respecto.

Fundamentan este criterio tanto los artículos 2507 y 2661 que hemos mencionado en el capítulo anterior, como también las notas a los artículos 2807, 2948, y 2971, que corresponden al usufructo, al uso y a las servidumbres respectivamente.

El codificador tenía una postura restrictiva respecto a los derechos reales sobre cosa ajena, por lo que al elaborar el articulado del Código, excluye a muchos derechos que eran comunes en esa época, como por ejemplo la enfiteusis y las vinculaciones.

Con esto queda establecido el ámbito de los derechos reales sobre cosa ajena en nuestro ordenamiento normativo, por lo que estamos en condiciones de abocarnos a los que refieren solo al disfrute.

3. Derechos reales de disfrute sobre cosa ajena.

Como adelantemos, en estos supuestos, el titular de estos derechos reales tendrá el uso y/o goce de la cosa, es decir, le corresponderá el dominio útil.

Por su parte, el titular del dominio, o sea el nudo propietario, solo tendrá el dominio directo sobre la cosa, debiendo respetar siempre los derechos de los titulares del dominio desmembrado.

Haciendo un repaso por su evolución histórica, podemos observar que en el derecho romano, se regulaba a la propiedad como el derecho que podía tenerse sobre cosa propia, pero también había derechos reales que se podían tener sobre cosas ajenas.

En el derecho romano clásico, la expresión servidumbre era utilizada solo para las que conocemos como servidumbres prediales, y no las servidumbres hoy conocidas como personales, que en esa época no existían. Por otro lado, contemplaban los derechos reales de usufructo, uso y habitación en forma autónoma, que se desarrollaban en forma independiente de las servidumbres, pero alrededor del usufructo, que es el principal de los tres derechos, tal como las consagró Vélez Sarsfield en nuestro Código Civil.

Avanzando en el tiempo, notamos que este derecho romano clásico fue alterado por medio de las interpolaciones, que era la alteración de los textos clásicos. El Derecho Justiniano entonces, reconoce dos tipos de servidumbres: las reales que ya reconocía el derecho romano clásico; e incorpora las servidumbres personales, contemplando dentro de las mismas al usufructo, al uso y a la habitación.

Al sancionarse el Código Civil francés, tanto por motivos políticos, por la situación particular en que se dictó, como por la situación social reinante en la época, los redactores se vieron persuadidos de no hacer mención de las servidumbres personales. Por lo que el Código trató las servidumbres reales, y apartadamente al usufructo, al uso, y a la habitación, regresando al derecho romano clásico.

Por su parte Freitas en su Esbozo regula en forma autónoma los derechos de usufructo, uso y habitación, y trata a las servidumbres posteriormente. Este es el método seguido por nuestro codificador.

4. Independencia con relación a las servidumbres personales

Antes de referirnos a la cuestión, es menester dejar establecido que debemos entender por servidumbres.

Como ya hemos referido antes, es un derecho real de disfrute sobre cosa ajena, pero vamos a recurrir al artículo 2970, que nos brinda su definición. El mismo declara: “Servidumbre es el derecho real, perpetuo o temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él, o ejercer ciertos derechos de disposición, o bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad”.

A dicha definición debe corregírsela en cuanto el derecho real de servidumbre, de ninguna forma permite que el titular pueda ejercer actos de disposición. Los derechos que atribuye a su titular sobre el inmueble ajeno, es usar de él, o impedir que el propietario ejerza derechos de su propiedad. Y al respecto la nota al artículo 2971 nos dice que la desmembración de la propiedad que la servidumbre genera, puede consistir en no hacer alguna cosa (*non faciendo*), o en sufrir alguna cosa (*patiendo*). Por su parte, nunca un derecho real puede consistir en una obligación de hacer (*in faciendo*).

Habiendo establecido una noción sobre lo que consideramos por servidumbres, pasaremos a tratar el problema motivo del presente título.

Hay un debate al cual no podemos ser ajenos al hacer mención de las cuestiones que estamos tratando, y nos referimos a la discusión que hay entre los autores acerca de si el usufructo, el uso y la habitación, son especies del género que estaría constituido por las servidumbres personales, o si, por el contrario, se trata de derechos reales independientes y autónomos unos de los otros.

Según Borda⁵, esta cuestión es tan vieja como poco trascendente. Y expresa el autor lo siguiente: “Desde el punto de vista práctico, carece de toda consecuencia, porque tanto el usufructo como el uso y la habitación están específicamente legislados en el Código, y ninguna solución varía por la circunstancia que se le repute o no servidumbres. En el fondo, la cuestión solo tiene un interés puramente metodológico o sistemático.”

⁵ BORDA, Guillermo A. Tratado de derecho civil. Derechos reales, Tomo II. 4° edición. Buenos Aires: Perrot 2003.

Si bien nos permitimos citarlo, vamos a disentir con este tan prestigioso autor respecto de la postura que él toma en relación al problema planteado, puesto que, según nuestra opinión, ni el usufructo, ni el uso, ni la habitación son especies de un género comprendido por la servidumbre personal. Adhiriendo de esta manera a la postura iniciada por Guillermo Allende, al considerar que se trata de derechos autónomos e independientes de las servidumbres personales.

Distintos argumentos podemos expresar al respecto, uno de ellos lo encontramos en la enumeración que hace Vélez de los distintos derechos reales en el artículo 2503, donde en el inciso 2 menciona al usufructo, para a continuación mencionar los derechos de uso y habitación en el inciso 3, y por último, en el inciso 4 menciona a la servidumbre. En base a esta sistematización, podemos decir que Vélez no consideraba a las servidumbres como el género, ya que no sería adecuado ni lógico que las enumerase luego de los demás. Es decir, no tendría sentido que mencione al género luego de las especies.

Otro argumento lo podemos hallar en la nota al artículo 2971 donde se expresa: “Los derechos de uso o de usufructo, son perfectamente lícitos, y hoy son considerados, no como servidumbres, sino como cargas impuestas a las heredades a favor de las personas. El nombre de servidumbre, a nuestro juicio, debía sólo darse a las servidumbres prediales, a las cargas existentes entre dos inmuebles, a las servidumbres reales.”

También cabe como argumento a favor de nuestra postura el artículo 2970, en la parte donde dice que las servidumbres son derechos reales sobre un inmueble ajeno, y teniendo en cuenta que tanto el usufructo, como el uso pueden recaer además sobre muebles, indefectiblemente no estarían comprendidos en la definición.

Y otro de los argumentos de los que nos valdremos, sin que en modo alguno agote el elenco existente, es la cuestión referente a la regulación de los mismos en el Código Civil. Así el codificador dispone la reglamentación de los mismos en el Libro III en el siguiente orden: en el Título X, el usufructo; en el Título XI, el uso y la habitación; y por último en el Título XII sobre las servidumbres. Para el caso caben las mismas críticas, y los mismos argumentos utilizados al hablar de la esquematización y ubicación de los mismos en el artículo 2503; es decir, no sería correcto que regule primero la especie, y luego el género.

Algunos otros son el hecho de que el usufructo, el uso y la habitación son temporales; mientras que las servidumbres pueden ser perpetuas. O también el hecho de que las servidumbres, como requisito necesario e imprescindible exigen la existencia de dos inmuebles, mientras que para los demás con uno ya es suficiente; entre otras.

La posición contraria, por su parte, considera que las servidumbres a que refiere el inciso 4 del artículo 2503 refieren a un género que contiene dos especies representadas por las servidumbres reales, y las servidumbres personales. Dentro de esta última colocan al usufructo, al uso, y a la habitación.

Borda, que sostenía esta postura, sostenía su posición con fundamento en el artículo 2970, el cual dice: “Servidumbre es el derecho real, perpetuo o temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él o ejercer ciertos derechos de disposición o bien impedir que el propietario ejerza alguno de sus derechos de propiedad.”

Si bien respetamos esta posición contraria, no logra convencernos, y creemos que los argumentos a favor de la separación de estos derechos son contundentes.

En fin, más allá de la postura que adoptemos, no deja de ser una cuestión netamente metodológica, que no tiene consecuencias prácticas.

5. Usufructo, uso y habitación

Vamos a tratar estos derechos reales, dejando afuera a las servidumbres por, como ya lo hemos mencionado en la introducción a este capítulo, considerar que no es pertinente su desarrollo en el presente trabajo, como si lo es, el tratamiento de los derechos reales de usufructo, uso y habitación, que guardan un vínculo muy estrecho con el derecho consagrado en el artículo 3573 bis; y por ende, es menester manejarlos bien.

Es necesario aclarar que algunas de las cuestiones por las que consideramos que no es apropiado desarrollar lo relativo a las servidumbres, es por las diferencias que existen entre estas y los demás institutos mencionados, y que lo hacen tan particular y distinto de ellos, como es el hecho de que las servidumbres requieren de dos inmuebles para existir, lo que no sucede en los demás; o también la

posibilidad de que sean perpetuas, mientras no puede ser así en los demás supuestos; o el hecho de que los demás se ejercen por la posesión, no siendo así el caso de las servidumbres.

Estas son algunas de las cuestiones por las que creemos que las servidumbres están alejadas respecto al tema que estamos tratando, y por lo tanto es inadecuado que se las incluya en el trabajo.

Pasemos ahora a conceptualizar los derechos reales de usufructo, uso y habitación.

5.1 El usufructo

La definición del usufructo la encontramos en el artículo 2807 de nuestro Código Civil, el cual dice lo siguiente: “El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa cuya propiedad pertenece a otro con tal que no se altere su substancia.”

Es decir, el titular del usufructo tendrá un derecho real que le otorga las facultades del *ius utendi* y el *ius fruendi*, sobre una cosa ajena, pero respetando siempre el principio del *salva rerum substantia*.

Lo que se dispuso como regulación de este derecho real, es aplicable en gran parte a los derechos de uso y de habitación, en todo lo que no esté regulado específicamente por ellos, por ser el usufructo el derecho real de disfrute sobre cosa ajena más amplio y abarcador de los tres.

Otro de los caracteres, que no surge de la definición, pero que si está establecido en los artículos 2825⁶ y 2828⁷ es la temporalidad. Y este carácter tiene una trascendental importancia, puesto que si no se pusiera un límite, y se permitiese la perpetuidad, se haría una escisión definitiva entre el dominio directo y el dominio útil.

Queremos también dejar en claro el alcance preciso del principio *salva rerum substantia* que mencionamos anteriormente. Como está claro implica que, tanto el uso como el goce, deben hacerse sin que se altere la sustancia de la cosa. Pero además, el titular del derecho no podrá modificar el destino de la misma, es decir, si se destinaba a un uso, a un fin determinado, no puede utilizarse para uno

⁶ Artículo 2825.- El usufructo no puede ser constituido para durar después de la vida del usufructuario, ni a favor de una persona y sus herederos.

⁷ Artículo 2828.- El usufructo no puede ser establecido a favor de personas jurídicas por más de veinte años.

distinto. Por ejemplo, no puede utilizar un terreno destinado para la agricultura como un depósito de chatarra.

Cabe preguntarse que se entiende por sustancia, y para dar respuesta a ello, podemos recurrir a la nota al artículo 2807, donde se cita a Demolombe, quien dice: “Sustancia es el conjunto de las cualidades esencialmente constitutivas de los cuerpos, de esas cualidades que hacen que las cosas tengan una cierta forma y un cierto nombre.” Por lo tanto son esas cualidades las que no deben ser alteradas.

Refiriéndonos a las formas de constitución del usufructo, vale decir que el mismo puede constituirse de diversos modos, ellos son: por contrato oneroso o gratuito; por actos de última voluntad; en los casos que la ley designa; o por prescripción. Estos surgen del artículo 2812 de nuestro Código Civil.

Respecto al usufructo constituido por ley, debemos dejar en claro que en nuestro derecho solo existían dos supuestos, que estaban contemplados en el artículo 2816. Uno era el usufructo en los bienes de los hijos menores a favor de sus padres, y el otro se trataba del usufructo en los bienes sujetos a reserva por el cónyuge bínubo.

Pero la institución de la reserva por el cónyuge bínubo fue suprimida por la ley 17.711 que derogó los artículos 115 y 116 de la ley 2393 (de Matrimonio Civil). Por lo tanto al día de hoy solo encontramos un solo supuesto de usufructo constituido por ley, y es el de los padres sobre los bienes de sus hijos menores.

El objeto del usufructo puede recaer sobre toda especie de bienes, ya sea muebles como inmuebles, incluso sobre aquellas cosas que no producen utilidad alguna, o fueran de mero placer, según lo dispuesto por los artículos 2838, 2844 y 2845.

Otra cuestión de suma importancia se da en relación a las dos obligaciones que tiene el usufructuario antes de entrar en el use y goce de la cosa, que son la realización del inventario, consagrada en el artículo 2846, y la obligación de prestar fianza, según el artículo 2851.

Además de estas, establecidas para llevarse a cabo antes de entrar en el use y goce de la cosa, el usufructuario tiene otras obligaciones que surgen de su derecho real de usufructo, así como también tiene los derechos que del mismo emanan. Lo mismo cabe para el nudo propietario. Pero no profundizaremos sobre los mismos, debido a que su análisis excedería el objetivo de nuestra labor.

Respecto a la extinción del usufructo, diremos que las causales son reguladas en el Código Civil de manera detallada, en el Libro III, Título X (del usufructo), Capítulo VI denominado “De la extinción del usufructo y de sus efectos”. No entraremos a analizarlas concretamente a cada una de ellas, sino que solo las mencionaremos. Estas son:

- Vencimiento del plazo por el cual fue constituido (2921)
- Cumplimiento o de la condición resolutoria a la que fueron subordinados los efectos del usufructo (2926)
- El fallecimiento de la persona física titular del derecho (2920)
- Extinción de las personas jurídicas, si ellas son titulares del usufructo, o cumplimiento del plazo de 20 años (2920)
- Revocación por fraude (2918)
- Resolución del dominio (2918)
- No uso durante diez años (2924)
- Consolidación (2928)
- Abandono o renuncia del usufructuario (2933)

- Pérdida total
o destrucción de la cosa (2934 al 2941)
- Prescripción
(2943)

Si ocurrida una de estas causales, se extingue el usufructo, el efecto directo e inmediato, según el artículo 2943, es el de hacer entrar al nudo propietario en el derecho de goce, del cual había sido temporalmente privado. Es una consecuencia directa de la expansión del derecho de propiedad. Pero además debe hacerse lo propio con los accesorios y las mejoras que se hubieran hecho, con la excepción del derecho que tiene el usufructuario de llevarse las mejoras hechas por él, que pudieran ser extraídas de la cosa que hubiese sido objeto del usufructo, sin detrimento de la misma (conforme al artículo 2947).

En caso de no poder restituir en especie los objetos que se tomaron en usufructo, o de justificar que no han perecido por su culpa, debe pagarse el valor de ellos en el día que los recibió, según el artículo 2945.

5.2 El uso y la habitación

Pasemos ahora a conceptualizar el derecho real de uso, y el de habitación, dejando claro desde un principio que pese a la forma en como los trata el Código, se trata de dos derechos reales distintos que, más allá de sus notorias semejanzas, tienen sus particularidades propias.

Tomaremos la definición consagrada en el Código Civil, en el artículo 2948, que dice: “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.”

El derecho de uso es similar al usufructo, aunque más acotado. La diferencia fundamental está en el hecho de que el usufructo faculta a su titular para usar y gozar de la cosa, aprovechando además los frutos (sea cualquiera la especie de que se traten) que la misma genera; mientras que, por su parte, el usuario solo tiene la facultad de usar la cosa, no teniendo derecho a aprovecharse de ella mediante una explotación económica. Respecto de los frutos, el usuario solo podrá tomarlos para sí, en cuanto sean necesarios para él y para su familia. Solo ellos podrán aprovecharlos, y no están facultados para obtener un aprovechamiento indirecto de los mismos, como sería el caso de que el titular quisiera vender los frutos, para luego valerse de lo obtenido.

En este orden de ideas, hay que decir que el derecho de habitación es mucho más acotado aún, puesto que solo se circunscribe a una casa, tal como surge del artículo mencionado arriba.

Vale decir que, a diferencia del artículo 2870 sobre el usufructo, en los derechos reales de uso y de habitación, la cesión y la locación se encuentran con severas restricciones, en base a las características particulares de estos dos derechos, puesto que, entre otras cosas, se conciben particularmente en beneficio del titular y su familia.

Respecto al derecho real de habitación, debemos dejar en claro que no puede ni cederse, ni realizarse una locación del inmueble objeto del mismo, según lo que surge de los artículos 2963 y 2965 del Código.

En relación al derecho real de uso, si bien la cuestión no resulta muy clara del articulado, coincidimos con el doctor Zinny⁸, en cuanto la cesión del ejercicio del mismo parece ser solo admitida en caso de tratarse de un inmueble, y que el derecho se haya adquirido a título oneroso. Solución que surge de la interpretación armónica de los artículos 2959, 2963, 2964 y 2965.

Por otra parte, vale decir que se trata de dos derechos reales que se ejercen por la posesión, y que además son temporarios, ya que no pueden durar más que la vida del titular del derecho.

Creemos relevante dejar en claro que no debe confundirse el término vitalicio, con el término perpetuo. Términos estos que pueden llevar a una errónea interpretación de los derechos que estamos tratando. El primero refiere a que el derecho estará vigente de por vida, mientras viva su titular.

⁸ ZINNY, Mario Antonio. Manual de derechos reales. Argentina, Rosario: Juris; 2009.

Producida la muerte de aquel, el derecho quedara extinguido; no pudiendo, de ninguna manera, pasar a sus herederos. Mientras que en caso de ser perpetuo, por el contrario, no se extinguirá nunca.

En base al artículo 2949, podemos afirmar que estos dos derechos reales se constituyen del mismo modo que el usufructo. El artículo además agrega: "...con excepción de no haber uso legal o establecido por las leyes".

Pero en relación a esta última parte del artículo, cabe aclarar que actualmente cae en el vacío, puesto que con la ley 20.798 se ha incorporado el derecho real de habitación del cónyuge supérstite que se constituye por ley.

Por su parte, ya mencionamos cuales son las formas de constitución del derecho real de usufructo (por contrato, por acto de última voluntad, por ley, y por prescripción).

Respecto a los derechos y obligaciones de las partes, se rigen por las mismas reglas que las de usufructo.

También son de aplicación las normas del usufructo en lo que atañe a las causales de extinción del uso y la habitación, lo cual surge del artículo 2969⁹. Aunque hacemos notar que la única excepción sobre la cuestión, la encontramos en la parte final del artículo, que dispone que los acreedores del usuario y el habitador no pueden atacar la renuncia que éstos hicieren de sus derechos. Esto se debe a la circunstancia de que estos derechos se limitan a lo necesario para el usuario y su familia, motivo por el cual los acreedores ningún beneficio podrían obtener de estos derechos reales establecidos a favor de sus deudores, y por lo tanto, en nada les afecta la renuncia de los sujetos a los mismos. Para lo restante nos remitimos a lo expresado anteriormente para no caer en reiteraciones excesivas.

Sin embargo nos detendremos a analizar una causal de extinción en particular, que es la extinción por el no uso.

⁹ Artículo 2969.- Lo dispuesto sobre la extinción del usufructo se aplica igualmente al uso y al derecho de habitación, con la modificación que los acreedores del usuario no pueden atacar la renuncia que hiciere de sus derechos.

6. El no uso como causal de extinción de los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena

Esta causal se encuentra consagrada en el artículo 2924 (texto según ley 17.940). El mismo declara: “El usufructo se pierde por el no uso, durante el término de diez años”.

Al respecto, en la nota al artículo se cita a Marcade, quien dice: “...cuando se trata de la liberación de un deudor, es natural que esta liberación resulte de la falta de ejercicio y de reclamación del derecho de parte del acreedor. Cuando quedáis por largo tiempo sin reclamar vuestro derecho contra mí, la ley me declara libre, porque ella ve en el largo silencio, o la renuncia de vuestro derecho, o la confesión que esos derechos no existen. Siendo el usufructo verdaderamente una deuda impuesta sobre los bienes en que se establece, la ley declara que por el no uso del derecho del usufructo, se pierda sin necesidad de acto alguno del propietario.”

Al respecto debemos dejar en claro que la falta de ejercicio del derecho que opera como causal de extinción de estos derechos se traduce en la ausencia de actos materiales con relación a la cosa.

En estos casos, producido el no uso por un plazo de 10 años, se extingue el derecho mismo, por lo que será necesaria una nueva constitución para que el beneficiario tenga estos derechos sobre la cosa.

Para que pueda aplicarse esta causal, el usufructo tiene que haber comenzado a ejercerse por parte del usufructuario, y posteriormente cesar ese ejercicio, contándose a partir de la última vez que se ejerció el derecho el plazo de los 10 años. Distinto es el caso en donde nunca se ejerció tal derecho, que se trata de un supuesto en donde entrará a operar la prescripción liberatoria.

Respecto al ejercicio de los derechos reales, debe entenderse por tal a la realización de las facultades que los distintos derechos otorgan sobre la cosa. Cuando hacemos alusión a las facultades queremos referir a uso, goce, o disposición; facultades que ya hemos tratado en la presente obra.

Dependiendo de qué derecho real se trate, las formas del ejercicio variarán, y serán de distintas maneras. En los casos que estamos analizando en el presente título, el ejercicio por parte de titular del dominio útil, se traducirá en el uso y goce, o solo en el uso, dependiendo del caso que se trate.

6.1

Uso

parcial de la cosa

Mención aparte merece la cuestión del uso parcial de la cosa, ya que puede generar algunas dudas al respecto.

Por uso parcial pueden entenderse dos situaciones. La primera interpretación puede referirse al hecho de que un sujeto, teniendo las facultades de uso y goce, solo haga valer las primeras. En este caso vale aclarar que el titular del derecho puede usarlo como mejor le parezca, siempre que se mantenga dentro de los límites normales del ejercicio de los mismos. Por lo que su derecho no sufre alteración alguna, por la sola circunstancia de que el titular del derecho ejerza solo algunas de las facultades que les fueron concedidas.

La segunda interpretación que puede llegar a darse, es que el sujeto aproveche solo una parte física de la cosa sobre la que recae su derecho, y no sobre toda. En este supuesto cabe decir lo mismo. Ya que su derecho no sufre alteración alguna, debido a que el uso de una parte de ella, implica el uso a la totalidad.

7. Conclusiones

En el presente capítulo hemos intentado dar una noción de lo que son los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena, así como también hemos tratado los aspectos básicos de los derechos reales de usufructo, uso y habitación.

Hemos hecho la distinción con las servidumbres, y nos hemos pronunciado por su independencia, dando las razones por las que decidimos no tratarlas, y por la que las creemos ajenas a nuestro trabajo.

Nos hemos ocupado específicamente de la causal de extinción de estos derechos reales que tiene fundamento en el no uso por el término de diez años, y hemos reparado también en lo relativo al no uso parcial, y sus respectivas consecuencias.

Con todo esto creemos contar con nociones básicas y fundamentales, con un conocimiento sólido del campo donde estamos trabajando, que nos va a permitir encarar con mayor contundencia el análisis y estudio del derecho real de habitación del cónyuge supérstite, y del no uso como causal de extinción del mismo. De esta manera también contaremos con una base firme que posibilite tener una visión crítica al respecto, poder notar las falencias, y proponer una solución al problema, tratando de esta forma sanear sus defectos.

Capítulo 3

EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CÓNYPGE SUPÉRSTITE EN EL CÓDIGO CIVIL (ARTÍCULO 3573 BIS)

SUMARIO: 1. Introducción 2. Ley 20.798. Origen 3. Fundamentos e importancia 4. Derecho comparado 5. Otras figuras que se asemejan en nuestro derecho 5.1 El bien de familia 5.2 El artículo 53 de la ley 14.394 6. Naturaleza jurídica 6.1 Aspecto formal 6.2 Aspecto material 7. Regulación normativa en Argentina. Artículo 3573 bis 7.1 Caracteres 7.2 Tratamiento de la

**figura en los proyectos y el anteproyecto de reforma 8. Causales de extinción de este derecho 8.1
No uso como causal de extinción 9. Conclusiones**

1. Introducción

En este tercer capítulo vamos a introducirnos de lleno al estudio del artículo 3573 bis de nuestro Código Civil, para desglosarlo y desarrollar sus distintos aspectos.

En un principio veremos sus orígenes, el proyecto presentado en el Congreso, las modificaciones sufridas por el debate parlamentario que se dio sobre el mismo, y su trascendencia social.

Luego pasaremos a ver la regulación de este instituto en el derecho comparado, para conocer los países que lo receptan en sus ordenamientos, y en la forma en que lo hacen. Esto nos permitirá hacer una comparación de las distintas normativas existentes al respecto, y de esta manera extraer conclusiones generales posteriormente.

Asimismo veremos figuras similares, que también tienden a la protección del hogar del cónyuge, como son el bien de familia, que se encuentra regulado en la ley 14394, y la indivisión solicitada por el cónyuge supérstite, prevista en la misma ley, más precisamente en su artículo 53.

Analizaremos la normativa vigente en nuestro Código Civil sobre el instituto, su ubicación en dicho ordenamiento, y los requisitos de procedencia del mismo.

Finalmente nos referiremos a las causales de extinción, y nos centraremos específicamente en la causal del no uso.

2. Ley 20.798. Origen

Esta ley fue el resultado del proyecto presentado por el doctor Edgar Cossy Isasi, quien en ese momento era diputado por Entre Ríos.

El proyecto decía lo siguiente: “Artículo 3573 bis – Si a la muerte del causante, éste dejare un solo inmueble como integrante del haber hereditario, cuyo valor no sobrepase el indicado como límite a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieran a la sucesión otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite detendrá el usufructo vitalicio de la totalidad del inmueble, sin perjuicio de la legítima o cuota de la sociedad conyugal que por derecho correspondiere”¹⁰.

El proyecto, por lo tanto, otorgaba un derecho de usufructo al cónyuge supérstite, y no de habitación, como lo hace el artículo actual.

La Comisión de Legislación General aconseja su sanción, pero con algunas modificaciones, quedando el texto redactado de la siguiente manera: “Artículo 3573 bis – Si a la muerte del causante, éste dejare un solo inmueble como integrante del haber hereditario que hubiera constituido el hogar conyugal, cuyo valor no sobrepase 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

¹⁰ Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, año 1974, p. 3327.

supérstite tendrá derecho de habitarlo en forma vitalicia. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias”¹¹.

Luego, en la sesión donde se dio aprobación al proyecto, se hicieron algunas nuevas modificaciones, surgiendo el texto actual que hoy vemos en nuestro Código.

Se publicó en el Boletín Oficial el 18 de Octubre de 1974, y entró en vigencia el 27 de ese mismo mes.

El autor del proyecto, sobre el mismo dijo: “Para proyectar tal artículo sólo he tenido en cuenta un solo criterio: concebir la propiedad privada en función social...”. Además agrega: “Antecedentes legislativos no encontré en el Parlamento, ni de nuestro país, ni en la legislación comparada”¹².

En este contexto nació y se consagró el derecho real de habitación del cónyuge supérstite en nuestro ordenamiento normativo.

3. Fundamentos e importancia

El instituto fue sancionado con la finalidad de otorgar protección al cónyuge sobreviviente, frente a las pretensiones que pudieran tener ciertos sujetos, entre ellos los hijos, sobre el inmueble que constituyó la sede del hogar conyugal, y del que pudiera verse desplazado, quedando de esta manera en una situación de desamparo notoria.

Se trató, por medio de esta normativa, de evitar que se anteponga el interés patrimonial a la protección de la familia, y más precisamente a la protección del cónyuge, que generalmente es quien dedicó tantos años a formar ese hogar, que es a su vez fuente de innumerables recuerdos, donde crió a

¹¹ Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, año 1974, p. 3326.

¹² BARBERO, Omar U. El derecho real de habitación del cónyuge supérstite. Buenos Aires: Astrea; 1977.

sus hijos junto a su cónyuge, donde paso gran parte de su vida, y por ende, es el lugar donde, resulta a todas luces justo, debe pasar el resto de los años que le quedan por vivir.

Se trata de impedir que el cónyuge supérstite que ha sufrido la pérdida de su compañero, quede sin hogar al producirse el deceso de éste, por tener que dividir el inmueble con otros sujetos que están en condiciones de exigir la venta del mismo, para hacer efectivas sus respectivas porciones. En este sentido se exployó la justicia en el caso “Gago de Báez, Susana N. c/Pintre de Gago,cElena s/ desafectación derecho real de habitación”¹³.

Debe tenerse en cuenta, que en la generalidad de los casos, el deceso del otro cónyuge se da cuando la pareja se encuentra en una edad avanzada, por lo que no es razonable pensar que esa persona mayor se vea en una situación de falta de hogar, que se encuentre obligada a salir a trabajar para proporcionarse uno, y que sea despojada de sus recuerdos de toda la vida.

Además de estos fines tan loables que se han tenido en miras al momento de crearse el instituto, vale decir que ha sido la culminación de un proceso de desarrollo que se venía dando a favor de la protección y reconocimiento de derechos del cónyuge en la sucesión de su pareja.

Como hitos relevantes en este proceso podemos mencionar: a la ley 14.394, que en su artículo 53 faculta al viudo/a a oponerse a la división por un término máximo de 10 años (artículo del cual nos ocuparemos más adelante); y a la ley 17.711 de 1968 que reformó al Código Civil, haciendo grandes aportes a favor de los derechos sucesorios del cónyuge (le dio participación en los gananciales; le dio una porción invariable al concurrir con ascendientes; elevo su porción a la ½ en los propios; entre otras cosas).

Por último, y como corolario de este recorrido, se sanciona la ley 20.798, y aparece este derecho a favor del cónyuge supérstite sobre la casa que constituyó el hogar conyugal, lo cual resulta plausible.

Después de transcurridos tantos años desde su sanción, no cabe sino decir que ha tenido una importantísima trascendencia social, y al respecto nos permitiremos citar a Borda¹⁴, quien dice: “...hasta la sanción de la ley 20.798, la importancia del uso y la habitación era en la práctica casi nula.

¹³ CCiv.Com. Morón, Sala II, “Gago de Báez, Susana N. c/Pintre de Gago, Elena s /desafectación derecho real de habitación” del 23-04-1996, en JA, 1997-II-219.

¹⁴ BORDA, Guillermo A. Tratado de derecho Civil. Derechos reales, Tomo II (Op. Cit en Cap. 2).

Había desaparecido de nuestras costumbres y solo por excepción se daba algún caso. Pero la sanción de dicha ley, les ha hecho recobrar un gran interés práctico”.

4. Derecho comparado

Llevaremos a cabo en este punto un breve análisis de las disposiciones de la legislación extranjera acerca del instituto.

- **Derecho italiano:** El artículo 540 incorporado en el año 1975 al Código Civil de 1942, contiene una disposición que se asemeja muchísimo a nuestro artículo 3573 bis. El mismo dispone: “Al cónyuge, aun cuando concurra con otros llamados, están reservados el derecho de habitación sobre la casa destinada a residencia familiar, y de uso sobre los muebles que la equipan, sean de propiedad del difunto o comunes. Tales derechos gravan sobre la porción disponible, y en caso de que ésta no sea suficiente, por el remanente sobre la cuota de reserva del cónyuge y eventualmente sobre la cuota reservada a los hijos”.
- **Derecho uruguayo:** El derecho real de habitación del cónyuge supérstite, reconocido 15 años después que en nuestro derecho, está regulado por la ley 16.081 que agrega el artículo 881 al Código Civil, el cual dispone lo siguiente.

“Artículo 881-1. Si, una vez pagadas las deudas de la sucesión, quedare en el patrimonio de la misma un inmueble, urbano o rural, destinado a vivienda y que hubiere constituido el hogar conyugal, ya fuere propiedad del causante, ganancial o común del matrimonio y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita.

En defecto del inmueble que hubiere constituido el hogar conyugal, los herederos deberán proporcionarle otro que reciba la conformidad del cónyuge supérstite. En caso de desacuerdo el Juez resolverá siguiendo el procedimiento extraordinario.

881-2. Este derecho comprende, además el derecho real de uso vitalicio y gratuito de los muebles que equiparen dicho inmueble (inciso segundo del artículo 469) ya fueren propiedad del causante, gananciales o comunes del matrimonio.

881-3. Ambos derechos se perderán si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias, viviere en concubinato o adquiriere un inmueble apto para vivienda, de similares condiciones al que hubiera sido su hogar conyugal.

881-4. Tales derechos se imputarán a la porción disponible; en el supuesto de que ésta no fuere suficiente, por el remanente se imputarán a la porción conyugal y, en último término, a la porción legitimaria.

881-5. Para que puedan imputarse a la porción legitimaria los derechos reales de habitación y de uso concedidos por este artículo, se requiere que el matrimonio haya tenido una duración continua y mínima de dos años, salvo que él se hubiere celebrado para regularizar un concubinato estable, singular y público, de igual duración, durante el cual hubieren compartido el hogar y vida en común.

La imputación a la porción legitimaria podrá alcanzar hasta la totalidad de las legítimas rigurosas de los descendientes comunes del causante y del beneficiario de los derechos reales de habitación y de uso referidos. Tratándose de otros legitimarios, tal imputación sólo podrá alcanzar hasta la mitad de las respectivas legítimas rigurosas.

881-6. En los demás casos, el plazo de duración mínima del matrimonio será de treinta días, con la salvedad de la parte final del inciso primero del numeral anterior debiendo durar la relación concubinaría no menos de ciento ochenta días.

881-7. Si, a la apertura de la sucesión, el cónyuge supérstite tuviere otro inmueble propio apto para vivienda, similar al que hubiera sido el hogar conyugal, no tendrá el derecho real de habitación ni el de uso.

881-8. Si, a la apertura de la sucesión, los cónyuges estuvieren separados de cuerpos, el cónyuge culpable no tendrá los derechos reales referidos. Si estuvieren separados de hecho, el problema de la culpabilidad deberá resolverse con los herederos, por el procedimiento extraordinario.

881-9. El cónyuge supérstite se considerará legatario legal de los derechos reales recibidos con la responsabilidad que le es propia a éstos”.

- **Derecho español:** El artículo 1321 del Código Civil español dispone: “Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor”.

Por su parte el artículo 1406 establece “Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber hasta donde éste alcance:

- 1º. Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1346.
- 2º. La explotación agrícola comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo.
- 3º. El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.
- 4º. En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual”.

Asimismo el artículo 1407 dice “En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al de haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero.”

- **Derecho peruano:** En el artículo 731 de su Código Civil se establece: ‘Cuando el cónyuge sobreviviente concorra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales. La diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos. En su caso, los otros bienes se dividen entre los demás herederos, con exclusión del cónyuge sobreviviente”.

Por otra parte en su artículo 732 regula un llamado derecho de usufructo del cónyuge supérstite, y expresa: “Si en el caso del artículo 731, el cónyuge sobreviviente no estuviere en situación

económica que le permita sostener los gastos de la casa-habitación, podrá, con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario. Si se extingue el arrendamiento, el cónyuge sobreviviente podrá readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación a que se refiere el artículo 731. Mientras esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar. Si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, los derechos que le son concedidos en este artículo y en el artículo 731 se extinguen, quedando expedita la partición del bien. También se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos”.

Vale aclarar que, más allá de ciertas regulaciones que hemos mencionado, el instituto no está demasiado difundido en el derecho extranjero, puesto que se trata de una figura de reciente data, y muestra de ello es la circunstancia de que Argentina ha sido una gran innovadora al respecto, al consagrar esta figura en nuestro ordenamiento en el año 1974, año en el que, como ya lo dijimos, no se encontraban antecedentes al respecto.

Podría concluirse que el que lo regula de una manera más completa es el derecho uruguayo, que se ocupa de los distintos aspectos del mismo.

5. Otras figuras que se asemejan en nuestro derecho

Así como el artículo 3573 bis se encarga de la protección del viudo o de la viuda, en relación a la vivienda que constituye su hogar, hay otras figuras en nuestro ordenamiento que también tienden a la protección del hogar del cónyuge; ellas son, como lo mencionamos anteriormente, el bien de familia, y la indivisión del artículo 53 de la ley 14.394.

Según lo considera Aida Kemelmajer de Carlucci¹⁵, todas estas figuras responden en el fondo a la misma idea de solidaridad. Y según lo considera la autora, "...los principios individualistas deben ceder ante evidentes razones de orden social y económico".

5.1 El bien de familia

Refiriéndonos particularmente al bien de familia, el artículo 34 de la ley 14.394 establece: "Toda persona puede constituir en bien de familia un inmueble urbano o rural de su propiedad cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de su familia, según normas que se establecerán reglamentariamente".

Esta constitución que la ley habilita para hacer respecto de un determinado inmueble, es a los fines de protegerlo frente a futuros ataques que puedan sufrir, por parte de terceros, como pueden ser por ejemplo los acreedores, no permitiendo su embargo, ni su ejecución. Asimismo, otro de los beneficios que la constitución del bien como de familia otorga, es que el mismo se encontrará eximido del pago de determinados impuestos.

Respecto de los frutos que produce el bien, solo podrán embargarse en cuanto no sean indispensables para satisfacer las necesidades de la familia. Y en ningún caso podrá el embargo afectar más del cincuenta por ciento de los mismos.

Es menester dejar asentado que según el artículo 36 de la ley, por familia deberá entenderse la constituida por el propietario y su cónyuge, además sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; en defecto de ellos comprenderá a los parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente.

Por su parte, para tener eficacia este derecho, deberá hacerse la correspondiente inscripción, la cual se llevara a cabo con el cumplimiento de los requisitos necesarios.

¹⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. Protección jurídica de la vivienda familiar. Buenos Aires: Hammurabi; 1995.

Queremos hacer énfasis en el artículo 41 de esta ley, el cual declara: “El propietario o su familia estarán obligados a habitar el bien o a explotar por cuenta propia el inmueble o la industria en él existente salvo excepciones que la autoridad de aplicación podrá acordar sólo transitoriamente y por causas debidamente justificadas”.

En caso de incumplir con este precepto, se configura una causal de desafectación del inmueble como bien de familia.

Si bien esta causal no es la única, ya que el artículo 49 se encarga de hacer una enumeración de las distintas causales de desafectación (entre ellas la que mencionamos), para nosotros tiene una gran relevancia, ya que nos servirá de inspiración a la hora de dedicarnos a la adecuación de la causal de extinción del derecho real de habitación del cónyuge superviviente originada en el no uso del mismo.

5.2 El artículo 53 de la ley 14.394

Esta ley, luego de referirse a distintos supuesto posibles de indivisión (a instancias del causante; a instancia de los mismos herederos), faculta, en el artículo 53, al cónyuge superviviente a oponerse a la división, en los siguientes términos:

“Cuando en el acervo hereditario existiere un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole tal que constituya una unidad económica, el cónyuge superviviente que lo hubiese adquirido o formado en todo o en parte podrá oponerse a la división del bien por un término máximo de diez años.

A instancia de cualquiera de los herederos, el juez podrá autorizar el cese de la indivisión antes del término fijado, si concurrieren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justificasen la decisión.

Durante la indivisión, la administración del establecimiento competará al cónyuge sobreviviente.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará igualmente a la casa habitación constituida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos”.

Durante la indivisión, y como consecuencia de ella, los acreedores no podrán ejecutar el bien indiviso, ni una porción ideal del mismo. Lo que sí podrán hacer, es cobrar sus créditos con las utilidades generadas por ese bien.

Lo que a nosotros nos interesa es la última parte del artículo, donde se trata de proteger la casa habitación, que en este supuesto (a diferencia del 3573 bis, donde no interesa el carácter propio o ganancial del bien) debe haber sido constituida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal, y la cual fue la residencia habitual de los esposos.

Según lo determina la doctora Martínez Ledesma¹⁶, lo que trata la ley en esta parte del artículo es la protección de la vivienda del cónyuge viudo.

No debe pasarse por alto, la facultad que se otorga a los herederos de solicitar al juez el cese de la indivisión antes del término fijado, cuando existan causas graves o de manifiesta utilidad económica que así lo justifiquen.

En este orden de ideas, podemos concluir que ambas figuras tratan de proteger al cónyuge en relación con la vivienda que constituye su hogar, más allá de las particularidades de cada una que las diferencian entre sí.

6. Naturaleza jurídica

Respecto a este tema, son innumerables los debates que se han generado, y la cuestión no parece haberse resuelto, existiendo distintas teorías y posturas.

¹⁶ MARTÍNEZ LEDESMA, Dido T. Derecho sucesorio, La sucesión ab intestato. Rosario: Rio Editora, 2004.

En cuanto a la metodología vamos a seguir a la expuesta por el doctor Barbero¹⁷, por entender que es quien mayor luz arroja sobre la cuestión. Este autor hace una distinción sobre el tema, bifurcando la naturaleza jurídica en dos aspectos: el aspecto formal, y el aspecto material.

Por aspecto formal entenderemos que se refiere al carácter en que el supérstite recibe el derecho, es decir, al *cómo* lo adquiere.

Mientras que nos referiremos al aspecto formal, para aludir a la esencia del derecho de habitación, es decir, al *qué* adquiere.

6.1 Aspecto formal

En lo referente a este aspecto podemos notar que los distintos autores se han pronunciado por seis teorías distintas, que procederemos a enumerar. Ellas son:

- Adquisición a título personal, es decir, *iure proprio*.
- Adquisición a título hereditario, o sea, *iure hereditatis*.
- Adquisición *iure legati*, por lo que se adquiere a título de legatario.
- Se trata de una carga legal impuesta a los herederos.
- Se recibe un bien ganancial
- Se trata de una figura ecléctica.

Nosotros vamos a adherir a la postura que considera que la adquisición se produce *iure legati*, sostenida por el doctor Barbero y a la cual adhirió, entre otros el doctor Belluscio. Si bien tenemos presente, que positivamente no existen las sucesiones intestadas particulares, siendo reguladas en nuestro ordenamiento solo las universales, no vemos inconveniente alguno en que pueda receptarse en nuestra normativa a las sucesiones intestadas particulares, donde quedarían comprendidos los legados. Y de hecho, es posible sostener que la misma ley 20.798 haya hecho ésta inclusión, innovando y modificando el esquema en nuestro derecho.

¹⁷ BARBERO, Omar U. El derecho de habitación del cónyuge supérstite (Op. Cit. nota al pie 3).

Por otro lado, podemos encontrar ejemplos de legados *ex lege* en el extranjero, en países como Italia, Alemania, Rusia, entre otros. Y asimismo en el derecho uruguayo encontramos un ejemplo de legado legal precisamente en el derecho de habitación del cónyuge superviviente. Esto surge del artículo 881-9 de su Código, que ya hemos transcrito en el título 4 de éste mismo capítulo.

Por lo tanto vamos a adherir a la tesis del prestigioso doctor Barbero que lo considera un “prelegado legal particular forzoso”, aunque nosotros consideramos necesario hacerle un agregado a esta teoría para intentar perfeccionarla, y a su vez solucionar una cuestión que puede dar lugar a que se produzca una aplicación inadecuada del instituto.

Así pues, creemos que el mismo debería estar “subordinado a la condición resolutoria de extinguirse por el no uso o no ejercicio, sin justa causa, por parte del superviviente, durante un plazo determinado”. Sobre el tema volveremos más adelante para desarrollarlo detalladamente.

6.2 Aspecto material

En este aspecto se hace referencia al contenido del derecho en sí mismo, pudiendo observarse al respecto, la división de las opiniones en dos teorías:

- Para unos se trata del derecho real de habitación regulado en el Libro III, Título XI.
- Otros autores, por el contrario, consideran que se trata de un derecho de habitación especial.

En relación a este aspecto tenemos que decir que vamos a disentir con el doctor Barbero, y vamos a adherir a la postura de Borda, por entender que se trata del derecho real de habitación regulado en el Libro III, y que el artículo 2949, ha quedado derogado tácitamente por la ley 20.798.

En este orden de ideas se enrola la autora Gurfinkel de Wendy¹⁸, que considera que es innegable que nos encontramos frente a un derecho real, no solo porque lo consigna la misma norma, sino también porque reviste todas las características propias de los derechos reales.

Asimismo Mariani de Vidal¹⁹ entiende que es un derecho real de habitación, al cual le son aplicables las normas propias del derecho real de habitación regulado en los artículos 2948 y siguientes del Código Civil, salvo en lo que refiera a los aspectos regulados específicamente por el artículo 3573 bis. Considera la autora además que constituye una excepción al artículo 2949.

Por otra parte es además la opinión del doctor Musto²⁰, quien nos enseña: “...estimamos que es un derecho real de habitación de origen legal, que recae sobre cosa parcialmente ajena, y que tiene carácter alimentario”.

7. Regulación normativa en Argentina. Artículo 3573 Bis

El artículo 3573 bis, que consagra el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, dispone lo siguiente: “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 sobrepase 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”.

Vamos a desglosar el artículo y a analizar los distintos presupuestos requeridos por el mismo, para que tenga lugar el derecho real de habitación del cónyuge supérstite.

Comenzaremos por la primer parte, donde se establece: “Si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario...”.

¹⁸ GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. Derechos Reales, Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot; 2010

¹⁹ MARIANI DE VIDAL, Marina. Derechos Reales, Tomo III. 7º edición. Buenos Aires: Zavalia; 2004.

²⁰ MUSTO, Néstor Jorge, Derechos Reales, Tomo II. Buenos Aires: Astrea; 2000.

Como surge del mismo texto, debe tratarse de un solo inmueble habitable, y al respecto coincidimos con las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, que entre sus recomendaciones nos dice: “El derecho se ejercerá cuando el causante deje solamente un inmueble habitable como integrante del acervo hereditario. No obstante, corresponderá igualmente cuando a pesar de existir otros bienes, estos fueran insuficientes para satisfacer las necesidades habitacionales del cónyuge supérstite”.

Creemos que ésta es la interpretación que debe hacerse, puesto que si bien se debe otorgar protección al supérstite, no debe extremarse la misma en desmedro de los demás herederos. Y si en el haber hereditario hubiese bienes que le permitiesen satisfacer sus necesidades habitacionales, no tiene razón de ser la protección, puesto que podrá el supérstite arreglarse con lo heredado.

Cabe hacer mención a un interrogante que puede surgir en este punto. ¿Qué solución es justa para resolver la cuestión, en caso de que el cónyuge supérstite tenga otros bienes en el carácter de propios, que le permitan satisfacer su necesidad de vivienda?

De darse este supuesto, como sus bienes propios no serán integrantes del haber hereditario, se genera una situación que podría dar lugar ciertas dudas.

Vamos a coincidir en este aspecto nuevamente con lo recomendado por las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas, las que se expresaron diciendo: “El cónyuge supérstite no deberá poseer a título propio otros bienes que le permitan satisfacer su necesidad de habitación”.

En este supuesto creemos que no puede considerarse procedente la protección, puesto que si el supérstite posee bienes a título propio que sean suficientes para procurarse una casa, pese a no estar prohibido, ni siquiera mencionado por el artículo, no se le debe reconocer facultad alguna de acogerse a este derecho. Por ejemplo, si el supérstite tiene 4 departamentos como bienes propios al momento de morir su cónyuge, ¿dónde estaría su estado de desprotección?, ¿de dónde surgiría la necesidad de brindarle una vivienda para no dejarlo desamparado? En otro ejemplo, si en lugar de tener 4 departamentos, tuviese una cantidad considerable de hectáreas de campo, las cuales explota con soja, recibiendo cuantiosas sumas de dinero por su venta. Pese a no tener otra casa que la compartida con su cónyuge, no vemos en estas circunstancias el estado de desamparo, ya que tranquilamente podría no solo alquilarse una casa, sino que también podría adquirir una si quisiese.

Volviendo al ejemplo de los 4 departamentos, suponiendo que los tuviese a todos alquilados, y por lo tanto no pudiera habitarlos inmediatamente. Nada le impide que con el monto que obtiene del cobro de los alquileres, se alquile a su vez una casa en forma momentánea, hasta que termine el contrato de alguno de sus departamentos, y así poder habitarlos.

En relación a este aspecto, podemos mencionar al artículo 881-7 del Código Civil uruguayo, que dice: “Si a la apertura de la sucesión, el cónyuge supérstite tuviere otro inmueble propio apto para vivienda, similar al que hubiera sido el hogar conyugal, no tendrá el derecho real de habitación ni el de uso”.

Frente a cuestiones como estas, no debemos perder de vista cual ha sido el fin perseguido por la ley 20.798, que fue otorgarle protección al cónyuge para que no quede en la calle, asegurarle de algún modo su casa. Por lo tanto, no debemos caer en el error de irnos a un extremo de pretender otorgar una protección absoluta, dejando de lado la finalidad de la ley, y solo otorgar esa protección por la protección misma, sin siquiera sopesar las circunstancias, ni el contexto en que se encuentra envuelto el asunto, puesto que de esta manera se está desconociendo y menoscabando derechos de otros interesados sin justos fundamentos.

Habiendo dejando establecido el primer presupuesto exigido por la ley, pasaremos al siguiente.

Al respecto debemos decir que la norma requiere que el inmueble “hubiera constituido el hogar conyugal”. Por lo tanto debemos entender que resulta necesario que se trate de la última casa donde vivieron juntos los esposos, donde ambos tuvieron el domicilio conyugal hasta los últimos días de vida del causante.

Ahora, vale decir que se presenta una situación problemática en el caso de que los esposos, pese a no divorciarse, dejaron de habitar el inmueble en forma conjunta, quedando por lo tanto uno solo de ellos en el mismo.

Consideramos aplicables a estos casos los artículos 3574 y 3575, los cuales siguen reconociendo derechos al cónyuge inocente. Según nuestra opinión resulta adecuada ésta solución debido a que si el supérstite no tuvo la culpa en la separación, estimamos que no resulta justo que se lo

prive de un derecho que le corresponde legítimamente, por consecuencia de la conducta inadecuada de su pareja que haya generado el cese de la convivencia.

En el caso de divorcio entendemos que no subsistiría la protección, puesto que se extingue toda vocación hereditaria entre ellos, y además se desnaturalizaría demasiado a la figura, que por cierto se la denomina “derecho real de habitación del *cónyuge* supérstite”.

Al existir un divorcio entre ellos, se extingue todo vínculo conyugal que pueda haber, quedando los sujetos fuera del amparo de éste derecho otorgado precisamente a los *cónyuges*.

Contraria a esta postura es la doctora Aida Kemelmajer de Carlucci²¹, quien considera que en nada debe modificarse la situación pese a la incorporación del divorcio vincular de la ley 23.515, postura que, por cierto, respetamos totalmente.

El siguiente presupuesto es que la estimación del inmueble “no sobrepase el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia”. El sentido de esta exigencia radica en evitar que se proteja al lujo, la ampulosidad, debido a que el instituto fue previsto con miras a no permitir que el supérstite viva en la calle, pero no para crearle un privilegio excesivo en desmedro de los demás interesados. Respecto a este requisito hace un interesante comentario Borda²², que menciona la protección del techo como finalidad de la norma.

Si el inmueble fuese de un valor excesivo, lo adecuado será venderlo y con el producido de esa venta adquirir una casa que se adecue a las necesidades del supérstite. Sin que, de este modo, se perjudique a los demás.

Al respecto las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas recomendaron: “Deberán tenerse en cuenta los valores que las reglamentaciones locales autorizan para la constitución del bien de familia, al momento de la apertura de la sucesión (artículos 34 *in fine* y 42, ley 14.394).

Por último el artículo exige que “concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios”.

²¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. Protección jurídica de la vivienda familiar. (Op. Cit. Nota al pie 6).

²² BORDA, Guillermo A. “El derecho de habitación del *cónyuge* supérstite” en *El Derecho*, 1975, Tomo 57, ps.755-757.

Respecto a este presupuesto solo vamos a comentar que, de no existir la concurrencia de otros sujetos, la protección que otorga el artículo al supérstite no tendría razón de ser, puesto que sería propietario del bien, y tendría el dominio pleno del mismo. Al darse ésta concurrencia se produce una desmembración del dominio, quedando el derecho real de habitación para el supérstite, y la nuda propiedad a quienes corresponda. Al respecto en el caso Piñeiro, J. c. Limonta, E.²³, se estableció que esa desmembración no afecta las relaciones jurídicas en lo referente a la nuda propiedad, ya que la misma puede ser objeto de actos de disposición, como también de gravámenes.

Una vez reunidos todos estos presupuestos, es el mismo cónyuge quien deberá petitionar el reconocimiento de su derecho ante el juez, ya que el mismo no se concede automáticamente. Y en este orden de ideas se expresaron también en las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas donde se trato el tema.

7.1 Caracteres

Como ya lo hemos dispuesto anteriormente, nos encontramos frente a un derecho real de habitación al cual se le aplican las normas del Libro III Título XI, aunque debemos decir que este instituto consagrado por la ley 20.798 tiene ciertas particularidades especiales.

Pasaremos a hacer una enumeración de sus caracteres:

- **Legal:** puesto que el derecho de habitación corresponde por imperio de la ley, y por lo tanto consideramos que derogó tácitamente al artículo 2949, como ya hemos hecho mención anteriormente.
- **Vitalicio:** debido a que el derecho va a durar hasta la muerte del beneficiario, ya que no es perpetuo.
- **Gratuito:** respecto a este carácter de gratuito, debemos dejar en claro que el mismo no implica que no debe realizar ningún tipo de gastos, como son el pago de impuesto, o los

²³ CNCiv., sala H, “Piñeiro, J.c. Limonta, E.” 25-04-1996, en Revista La Ley, T.1996-E, p. 564.

gastos ordinarios que si corren por cuenta del beneficiario. Lo que quiere significar, es que no deberá pagar suma alguna a los nudos propietarios, o al nudo propietario (en caso de ser solo uno), como contraprestación por el uso de la vivienda que le otorga el derecho real de habitación, sino que el mismo es totalmente gratuito.

- **De carácter alimentario:** como ya lo hemos dicho anteriormente el derecho de habitación tiene tal carácter, al igual que el uso. Este es el motivo, además, por el cual resulta inembargable. Todo ello surge del artículo 2959, que entre otras cosas establece que “...el uso de los frutos no puede ser embargado por los acreedores del usuario cuando tienen la calidad de alimenticios”.

Asimismo podemos encontrar jurisprudencia nacional en este sentido, como ser en el caso *Falland Federico F. s/ suc.*²⁴, donde se dijo que el artículo 3573 bis tiene un carácter netamente asistencial, y que no reviste una función patrimonial, ni persigue fines de lucro, sino que solo tiende a la protección de la vivienda del cónyuge supérstite.

- **Registrable:** debe inscribirse en el registro para su oponibilidad a terceros, según resulta del artículo 2505 del Código Civil, y los artículos 2 y 20 de la ley 17.801. Al respecto remitimos a lo dicho en el capítulo I sobre la registración.
- **Sobre cosa ajena:** como en todo derecho real sobre cosa ajena, aquí se da también una desmembración del dominio. No puede de ninguna manera haber un derecho real de habitación sobre cosa propia.
- **Renunciable:** ya que el cónyuge puede, no solo rechazar este derecho, sino que luego de haberlo aceptado puede también renunciarlo.

²⁴ CNCiv., en pleno. “Falland, Federico F., s / suc.” 15-08-1979, en Revista La Ley T. 1979-C, pág. 530.

- **Intransmisible:** esto surge del artículo 2963, que establece: “El que tiene el 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; pero no puede ceder el uso de ella ni alquilarla”.

Estos caracteres nos permiten esbozar una idea de este derecho real de habitación, y poder conocerlo en mayor profundidad, para que luego, llegado su momento, podamos hacer una visión crítica del mismo con los elementos necesarios para que la misma sea lo más adecuada y certera posible.

7.2 Tratamiento de la figura en los proyectos y el anteproyecto de reforma

Como la ley 20.798 que incorpora el artículo 3573 bis al Código Civil data del año 1974, solo ha sido contemplada en dos Proyectos y en un Anteproyecto hasta la fecha.

- El primero se trata del **Proyecto de Unificación** que fue aprobado el 1 de Julio del **año 1993** por la denominada Comisión Federal, constituida por resolución de la Cámara de Diputados.

Entre las distintas reformas que contemplaba dicho proyecto, se sustituyó el **artículo 3573 bis** quedando redactado de la siguiente manera: “Producida la muerte de un cónyuge, el que lo sobrevive tiene derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre aquel inmueble que haya sido propiedad del causante o del sobreviviente, de carácter propio o ganancial en el cual estuviera constituido el hogar conyugal. Tal derecho se adquiere automáticamente, sin necesidad de petición. El derecho aquí establecido no le es oponible a los acreedores del causante y del cónyuge supérstite, pero debe ser respetado por los legatarios, herederos, y acreedores de éstos. Este derecho se pierde si el cónyuge supérstite contrae nuevas nupcias o viviese en concubinato”.

En el informe que lo acompaña puede leerse: “Se propone modificar el contenido del actual artículo 3573 bis. Se considera que el derecho real de habitación del cónyuge supérstite debe

concederse de forma automática, sin necesidad de petición alguna, para evitar así que quien padece del sufrimiento por la pérdida de su compañero de vida, no vea además agravado su futuro por las derivaciones de una contingencia futura. Por otra parte, el derecho se adquiere independientemente de la existencia de otro u otros inmuebles, pues el interés tutelado es el hogar conyugal.”

El texto de esta reforma merece duras críticas, siendo el centro principal de ellas la inoponibilidad del derecho a los acreedores del cónyuge supérstite, por derivar ésta en resultados irrazonables.

- Con posterioridad surgió el **Proyecto de 1998**, que reemplazaba este instituto en su **artículo 2281**, el cual dispone: “Oposición del cónyuge. Si en el acervo hereditario existe un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituya una unidad económica, o partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad, el cónyuge supérstite que ha adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que sea el principal socio o accionista de la sociedad, puede oponerse a que sean incluidos en la partición, salvo que puedan serle adjudicados en su lote.

Tiene el mismo derecho el cónyuge que no adquirió ni constituyó el establecimiento pero que participó activamente en su explotación.

En estos casos, la indivisión se mantiene por diez (10) años a partir de la muerte del causante, pero puede ser prorrogada judicialmente a pedido del cónyuge sobreviviente hasta su fallecimiento.

Durante la indivisión, la administración del establecimiento, de las partes sociales, cuotas o acciones corresponde al cónyuge sobreviviente.

A instancia de cualquiera de los herederos, el tribunal puede autorizar el cese de la indivisión antes del plazo fijado, si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifican la decisión.

También puede oponerse el cónyuge supérstite a que mientras sobreviva sea incluida en la partición, salvo que pueda serle adjudicada en su lote, 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 de la comunidad, con sus muebles. En este caso, los herederos

sólo pueden pedir el cese de la indivisión si el cónyuge supérstite tiene bienes que le permiten procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades”.

Como se puede observar se ha establecido un artículo para regular distintos supuestos de indivisión, entre los cuales se contempla la posibilidad de solicitar el supérstite la indivisión de la vivienda que fue la residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante, pero que no constituye en modo alguno un derecho real, sino un supuesto más de indivisión.

- Finalmente, y acercándonos a la actualidad, cabe mencionar el **Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012**.

Sobre el mismo debemos mencionar que regula la cuestión, no solo para el caso de los cónyuges, sino también para los supuestos de concubinato.

Así en el Capítulo IV (“Cese de la convivencia. Efectos”), que se encuentra dentro del Título III, denominado “Uniones convivenciales”, que a su vez pertenece, al Libro Segundo (“De las relaciones de familia”), podemos hallar el **artículo 527**, el cual nos dice: “**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 (2) 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 esta”.

Entre los fundamentos del anteproyecto se dijo que de este modo, el conviviente tiene protegida la vivienda, pero a su vez se aclaró que su derecho es más débil que el derecho real de habitación gratuito reconocido al cónyuge supérstite, y se explicó que esta distinción encuentra su justificación en la necesidad de compatibilizar la autonomía de la voluntad con el deber de solidaridad familiar.

Por otro lado, introduciéndonos en el Libro Quinto, que trata “De la transmisión de derechos por causa de muerte”, nos encontramos con el Título VIII (“De la partición”), en cuyo Capítulo

2, que refiere a los “Modos de hacer la partición”, se ubica el **artículo 2383**, el cual expresa: “**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”. Al respecto en los fundamentos del anteproyecto se establece que se regula el derecho de habitación viudal en términos más amplios que los del artículo 3573 bis del Código Civil vigente, en consonancia con la protección constitucional de la vivienda, la cual surge también en forma implícita de otras disposiciones del anteproyecto.

Por su parte, en el artículo 2332 se otorga también una protección al cónyuge, al permitirle oponerse a la división de la vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante, en una redacción similar a la establecida por el Proyecto de 1998 la cual hemos transcripto anteriormente.

8. Causales de extinción de este derecho

Ya nos hemos referido a causales de extinción en el capítulo anterior, cuando hablamos del usufructo. Si bien, como lo señala el artículo 2969 tanto al derecho de uso, como al de habitación le son aplicables las causales de extinción que para el usufructo rigen, cabe mencionar que no lo son en su totalidad para el supuesto del artículo 3573 bis, siendo aplicables solo algunas, en cuanto sean compatibles con este instituto. Por lo tanto podemos enunciar, coincidiendo con Molinario²⁵, las siguientes:

- **El matrimonio ulterior:** Esta causal de extinción se ha consagrado en el artículo 3573 bis *in fine*. Causal que ha merecido severas críticas, sobre todo porque impulsaría a las partes al concubinato. Consecuentemente, para evitar esta situación se ha propuesto que

²⁵ MOLINARIO, Alberto D. Estudio del artículo 3573 bis del Código Civil, en Revista La Ley 1975, T. 1975-B, ps.1040/1060.

también se extinga en estos supuestos, con fundamento en el abuso del derecho, o del fraude a la ley.

Creemos, por nuestra parte, que la causal debe ser suprimida, y en este orden de ideas se pronunciaron las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, al establecer que: “No es conveniente que el derecho real de habitación del cónyuge superviviente cese por el solo hecho de contraer nuevas nupcias, a no ser que se cree una situación incompatible con el fin tuitivo de la norma”.

- **Muerte del habitador:** esta causal está estrechamente vinculada y es inherente al carácter vitalicio que es propio del instituto.
- **Resolución de los derechos del nudo propietario:** el artículo 2918 lo dispone, y es correcto que así sea, ya que no puede haber nacido válidamente el derecho real de habitación, si el dueño del inmueble no tenía, en verdad, el dominio pleno sobre la cosa.
- **No uso:** está previsto en el artículo 2924, donde queda configurada la causal recién al transcurso de 10 años. No nos explayaremos sobre la cuestión, debido a que es el tema central del título siguiente, al cual remitimos.
- **Pérdida total de la cosa:** norma referida al usufructo, pero que resulta perfectamente aplicable al caso, es el artículo 2934, que se expresa al respecto.
- **Consolidación:** tiene su fundamento en el hecho de que no puede haber un derecho real de habitación sobre un bien propio, pudiendo solo recaer sobre cosas ajenas. Y si se produce la reunión del dominio directo y el dominio útil en la misma persona, el derecho de habitación (en este caso) se extingue. Al respecto encontramos el artículo 2928.
- **Prescripción a los 20 años:** nada impide que un tercero pueda adquirir el bien por la posesión del mismo durante este plazo. Esto surge de los artículos 2942 y 4015.

- **Renuncia del cónyuge beneficiario:** esta causal está íntimamente ligada al carácter de renunciante que es propio de este derecho, y el cual encuentra su fundamento en el artículo 2933.

Producida alguna de estas causales de extinción, el beneficiario perderá su derecho real de habitación, previo pronunciamiento judicial al respecto. El nudo propietario, por la naturaleza expansiva de su derecho, obtendrá el dominio útil sobre la casa, que al unirse a su dominio directo que ya poseía, pasará a ser titular del dominio pleno o perfecto sobre el inmueble. Asimismo, y siguiendo al artículo 2 de la ley 17.801, así como también el artículo 2505 del Código Civil, deberá inscribirse la extinción de este derecho real, para su publicidad, perfeccionamiento y oponibilidad a terceros. Volvemos a remitir a lo dicho sobre registración en el capítulo I.

8.1 No uso como causal de extinción

Como dijimos en el título anterior, el no uso como causal de extinción de este derecho real tiene su fuente en el artículo 2924, que se encuentra ubicado en el Libro III, Título X (“Del usufructo”), Capítulo VI (“De la extinción del usufructo y de sus efectos”), que como podemos ver refiere al usufructo, pero que resulta aplicable al derecho real de habitación como ya se ha dicho, y por lo tanto al instituto consagrado por el artículo 3573 bis.

Dicho artículo, que fue modificado por la ley 17.940, dispone lo siguiente: “El usufructo (en este caso la habitación) se pierde por el no uso, durante el término de diez años”.

Es menester aclarar que esta norma, si bien resulta aplicable al usufructo, uso y habitación cualquiera sea su origen, se incorporó al Código Civil teniendo en cuenta al usufructo de origen contractual.

Supuesto este que no se da con relación a la figura del derecho real de habitación del cónyuge supérstite que consagró la ley 20.798, donde por otra parte, y según nuestra opinión, resulta totalmente inadecuada su aplicación. El derecho de habitación en estos casos solo tienen origen en la ley, pudiendo derivar la implementación estricta del artículo 2924 en injusticias notorias, ya que pueden surgir

consecuencias no acordes a la finalidad seguida por dicha norma. Por lo tanto, esta regulación merece severas críticas de nuestra parte, las que trataremos de exponer de la forma más clara y concisa posible.

En principio, no creemos que sea coherente exigir un plazo de 10 años de no uso para que se vea extinguido el derecho de habitación del cónyuge supérstite, cuando, precisamente, su derecho mismo fue consagrado teniendo en miras la función social de la propiedad privada, como lo ha expresado el doctor Cossy Isasi quien, como ya hemos dicho, fue quien presentó el proyecto al Congreso. Por lo tanto, sería contradictorio que una ley, por un lado tenga o apunte a una finalidad, y por otro lado se desentienda de la misma, como sería el caso de encontrarse el inmueble objeto del derecho real de habitación, en situación de abandono por tan prolongado período de tiempo, debido al egoísmo, desinterés o desentendimiento que tenga el beneficiario del mismo.

Por lo que no es aceptable que el cónyuge supérstite en un determinado momento solicite la protección de la ley, para luego irse a vivir a otro lado, dejando el inmueble abandonado y sin posibilidad de que nadie lo aproveche. Situación ésta que perjudica por un lado a los sujetos interesados directos, que pueden ser no solo los demás herederos, y sus posibles acreedores, sino también los acreedores del cónyuge supérstite, que se ven impedidos de hacer efectivas sus acreencias porque su deudor se empeña en mantener ese derecho real de habitación vitalicio sobre la cosa, sin dejar que la misma, o una parte de ella, entre a su patrimonio como propiedad plena, de donde los acreedores podrían cobrarse sus créditos. Mientras que por el otro lado, aparecen en la escena otros damnificados, pero en forma indirecta, que son los sujetos que necesitan de un lugar para vivir, de una vivienda para alquilar, ya que por motivo de esta situación dicho inmueble se encuentra sustraído del tráfico comercial, lo que no solo reduce la posibilidad de conseguir una vivienda a quienes la necesitan y están en busca de ella, sino que también produce el aumento del valor de las que se encuentran disponibles, como efecto o consecuencia del aumento de la demanda, que se ve potenciado por la reducción de la oferta.

Al no aceptarse un plazo tan largo para que se produzca la extinción del derecho, entre posibles soluciones, algunos autores plantean la posibilidad de que el juez lo intime a volver a habitar la casa que ha dejado abandonada sin justa causa, bajo apercibimiento de quedar extinguido su derecho real que tiene sobre el mismo, como una alternativa válida para paliar este problema.

Para ir concluyendo sobre este tema, podemos decir que, ya sea por medio de esta vía, o por medio de otras, lo cierto es que importante doctrina y jurisprudencia ha buscado una respuesta para solucionar ésta situación injusta, y considera que el abandono debe hacer cesar este derecho en el transcurso de tiempo más breve, y no esperar a los 10 años establecidos por el artículo 2924.

Podemos citar, en relación al tema, cierta jurisprudencia que surge de un caso donde se planteó la cuestión, el caso “Bermejo, Oscar P. c. Arcuri, Héctor J.”²⁶. En el caso se pretendía la extinción del derecho por el no ejercicio del mismo, para de esta forma obtener la repetición de los gastos generados por el inmueble, que el actor había estado pagando, como por ejemplo, los impuestos, las expensas, etc. El tribunal al respecto resolvió que la circunstancia de que el cónyuge supérstite beneficiado con el derecho real de habitación, consagrado por el artículo 3573 bis del Código Civil, haya dejado de vivir en el único inmueble objeto del derecho, no implica el cese de la existencia de dicho derecho, porque su no ejercicio recién provoca su pérdida al cabo de diez años (artículos 2924 y 2969 del Código Civil), y además resuelve que puede perderse antes de ese lapso por renuncia del sujeto beneficiado con ese derecho, o también por intimación judicial para que se reintegre al hogar en un determinado plazo y bajo apercibimiento de pérdida del derecho, situaciones estas, que no se dieron en este caso concreto.

Como se puede observar, si bien el fallo no fue favorable al actor, que pretendía el cese del derecho por el no uso, el tribunal consideró que, si bien es respetuoso de lo regulado por el artículo 2924, el mismo puede dejarse de lado y hacer cesar el derecho a través de ciertos medios. Esto evidencia que el tribunal entiende que, pese a que el artículo 2924 es la norma aplicable, ésta debe adecuarse, por resultar impropia para este instituto tan especial.

Estamos frente a una situación que no tiene una regulación normativa correcta, y que la solución que resulta de la aplicación de los artículos del Código no guarda coherencia con los fines que tiene en miras la institución consagrada en el artículo 3573 bis, es decir con el derecho real de habitación del cónyuge supérstite.

Según creemos, debería regularse adecuadamente la cuestión, y decretarse la extinción por el no uso, sin causa justificada, por un período determinado de tiempo, que por cierto, no debe ser demasiado extenso. Y de este modo, no permitir que el beneficiado con el derecho de habitación abuse de él, o que

²⁶ CNCivil, Sala D, 03/09/1987, “Bermejo Oscar P. c. Arcuri, Héctor J.”, en Revista La Ley T.1988-E, p. 441.

lo solicite para luego no ejercerlo, ni dejar que los demás interesados, quienes tienen derecho sobre el inmueble objeto del mismo, lo aprovechen correctamente o puedan beneficiarse de él en forma adecuada. Evitando de esta manera, además, que en la práctica el instituto sea desviado de los fines para los cuales fue consagrado y otorgado.

9. Conclusiones

En este capítulo nos hemos ocupado específicamente del derecho real de habitación del cónyuge superviviente, sus orígenes, finalidad e importancia. El contar con una visión histórica del instituto, y dejar en claro la finalidad para la cual fue incorporado, nos permitirá ubicarnos en una mejor posición para la elaboración de conclusiones finales en el siguiente capítulo.

Hemos explorado sobre el tema en el derecho de otros países, así como también nos hemos referido a figuras que están íntimamente emparentadas en nuestro propio ordenamiento. Comparar y estudiar estas nociones nos permitirá llevar a cabo un análisis crítico, y proyectar soluciones al respecto.

Luego analizamos su naturaleza jurídica, donde a su vez dimos nuestro punto de vista al respecto, y mencionamos nuestra postura acerca de cómo debería ser considerada esta figura.

Pasamos luego a desarrollar su tratamiento en el Código, analizamos el artículo 3573 bis, describiendo los distintos presupuestos, sus distintos caracteres, tratando de esta forma hacer una radiografía de dicho instituto, y brindar de este modo al lector un esquema del mismo.

Finalmente pasamos a tratar las causales de extinción y dedicamos un título específico al no uso, que se encuentra regulado actualmente en el artículo 2924, exponiendo las falencias respecto del mismo, así como también su discordancia y su desfasaje en relación al derecho real de habitación del cónyuge superviviente.

Por lo tanto, habiendo transitado por todos estos aspectos, y contando con el conocimiento necesario que hemos tratado de procurar, ya sea desde el ámbito normativo, jurisprudencial, o doctrinario, estamos en condiciones para, en el próximo capítulo, emitir nuestra opinión y nuestras

críticas sobre esta figura, llegando a las conclusiones finales, para luego abocarnos plenamente a la realización de una propuesta superadora que tienda a la resolución del problema planteado y al logro de los objetivos propuestos al comienzo del trabajo. De esta manera, y así dispuestas las cosas, pasaremos a desarrollar el próximo capítulo.

Capítulo 4

NECESIDAD DE ADECUACIÓN DE LA CAUSAL DE EXTINCIÓN FUNDADA EN EL NO USO EN EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 3573 BIS

SUMARIO: 1. Introducción 2. Teoría de la condición resolutoria 3. Fines a los que apunta 4. Problemas que se presentan al aplicar el artículo 2924 al derecho de habitación del cónyuge supérstite. 5. Fundamentos en base a los cuales puede hacerse una regulación adecuada al respecto 5.1 Ejercicio regular de los derechos reales 5.2 Principio de buena fe 5.3 Abuso del derecho 5.4 Actos de emulación 5.5 Primacía del interés colectivo sobre el individual 6. El no uso como condición resolutoria 6.1 Justa causa 6.2 Plazos 7. Aportes para solucionar los problemas 8. Propuesta superadora 9. Conclusiones finales

1. Introducción

Acercándonos a la finalización del trabajo, y habiendo tratado a lo largo de la investigación nociones generales de los derechos reales las cuales, a su vez, nos han permitido la comprensión de las nociones particulares desarrolladas en los capítulos segundo y tercero, con las cuales profundizamos la investigación, consideramos que hemos podido cumplir con la casi totalidad de los objetivos planteados, restándonos solo el cumplimiento del último de los objetivos específicos enumerados, que consistía en proponer una modificación al articulado del Código. Trataremos de cumplimentar este objetivo en el presente capítulo realizando propuestas concretas, para luego estar en condiciones de proceder con las conclusiones finales.

A través de esta investigación hemos realizado un extenso estudio de los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena, del derecho real de habitación del cónyuge supérstite, y específicamente del artículo 3573 bis de nuestro Código Civil.

En este punto hemos notado que esta última figura no se encuentra regulada adecuadamente (solo se encuentra contemplada en un solo artículo), padeciendo de ciertas carencias, y la más importante (ya que tiene una gran influencia en la práctica) es la inadecuada aplicación del artículo 2924, que si bien refiere al usufructo, resulta también aplicable a esta figura tan específica y particular.

Sin bien, a través de este artículo se encuentra regulado el no uso como causal de extinción del derecho, es demasiado extenso el plazo que en el mismo se contempla para resultar apropiado a la figura del derecho real de habitación del cónyuge supérstite, ya que es de diez años.

Consideramos que mantener vigente este plazo es desconocer y darle la espalda a la realidad que se presenta en estas circunstancias. No es adecuado que se deba esperar a que pasen diez años para que se extinga este derecho, si se tienen en cuenta los fines para los cuales fue otorgado. Si se mantiene inalterada esta situación, se estaría desvirtuando la esencia de este derecho real, para pasar a brindar los medios necesarios al sujeto beneficiario, para que pueda así burlar a los demás interesados en ese determinado bien objeto del derecho de habitación.

Consideramos que es una institución inspirada en los más altos y loables fines, y por lo tanto, debe ser regulada adecuadamente para que en la práctica los cumpla efectivamente y, de esta manera, no pueda utilizarse con el solo afán de perjudicar a terceros.

Creemos que tan brillante figura no debe ser empañada ni opacada por cuestiones tales como esta. Por ello, a través de una propuesta superadora que desarrollaremos en el presente capítulo, trataremos de solucionar esta cuestión, y brindar una mayor regulación del instituto, que evite su utilización de manera maliciosa e inadecuada.

Sostenemos con tesón que el derecho real de habitación del cónyuge supérstite no debe subsistir en caso de no ser ejercido por su beneficiario, sin justa causa, durante un lapso de dos años. Y en el caso de existir una justa causa, de todos modos no debe serle mantenido el derecho por un plazo mayor a los 5 años. Así lo creemos, por considerar que en estos supuestos la casa ya no cumple esa función de otorgarle un techo al supérstite, puesto que, evidentemente, esa necesidad de protección que se contempló al brindarle tal derecho, ya no existe en circunstancias tales, o no se evidencia de una manera tan imperiosa y primordial. Por lo tanto, el cónyuge supérstite ya no parece ser acreedor de ese derecho asistencial que se le otorgó otrora.

Esto conduce a una situación en donde, no solo el derecho real sobre ese inmueble ningún beneficio produce al supérstite, sino que, al mismo tiempo, está produciendo un perjuicio notorio a los demás posibles interesados que pueda haber, que por su parte, tienen un legítimo derecho sobre el inmueble, del que se ven privados injustamente.

2. Teoría de la condición resolutoria

En el capítulo anterior nos hemos ocupado de analizar la naturaleza jurídica del derecho real de habitación del cónyuge supérstite, sus distintos aspectos, y las distintas teorías que dentro de cada uno se presentan. En lo referente a los aspectos, mencionamos por un lado un aspecto formal, y por otro un aspecto material. El primero de ellos es el que nos interesa en este título y del cual nos ocuparemos.

Al respecto, cabe recordar que la doctrina no es uniforme, pudiendo encontrarse una cierta cantidad de teorías sobre la cuestión. Nosotros procederemos a exponer solo la tesis a la cual adherimos que, como ya lo hemos mencionado, es la del doctor Barbero. Por lo que entendemos como primordial contar con su aporte en este sentido. Pero vale aclarar que a dicha tesis vamos a hacerle una adición, la cual, según consideramos, va a ayudar a perfeccionar la figura en relación a algunas cuestiones. La misma consiste en subordinar tal derecho a una condición resolutoria fundada en el no ejercicio del derecho, variando el plazo según se trate de una causa justificada o no.

Nos abocaremos a realizar una explicación detallada de la postura que consideramos adecuada sobre este derecho real surgido del artículo 3573 bis, que a su vez nos servirá para resolver la carencia de la que adolece dicha figura.

Siguiendo la tesis del tan prestigioso autor, y tratando de perfeccionarla, vamos a decir que consideramos que estamos frente a un “pre-legado legal particular forzoso, sujeto a condición resolutoria fundada en el no uso de la casa por parte del beneficiario por un determinado período de tiempo variable, según la existencia o no de una justa causa”.

Desglosando este postulado vamos a fundamentar cada uno de los caracteres que lo conforman, para así poder explicar mejor la postura que adoptamos, y resultar más claros al respecto, lo que asimismo ayudará justificar lo expresado.

Empecemos por analizar donde se encuentra la piedra angular, que constituye el pilar en el que se apoya toda esta postura.

Consideramos que el derecho que obtiene el cónyuge supérstite en base al artículo 3573 bis, es un derecho que se adquiere a título derivado, y no originario como lo sostuvo Borda²⁷. Y en base a esto deviene todo lo enunciado precedentemente.

Los motivos por los cuales hemos considerado que así resulta son los siguientes. Está fuera de toda duda que el derecho del supérstite depende del derecho de su cónyuge sobre el inmueble, ya que si este último no fuese propietario de la casa, ningún derecho tendría el supérstite a obtener la protección

²⁷ BORDA, Guillermo A. Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de habitación creado por el artículo 3573 bis del Código Civil, en *El Derecho*, T. 60, 1975, ps.883-887.

que brinda el artículo 3573 bis, pues no puede afectarse a terceros que nada tienen que ver con el supérstite. Por lo tanto, si el causante es vencido en un juicio sobre la propiedad de la cosa, nada correspondería sobre la misma al supérstite.

Por otro lado, debemos tener presente que al morir el *de cujus*, sus sucesores, para poder acceder a lo que les corresponda en la herencia, primero deben pagar las cargas y deudas. Y si resulta que para afrontar las mismas se torna inevitable la venta de la casa, para de este modo satisfacer a los acreedores o al acreedor, nada podrá oponerle a estos el cónyuge supérstite, quien deberá soportar la venta de la casa, y ningún derecho tendrá a pedir la protección del artículo 3573 bis sobre la misma.

En este orden de ideas, no corresponde tampoco dicha protección en el supuesto de que el causante sea propietario de una parte indivisa del mismo, ya que no puede afectarse a los demás condóminos en sus derechos sobre ese inmueble.

Respecto a esta cuestión encontramos abundante jurisprudencia, de la cual podemos citar por ejemplo un fallo donde se resolvió: "...el causante solo era titular del 50 % del bien motivo de la litis, por lo que el cónyuge no puede pretender ejercer sobre éste el derecho de habitación. De no ser así se afectaría gravemente el derecho de propiedad de los condóminos del causante, lo que resulta inadmisibles. Adviértase que el artículo 3573 bis contempla el derecho cuando el causante dejare un solo inmueble habitable y no cuando solo deja una parte indivisa."²⁸

Por su parte, las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de derecho expresamente lo disponen en su recomendación número dos, al decir: "El derecho no opera en los casos en que el inmueble estuviese en condominio con terceros, fueren parientes o no".

Otro de los argumentos que podemos esgrimir es el relativo a la ubicación metodológica. Sobre la misma podemos decir que el artículo se encuentra ubicado dentro del Capítulo III, llamado "Sucesión de los cónyuges", que forma parte del Título IX, denominado "Del orden de las sucesiones intestadas", ambos dentro de la Sección Primera del Libro IV, que trata "De la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondían", lo cual nos deja bien en claro que se está haciendo alusión a un derecho que se obtiene de manera derivada, y no originaria.

²⁸ Cámara Nacional Civil, Sala E, "Greco, Rosario", 29/03/1982, en Rev. La ley T. 1982-D, p. 404.

La diferencia con la tesis que se inclina por la adquisición a título propio radica en lo siguiente. Al contrario de la postura que sostenemos, donde existe un derecho cuyo titularidad está en manos del causante, derecho éste que será transmitido a sus herederos al acaecer la muerte del primero, ya sea en virtud de la ley o de la voluntad de éste; en la otra teoría se sostiene que se adquiere por derecho propio, es decir, el derecho no existe en el patrimonio del causante, sino que nace por el hecho de la muerte. Algunos autores que se inclinaron a favor de esta última tesis, entre ellos Borda, asimilan a este derecho a los que se adquieren por motivo de la muerte de un sujeto, pero no a título hereditario. Así pues, como se da en el caso del seguro de vida que se obtiene por la muerte de un sujeto, donde el derecho no estaba en el patrimonio del difunto, sino que nació al momento de su muerte.

Pero en el caso del cónyuge supérstite, el derecho que se adquiere necesariamente debe encontrarse en el patrimonio del causante. Vamos a aclarar esto, si bien el *de cuius* tenía el dominio, y por el artículo 3573 bis solo transmite el derecho de habitación (el *ius utendi*), ello no implica que se trate de un derecho distinto, sino que estamos frente a una desmembración del primero.

Por su parte, esta demás decir que la nuda propiedad sí se transmitirá a los sujetos que correspondan, inclusive puede corresponderle una parte al supérstite; pero todos ellos deberán respetar la desmembración del dominio originada por dicho artículo.

Estos argumentos nos llevan a sostener que el derecho se adquiere a título derivado.

Por lo tanto, habiendo dejado en claro esta cuestión, pasaremos a los caracteres. Al respecto podemos decir que, en primer lugar, se considera un legado legal, porque entendemos que es la misma ley la que otorga un derecho al cónyuge supérstite, y lo hace independientemente de su carácter de heredero. Por lo que puede renunciar a la herencia y recibir el legado, o viceversa, sin ningún tipo de inconvenientes. Esta fue, por otra parte, la intención del doctor Cossy Isasi, ya que en la redacción del proyecto presentado por él en el Congreso podía leerse: “sin perjuicio de la legítima o cuota de la sociedad conyugal que por derecho le correspondiere”.

Si bien en nuestra doctrina encontramos en el concepto mismo de legado su carácter testamentario, como podemos ver de la definición de Borda²⁹, quien sostiene que es “una liberalidad

²⁹ BORDA, Guillermo A. Manual de Sucesiones. Ed. 12°. Buenos Aires: Perrot; 1994.

hecha en un testamento, por la que se transmiten al beneficiario derechos o excepciones de carácter patrimonial, sobre objetos particulares”.

A esta definición podríamos hacerle una simple modificación, para que así pueda resultar adecuada a nuestra postura, quedando conceptualizado el legado de la siguiente manera: “una liberalidad hecha por testamento *o por ley*, por la que se transmiten al beneficiario derechos o excepciones de carácter patrimonial sobre objetos particulares”.

Por otra parte, se trata de un legado particular, ya que a diferencia del legado de cuota, solo recae sobre un bien determinado, que en este caso es la casa que fue sede del hogar conyugal.

Se ha dicho también que se trata de un prelegado, y esto se debe precisamente a que el cónyuge supérstite además de ser llamado en carácter de legatario, es llamado por la ley en carácter de heredero, como ya mencionamos en uno de los párrafos anteriores.

La doctora Martínez Ledesma³⁰ define a los prelegados de la siguiente manera, entendiendo que es “el legado hecho a favor de un heredero, y cuyo pago se encuentra a cargo de la masa hereditaria”.

De acuerdo a la nueva concepción de legado que hemos establecido, en esta definición de prelegado, cuando se hace mención a que es el legado hecho a favor de un heredero, este debe entenderse en el sentido amplio, comprensivo tanto del legado testamentario como del legado legal.

Así dispuestas las cosas cabe hacer referencia al carácter forzoso de este legado. Del mismo se desprenderá la posibilidad o no que tenga el causante de privar al supérstite mediante un testamento o una donación de este derecho. Coincidimos con Molinario³¹ en considerar de carácter forzoso este derecho, por entender que la ley 20.798 es de orden público.

Finalmente vamos a referirnos a la mencionada condición resolutoria, condición a la que, según consideramos, debe estar sujeto este derecho, y que resulta absolutamente necesaria para evitar algunos de los problemas de los cuales adolece la institución.

³⁰ MARTÍNEZ LEDESMA, Dido T. Derecho sucesorio (Op. Cit. Cap. III, nota al pie 6)

³¹ MOLINARIO, Alberto D. Estudio del artículo 3573 bis del Código Civil. (Op. Cit. Cap. III, nota al pie 16)

Adentrándonos en este tema de las condiciones, debemos decir que respecto a las condiciones en general, Vélez lo ha tratado en el Libro II, donde se regulan las obligaciones (metodología que ha merecido justos reproches, ya que debió hacerlo en lo referente a los actos jurídicos en general).

Debemos además dejar en claro que nuestro Código acepta las dos clases de condiciones en las disposiciones testamentarias, es decir, no solo las suspensivas, sino también las resolutorias. Por lo tanto, creemos que ningún problema habría en que pueda imponerse una condición resolutoria por imperio de la ley.

Como hemos dicho, Vélez lo regula en el Libro Segundo, más precisamente en la Sección Primera, Parte Primera, que trata “De las obligaciones en general”, y dentro de ella en el Título V que refiere a las obligaciones condicionales.

En el artículo 528, refiriéndose a este tipo de obligaciones, por oposición a las obligaciones puras, nos dice: “La obligación es condicional, cuando en ella se subordinare a un acontecimiento incierto y futuro que puede o no llegar, la adquisición de un derecho, o la *resolución de un derecho ya adquirido*”. Por otra parte en el artículo 542 dice: “La obligación contraída bajo una condición que haga depender absolutamente la fuerza de ella de la voluntad del deudor, es de ningún efecto; pero si la condición hiciese depender la obligación de un hecho que puede o no puede ejecutar la persona obligada, la obligación es válida”.

Luego en el artículo 553, al referirse a las condiciones resolutorias, dispone: “La obligación es formada bajo condición resolutoria, cuando las partes *subordinaren a un hecho incierto y futuro la resolución de un derecho adquirido*”. Y finalmente en el artículo 555 declara: “Cumplida la condición resolutoria deberá restituirse lo que se hubiese recibido a virtud de la obligación”.

Artículos todos estos, que resultarán plenamente aplicables al caso que estamos tratando, en donde se cumplirá la condición resolutoria por la falta de ejercicio del derecho por parte del beneficiario.

Dispuesta así la cuestión, ésta es la que debe considerarse, a nuestro entender, como la buena doctrina; que pese a no tener respaldo normativo, pensamos que deberían adecuarse las normas para que, de esta manera, pueda nuestro derecho responder correctamente a lo que sucede en la realidad.

3. Fines a los que apunta

Una condición resolutoria fundada en el no uso del derecho por parte del beneficiario, que reduzca el plazo que establece el artículo 2924, apunta al respeto de valores como la justicia, a generar certeza en las relaciones jurídicas, a propugnar el ejercicio regular de los derechos reales, a evitar el abuso del derecho, entre otras cosas.

Queremos dejar bien en claro que con este planteo que estamos haciendo, no es que estemos en contra de que se otorguen derechos al cónyuge, ni pretendemos arrebatarles sus derechos tan bien reconocidos; ya que no nos es ajeno todo el esfuerzo, la dedicación y el tiempo que ha demandado la lucha para que se atribuyan y se amplíen los derechos en las sucesiones de los cónyuges. Derechos que, según consideramos, están debidamente otorgados, y por lo tanto, vemos como plausibles los logros obtenidos.

Por lo tanto no se debe caer en la confusión, y debe entenderse que lo que pretendemos, no es ir en contra del cónyuge supérstite, sino que se le haga una adecuada regulación de sus derechos, para que de esta manera se cumpla debidamente con la idea de justicia, y se evite el posible ejercicio abusivo por parte de estos, logrando así una armonización no solo en lo que respecta a la normativa, sino también a su aplicación práctica.

En el afán de reconocer derechos al cónyuge en la sucesión de su esposo/a, no debe caerse en el absurdo de protegerlo en exceso y en desmedro de otros sujetos, brindándole así un arma para perjudicar a los demás.

De resultar así, se estaría sobreprotegiendo a un sujeto a costa de otros, quienes se verían afectados y en situación de desamparo legal frente a esta circunstancia en donde la ley les da la espalda, olvidando que ellos también son sujetos de derecho a los cuales, del mismo modo, debe brindar su protección.

Para concluir esta idea, nos parece adecuado citar una parte de un fallo donde se dice entre otras cosas: "...si es posible el amparo del cónyuge sobreviviente por conducto de otros resortes, no puede exigirse el sacrificio o sometimiento de la propiedad en perjuicio de los herederos"³².

4. Problemas que se presentan al aplicar el artículo 2924 al derecho de habitación del cónyuge supérstite

La aplicación del artículo 2924 en estos casos resulta totalmente inadecuada. En primer lugar, por el hecho de que es una norma que está dispuesta para el caso del usufructo, y que si bien resulta aplicable al derecho de habitación, no puede surgir de su implementación a este instituto una solución justa, debido a las características tan peculiares que tiene el derecho de habitación del cónyuge supérstite, como así también su finalidad tan específica. Particularidades estas que de ningún modo pudo tener en miras el legislador al redactar el artículo 2924.

Y en segundo lugar, por la circunstancia de que, como ya hemos dicho en su momento, este artículo fue creado teniendo en vistas al usufructo contractual (más allá de que también resulta aplicable a los demás tipos de usufructo) y a eso se debe el plazo tan prolongado.

Por lo tanto, de su aplicación pueden resultar perjudicados ciertos sujetos interesados en ese inmueble objeto del derecho de habitación. Así por ejemplo, en el caso de que el supérstite concurra a la sucesión intestada de su cónyuge junto a los hijos, ya sean comunes o sean del o la causante con otra pareja, según las reglas del derecho sucesorio, y suponiendo que ese inmueble fuese ganancial, le correspondería la mitad al supérstite en carácter de socio de la sociedad conyugal, y la otra mitad se dividiría en partes iguales entre los hijos. Pero en caso de acogerse el supérstite al derecho real de habitación otorgado por el artículo 3573 bis, los hijos, si bien tendrán una parte alícuota de esa casa, verán su dominio desmembrado, no gozando del *ius utendi* el cual estará en manos del supérstite, y que deberán respetar mientras subsista. Por lo que no podrán ocupar o usar esa casa, salvo que el beneficiario del derecho de habitación se lo permita.

³² CNCiv., sala I, 13/11/1997 "Noailles, Juan J. s/suc.", en Revista La Ley T. 1998-F, pág. 14.

Como tendrán temporalmente solo la nuda propiedad, si bien podrán disponer de su parte, el sujeto que la adquiriera deberá también respetar la desmembración del dominio mientras subsista, por lo que al nudo propietario le resultará muy difícil encontrar un comprador, y en el hipotético caso de que lo encuentre, evidentemente deberá venderlo a un valor mucho menor del que podría hacerlo en el caso de tener la propiedad plena.

De esta forma se verán afectados sus derechos, los que se encontrarán limitados en favor del supérstite, para que este pueda seguir habitando la casa que fue el hogar conyugal.

La situación no difiere mucho en el caso de que se trate de un bien propio del causante, ya que en este supuesto, tanto el supérstite como los hijos concurrirán todos por partes iguales, y si bien en este caso la porción de los hijos será más amplia que en el caso de que la casa fuese ganancial, si el supérstite solicitara la protección, deberán respetar ese derecho de habitación mientras subsista.

Pasando al ejemplo de que el supérstite concorra con ascendientes, y el bien fuese ganancial, el primero tomará la mitad como socio de la sociedad conyugal, y de la otra mitad le corresponderá el 50%, quedando el 50% (es decir, el 25% del total) restante para los ascendientes más próximos, que la deberán repartir por cabeza.

Tratándose de un bien propio, el supérstite tomará la mitad, quedando la otra mitad para los ascendientes que, como en el caso anterior, deberán también repartirla por cabeza.

Si bien en estos casos los demás sujetos se ven menos afectados que los descendientes, puesto que les corresponde un menor porcentaje al correspondiente a aquellos en la sucesión de sus ascendientes, debido a que el porcentaje del supérstite es más amplio, no dejan de ver afectados sus derechos en caso de que se otorgue la protección del artículo 3573 bis, del mismo modo que aquellos.

Además, este derecho será oponible a los demás legatarios, quienes nada podrán exigir mientras ese bien este sujeto al derecho real de habitación a favor del cónyuge supérstite.

Por último, vamos a pasar a analizar la situación de los acreedores. Por un lado podemos encontrar a los acreedores de los coherederos, a quienes, si bien les resulta oponible el derecho real de habitación, les está permitido cobrarse sus acreencias de la nuda propiedad; pero cabe aclarar que en

caso de proceder a ejecutar la misma, el comprador en la subasta deberá respetar el derecho de habitación, lo que sin dudas disminuirá el valor de esa parte.

Por otro lado nos encontramos con los acreedores del causante, y en este aspecto debemos decir que el derecho real de habitación del cónyuge supérstite no les resulta oponible, ya que primero deberán satisfacerse las deudas del causante, para luego tener lugar los derechos hereditarios correspondientes.

En todos los casos que mencionamos, donde se ven afectados derechos de sujetos con intereses sobre el inmueble objeto del derecho real de habitación del cónyuge supérstite, debe tenerse presente que esa afectación es temporal, ya que la protección del artículo 3573 bis a lo sumo puede durar el tiempo de vida de su beneficiario, y no más que eso, puesto que es vitalicio. Siempre y cuando no se vea extinguida antes de ocurrir la muerte, por motivo de producirse alguna otra causal de extinción.

Si bien se produce una afectación a ciertos sujetos, como los que mencionamos en los párrafos anteriores, no debe perderse de vista que se origina con el fin de beneficiar al cónyuge y que el mismo no se vea desterrado de lo que fue su hogar conyugal, ni se encuentre en una situación de calle a una edad en la que poco puede hacer para solucionarlo, lo que resulta a todas luces correcto.

Por lo tanto, si bien consideramos adecuado que los demás deban soportar dicha carga para proteger al supérstite y lograr fines tan nobles; creemos que se comete una total injusticia cuando dichos fines dejan de existir, y pese a no ser lo querido por el artículo ni por sus creadores, dicha institución se comienza a utilizar con la intención de perjudicar a estos terceros; ya sea para sustraerse al pago de posibles acreencias, como podría darse en caso de connivencia entre el supérstite y los demás coherederos en perjuicio de los acreedores de estos últimos, para así mantener por un tiempo prolongado el derecho de habitación, motivo éste que provoca que los acreedores se abstengan de ejecutar la nuda propiedad (cuya titularidad corresponde a sus deudores), por ser de una inconveniencia notoria, debido a la reducción del valor que sufre por encontrarse desmembrado el dominio, y de esta forma postergar el pago de una manera indefinida; ya sea por utilizarse como un arma por el cónyuge supérstite, frente a los demás coherederos, que podrían ser, por ejemplo, hijos del causante producto de una relación extramatrimonial y con los cuales tenga el beneficiario muy mala relación, para evitar por medio de esta figura, que estos puedan utilizar el bien, o vender la parte que les corresponda a un valor

adecuado; ya sea para sustraerse al cumplimiento de los legados; o ya sea por solicitarlo el supérstite porque verdaderamente lo necesitaba en ese momento, pero que con el tiempo cambiaron las circunstancias y ya no le hizo falta, y sin embargo lo sigue manteniendo en perjuicio de los demás sujetos sin motivo valedero alguno, solo por egoísmo o simple desentendimiento de la cuestión.

Frente a situaciones tales, cabe preguntarse:

- ¿Qué sentido tiene seguir manteniendo la protección a favor del cónyuge supérstite?
- ¿Es correcto que siga pesando sobre los demás interesados este derecho de habitación sin motivo alguno?
- ¿Debe aplicarse estrictamente la norma, que resulta totalmente desfasada con el instituto, sin hacer una interpretación armónica del conjunto normativo?
- ¿No interesan los fines por los cuales se consagra normativamente esta institución?

Concluimos diciendo que dichas situaciones no deben permitirse, debiendo ser contempladas por la ley, y reguladas adecuadamente, para así evitar que se produzcan hechos como los mencionados, que muy lejos están del ideal de justicia.

5. Fundamentos en base a los cuales puede hacerse una regulación adecuada al respecto

Para llegar a una regulación adecuada podemos recurrir a distintos institutos en nuestro ordenamiento, que nos ayudaran a buscar una solución conforme a derecho de estos problemas que se producen en la práctica en relación al derecho real de habitación del cónyuge supérstite, y que no tienen solución expresa actualmente.

Entre los distintos fundamentos por los que consideramos que no debe tolerarse esta utilización del instituto, podemos mencionar el ejercicio regular de los derechos reales, el principio de buena fe, el ejercicio abusivo de los derechos reales, los actos de emulación, y el interés colectivo que debe primar sobre el interés individual.

5.1 Ejercicio regular de los derechos reales

Comenzaremos desarrollando lo referente al ejercicio regular de los derechos reales, y al respecto podemos decir que la ley 17.711 ha modificado al artículo 2513, el cual tenía una visión totalmente individualista, ya que otorgaba “el derecho de poseer la cosa, de disponer o de servirse de ella, de usarla y gozarla *según la voluntad del propietario*”.

Hoy la situación ha cambiado, y ya no es así, puesto que el actual artículo dispone: “Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un *ejercicio regular*”.

Por su parte, en el mensaje de justificación de la reforma se expresó: “En el mundo moderno, la propiedad no solo significa derechos, sino también deberes. Tiene una función social”, y también: “Lo que realmente, moralmente la justifica, no es el origen del título, sino el buen uso que se haga de ella, teniendo en mira no sólo el interés propio, sino también el de la comunidad”.

Si bien se alude a la propiedad, lo propio cabe para los todos los derechos reales, inclusive el derecho real de habitación del cónyuge supérstite.

5.2 Principio de buena fe

Pasemos ahora a ver el principio de buena fe. Al respecto podemos decir que a lo largo de las disposiciones contenidas en el Libro III, encontramos numerosas alusiones a la buena fe, como en el caso de las reivindicaciones (arts. 2422, 2423, 2427, 2429, etc.), en el caso de la posesión de las cosas muebles (art. 2412), en la usucapión (art. 3999), entre otras. Por lo que en nuestro ordenamiento no resulta ajena a los derechos reales la buena fe, la cual consideramos que debe estar presente también en el caso del artículo 3573 bis, para no desvirtuar dicha figura. Y evidentemente, no puede decirse que exista buena fe por parte del beneficiario del derecho que deja de ejercerlo por un prolongado período de tiempo, sin tener una causa válida, ya que estaría perjudicando a terceros, como lo vimos anteriormente, sin motivo alguno.

Respecto a este principio, hay un fallo en donde está en discusión el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, y entre las distintas cosas que se mencionan, se hace alusión en una parte a la

buena, al referirse a la apreciación de la conductas de las partes que deben ser consideradas a la luz de las reglas de la buena fe que debe observarse en el momento de las tratativas particionarias³³.

5.3 Abuso del derecho

Al referirnos al abuso del derecho debemos dejar en claro en qué consiste. Al respecto el doctor Andorno³⁴ nos enseña que son supuestos en donde existe el derecho, pero resultan vulneradas las pautas relativas a su ejercicio del modo en que fueron previstas por el ordenamiento jurídico. Es decir el sujeto es titular de un derecho, pero lo ejerce de una manera para la que no fue prevista por la norma. Además de lo mencionado es necesario que se evidencie y aparezca en forma manifiesta el antifuncionalismo.

En el caso que nos ocupa, se da esta situación claramente, puesto que el artículo 3573 bis tiene la finalidad de proteger y no dejar sin techo al cónyuge supérstite, y si éste cumple con los requisitos exigidos por la norma, tendrá en forma legítima ese derecho; pero si tenemos en cuenta los casos antes mencionados, donde no lo ejerce generando un perjuicio a terceros, podemos evidenciar que pese a tener en forma legítima ese derecho, resultan vulneradas las pautas relativas a su ejercicio, del modo en que fueron previstas por el ordenamiento normativo.

El instituto del abuso del derecho ha sido introducido al Código Civil por la reforma de 1968, que por medio de la ley 17.711 ha incorporado el artículo 1071, el cual consagra lo siguiente: “El *ejercicio regular* de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el *ejercicio abusivo* de los derechos. Se considerará tal al que contraríe 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”.

De este artículo podemos extraer que debemos entender por abuso del derecho, ya que el mismo nos da dos pautas al respecto. Ellas son las siguientes:

³³ Ídem nota al pie 6.

³⁴ ANDORNO, Luis O., Abuso del derecho, Revista Zeus, Tomo 16, D-21.

- Que su ejercicio contraría los fines que tuvo en mira la ley al reconocerlos.
- Que su ejercicio exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

A esto cabe agregar que, según palabras de Andorno³⁵, “la omisión puede también llegar a constituir abuso del derecho, aún cuando no exista el deber legal de actuar”.

En relación a los derechos reales el artículo 2514 expresa: “El ejercicio de estas facultades no puede ser restringido en tanto no fuere *abusivo*, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades”.

De dicho artículo surge que en caso de resultar abusivo el ejercicio de las facultades otorgadas por los derechos reales (en nuestro caso el *ius utendi*, que otorga el derecho de habitación sobre la casa sede del hogar conyugal al supérstite), el mismo puede ser restringido.

En este sentido se han pronunciado nuestros tribunales, en el caso Barragán, Luis A., s /suc.³⁶, al decir, “No se olvide que frente al derecho de la cónyuge están los derechos de los herederos del causante, y la ley, en tanto la expresión de la justicia, tiende a mantener el equilibrio entre unos y otros, sin que pueda admitirse el ejercicio antifuncional de una prerrogativa legal (doct. Art. 1071 Cód. Civil)”.

Asimismo, podemos encontrar normativa específica al respecto en el derecho comparado, como por ejemplo el artículo 529 del Código Civil español, que establece: “Los derechos de uso y habitación se extinguen por las mismas causas que el usufructo y además por *abuso grave* de la cosa y de la habitación”.

³⁵ ANDORNO, Luis O. Abuso del derecho (Op. Cit. nota al pie 8)

³⁶ CNCiv., Sala D, “Barragán, Luis A., s / suc.” 02-06-1995 en Revista La Ley T.1996-C, pág. 353.

5.4 Actos de emulación

Debemos entender por tales actos los que lleva a cabo el titular de un derecho en ejercicio del mismo, pero que no lo hace con el fin de beneficiarse por medio de éste, sino que lo hace con el único objetivo de causar un perjuicio a otro sujeto.

Vemos que están íntimamente relacionado con el abuso del derecho, y que si bien no tienen recepción normativa, no son desconocidos para la doctrina, ni para la jurisprudencia local.

Por lo tanto creemos que es un aporte más que respalda nuestra postura respecto a la solución del problema que se da en el derecho de habitación viudal (como lo llaman algunos autores).

5.5 Primacía del interés colectivo sobre el individual

Finalmente otro de los argumento del cual nos vamos a valer es la circunstancia de que no puede permitirse que prime el interés particular sobre el interés colectivo.

En este sentido se han resuelto las cuestiones que suscitaron problemas de este tipo, y el ejemplo más claro al respecto lo podemos encontrar en los casos de expropiaciones, donde cede el interés particular frente al interés público.

Y en este aspecto, entra a tener un papel importantísimo una situación de total actualidad, que es precisamente la demanda de habitación que se está manifestando últimamente y de una forma cada vez más frecuente en las grandes ciudades, y es a su vez, una cuestión que no solo genera problemas a los sujetos que la padecen, sino que también resulta un problema para los gobiernos que se encuentran frente a esta carencia a la que deben encontrarle solución de las manera más expedita posible.

Por lo tanto pensamos que debe evitarse, y en estos tiempos más que antes, la inutilización de los inmuebles, sea por el motivo que fuere. Esto ayudará a combatir dicha carencia, posibilitando el acceso a viviendas a las personas que las necesitan, que muchas veces se encuentran junto a su familia entera sin posibilidad de conseguir un techo, o de conseguir uno a un valor razonable.

Teniendo en cuenta esto, no puede permitirse que se deje abandonado un inmueble, sin que persona alguna lo habite, por el solo capricho o desinterés que tenga sobre el mismo el cónyuge supérstite, a quien se otorgó la protección del artículo 3573 bis, pero que ya no ejerce su derecho de habitación sobre el mismo. Esto no hace más que sacar a ese inmueble del tráfico mercantil, sustrayéndolo solo para dejarlo abandonado, sin que nadie pueda aprovecharlo.

No debe entenderse esta actitud sino como una falta de respeto hacia la función social que trata de otorgarle el ordenamiento normativo a la propiedad. Y por lo tanto no debe admitirse de ninguna manera.

El análisis de todas estas cuestiones nos llevan al convencimiento de que debe regularse de manera adecuada el derecho real de habitación del cónyuge supérstite para que no pueda hacerse un uso inadecuado de dicha figura, incurriendo el beneficiario en estas situaciones contrarias a derecho, que pueden llevar a desprestigiar tan alta institución.

Por lo tanto debe adecuarse la causal de extinción del no uso, y establecerse específicamente para estos casos, teniendo en cuenta un plazo adecuado que se ajuste a los fines perseguidos por la misma.

6. El no uso como condición resolutoria

Si bien el no uso estaba regulado por el artículo 2924, consideramos que es pertinente realizar una regulación específica para el derecho de habitación del cónyuge supérstite, por las características particulares que esta figura presenta.

Por lo tanto creemos conveniente que se contemplen plazos más acordes, como así también, se regule concretamente el supuesto en que exista justa causa y su influencia sobre esta causal.

Para empezar, queremos dejar en claro que tanto los fundamentos como su naturaleza determinan la necesidad de que cese la protección cuando no están presentes las circunstancias que, por ser acordes con los fines de dicha figura, se tuvieron en cuenta al aplicar ésta institución. Por lo tanto, en el caso del no uso por parte del beneficiario debe cesar este derecho de habitación, ya que se hace

notoria la ausencia de las circunstancias que demostraban la necesidad de techo, y que justificaban que se vulnerara temporalmente los derechos de terceros, para lograr por medio de ello proteger al beneficiario.

Esto que mencionamos está fuera de toda duda, lo que no resulta muy claro es como tratar la cuestión en caso de que exista una justa causa por la cual no se pueda hacer uso de ese derecho.

Por otro lado tampoco es claro lo referente al plazo donde, si bien dijimos que debe considerarse extinguido el derecho por el transcurso de uno más reducido, es menester determinar con exactitud el mismo. También debe establecerse con claridad si ese plazo varía en caso de demostrarse la existencia de justa causa. Y si así fuese, ¿cuál es el plazo que corresponde?

De estas cuestiones nos ocuparemos, tratando de arrojar un poco de luz frente a estas circunstancias que a primera vista no resultan ser muy claras.

6.1 Justa causa

Nos inspiraremos, en relación a esta cuestión, en el régimen del bien de familia, que ya hemos mencionado en el Capítulo III y que, como ya lo hemos visto, está íntimamente emparentado y persigue fines similares.

Este régimen contempla como una de sus causales de desafectación el no habitar o explotar el inmueble por cuenta propia, que además es uno de los requisitos exigidos por parte de ley 14.394.

Establece el artículo 41 de la misma: “El propietario y su familia estarán obligados a habitar el bien o a explotar por cuenta propia el inmueble o la industria en él existente salvo excepciones que la autoridad de aplicación podrá acordar sólo transitoriamente y por causas debidamente justificadas”.

Por lo tanto, en caso de existir causa justificada podrá continuar la afectación del inmueble como bien de familia, pero solo en forma transitoria. Estas causas justificadas, al constituir excepciones al régimen general, deben ser evaluadas restrictivamente.

Por otra parte, como ya lo adelantamos, el artículo además exige que esa justa causa sea transitoria. Esto se debe a que no se puede mantener la protección, sin que se esté cumpliendo con la finalidad para la cual se otorgó la misma.

Estos mismos argumentos pueden ser implementados para el supuesto del derecho real de habitación del cónyuge superviviente, es decir, en caso de no ejercer tal derecho debería cesar la protección, por no estar cumplimentándose la finalidad para la que fue otorgada, salvo el caso de que exista justa causa, donde se permitirá continuar con la protección, pero solo de manera transitoria.

Por lo tanto consideramos que debe hacerse una distinción. En caso de no uso sin justa causa, el derecho del superviviente deberá extinguirse en un breve lapso de tiempo; por otro lado, en caso de no uso, pero demostrada la existencia de justa causa, deberá respetarse tal derecho pero en forma transitoria, por un período más de tiempo. Cumplido el mismo, y persistiendo dicha situación, también se verá extinguido el derecho.

Entendemos como posibles causas de justificación, la internación del cónyuge superviviente por enfermedad; su traslado a otra ciudad, provincia o país por cuestiones laborales o de estudios; el instalarse en casa de un familiar o amigo/a para cuidarlo por encontrarse en una situación de invalidez; la evacuación de esa región por el acaecimiento o pronóstico de catástrofes naturales; entre muchas otras situaciones que, ya se trate por la multiplicidad en que pueden presentarse o la imposibilidad de preverlas, resulta utópico querer abarcarlas a todas en una enumeración.

Respecto de los plazos específicos para los casos en que existan estas justas causas, como para los casos en que no existan, los determinaremos a continuación.

6.2 Plazos

Como ya hemos dicho en reiteradas ocasiones, el plazo vigente actual para la causal de no uso resulta demasiado excesivo. No parece desde ningún punto de vista adecuado que deba esperarse que transcurran 10 años de abandono de la casa, para poder exigir los derechos que puedan tener sobre la misma los demás sujetos.

Al respecto, Molinario³⁷ nos dice que en ningún caso debe mantenerse un plazo tan prolongado con relación a un derecho tan especial.

Creemos que la solución radica en establecer un plazo que responda a la naturaleza de dicha institución, y esté de acuerdo a los fines de la misma, y que de esta manera tienda a evitar que en la práctica se haga un uso inadecuado de ésta figura.

Dicho plazo, según nuestra opinión, debe ser reducido para evitar así que se haga interminable la espera para los demás interesados, y para que la protección que se otorga al beneficiario no caiga en el vacío, puesto que, de esta manera, el mismo se verá obligado a ejercer tal derecho o a renunciar al mismo, tomando la parte que le corresponda sobre ese bien y permitiendo que los demás coherederos, legatarios, o acreedores puedan hacer lo propio con las suyas.

Esto no afectará a la protección que se pretende dar al cónyuge, puesto que mientras lo ejerza nada podrá cuestionársele, sino que le imposibilitará que abuse de su derecho, y a su vez le brindará una herramienta a los terceros para hacer valer sus derechos frente a estas situaciones que resultan absurdas.

Planteadas así las cosas, consideramos como adecuado, medurado y eficaz establecer un plazo de dos años continuos de no uso sin justa causa. Vencido el mismo, los terceros podrán exigir que cese la protección y la nuda propiedad se haga expansiva al todo, extinguiéndose el dominio desmembrado que existía.

Por otro lado, en caso de que el beneficiario demuestre que no ejerció su derecho por motivos que puedan configurar una justa causa, debe la norma ser más comprensiva al respecto, ampliando el plazo para su extinción a 5 años, que a su vez resulta la mitad del establecido por el artículo 2924.

Consideramos que es un plazo razonable y correcto, ya que si bien debe entenderse la situación de quien no ejerce el derecho por una justa causa, no puede desconocerse la situación de los demás interesados que también tienen legítimos derechos sobre ese inmueble que está inutilizado, sin aprovechamientos de ningún tipo. Esperar al transcurso de los 10 años, aun existiendo justa causa, no resultará prudente si se tiene en cuenta que el derecho se otorgó para que el supérstite no carezca de

³⁷ MOLINARIO, Alberto D. El estudio del artículo 3573 bis del Código Civil. (Op. Cit. Cap. III, nota al pie 16).

techo, pero cabe cuestionarse ¿qué sentido tiene mantener ese techo que a nadie sirve de resguardo? Si pasaron 5 años sin que habite en la casa objeto del derecho de habitación, ¿realmente subsiste esa necesidad que lo llevo a ampararse bajo ese derecho?

Según nuestro entender, no se puede admitir que se mantenga la protección sin que a su vez se cumpla con la finalidad de la misma.

Si bien la existencia de una justa causa amerita que se tenga cierta comprensión al respecto, no se debe desconocer que también se encuentran afectadas otras personas, que asimismo pueden estar en un estado de necesidad, y tener apuros en obtener prontamente los beneficios que de su parte correspondiente a esa casa puedan sacar.

Por eso hay que ser equitativos con todas las partes del conflicto. Y además, cabe recordar que el cónyuge en estos casos no se ve despojado sin más de su casa, encontrándose privado de todos los derechos sobre la misma; puesto que, probablemente tenga una porción de ella que le corresponda, ya sea en carácter de socio de la sociedad conyugal, o en carácter de heredero.

7. Aportes para solucionar los problemas

Deberá incorporarse en nuestro ordenamiento normativo los legados *ex lege*, para que, al estar dispuesto expresamente, no quede dudas al respecto y se considere modificada la estructura del derecho sucesorio.

Entendemos que el derecho real de habitación del cónyuge supérstite debe ser perfeccionado, y debe modificarse además su redacción, para de este modo, lograr una regulación más adecuada de esta figura.

Consideramos que se debe regular expresamente el no uso como condición resolutoria de este derecho real, estableciéndose un plazo de 2 años en caso de no existir causas justificadas, y un plazo de 5 años, si las mismas son demostradas.

8. Propuesta superadora

Después de todo lo dicho, tomando en consideración las falencias y posibles soluciones a los problemas que presenta el instituto, intentaremos reformar el tratamiento normativo del derecho real de habitación del cónyuge supérstite que se encuentra plasmado en el artículo 3573 bis de nuestro Código Civil, para adecuarlo correctamente a la realidad, que pueda cumplir cabalmente con los fines para los que fue creado, y que los sujetos beneficiarios de este derecho puedan utilizarlo correctamente, sin generar temor en los demás interesados en la casa por un posible abuso por parte de aquellos.

Consideramos que la ubicación metodológica de los artículos en los cuales regularemos el derecho real de habitación del cónyuge supérstite debe ser en el Libro IV, Sección Primera, Título IX, Capítulo III; es decir, tal cual como lo encontramos ahora, pero en lugar de otorgarle el artículo 3573 bis, creemos adecuado incluir estos preceptos entre el artículo 3571 y el 3572.

Creemos que ésta será una ubicación correcta, puesto que este derecho opera principalmente frente a los descendientes o los ascendientes del causante, y no frente a los colaterales que se ven excluidos por el cónyuge, sin necesidad de invocar derecho real alguno. Por este motivo, decidimos ubicarlo antes del artículo 3572 que hace alusión a los colaterales.

Por su parte, pensamos que la ubicación que tiene actualmente en el artículo 3573 bis es desacertada, ya que está ubicado entre las causales de exclusión del supérstite en la sucesión de su cónyuge, lo cual no resulta adecuado.

Así determinado pues, los artículos a incorporar serían los siguientes:

Artículo 3571 bis. El cónyuge supérstite recibirá en carácter de legatario un derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la casa que fue sede del hogar conyugal, cuando ésta fuera el único inmueble habitable que integre el haber hereditario al momento de la partición, y los demás bienes no le posibiliten satisfacer su necesidad de vivienda.

La estimación del inmueble no debe sobrepasar el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia

Artículo 3571 ter. Este derecho se extinguirá en caso de no uso por parte del beneficiario, sin justa causa, durante el plazo de dos años continuos. En caso de existir justa causa, el derecho se extinguirá por su no uso al cabo de 5 años continuos.

Artículo 3571 quater. Se considerará como justa causa, aquellas situaciones que obliguen al sujeto a cesar en el uso de su derecho por motivos fundados y razonables, como ser por cuestiones de salud, de trabajo, de estudio, y todas aquellas que infundan en el juez la creencia y la convicción de estar debidamente justificada.

Por otro lado, como ya hemos aludido, deberá adecuarse la normativa en relación a los legados *ex lege*, por lo que consideramos que resulta necesario reconocer expresamente la procedencia de estos legados dentro del Código, pero es una cuestión que deberá analizarse en profundidad, y por lo tanto excede el contenido de este trabajo.

9. Conclusiones finales

El derecho va evolucionando con el paso del tiempo, pero a nadie escapa que el transcurso del mismo es cada vez más acelerado, y la consecuencia que esto genera, es que las realidades junto con sus problemas, se adelantan por mucho al derecho, el que, lamentablemente, llega siempre tarde a solucionar las cuestiones y las controversias que a causa de los mismos se presentan.

A su vez, el derecho también evoluciona a la par del desarrollo del pensamiento y la idiosincrasia de los pueblos a los cuales pertenecen.

Todo esto que mencionamos puede verse completamente reflejado en el reconocimiento de los derechos hereditarios en la sucesión del cónyuge, que si bien se hizo esperar, fue ganando lenta y paulatinamente su lugar en nuestro ordenamiento jurídico.

Una de los máximos logros al respecto se produjo con la protección que se le concedió al mismo mediante el llamado derecho real de habitación del cónyuge supérstite del cual nos ocupamos.

Si bien este derecho real se estableció expresamente en nuestro ordenamiento, su regulación resultó escasa y víctima de serias falencias. Esto no debe sorprender, puesto que ante la falta de antecedentes al respecto en el momento en que se reguló, era total y absoluta la inexperiencia sobre dicha figura.

Sin embargo esto no le quita trascendencia ni importancia, ya que estamos ante un instituto de un valor inmensurable, que no debe ser dejado de lado. Asimismo, no debe permitirse que, por los posibles defectos que presenta su regulación, se deje de reconocer una figura de tal dimensión.

Una de sus falencias es la referente al no uso como causal de extinción, que por contemplar un plazo demasiado excesivo, puede llegar a generar cierto recelo por parte de terceros, que pueden verse afectados por una actitud desleal y abusiva que pudiera asumir el beneficiario de tal derecho.

Es que si bien se pretendió proteger a una parte, resulta que puede verse menoscabada, en una forma desmedida e infundada, el derecho de otras, y el ordenamiento jurídico no puede tener una visión parcial de la realidad ni de los problemas, este debe tender a la realización de una justicia en favor de todos, de manera igualitaria y equitativa, dentro de lo que resulte posible.

Es por esto que consideramos tan necesario e imprescindible solucionar esta cuestión, y con ese fin hemos realizado una propuesta superadora tendiente a lograr la resolución de éste conflicto, y contribuir por medio de ella al perfeccionamiento de nuestro derecho positivo.

Para esto, no hay lugar a dudas, la ley tiene un papel primordial, puesto que de ella deben surgir las pautas a seguir, y es ella la que debe brindar las soluciones, evitando así que se den posturas encontradas, que no permitan tener certeza sobre la situación, afectando gravemente a la figura en cuestión.

No desconocemos la solución por la que pugnan ciertos autores para el caso de no uso del derecho por parte del supérstite, considerando estos que basta con la intimación por parte del juez, de que vuelvan a ejercer su derecho dentro de un cierto tiempo, bajo apercibimiento de cesar el derecho de habitación cuya titularidad detentan.

Pero en opinión nuestra, tratar de solucionar el problema por estos medios, si bien es una posibilidad hoy en día, tal como están dispuestas nuestras normas, genera demasiada incertidumbre, puesto que al no surgir de la ley, no se puede tener la seguridad acerca de si el juez procederá de esta manera o de cualquier otra.

Esto puede causar que el sujeto afectado, al encontrarse frente a este panorama, sin saber qué respuesta obtendrá de la justicia, con una gran falta de certeza por no tener respaldo en normativa alguna, y viéndose en riesgo de tener que cargar además con las costas del proceso, se quede en un estado de inactividad, dejando lugar a que se mantenga una situación injusta, por evitar una injusticia aún mayor en caso de que se resuelva en forma contraria a sus pretensiones.

Por lo tanto, el hecho de contar en el Código Civil con normativa que expresamente trate la cuestión, y le brinde las herramientas para poder defenderse frente a situaciones como éstas, contribuye a acercarnos un poco más al ideal de justicia.

Debemos advertir que la posibilidad de hacer cesar el derecho real de habitación del cónyuge supérstite en un plazo adecuado cuando el beneficiario no hace uso de él, no solo brinda una herramienta importantísima a todos esos sujetos afectados, que ya no deberán esperar el transcurso de un plazo interminable; sino que además, en forma indirecta, ayudará a realizar ciertos progresos en lo referente a la falta de habitación, de un espacio físico, que se da en las grandes metrópolis. Problemática esta última que, si bien requiere de otras medidas específicas para ser resueltas, pueden verse reducida en parte por el efecto colateral de la implementación de esta herramienta, que impedirá que el inmueble este deshabitado sin posibilidad de que nadie lo utilice.

A modo de conclusión, y luego de todo lo mencionado, podemos decir que la consecuencia más importante de regular adecuadamente esta figura por medio de normas plasmadas en el Código, es que contribuirá y permitirá que los sujetos puedan ver una figura tan valiosa, como es el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, sin descreer de la misma.

ANEXO DOCUMENTAL

Ley 20.798

Boletín Oficial 18/10/74.

LEY 20.798:

Artículo 1 – Sanciónese como artículo 3573 bis del Código Civil el siguiente: Art. 3573 bis. 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 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.

Artículo 2 – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Sanción: 27/09/1974

Promulgación: 11/10/1974

Publicación: B.O. 18/10/1974

IV JORNADAS SANRAFAELINAS DE DERECHO CIVIL

San Rafael-Mendoza, Marzo de 1976. Recomendaciones:

- 1- El derecho se ejercerá cuando el causante deje solamente un inmueble habitable como integrante del acervo hereditario. No obstante, corresponderá igualmente cuando a pesar de existir otros bienes, éstos fueren suficientes para satisfacer las necesidades habitacionales del cónyuge supérstite.

- 2- El derecho no opera en los casos en que el inmueble estuviese en condominio con terceros, fueren parientes o no.
- 3- El cónyuge supérstite no deberá poseer a título propio otros bienes que le permitan satisfacer su necesidad habitacional.
- 4- Deberán tenerse en cuenta los valores que las reglamentaciones locales autorizan para la constitución del bien de familia, al momento de la apertura de la sucesión (art. 34 *in fine* y 42, ley 14.394).
- 5- El derecho se extiende a lo muebles que formen el ajuar de la casa (arts. 2316, 2320 y nota al 2956 del Código Civil)
- 6- El derecho de habitación del cónyuge supérstite deberá inscribirse previa orden judicial en el Registro de la Propiedad, a los efectos de su oponibilidad a terceros (art. 2505 del Código Civil y arts. 2, 3 y 14 de la ley 17.801).
- 7- El cónyuge supérstite deberá petitionar el reconocimiento de su derecho.
- 8- El beneficio establecido por el art. 3573 bis resulta aplicable únicamente a las sucesiones abiertas con posterioridad a la vigencia de la ley 20.798.

FIRMADO: Augusto C. Belluscio, Eduardo A. Zannoni, Luis O. Andorno, Carlos H. Vidal Taquini, Omar U. Barbero, Carlos García Pareja, Aída R. Kemelmajer de Carlucci. El doctor García Pareja se abstuvo de votar las recomendaciones 1) y 3); el doctor Vidal Taquini la recomendación 8).

BIBLIOGRAFÍA

General

- ALLENDE, Guillermo L. “Panorama de los derechos reales”. Buenos Aires. Ed. La Ley. 1967.
- AREÁN, Beatriz A. “Derechos Reales” I. 6° edición. Buenos Aires. Hammurabi. 2005.
- BORDA, Guillermo A. “Manual de sucesiones”. Ed. 12°. Buenos Aires. Perrot. 1994.
- BORDA, Guillermo A. “Tratado de derecho civil. Derechos reales”, Tomo II. 4° edición. Buenos Aires. Ed. Perrot. 2003.
- CÓDIGO CIVIL. Zavalía. Buenos Aires. 2007.
- ZINNY, Mario A. “Manual de derechos reales”. Rosario. Juris. 2009.

Especial

- ANDORNO, Luis O. “Abuso del derecho”. Revista Zeus. Tomo 16.
- BARBERO, Omar U. “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite”. Buenos Aires. Astrea. 1977.
- BORDA, Guillermo A. “Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de habitación creado por el artículo 3573 bis del Código Civil”. Ed. El Derecho, T.60. 1975.

BORDA, Guillermo A. “El derecho de habitación del cónyuge supérstite”. Ed. El Derecho, Tomo 57. 1975.

GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. “Derechos reales”, Tomo II. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 2010.

JURISPRUDENCIA, Revista La Ley; Jurisprudencia Argentina.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “Protección jurídica de la vivienda familiar”. Buenos Aires. Hammurabi. 1995.

MARIANI DE VIDAL, Marina. “Derechos reales”. Tomo III. 7º edición. Buenos Aires. Zavalía. 2004.

MARTÍNEZ LEDESMA, Dido T. “Derecho sucesorio, La sucesión ab intestato”. Rosario. Río editora. 2004.

MOLINARIO, Alberto D. “Estudio del artículo 3573 bis del Código Civil”. Revista La Ley, T.1975-B. 1975.

MUSTO, Néstor J. “Derechos reales”. Tomo II. Buenos Aires. Astrea. 2000.

ÍNDICE

1. Resumen.....	1
2. Estado de la Cuestión.....	3
3. Marco Teórico.....	4
4. Introducción.....	6

Capítulo 1

NOCIONES GENERALES DE LOS DERECHOS REALES

1. Introducción.....	12
2. Derecho Real.....	12
3. Régimen legal de los derechos reales.....	14
3.1 Enumeración de los derechos reales.....	15
4. Clasificación de los derechos reales.....	16
4.1 Otras clasificaciones.....	18
5. Elementos de los derechos reales.....	19
6. Inscripción de los derechos reales.....	20
7. Desmembración del derecho de propiedad.....	21
7.1 Alcance terminológico.....	22

8. Conclusiones.....	23
----------------------	----

Capítulo 2

EL NO USO COMO CAUSAL DE EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS REALES DE DISFRUTE SOBRE COSA AJENA

1. Introducción.....	25
2. Derechos reales sobre cosa ajena.....	25
3. Derechos reales de disfrute sobre cosa ajena.....	26
4. Independencia con relación a las servidumbres personales.....	28
5. Usufructo, uso y habitación.....	30
5.1 El usufructo.....	31
5.2 El uso y la habitación.....	34
6. El no uso como causal de extinción de los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena.....	36
6.1 Uso parcial de la cosa.....	37
7. Conclusiones.....	38

Capítulo 3

EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE EN EL CÓDIGO CIVIL (ARTÍCULO 3573 BIS)

1. Introducción.....	40
2. Ley 20.798. Origen.....	40
3. Fundamentos e importancia.....	42
4. Derecho comparado.....	43
5. Otras figuras que se asemejan en nuestro derecho.....	47
5.1 El bien de familia.....	47
5.2 El artículo 53 de la ley 14.394.....	48
6. Naturaleza jurídica.....	50
6.1 Aspecto formal.....	50
6.2 Aspecto material.....	51
7. Regulación normativa en Argentina. Artículo 3573 bis.....	52
7.1 Caracteres.....	56
7.2 Tratamiento de la figura en los Proyectos y el Anteproyecto de reforma.....	58
8. Causales de extinción de este derecho.....	61
8.1 No uso como causal de extinción.....	63
9. Conclusiones.....	66

Capítulo 4

NECESIDAD DE ADECUACIÓN DE LA CAUSAL DE EXTINCIÓN FUNDADA EN EL NO USO EN EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 3573 BIS

1. Introducción.....	69
2. Teoría de la condición resolutoria.....	70
3. Fines a los que apunta.....	76
4. Problemas que se presentan al aplicar el artículo 2924 al derecho de habitación del cónyuge supérstite.....	77
5. Fundamentos en base a los cuales puede hacerse una regulación adecuada al respecto.....	80
5.1 Ejercicio regular de los derechos reales.....	81
5.2 Principio de buena fe.....	81
5.3 Abuso del derecho.....	82
5.4 Actos de emulación.....	84
5.5 Primacía del interés colectivo sobre el individual.....	84
6. El no uso como condición resolutoria.....	85
6.1 Justa causa.....	86
6.2 Plazos.....	87
7. Aportes para solucionar los problemas.....	89
8. Propuesta superadora.....	90

9. Conclusiones finales.....	91
------------------------------	----

ANEXO DOCUMENTAL

Anexo I: Ley 20.798.

Anexo II: IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía general

Bibliografía específica