

Derecho real de habitación especial del cónyuge supérstite

Árraga Penido, Mario O.

Publicado en: LA LEY 19/04/2018 , 1 • LA LEY 2018-B , 1006 • DFyP 2018 (junio) , 85

Sumario: I. Concepto.— II. El derecho real de habitación del cónyuge supérstite recae sobre un inmueble.— III. Se extiende al mobiliario del inmueble.— IV. El inmueble asiento del último hogar conyugal es principalmente ajeno.— V. El inmueble del acervo sucesorio tiene que haber sido propiedad del causante.— VI. Deberes del cónyuge supérstite para conservar el derecho real de habitación.— VII. El derecho del superviviente a vivir en el inmueble se extiende a sus familiares y a cualquier otra persona humana.— VIII. Pruebas contra el superviviente para hacer cesar el derecho real de habitación.— IX. Puede haber más de un inmueble en el acervo hereditario.— X. Se omite el valor del inmueble objeto del derecho del cónyuge supérstite.— XI. Es creado por ley.— XII. Se concede de pleno derecho.— XIII. Momento en que se genera.— XIV. Para que se gaste el derecho, el inmueble no debía estar en condominio, aunque sí con indivisión hereditaria.— XV. El inmueble de propiedad del causante tiene que haber sido el último hogar conyugal.— XVI. Esposos que habían vivido en el último hogar conyugal y luego se divorciaron.— XVII. No se pierde la preponderancia legal del cónyuge supérstite por contraer nuevas nupcias.— XVIII. El derecho a la vivienda de los convivientes del art. 527, Cód. Civ. y Com., no constituye un derecho real.— XIX. Es vitalicio.— XX. Es gratuito.— XXI. Deberes del cónyuge supérstite.— XXII. Quid del inventario y garantía.— XXIII. No es oponible a los acreedores del causante.— XXIV. Es oponible a los acreedores ulteriores al causante.— XXV. Extinción.— XXVI. Prelación normativa.— XXVII. Conclusiones.

Cita Online: AR/DOC/738/2018

El derecho del supérstite consiste en la facultad (y a la vez deber) de continuar viviendo personalmente en el inmueble. Si lo hacían ambos cónyuges en parte del mismo, el superviviente proseguirá en ese sector. No puede cederlo, ya que se le otorga en forma personal. No es transmisible por actos entre vivos ni por causa de muerte, ni puede constituir derechos reales o personales (en principio) sobre la totalidad del inmueble como alquilarlo o darlo en comodato. Tampoco se lo podrá embargar, aunque sí a la nuda propiedad.

I. Concepto

En el Código Civil y Comercial (en adelante Cód. Civ. y Com.), el derecho real de habitación del cónyuge supérstite es especial, extrapatrimonial y de excepción por su finalidad tuitiva de la vivienda y solidaridad con el estado de viudez. Se incorporó en el Libro Quinto de Transmisión de derechos por causa de muerte y en el proceso sucesorio. Se lo podría haber incluido a continuación del derecho real de habitación común, porque la

normativa aplicable, además del escueto art. 2383 y el dominio, es (en subsidio) el derecho real de habitación, el uso y el usufructo, en ese orden.

Al darle el carácter de vitalicio y gratuito sobre el inmueble en que estaba el último hogar conyugal, el amparo al supérstite es mayor que el de otras instituciones afines como los arts. 527, 2332, 1º párr., y 2332, 6º párr. El art. 2383 supera al 3573 bis del derogado Código Civil (en adelante Cód. Civil).

Art. 2383, Cód. Civ. y Com.: "*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".

II. El derecho real de habitación del cónyuge supérstite recae sobre un inmueble

Su objeto es un inmueble urbano o rural. Según el art. 2158, 1º párr., puede estar completamente construido o ser parte material de él (art. 1883).

Se supone que el lugar de residencia del supérstite ya era habitable por haber sido el último hogar conyugal. Frente a varios inmuebles del acervo se debe priorizar a aquel que satisfaga las necesidades de vivienda (1), (arg. art. 2161), que señala para morar la casa (2). Por eso no pueden serlo otras clases de bienes (aunque sean registrables) y no obstante hayan vivido juntos constituyendo el último hogar, como una embarcación, casa rodante u otro medio de transporte familiar.

III. El derecho real de habitación del cónyuge supérstite se extiende al mobiliario del inmueble

Aunque no lo diga el art. 2383, deben incluirse los muebles que adornaban el ajuar de la casa, pues toda vivienda los tiene. El inmueble deberá seguir prestando la misma utilidad que tenía antes de fallecer el consorte; y se logra manteniéndolo tal como estaba con su moblaje.

Algunas apreciaciones sobre el art. 3573 bis del viejo Cód. Civil pueden adaptarse para el estudio del art. 2383 del Cód. Civ. y Com. En este orden, "cuando se habla del inmueble que fue asiento del hogar conyugal, se da por sentado que el mismo estaba equipado con el moblaje necesario para servir a tal finalidad" (3). Ese conjunto de muebles está subsumido en el derecho real de habitación del supérstite independientemente de su valor y de su propia normativa, maguer que el art. 226, *a contrario sensu*, asevera que no son inmuebles por accesión. En una reforma debería contemplarse esa extensión al mobiliario.

IV. El inmueble asiento del último hogar conyugal es principalmente ajeno

El derecho del cónyuge supérstite del art. 2383 es especial en atinencia al derecho real de habitación común del art. 2158; y éste le resulta aplicable subsidiariamente como género. El corolario es que el inmueble en que está asentado el hogar conyugal es ajeno (aunque lo sea parcialmente).

V. El inmueble del acervo sucesorio tiene que haber sido propiedad del causante

El inmueble del derecho real de habitación del cónyuge supérstite tiene que haber sido de *propiedad del causante*, art. 2383, 1º párr. Puede ser un derecho real de dominio (art. 1941), propio (art. 464), del cónyuge premuerto, o ganancial (4).

La propiedad se acredita con el título, amén del modo, y su inscripción en el registro inmobiliario. En su Folio Real se inscribirá el gravamen real (previa orden judicial) una vez abierto el proceso sucesorio y junto con la declaratoria de herederos. A falta de título por no haberse promovido la sucesión del consorte servirá el título antevente.

No sería suficiente como título dominial la existencia de un boleto de compraventa, art. 1170, al ser un derecho personal.

La particularidad sería la adquisición por usucapión (art. 1897), larga o corta, en razón de que la prescripción no es rigurosamente de adquirir: la cosa ya está adquirida (5).

VI. Deberes del cónyuge superviviente para conservar el derecho real de habitación

El derecho del superviviente consiste en la facultad (y a la vez deber) de continuar viviendo personalmente en el inmueble. Si lo hacían ambos cónyuges en parte del mismo, el superviviente proseguirá en ese sector. No puede cederlo, ya que se le otorga en forma personal. No es transmisible por actos entre vivos ni por causa de muerte, ni puede constituir derechos reales o personales (en principio) sobre la totalidad del inmueble como alquilarlo o darlo en comodato (art. 2160, 1º párr.). Como no se lo puede ceder, tampoco se lo podrá embargar, aunque sí a la nuda propiedad que coexiste con el derecho real de habitación del superviviente que deberá respetarse.

Si se tratare de un inmueble de carácter mixto (vivienda e industria), lo destinado al superviviente se circunscribirá a la vivienda.

VII. El derecho del superviviente a vivir en el inmueble se extiende a sus familiares y a cualquier otra persona humana

La prerrogativa se le otorga a la persona humana, no jurídica; así el cónyuge superviviente tiene derecho a vivir en el inmueble solo o junto con su grupo familiar o ensamblado. Puede estar compuesto por los hijos matrimoniales o extramatrimoniales propios o los que haya tenido el causante, e incluso con los que después nacieren; y en ejercicio de su responsabilidad parental, ya que por el art. 646: *Son deberes de los progenitores: a) cuidar del hijo (y), convivir con él...* Pueden ser ascendientes o descendientes por naturaleza o por adopción. Por familia debe entenderse también el personal de servicio y quienes en ese momento vivan con el cónyuge superviviente (6), aunque no tengan vínculos de parentesco, como de amistad, o si fuere una encargada de cuidar a la viuda (o viudo). Una muestra sería si no puede valerse por sí misma o por tener una capacidad restringida precisara de una asistente y consiguiente habitación para alojarse (en comodato). Incluso con su nuevo esposo si hubiere contraído otras nupcias o con un actual compañero conviviente, sin que configure una actitud abusiva por alojar a un extraño y que dé lugar a una causal de extinción del derecho real habitacional. A su vez puede excluir *motu proprio* a cualquiera.

Si produjera excesos (incompatibles con el fin tuitivo) lesivos para coherederos, podría dar lugar a la extinción del derecho real de habitación con fundamento en las disposiciones del usufructo, art. 2152, inc. d), parte inicial, como excluyendo a legitimarios en provecho de extraños; e incurriendo en un ejercicio abusivo de sus derechos (7).

VIII. Pruebas contra el superviviente para hacer cesar el derecho real de habitación

Las pruebas contra el superviviente tendiente a que se extinga su derecho real de habitación, ya sea porque el inmueble no era de propiedad del causante, que en él no estaba constituido el último hogar conyugal, que a la apertura de la sucesión se encontraba en condominio, o que no estaba legítimamente casado, etc., están a cargo de quienes promueven las impugnaciones. La inexistencia, debilidad probatoria o caso de duda, hará presumir el derecho del superviviente sobre lo conjetural.

Hay conceptos vertidos con relación al art. 3573 bis de la anterior legislación que resultan igualmente valiosos para el art. 2383 del Cód. Civ. y Com. La ley "se propone proteger la vivienda del cónyuge superviviente. La protege en desmedro del derecho de propiedad que compete a los herederos. Aquí no juegan pesos, sino el techo. No hay cuestión de herencia, sino de vivienda de carácter asistencial" (8).

IX. Puede haber más de un inmueble en el acervo hereditario

Entre otros amparos al cónyuge supérstite se ha eliminado la exigencia del derogado Cód. Civil, art. 3573 bis, de que el causante a su fallecimiento haya dejado un solo inmueble como integrante del haber hereditario.

La ausencia de previsión en el Cód. Civ. y Com. sobre la cantidad de inmuebles del causante podría desembocar en conflictos que ameritarán ser analizados caso por caso para saber si conducen a situaciones abusivas, art. 10, 2º párr., por parte del cónyuge que sobrevive. Si su derecho abarcara un inmueble que contara, por ejemplo, de varios pisos, bastando uno solo de ellos para habitar, implicaría un ejercicio antifuncional y abusivo del derecho, arts. 9º y 10, 3º párr. Ello porque el inmueble permanecerá indiviso entre los legitimarios hasta que fallezca, cuestiones que tendrán que "ser resueltas por la prudencia de los jueces, llamada a colmar las lagunas que la ley suele padecer" (9).

Hubiera sido preferible insistir con el requisito de un solo inmueble habitable del art. 2336 del Proyecto de Código Civil de 1998, en adelante Proyecto de 1998, actualizándolo.

Por la integridad del inmueble no se podría escindir un espacio guardacoches preexistente; y más si figura en el reglamento de propiedad horizontal (o conjuntos inmobiliarios) asignado como unidad complementaria de la unidad funcional o que forme parte de la estructura de la casa habitación (garaje). Igual concepto vale para una baulera.

No hay impedimento legal para que los legitimarios convengan con el supérstite en sustituir el inmueble que había sido sede del último hogar por otro similar.

X. Se omite el valor del inmueble objeto del derecho del cónyuge supérstite

El Cód. Civ. y Com. ha hecho caso omiso de los valores de los inmuebles. No obsta el haberse eliminado el tope del valor para afectar un inmueble como vivienda protegida (art. 244), antes llamado "bien de familia" (10).

Como en el viejo Cód. Civil no se sabía cómo se concretaban los avalúos, se recurría a criterios vinculados a las necesidades habitacionales del cónyuge supérstite, así como el estado del bien, sus características edilicias, cuestiones de seguridad, cercanías con centros de salud o con otros familiares. En el Cód. Civ. y Com. la limitación en este aspecto habrá de encontrarse en los arts. 2º y 9º con respecto a la buena fe y el art. 10 del Título Preliminar, referidas a un ejercicio abusivo del derecho (11).

Al quedar huero de regulación este aspecto de valoración, se puede presentar con los coherederos o legatarios un casuismo de intereses en juego de difícil solución. Sobre todo, si quieren exigir la partición o venta del inmueble para poder percibir sus legítimas en confrontación con la seguridad habitacional del supérstite.

"Cuando el valor del inmueble o su superficie exceden las necesidades habitacionales del cónyuge, este no puede ampararse en el instituto, porque estaría ejerciendo su derecho en forma antifuncional, configurando el abuso del derecho" (12). Como si en el caudal hereditario (masa partible) existieran inmuebles (incluso una fracción de campo) cuyos valores superaran el gravado.

La ley no hace referencia a la situación patrimonial del supérstite ni del causante. Puede ocurrir que hayan dejado bienes muebles importantes: joyas, pinacoteca, ganado, dinero o acciones de sociedades, automotores y demás bienes registrables, que podría dar lugar a una demanda para que expire la preferencia del cónyuge supérstite por resultar abusiva.

XI. El derecho real de habitación del cónyuge supérstite es decretado por ley

El derecho real de habitación del cónyuge supérstite es de origen legal (13). Lo dispone el art. 2383, configurando una adquisición directa y originaria en cabeza del superviviente con motivo del óbito de su consorte. No es derivada, y menos a través del sucesorio, al haberle

sido acordado por derecho propio (no *iure hereditatis*), con independencia de la calidad de heredero. Por consiguiente no se mide esa cuantía para fijar la legítima o calcular las porciones de la herencia de su cuota e integración de la masa hereditaria (14).

No se lo incluye en la partición ni necesita aceptar la calidad de heredero ni su derecho real de habitación. Atribución *ut singuli* hecha mediante la desmembración del dominio que le pertenecía al causante: el útil al cónyuge superviviente y la nuda propiedad a los legitimarios (15). Sin perjuicio de que el superviviente se presente en el proceso sucesorio en calidad de titular de ese derecho real para oponerse a la partición del inmueble que ocupa (16).

Se prescinde de la voluntad de quien se beneficia con el inmueble, pero eso es en principio, ya que si bien cabe presumir su aceptación puede realizar cualquier acto en contrario que signifique rehusar a esa preeminencia que sólo a él aprovecha, pues quizá no quiera hacer uso de ella. En este caso deberá renunciar en forma expresa. O bien tácita, prestando inequívoca aquiescencia en forma directa (o indirecta a través de un mandato) a la venta del inmueble o accediendo a su partición.

Ello no le privará de los derechos hereditarios que le corresponde como superviviente, al no haber perdido su vocación sucesoria.

XII. El derecho real de habitación en favor del cónyuge superviviente se concede de pleno derecho

Ya no hace falta que el superviviente lo peticione al otorgárselo de pleno derecho el art. 2383 y sin necesidad de la concurrencia de herederos con vocación hereditaria (o legatarios). Así, cuando en el derogado Código Civil un heredero requería la partición del inmueble y hasta con fines de subasta le quedaba al cónyuge superviviente únicamente el remedio de oponerse a través de la petición del derecho real de habitación en el expediente. En el Cód. Civ. y Com. esa ventaja le es conferida, haya o no legitimarios o legatarios. "No necesita exteriorizar su voluntad de ejercer este derecho real" (17), en virtud de resultar ser un modo de adquisición legal (18).

Si el deceso del consorte sucedió con anterioridad a la vigencia del Cód. Civ. y Com., le será aplicado igual el art. 2383, ya que el beneficio opera de pleno derecho en cuanto al tiempo y en aras de la protección a ultranza del superviviente.

XIII. Momento en que se genera el derecho real de habitación en favor del cónyuge superviviente

La *apertura de la sucesión* del consorte que da cuenta el art. 2383, 1º párr., se produce de manera instantánea (art. 2277, 1ª parte): La muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión... y es a partir de esa ocasión que se genera *ipso facto* e *ipso iure* el derecho real de habitación en favor del cónyuge superviviente y no desde que se promueve el proceso sucesorio (que incluso puede no haberse iniciado). El art. 2383 sólo menciona la *apertura de la sucesión*.

Desde esa fecha hay oponibilidad, aunque no se haya inscrito en el registro inmobiliario, pero relativa y respecto de *quienes participaron en los actos*, y de *aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real* (art. 1893, 4º párr.). Así, no podría aceptarse el progreso de una demanda de algún coheredero, como de ejercicio de la partición (arts. 2363 y 2364), del inmueble que fue sitio del hogar conyugal.

Esto no significa que el derecho del superviviente sea otorgado automáticamente, puesto que "nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley", art. 19, últ. parte, CN, por eso puede renunciarlo.

XIV. Para que se gaste el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, el inmueble no debía estar en condominio, aunque sí con indivisión hereditaria

El art. 2383, 1º párr., *in fine* es tajante. Al momento de fallecer el consorte (que es cuando se abre su sucesión) su inmueble no debía encontrarse en condominio (sin indivisión forzosa) (arts. 1983 y 1996), con otras personas humanas (o jurídicas), fueren parientes o no, protegiéndose así intereses patrimoniales de terceros.

Únicamente puede estar en condominio con el cónyuge superviviente, y si lo estaba antes de casarse, se subsanó luego al contraerse el matrimonio, en razón de que igualmente será beneficiario de su porción indivisa.

Dice el art. 2383 *condominio* y no *indivisión hereditaria*, por lo que la prohibición no llega a esta última. *A contrario sensu* estando en ese último estado, por ejemplo, entre hijo y madre, esta se encuentra amparada por el art. 2383. Es más, su exteriorización no autoriza a peticionar la división de condominio, sino la partición de herencia.

XV. El inmueble de propiedad del causante tiene que haber sido el último hogar conyugal

El inmueble que era del causante tiene que haber sido sede del último hogar conyugal, esto es, que ambos cónyuges hayan convivido hasta el deceso de uno de ellos, art. 431, 1º párr. Aunque el art. 2383 no expresa literalmente que ese espacio debió durar hasta que muera el consorte, se sobreentiende esa situación conyugal para acentuar la inexistencia de una *separación de hecho sin voluntad de unirse; y cese de la convivencia resultante de una decisión judicial*, art. 2437. Se ha dado preeminencia a ese ámbito, teniendo en cuenta que allí se desarrolló la vida afectiva y social de ambos. Los vínculos vecinales y de amistades del cónyuge supérstite deberán preservarse en homenaje a sus recuerdos y en beneficio de su salud mental. Impedirle continuar viviendo donde lo hacía habitualmente en ese medio podría provocarle cuadros de desorientación de lugar y tiempo, con problemas psicopatológicos mayores o menores según la etapa etaria de que se trate, que pueden agudizarse a medida que avanza la edad.

Si había una locación en parte del inmueble con anterioridad a dicho fallecimiento, se la deberá respetar, y el supérstite seguirá ejerciendo su derecho sobre la parte no alquilada.

Si a su deceso estaban separados de hecho (materia de prueba), sin importar la culpabilidad al haber sido legalmente suprimida, ya no habría quedado hogar conyugal, y, por tanto, detraído este derecho real de habitación, sin perjuicio de perder, asimismo, la vocación hereditaria (art. 2437). La expiración de ese derecho deberá ser peticionada y demostrada por la parte interesada, ya que si bien la ley destaca expresamente que el nacimiento del derecho real opera *de pleno derecho*, nada prevé sobre los efectos de su quebrantamiento.

XVI. Esposos que habían vivido en el último hogar conyugal y luego se divorciaron

Los divorciados ya no son más cónyuges; y, por ende, quedan fuera del art. 2383. Pero pueden presentarse dos supuestos:

A) Caso de divorcio y posterior reconciliación de hecho, que posibilita que la pareja continúe viviendo de consuno en el mismo hogar conyugal que tenían. Entraría en la figura de la unión convivencial [art. 509, inc. e)].

B) Divorciados que por no tener *incontinenti* un lugar donde ir a vivir siguen habitando (sin compartir el tálamo nupcial) el último hogar conyugal. Se trataría de un simple acuerdo ajeno a lo que fue la relación conyugal.

XVII. No se pierde la preponderancia legal del cónyuge supérstite por contraer nuevas nupcias

No se receptó en el Cód. Civ. y Com. la prohibición de contraer nuevas nupcias por parte del cónyuge supérstite que traía el derogado Cód. Civil, condición que lo condenaba a la soltería o al concubinato para poder gozar de la preeminencia legal.

Tampoco es condenable que el supérstite mantenga luego una unión convivencial, Cód. Civ. y Com., art. 509, y ss., inscripta o no.

XVIII. El derecho a la vivienda de los convivientes del art. 527, Cód. Civ. y Com., no constituye un derecho real

Se induce a confusión cuando se menciona al *derecho real de habitación* en el art. 527 Cód. Civ. y Com., al reglar en su 1º párr.: *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 esta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante...* Lo regulado en el art. 527 ya es un progreso en las relaciones de familia en la sociedad argentina, ello no obstante, parte de la doctrina reclama para las uniones de convivientes una protección similar al matrimonio (19).

La protección de la vivienda del art. 527 difiere del derecho real de habitación del cónyuge supérstite del art. 2383.

Los distinguos se pueden apreciar seguidamente sin agotar la nómina.

A) La protección del inmueble que constituyó la última vivienda familiar luego de la defunción de uno de sus integrantes (art. 527) no es un derecho real como el del art. 2383; y menos de habitación.

B) Los convivientes del art. 527 no son cónyuges como en el art. 2383. Aunque hay una respetable apariencia y notoriedad similar a la vida marital.

C) El derecho real de habitación del cónyuge supérstite es de origen legal y opera de pleno derecho (art. 1894, 1º párr.). Lo contrario sucede con el conviviente supérstite que para acogerse a la protección legal debe peticionarlo expresamente.

D) El cónyuge supérstite puede gozar del derecho real de habitación respecto del inmueble donde funcionaba el último hogar conyugal, no obstante tener capacidad económica para adquirir otro lugar donde vivir y contar con más inmuebles (criticable) en el acervo. En cambio, el conviviente supérstite debe carecer de vivienda propia habitable o de bienes suficientes para acceder a ésta.

E) No se prohíbe al cónyuge supérstite que contraiga nuevas nupcias o que viva con otra persona. Inversamente el derecho del conviviente supérstite se extingue *si constituye una nueva unión convivencial o contrae matrimonio*, art. 527, 3º párr.

F) Le son aplicables al derecho real de habitación del cónyuge supérstite las normas del derecho real de habitación común y de los restantes derechos reales de disfrute (con sus limitaciones). Pero esa normativa no alcanza a la figura del art. 527, que se rige directamente por la del título I de las sucesiones del Libro quinto *Transmisión de derechos por causa de muerte*.

G) Perdurará el derecho real de habitación del cónyuge supérstite mientras éste viva. En tanto la figura del art. 527 tiene un plazo límite de dos años, que si ha fenecido, podrá motivar a los herederos del causante a exigir la partición del inmueble y en su caso su venta judicial (20).

H) Para una reforma del art. 527 se propone eliminar de la frase *derecho real de habitación* el vocablo *real*.

XIX. El derecho real de habitación del cónyuge supérstite es vitalicio

Durará mientras viva y se extinguirá una vez comprobado su deceso o muerte presunta (prueba que le corresponde al legitimario) [arg. art. 475, inc. a)], y todo ocupante deberá dejar libre el inmueble al desaparecer el derecho a continuar residiendo. Finiquitará igualmente si se produce cualquier causal de extinción del derecho real de habitación común o del usufructo.

XX. El derecho real de habitación del cónyuge supérstite es gratuito

La gratuidad del derecho real de habitación del supérstite (art. 2383, 1º párr.), tiene como proposición su carácter solidario e implica que no se le podrá exigir contraprestación alguna como compensación por morar en el inmueble. En suma, no tiene obligación de pagar canon locativo alguno (21). Podrá ser rechazado cualquier reclamo de cobro de esa índole contra el superviviente acreditado que fuere el derecho real de habitación.

XXI. Deberes del cónyuge supérstite en el derecho real especial de habitación

El correlato de la gratuidad otorgada al cónyuge superviviente en el derecho real de habitación por aplicación del derecho real de habitación común (art. 2161) es que tiene el deber de solventar todos los gastos de mantenimiento, reparación y conservación del inmueble.

Según el régimen del usufructo *debe realizar a su costa las mejoras de mero mantenimiento, las necesarias y las demás que se originen por su culpa* (art. 2146, 1º párr.), sin alterar la sustancia (menoscabo de la cosa) (art. 2129, 2º párr.); por ejemplo, modificar el aspecto edilicio en todo o en parte. Y sin tener *a su cargo las mejoras originadas por vetustez o caso fortuito* (art. 2146, 2º párr.), cuyos consiguientes costes deberán soportarlo los herederos, incluyendo al supérstite en la proporción que le corresponda, ya que se trata de un gasto inevitable que valoriza el bien. A menos que los deterioros se hubieren producido por culpa del superviviente. Asimismo, por el art. 2148, *debe pagar los impuestos, tasas, contribuciones y expensas comunes que afectan directamente* al inmueble objeto del gravamen real habitacional. Más los ordinarios, entre ellos, el impuesto inmobiliario (o rentas), tasas y contribuciones, alumbrado, barrido y limpieza, AySA, y los de cada municipio.

Si estuviere sometido al derecho real de la propiedad horizontal [arts. 2037 y 2046, inc. c)], deberá abonar las expensas comunes ordinarias, pero no las extraordinarias por reparaciones en el edificio en razón de que esas refecciones acrecientan la estimación del bien y se hacen en provecho de los coherederos.

Y si se hallare sujeto al derecho real de los conjuntos inmobiliarios [art. 1887, inc. d)] (clubes de campo, barrios cerrados o privados, *countries*), estará obligado a pagar las expensas, gastos y erogaciones comunes (art. 2081), atento a que deben someterse a la normativa de la propiedad horizontal (art. 2075, 2º párr.).

A todo ello hay que adicionar el pago de electricidad, gas, teléfono y demás servicios. No sería justo que todas esas erogaciones tuvieran que ser soportadas por los legitimarios que son privados de su uso.

De no cumplirse, se daría un quebrantamiento al amparo de la modalidad asistencial, sin perjuicio de que el supérstite pudiera incurrir en un enriquecimiento sin causa (art. 1794, y ss.), como principio de equidad, excepto que justifique el incumplimiento por graves carencias económicas.

XXII. Quid del inventario y garantía

El superviviente no tiene el deber de inventariar. Esto es, describir cómo se encuentra el inmueble, su estado, y el detalle de los muebles que componen el hogar conyugal y que, pese al mutismo de la ley, integran por extensión el derecho real de habitación. El

inventario no está contemplado en el art. 2383; y no es obligatorio, según se desprende del vocablo *facultativo* empleado en el usufructo (art. 2137, 1º párr.) y ser su derecho de origen legal.

De todas maneras puede resultar útil practicarlo si en alguna circunstancia hay que hacer reparaciones de conservación imprescindibles que databan desde antes de entrar a gozar de la prerrogativa legal, dado que se supone (presunción *iuris tantum*) que se encontraba en buenas condiciones de conservación (art. 2138). Una manera de revertir esta suerte de premisa es con un inventario que permita determinar un antes y un después. Se puede confeccionar por instrumento privado (art. 2137, 1º párr.), corriendo el superviviente con los gastos a que dé lugar, ya que se realiza en su interés.

No tiene la obligación de ofrecer garantía (antes *fianza*) alguna. Por conducto del usufructo resulta optativo (art. 2139), al decir *puede establecerse*, y no estar tampoco previsto en el art. 2383; y dimanar de la ley.

XXIII. El derecho real de habitación especial no es oponible a los acreedores del causante

Dispone el art. 2383, *in fine*: *Este derecho es inoponible a los acreedores del causante*, y éstos podrán hacerlo *valer en cualquier momento* (art. 397). El cónyuge superviviente no les podrá oponer su derecho para impedir que agredan patrimonialmente el inmueble por las deudas contraídas por el causante. Ello, en función de la garantía común de los acreedores instalada novedosamente en el art. 242 y reiterada en el art. 743, que no figuraba en el derogado Cód. Civil, más lo dispuesto en el art. 467, 1ª parte, y arg. art. 2316.

Tales acreedores podrán anotar en el registro que corresponda las medidas cautelares, embargo u otras, sobre el inmueble, y practicar su ejecución y subasta, libre del gravamen real habitacional (22). Habrá que pagar las deudas o atenerse al resultado del juicio.

Si el causante propietario (incluyendo al cónyuge superviviente) hubiera querido poner el inmueble base del hogar conyugal al abrigo de las acciones de los acreedores, podría haber afectado registralmente la vivienda (art. 244).

XXIV. Es oponible el derecho real de habitación del cónyuge superviviente a los acreedores ulteriores al causante

Si bien el art. 2383 no prevé su acceso registral, para su oponibilidad absoluta hace falta inscribirlo en el registro de la propiedad inmueble dado su carácter declarativo (art. 1893, 2º párr., y arts. 2º y 3º, ley 17.801). El argumento es que en nuestro sistema no se admiten las cargas ocultas y lo dispuesto por el art. 244, 2º párr., Cód. Civ. y Com., para Afectarse la Vivienda.

Del art. 2383, últ. párr., se desprende *a contrario sensu*, que el derecho real de habitación del cónyuge superviviente será oponible a los acreedores posteriores al causante, vale decir, por deudas personales contraídas por el superviviente. Igual impedimento lo trae para el derecho de habitación común el art. 2160, *in fine*: *No es ejecutable por los acreedores*. No se podrá anotar una medida cautelar sobre el inmueble para ejecutar el crédito contra el superviviente al tener prelación sobre sus acreedores. El comprador del inmueble gravado, o un acreedor hipotecario, deberá respetar el derecho del superviviente hasta que se extinga. La excepción son las deudas por expensas en la propiedad horizontal.

Pero esta oponibilidad regirá a partir de la fecha de inscripción en el registro inmobiliario. Ese acto publicita su existencia, art. 1893: *La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente. Se considera publicidad suficiente la inscripción registral...* Y más aún si se compara con lo legislado

para la protección de la vivienda familiar en la unión convivencial, art. 522, 3º párr., que: *no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial*.

La falta de diligencia del superviviente en la inscripción registral a su cargo, que se hará previo inicio del proceso sucesorio, no puede perjudicar a sus acreedores y, por tanto, deberá responder por las obligaciones contraídas.

XXV. Extinción del derecho real especial de habitación del cónyuge supérstite

El art. 2383 nada dispone sobre la extinción del derecho real de habitación del cónyuge supérstite. No hay causal propia. Sin embargo, no escapa a las previsiones generales del art. 1907.

Por el derecho real de usufructo, art. 2153, extinguido éste, se extinguen todos los derechos constituidos por el superviviente habitador y hasta su mismo derecho real.

A) Renuncia del cónyuge superviviente. Se debe hacer por instrumento público (art. 296), escritura pública (art. 299), inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble para ser oponible, seguido de la tradición del bien a los legitimarios (art. 750), o por *acta judicial incorporada al expediente* (arg. art. 2299).

B) Resolución de los derechos del causante. Se extinguiría el derecho real del supérstite si se resolviera el título de adquisición de dominio del inmueble que es su objeto, porque ya no tendría el sustento que requiere el art. 2383 de que sea *de propiedad del causante*. Es un supuesto de ineficacia que proviene de un hecho ulterior a su constitución declarado judicialmente y con efecto retroactivo *ex tunc*.

C) Consolidación del derecho real habitacional del supérstite. Se da cuando se reúne en cabeza de éste, art. 1907 *in fine*, ya sea por sucesión universal o particular, la calidad de propietario conservando el poder de hecho, art. 1909, mejor dicho, de relación real [\(23\)](#), sobre el inmueble. Se subvierte el título del cónyuge supérstite de derecho real de habitación por el de titular del dominio. Varía la posesión: de *animus possidendi a animus domini*.

Ello no obstante si por algún motivo ha cesado la causa que motivó la consolidación y su consiguiente desaparición, no renace ese derecho en favor del supérstite.

D) Precimiento del supérstite. No se puede transmitir por herencia, art. 2160, en razón de que esa preponderancia es otorgada *iure proprio* a título personal [art. 2152, inc. a)].

E) Se extingue por el no uso (continuado) por diez años, dado que es un derecho real que se ejerce por la posesión, art. 1912, causal que proviene de los derechos reales de disfrute [art. 2152, inc. c), 1º párr.], y que opera *ipso iure*. Ese plazo excesivo e inicuo para coherederos y legatarios habría que reducirlo a sus justos límites; podría ser un año. Por el carácter asistencial no se justifica que el cónyuge supérstite pueda permanecer un decenio fuera del hogar conyugal, revelando innecesaria la protección legal. La *ratio iuris* del art. 2383 requiere que el supérstite permanezca en la vivienda. Pese a que el *desuso involuntario no impide la extinción*, art. 2152, inc. c), últ. párr., se lo debería exculpar por razones de salud, si tuviera que someterse a un tratamiento prolongado fuera de donde vive, o sufrir períodos de internación, o viajar y hospedarse en otro lugar por vacaciones o cuestiones laborales, sociales, culturales o de otra índole, las que nunca demandarían tanto tiempo. Cualquier pacto con coherederos que permita dejar de habitar el inmueble por un largo período, sin justificación alguna y solo para impedir la extinción por desuso, devendría contrario al orden público.

F) Se extingue por darle al inmueble un ordenamiento material diferente, como sería crear un estacionamiento para coches o motovehículos, un comercio, industria u otras actividades

que alteren la sustancia del bien [art. 2152, inc. d)]. Salvo si ya existía y era apto para el desarrollo de su profesión u oficio (aunque no lo haya ejercido en vida del causante) compatible con su destino de morada protegida a todo trance en razón de ser la finalidad de la ley. Entre tantos supuestos podría tratarse de un pequeño habitáculo de arreglo artesanal de ropa (modista), un kiosco de venta unipersonal de ciertos productos básicos, como cigarrillos, golosinas y bebidas y demás típicos, que le sirva como manutención sin desnaturalizar la tutela legal.

G) La expropiación del inmueble extingue en forma absoluta el derecho real de habitación del cónyuge supérstite. La característica de perpetuidad del dominio privado sufre una excepción con la expropiación, art. 17, CN, que la cercena de plano. Es un acto de derecho público por el cual se lo priva forzosamente del bien, transmutándose en dominio público. La ley 21.499 de Expropiaciones rige en todo el país; y a su vez cada provincia ha dictado sus propias leyes. La respectiva indemnización le será abonada a los legitimarios y nada podrá hacer el cónyuge superviviente para evitarlo o para enervar sus efectos. Excepto subrogarse (anómalamente) en los derechos de los coherederos, art. 35, ley 21.499, para accionar por retrocesión del dominio; de difícil operatividad en este caso, si el sujeto expropiado es reticente en reintegrar al expropiante las sumas de dinero recibidas en concepto de indemnización art. 48.

H) Destrucción completa del inmueble en que funcionaba el derecho real de habitación del cónyuge supérstite. Este supuesto de caso fortuito o fuerza mayor alcanza a todos los derechos reales, art. 1907, Cód. Civ. y Com., frustrándose su goce a través de la imposibilidad de su uso, y en este caso donde funcionaba el derecho del supérstite. Como si materialmente el inmueble "fue invadido por el mar o por un río que ha cambiado de cauce, de modo que ha pasado a formar el lecho del mismo" (24) sin renacer el derecho real, si supuestamente se retiraran las aguas.

I) Por subasta del inmueble con motivo de la ejecución de un crédito al que el cónyuge supérstite no le puede oponer el derecho real de habitación.

J) Transgresión por parte del superviviente (o de alguno de sus convivientes) a la moral y las buenas costumbres, causa no contemplada expresamente, pero englobada en la de situaciones abusivas, art. 10, 2º párr., *in fine*. Es decir, "la causal de grave inconducta moral del cónyuge supérstite, posterior a la muerte del causante" (25).

XXVI. Prelación normativa del derecho real de habitación del cónyuge supérstite

La prelación normativa de este derecho está regida en primer lugar por el art. 2383. Se la calificó como derecho real, art. 1882, y se le dio esa categoría, pero como en la enumeración del art. 1887, inc. j), no figura separado del derecho real de habitación común, se le aplicarán en subsidio las disposiciones del tít. X del Libro Cuarto. Se resalta derecho real de habitación común en virtud de que para diversas situaciones, habrá que remitirse directamente a su normativa por ser genérica.

Amén de que por conducto del art. 2159: *Normas supletorias. Se aplican a la habitación las normas del tít. IX de este Libro...* Vale decir, el derecho real de uso. A su vez, regla el art. 2155: *Normas supletorias. Se aplican al uso las normas del tít. VIII de este Libro...* es decir, el usufructo, que principia con el art. 2129. Por carácter transitivo lo normado en el derecho real de usufructo (no en su totalidad) puede adaptarse al derecho real de habitación del cónyuge supérstite.

La voz *propiedad* del art. 2383, 1º párr., se remite a su sinónimo *dominio*. Hay normas de este último derecho real que se podrán acomodar al derecho real de habitación del cónyuge supérstite, no así el otro derecho real: el condominio, pues el art. 2383, 1º párr., *in fine*, es

terminante al prohibir expresamente que el inmueble haya estado en condominio con otras personas ajenas. No corresponde traer ninguna norma de este último para ser aplicada al derecho real de habitación del cónyuge superviviente. Sí competía hacerlo en ocasión del trámite de división del condominio, que era el ámbito propio para el ejercicio del derecho del art. 3573 bis, del viejo Cód. Civil, como se sostenía desde antigua jurisprudencia (26). Tampoco toca traer la normativa de la servidumbre personal, dado que por definición requiere dos inmuebles, art. 2162, Cód. Civ. y Com. Si bien el art. 2165, 1º párr., se refiere a la servidumbre personal insinuando a la persona humana titular del inmueble y como constituida sin inherencia al mismo, esta última es una expresión desafortunada. A lo largo del tít. XI, *Servidumbre*, los dos inmuebles están separados, el uno dominante y el otro sirviente, mientras que el derecho real de habitación del cónyuge superviviente recae sobre uno solo. La inherencia es "a la individualidad del titular" (27).

XXVII. Conclusiones

El derecho real de habitación del cónyuge superviviente es vitalicio, gratuito, y se constituye *de pleno derecho* ante la apertura de la sucesión del consorte, haciendo abstracción del inicio del proceso sucesorio. Recae en el inmueble que era propiedad del causante y sede del último hogar conyugal junto con sus muebles. No obsta el tener en el acervo otros inmuebles de los que se hace caso omiso de sus valuaciones y sin obligación por parte del cónyuge supérstite de hacer inventario ni dar garantía. Puede convivir con su grupo familiar y con gente que ni siquiera es pariente. Es inoponible a los acreedores del causante y oponible a los ulteriores a su deceso, si se ha registrado.

Se le aplican en numerosos aspectos los derechos reales de disfrute, sin perjuicio de estar ligado a lo sucesorio. No está prohibido que el supérstite alquile parte del inmueble para solventar sus gastos, cargas y hasta su propio sustento, compatible con su lugar de vivienda. No hay causales de extinción propia, pero no escapa a las generales del art. 1907.

No corresponde aplicarle normas del condominio ni de la servidumbre personal.

(1) CNCiv., sala I, 03/02/2004, "O. E. R. s/ suc.", LA LEY, 2004-D, 512.

(2) KIPER, Claudio, "Tratado de los Derechos Reales", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, julio 2017, 2ª ed. actualizada, t. II, p. 125.

(3) CAFFERATA, José I., "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite", LA LEY, 1977-B, 721.

(4) MARIANI de VIDAL, Mariani - ABELLA, Adriana, "Derechos Reales", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2016, t. 2, p. 53.

(5) Nota de Vélez al art. 3999 del viejo Cód. Civil.

(6) BARRIONUEVO, Heriberto, "Derecho real de habitación del cónyuge", LA LEY, 1977-A, 720.

(7) "Código Civil y Comercial Comentado", ALTERINI, Jorge (director general) - FERRER, Francisco - A. M. SANTARELLI - Fulvio G. SOTO, Alfredo M. (directores del t. XI, art. 2383). ALTERINI, Ignacio E. (coordinador), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., p. 439.

(8) BORDA, Guillermo A. "Acerca de la naturaleza jurídica del derecho real de habitación creado por el art. 3573 bis del Código Civil", ED 60-883.

(9) MAZZINGHI, Jorge A., "Acertada interpretación del derecho de habitación", LA LEY, 1996-E, 562.

(10) ÁRRAGA PENIDO, Mario O., "Vivienda protegida por Afectación", LA LEY, 2016-E, 931.

- (11) FILLIA, Laura E., "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite y otras formas de protección de su vivienda", LA LEY, 2017-F, 119.
- (12) ROCCA (h), Ival, "Derecho real de habitación del cónyuge y el conviviente supérstite en el Código Civil y Comercial", LA LEY, 2016-E, 866.
- (13) MOLINARIO, Alberto D., "Estudio del art. 3573 bis del Código Civil", LA LEY, 1975-B, 1040.
- (14) CNCiv., sala A, 24/03/1998, "Poltarak, Alfredo suc.", LA LEY, 1998-C, 738.
- (15) ABREUT de BEGHER, Liliana E., "Vigencia del derecho de habitación legal", LA LEY, 1996-C, 353.
- (16) CALLEGARI, Mariana G. — ORDÓÑEZ, María V., "El derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente", LA LEY, 2017-C, 338.
- (17) CÓRDOBA, Marcos M. - LORENZETTI, Ricardo L., "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, DE LORENZO, Miguel, Federico - LORENZETTI, Pablo (Coord.), t. X, com. al art. 2383, p. 729.
- (18) "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", HERRERA, Marisa — CAMELO, Gustavo — PICASSO, Sebastián (directores), t. VI, Libro Quinto y Libro Sexto. Arts. 2277 a 2671, com. al art. 2383, Infojus, Buenos Aires, diciembre 2015, p. 126.
- (19) SOLARI, Néstor E., "Derecho real de habitación del conviviente supérstite en el Proyecto de Código", LA LEY 2014-C, 1119.
- (20) RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Thompson Reuters (La Ley), Buenos Aires, 2015, t. II, p. 298.
- (21) CNCiv., sala B, 19/05/2017, "R. M. F. c. R. C. A. s/ fijación y/o cobro de valor locativo", LA LEY, 2017-D, 636.
- (22) Com. al art. 2383 de AZPIRI, Jorge O. en "Código Civil y Comercial. 2", BUERES, Alberto J. (dirección), Hammurabi, José Luis Depalma editores, Buenos Aires, noviembre de 2014, p. 556.
- (23) "ALTERINI, Jorge H. — ALTERINI, Ignacio E. — ALTERINI, Francisco J., "Una nueva visión de las relaciones reales (mal llamadas relaciones de poder)", LA LEY, 2017-F, 921, y MOLINARIO, Alberto D., "De las relaciones reales", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1981, ps. 36-37.
- (24) MUSTO, Néstor J., "Derechos Reales", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1983, t. III, p. 284.
- (25) PENNA, Marcela — BARBIERI, Patricia, "Acerca del derecho real de habitación del cónyuge supérstite", LA LEY, 1988-E, 440.
- (26) CNCiv., sala F, 02/07/1976, "Migale, Francisco y otros c. Stramandinoli de Piccolo, María", LA LEY, 1976-C, 411.
- (27) Nota de Vélez Sarsfield al art. 1327 del derogado Cód. Civil.