



ACERCA DEL DERECHO REAL DE HABITACIÓN



Gonzalo Perez Pejic

Doctorando en el área de Filosofía del Derecho (FD-UBA). Magíster en Filosofía del Derecho (FD-UBA). Abogado con orientación en Derecho Privado, Notarial, Inmobiliario y Registral (FD-UBA). Profesor para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas (FD-UBA). Adjunto interino de Derechos Reales (FD-UBA). Profesor a cargo de la materia Animales como Sujetos (FD-UBA). Director del Instituto de Derecho Animal del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de San Martín, provincia de Buenos Aires, Argentina.

Dedico este trabajo en agradecimiento al profesor Dr. Carlos M. Clerc.

gonzalopezpejic@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-9853-8014>

Recibido: 31/12/2022

Aceptado: 3/1/2023

1

Resumen

El Código Civil y Comercial de la Nación regula el derecho real de habitación de manera específica en tan solo cuatro artículos dentro del Libro Cuarto (Derechos Reales), uno en el Libro Segundo (Relaciones de Familia) y uno en el Libro Quinto (Transmisión de derechos por causa de muerte). Ello se debe a que se le aplican supletoriamente las normas del uso, las que a su vez remiten con igual carácter a las reglas del usufructo. Sin embargo, algunas cuestiones han quedado sin tratar, de ahí que, el presente trabajo ofrezca un estudio de la habitación abarcador tanto de los temas clásicos como aquellos no abordados por el legislador.

Palabras clave

Habitación, objeto, derechos, adquisición, cónyuge supérstite, conviviente supérstite, obligaciones, extinción.

ABOUT THE REAL RIGHT OF HABITATION

Abstract

The Civil and Commercial Code of the Nation specifically regulates the real right of habitation in only four articles in the Fourth Book (Real Rights), one in the Second Book (Family Relations) and one in the Fifth Book (Transmission of Rights by Cause of Death). This is because the rules of use, which in turn refer with the same character to the rules of usufruct, are applied to it in a supplementary manner. However, some issues have been left unaddressed, hence, this paper offers a study of the habitation covering both the classic issues and those not addressed by the legislator.

Keywords

Habitation, object, rights, acquisition, surviving spouse, surviving cohabitant, obligations, extinction.



All the contents of this electronic edition are distributed under the Creative Commons license of "Attribution- Co- sharing 4.0 International" (CC-BY-SA). Any total or partial reproduction of the material must cite its origin.

Cómo citar este artículo:

Perez Pejic, G. (2023). Acerca del derecho real de habitación. *Revista de Teoría y Práctica Jurídica*, 3, 1-49.

Contacto: revistajuridica@calz.org



2

Sumario: 1. Introducción. 2. Sujeto. 3. Objeto. 4. Contenido. 4.1. Facultades que tipifican a la habitación. 4.2. Extensión material. 5. Causa. 5.1. Habitación del cónyuge superviviente. 5.2. Habitación del conviviente superviviente. 6. Obligaciones. 7. Extinción. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En uno de sus posibles sentidos la palabra *habitación* remite al «lugar destinado a vivienda» (Real Academia Española, s.f., definición 2). De ahí que el derecho real que lleva ese vocablo por nombre sea definido como aquel «que consiste en morar en un inmueble ajeno [...]» (art. 2158, Código Civil y Comercial de la Nación [en adelante: CCCN]). Dentro de la clasificación de los derechos reales, la habitación recae sobre cosa *ajena* (primer párrafo, art. 1888, CCCN), es *principal* (art. 1889, CCCN) y se ejerce por la *posesión* (art. 1890, CCCN). A su vez, constituye una *desmembración* al dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, superficie

—cuando existiera propiedad superficiaria sobre una vivienda (art. 2114, CCCN)— y usufructo (segundo párrafo, art. 1888, CCCN).

Una particularidad no menor es que a la habitación se le aplican *supletoriamente* las normas del derecho real de uso, las que a su vez remiten con igual carácter a las reglas del usufructo (arts. 2155 y 2159, CCCN). Esta es la razón por la cual el CCCN regula la habitación de manera específica en tan solo cuatro artículos dentro del Libro Cuarto (Derechos Reales), uno en el Libro Segundo (Relaciones de Familia) y uno en el Libro Quinto (Transmisión de derechos por causa de muerte). Sin embargo, algunas cuestiones han quedado sin tratar, por ejemplo, si el habitador puede ejercer su industria o comercio en el inmueble, la clase de accesorios a los que se extiende la habitación, más distintos asuntos relativos al derecho real de habitación del cónyuge y conviviente supérstite. Por ello, propongo un estudio que comprende los temas tradicionales y, especialmente, los no abordados por el legislador.

3

2. SUJETO

El titular de la habitación recibe el nombre de *habitador* y quien la constituye de *nudo propietario*, puesto que estamos ante un derecho que resulta ser un gravamen real (segundo párrafo, art. 1888, CCCN).

Solo puede ser habitador la persona *humana* (art. 2158, CCCN). Igual restricción aparece en el uso (art. 2154, CCCN), pero no en el usufructo (art. 2152, incisos a y b, CCCN). Acerca del tema se ha advertido que al no preverse en materia de habitación el ejercicio de actividades comerciales o industriales en el inmueble, resulta «innecesario el segundo párrafo de esta norma, que aclara que solo una persona humana puede ser titular del derecho» (Fiorentino, 2022, p. 461). Volveré sobre esta opinión al tratar el contenido del derecho real de habitación.

Me parece importante resaltar que la norma en comentario finaliza el debate en torno a la extensión de la habitación a las personas *jurídicas*. Es interesante

4

recordar que esa disputa tuvo lugar, porque el CC no contemplaba un límite respecto de quién podía ser titular de este derecho real. Guillermo A. Borda expresa que «las personas jurídicas pueden ser titulares de un derecho de [...] habitación, pero no tienen derecho a los frutos a título de satisfacción de las necesidades de sus integrantes» (Borda, 1978, n.º 978). En la vereda opuesta, Guillermo L. Allende (1967) defiende que la regulación da a entender implícitamente que la habitación queda circunscripta a las personas humanas, por ejemplo, al hablarse de «necesidades personales [...] del habitador y su familia, según su condición social» (art. 2953, CC). Otros autores simplemente remarcaron que el propio significado de persona jurídica era incompatible con el concepto de familia y las diversas pautas tomadas en cuenta a los fines de mensurar las necesidades del habitador (Areán, 2008). En esta línea, Jorge H. Alterini afirma que a pesar de las transformaciones que la habitación tuvo en la evolución del derecho, conserva «rasgos alimentarios» (Alterini, 1970, n.º 66, p. 90). Además, añade que distintas preguntas que surgían del art. 2948 y siguientes del CC al carecer de respuesta o tener una negativa confirmaban la postura: «¿Puede tener “familia” una persona ideal?, ¿cuáles son los “hábitos” de un ente colectivo?, ¿cuál es su “estado de salud”?, «¿habrá un “lugar donde viva” el ente colectivo?» (*idem*).

3. OBJETO

La habitación recae sobre la *totalidad* de una cosa *inmueble construida* o sobre una *parte material* de ella, siendo esto último congruente con que el objeto de los derechos reales puede consistir en «partes materiales» (art. 1883, CCCN). Subráyese que en ambos supuestos la cosa debe encontrarse construida, descartándose, por ejemplo, los lotes baldíos. También se ha desechado la posibilidad de establecer la habitación sobre la parte indivisa del inmueble construido, puesto que la alícuota es jurídicamente un derecho, un objeto que al ser inmaterial es inhabitable (Mariani de Vidal y Abella, 2016; Cossari, 2015).

Sin embargo, algunos han insistido en que «el objeto de la habitación puede ejercerse por una alícuota» (Alterini, *et al.*, 2018, n.º 1122). Es que, sin perjuicio que este vedado para los casos de la habitación legal, en el supuesto de la habitación de fuente extralegal se le aplican las normas del uso y el usufructo en subsidio, y «en ambas está permitido que el derecho real se extienda a la alícuota, la cadena de remisiones legales llevaría a pensar que la permisión subsiste para la habitación» (*idem*).

Por otro lado, el CCCN al regular sobre impuestos, contribuciones y reparaciones a cargo del habitador emplea la voz *casa* para aludir al objeto de la habitación. Así, puede leerse en el art. 2161: «Cuando el habitador reside sólo en *una parte de la casa* que se le señala para vivienda [...]» (el resaltado es propio). La palabra *casa* también figuraba en el CC y motivó el tener que aclarar sus alcances. Es que el art. 2948 CC, disponía en su última parte que el derecho real de uso «si se refiere a una *casa*, y a la utilidad de morar en ella, se llama en este Código, derecho de habitación» (el resaltado es propio). Héctor Lafaille limitaba el sentido del vocablo en cuestión a «las fincas urbanas» (Lafaille, 2010, n.º 1436, p. 206). Sin embargo, otros autores bien puntualizaron que una *casa* puede estar emplazada en zonas rurales (Alterini, 2010b, n.º 1436 bis; Barbero, 1977).

4. CONTENIDO

El art. 1882 CCCN dispone que «El derecho real es *el poder jurídico*, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código» (el resaltado es propio). Quien lee podrá advertir que todo derecho real es un *poder jurídico*. Por eso, Edmundo Gatti se pregunta «cuál es el contenido que conforma el sustrato de aquel poder» (Gatti, 2006, p. 255) a lo que responde que la cuestión debe ser «considerada desde los puntos de vista cualitativo y cuantitativo» (*idem*). Resulta de especial importancia para el presente trabajo el punto de vista *cuantitativo*, el cual refiere

a la *extensión del contenido*, la que puede ser determinada de manera positiva o negativa. En la primera, que es la que específicamente me interesa desarrollar, explica Carlos M. Clerc, se observa que «el derecho real concede al titular facultades materiales y facultades jurídicas que, en su respectiva medida, pueden aplicarse a todos los derechos reales» (Clerc, 2021, p. 237)

Así, la determinación positiva de la extensión contenido conduce hacia el análisis de: (1) las *facultades que tipifican a los derechos reales*, ellas pueden ser positivas (implican la posibilidad de un hacer por parte del titular del derecho real: facultades de uso, goce y disposición material o jurídica) o negativas (cuando impliquen para el titular la posibilidad de imponer una abstención a otros, aunque el contenido positivo, conlleva el contenido negativo de excluir a todos los demás de las facultades de uso, goce y disposición) y; (2) la *extensión material u objetiva de los derechos reales*, a saber, la extensión del derecho real en relación con el objeto sobre el cual se asienta (hasta dónde llega si se trata, por ejemplo, de un inmueble, si el derecho se extiende a los accesorios de la cosa, etc.).

6

4.1. Facultades que tipifican a la habitación

El habitador exhibe la potestad de *morar* en el inmueble ajeno construido o en parte material de él. Con más detalle ese *morar* es la expresión de las facultades de *uso y goce no fructuario* que porta el habitador. Esta última potestad (queda excluido el goce de índole fructuario) responde a que «el habitador debe realizar obligatoriamente las mismas mejoras que están a cargo del usufructuario y las otras que decida hacer, sin alteración de la sustancia; allí la mutación material quedará comprendida en el goce» (Alterini *et al.*, 2018, n.º, 1731, p. 683). A mayor profundidad, el contenido de la habitación se termina de comprender desde su distanciamiento con el *derecho real de uso*. Es que por mucho tiempo se consideró que la habitación no era más que el derecho real de uso que recaía sobre una *casa* (véase, por ejemplo, el citado art. 2948, CC). De hecho, Dalmacio Vélez Sarsfield indicaba en la nota al art. 2956 CC:

Siempre que en los artículos de este título nombramos al usuario, comprendemos en su caso al habitador, porque el derecho de habitación y el de uso *no son diferentes* sino en relación a [sic] los objetos a que se aplican. Asimilados en las cargas que les son inherentes, lo son en las ventajas que pueden derivarse de sus derechos, de manera que *el que tiene un derecho de habitación, es realmente usuario* en todo o en parte de la casa sobre la cual ese derecho ha sido establecido, según que él la ocupe en todo o en parte (Vélez Sarsfield, 1871).

Raymundo M. Salvat (1959) explica que el derecho de habitación era *el nombre especial* que recibía el derecho de uso cuando este consistía en la facultad de morar en una casa; pero con una diferencia esencial relativa al empleo de la cosa para fines de *industria* o *comercio*. Por eso, Allende (1963) advirtió que resultaba *algo extraña* la forma de legislar las necesidades del usuario o habitador vinculadas con sus actividades de industria o comercio, pues el art. 2955 CC rezaba que «no se comprenden en las necesidades del usuario las que sólo fuesen relativas a la industria que ejerciere, o al comercio de que se ocupare». A la inversa, el art. 2963 CC disponía que «el que tiene el derecho de habitación no puede servirse de la casa sino para habitar en él y su familia, o para el establecimiento de su industria o comercio, si no fuera impropio de su destino [...]» (el resaltado es propio). Salvat justifica la distinción en que es frecuente que alguien posea en la misma casa su familia y el establecimiento industrial o comercial. Claro que la permisión aparece sujeta a que esto último no desvirtuó el destino de la casa. Ilustra el tema señalando que «si se trata de una casa de familia, sería impropio establecer en ella un comercio o una industria que exigiera una distribución de otra clase; es una cuestión de hecho, dependiente de las circunstancias de cada caso» (Salvat, 1959, n.º 1749). Por su parte, Allende puntualiza que el *destino* hace a la sustancia de la cosa, y siempre tiene que respetarse. A raíz de ello, considera que «si en el acto constitutivo de

habitación se estableciera otra cosa, debería tal cláusula cumplirse, pues no es de orden público tal facultad especial que se acuerda al habitador» (Allende, 1963, p. 292).

Podría alguien decir que la estrecha semejanza entre uso y habitación subsiste en el CCCN cuando el art. 2159 dispone que el segundo se rige supletoriamente por las normas del primero. Sin embargo, eso no quita que estemos ante derechos reales *autónomos*, precisamente por sus diferencias *más allá del objeto* sobre el cual se asientan y que giran en torno al *contenido*.

Mientras el usuario, además de usar, puede gozar de la cosa de acuerdo con las limitaciones acordadas, el habitador aparece ceñido en cuanto a sus facultades a residir en el inmueble sin la posibilidad de percibir frutos ni productos. También al usuario le está permitido transmitir su derecho por actos entre vivos y no por causa de muerte (aplicación de las normas del usufructo), pero el habitador carece en absoluto de la facultad de transmisión (art. 2160, CCCN). Asimismo, el usuario se encuentra habilitado a constituir únicamente derechos personales (art. 2156, CCCN), pero el habitador se ve impedido de establecer toda clase de derechos patrimoniales (art. 2160, CCCN). Así, a la luz de las características descritas, la habitación es un derecho real de contenido *menor* en comparación con el uso (art. 2154, CCCN) y sobre todo con el usufructo (art. 2129, CCCN).

Se suma que los acreedores del usuario pueden, según el art. 2157 CCCN, ejecutar los frutos, salvo que se precisen para cubrir las necesidades de este y su familia, aunque en rigor los acreedores lo que pueden embargar es *el derecho a percibir frutos* en la medida en que excedan las necesidades del usuario y su familia (Vives, 2015). Al contrario, el derecho del habitador es *inejecutable* (art. 2160, CCCN). Sobre esto, el art. 744 CCCN, bajo el epígrafe *bienes excluidos de la garantía común*, dispone en su inc. e): «los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales, que sólo pueden ejecutarse en los términos de los artículos 2144, 2157 y 2178». Pero ninguna de las normas

enunciadas alude a la habitación, por ende, no puede ejecutarse en absoluto. Es que, como se pudo apreciar en el párrafo precedente, la habitación es *intransmisible*, por ser un derecho *intuitu personae*: se constituye teniendo en cuenta únicamente a la persona del habitador. Entonces, al no ser transmisible es lógico que los acreedores del habitador no puedan embargarla o ejecutarla, ni intentar una acción de fraude si el habitador renuncia a su derecho real (art. 2969, CC), puesto que, al ser inherente a su persona, está fuera de su patrimonio (Mariani de Vidal, 1993).

Nada dice el CCCN sobre la facultad del habitador de utilizar la cosa para ejercer sus prácticas comerciales o industriales. Diego Fiorentino sostiene que al no estar contemplada esta excepción «se deduce que cualquier destino no residencial está ahora excluido» (Fiorentino, 2022, p. 461). Sin embargo, no coincido con dicho parecer. Es que el silencio puede sortearse acudiendo al art. 2145 CCCN referido al destino del objeto dado en usufructo. La norma en cuestión ordena que «El uso y goce por el usufructuario debe ajustarse al destino de los bienes del usufructo, el que *se determina por la convención*, por la naturaleza de la cosa o por el uso al cual estaba afectada de hecho» (el resaltado es propio). De este modo, la reunión de hogar y trabajo puede hacerse si así se ha pactado con el propietario, más teniendo en cuenta que la prohibición de alterar la sustancia no es una norma estatutaria rígida, es decir, hermética en el sentido de excluir toda autonomía de la voluntad (Pepe y Mendizábal, 2009). Específicamente la prohibición de modificar el destino de la cosa, no así materia y forma, es una *norma supletoria*, ya que el art. 2145 CCCN de manera expresa permite que, en primer lugar, el destino se determine contractualmente.

Las facultades del usuario deben estar sujetas a los *límites* establecidos en el *contrato constitutivo de uso*, para no ser considerado usufructo (art. 2154, CCCN). Ello rige también para la habitación, por ejemplo, el derecho de morar, que:

En principio sería permanente, puede ser ceñido a ejercitárselo exclusivamente durante determinado lapso de la jornada, ya en las

horas del día, ya en las de la noche, etc.; así ocurrirá cuando se quiera beneficiar a una persona que se encuentre en la denominada situación de calle, a través de una ventaja elevada a la categoría de derecho real» (Alterini, *et al.*, 2018, pp. 685-685).

Por último, se suman las potestades que el habitador tiene para *proteger su posesión* (art. 2238 y siguientes, CCCN más, art. 606, y siguientes, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y *derecho real* (art. 2247, y siguientes, CCCN)

4.2. Extensión material

Sobre los accesorios *físicamente* incorporados a la heredad, el art. 2956 CC disponía que «Si el derecho de uso se ha establecido sobre un fundo, se extiende tanto a lo que es inmueble por su naturaleza, cuanto a todos los accesorios que están en él para su explotación. Si hay edificios construidos para el servicio y explotación del fundo, el usuario tiene el goce de ellos, sea para habitar mientras lo explote, o sea para guardar las cosechas». Mientras que, en la nota, Vélez Sarsfield sentencia que el habitador «debe tener la facultad de gozar de los aljibes, pozos, graneros, jardines, bodegas, etc., porque todos esos objetos son accesorios del inmueble, para cuya comodidad han sido establecidos, y porque, por otra parte, el derecho de habitación no es un simple derecho de alojamiento personal, sino un derecho de uso sobre el inmueble que lo faculta para gozar de todos los accesorios del fundo». Lo expuesto remite al principio según el cual lo *accesorio sigue la suerte de lo principal*, regla que no se aplica solamente al objeto principal (la vivienda en sí), sino también a los objetos que dependen de él (Mariani de Vidal, 1997; Barbero, 1977).

Respecto de los accesorios *moralmente* incorporados se decía que la solución anterior era aplicable a ellos (Mariani de Vidal, 1997). Sin perjuicio, no es ocioso adentrarnos en el significado de los *inmuebles por accesión moral*. El art. 2316 CC rezaba: «son también inmuebles las cosas muebles que se encuentran puestas *intencionalmente*, como accesorios de un inmueble, por el *propietario* de este, *sin*

estarlo físicamente» (el resaltado es propio). Así, se enseñaba que eran las cosas colocadas en la heredad para ligarse económicamente con ella, o sea, *destinadas* a servir a su uso o explotación (Alterini, 1993) o que «tienen como destino integrar la explotación económica de un inmueble y, por esa razón, se las somete al régimen jurídico de la cosa a la que acceden» (Moisset de Espanés, 2007, p. 41).

En cambio, no se consideraban inmuebles por accesión moral o por destino las cosas muebles puestas con motivo de la *profesión del propietario* o de una manera *temporaria*, pues ellas mantenían su estatus mobiliario, aun cuando se encontraran físicamente adheridas al inmueble. Así lo prescribía el art. 2322 del CC al disponer que «las cosas muebles, aunque se hallen fijadas en un edificio, conservarán su naturaleza de muebles cuando estén adheridas al inmueble en mira de la profesión del propietario, o de una manera temporaria».

Párrafo aparte merece el estatus jurídico de los *muebles* que forman el *ajuar* de la casa. En materia de legados, el CC ordenaba que «Si se lega una casa con sus muebles o con todo lo que se encontrase en ella, no se entenderán comprendidos en el legado sino *los muebles que forman el ajuar de la casa y que se encuentran en ella [...]*» (art. 3763; el resaltado es propio). Integraban esta categoría las cosas «útiles para el buen uso y comodidad de un inmueble» (Moisset de Espanés, 2007, p. 32). O que se encuentran en un «inmueble haciéndolo más confortable, o más agradable o placentera la vida de quien lo habita» (*idem*) como tapicerías, camas, sillas, espejos, péndulos, mesas, porcelanas, etc.

Para una corriente las cosas que formaban el menaje eran inmuebles por accesión moral (Borda, 2008a, n.º 766; Salvat, 1964, n.º 1411), para otra, no lo eran las cosas que *el dueño tiene para su comodidad* como «los muebles de una casa que no están al servicio de un inmueble sino de la familia que en ella mora» (Llambías, 2009, n.º 1323). Para esta segunda vertiente, «conservan su condición jurídica de bienes muebles, ya que, aunque son funcionales para la

comodidad del poseedor o tenedor del inmueble, éste puede retirarlos en cualquier momento y si dejase de habitar ese inmueble, sin duda se los llevaría consigo» (Moisset de Espanés, 2007, p. 32). Otros sostuvieron que eran inmuebles por destino, cuando de acuerdo con los elementos objetivos resultaba que habían sido puestos allí para el servicio del inmueble y no de su propietario (Novillo Saravia [h], 1967).

Además, no solo había que distinguir entre los muebles que eran inmuebles por accesión moral y los que forman el menaje, sino también entre los muebles de *uso personal*, aquellos que «aunque se encuentren en una casa tienen como destino económico satisfacer exclusivamente las necesidades de los sujetos dueños de esos muebles, como los libros, el dinero, las vestimentas, las herramientas de trabajo profesional» (*ibid*, p. 41). Así, no se comprendía en el menaje: «el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros y sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, ninguna clase de ropa de uso, los granos, caldos, mercaderías, ni en general otras cosas que las que forman el ajuar de una casa» (art. 2323, CC).

12

En la actualidad, el CCCN no contiene una norma como el art. 2956, sin embargo, el principio mencionado continúa presente, por lo cual el derecho real de habitación abraza los accesorios unidos de manera *física* con el fundo. Pero el asunto se vuelve más complejo con los inmuebles por accesión moral o por destino dado que la categoría fue eliminada (Perez Pejic, 2015a).

Con otras palabras, hoy no tiene espacio la distinción entre muebles adheridos en mira de la explotación económica del inmueble y los puestos debido a la profesión del propietario o colocados de forma transitoria, dado que el art. 226 CCCN, última parte, establece que «no se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la *explotación del inmueble* o a la *actividad del propietario*» (el resaltado es propio). Esto hace que el vacío legal sea susceptible de poder ser cubierto por lo que dispongan las partes en el contrato constitutivo

del derecho real de habitación. Lo mismo con los muebles que forman el ajuar de la casa.

5. CAUSA

La aplicación supletoria, primero de las normas del uso, y segundo del usufructo, es relevante al tratar las formas de *adquisición* de la habitación.

Así, en definitiva, la habitación se constituye igual que el usufructo, solo que a diferencia de este, puede tener su fuente en la ley. Hecha la salvedad es posible establecerla por contrato a título oneroso o gratuito (remisión a la teoría del título y modo suficientes) y testamento. De esta forma, es factible transmitir: la potestad de morar con reserva de la nuda propiedad; la nuda propiedad con reserva de la facultad de morar y; la nuda propiedad a una persona humana y la potestad de morar a otra (art. 2134, CCCN). También puede *adquirirse* por prescripción larga (art. 1897, 1899 y 2565, CCCN) y *consolidarse* por la breve en los casos en que se haya obtenido un derecho putativo de habitación en virtud de un justo título (arts. 1898 y 1902, CCCN). Además, no debe perderse de vista que son aplicables las normas relativas al *inventario* y *garantía suficiente* (arts. 2137, 2138 y 2139, CCCN).

Como mencioné, la habitación puede tener su fuente en la ley. Estos son los casos del derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente supérstites. A continuación, expondré los debates más destacados que giran alrededor de ambas figuras.

5.1. Habitación del cónyuge supérstite

El 27 de octubre de 1974 entró en vigor la Ley N.º 20.798 que incorporó al CC el art. 3573 bis, el cual rezaba:

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 (Ley N.º 798, 1974).

Hay consenso en que la figura posee *fundamento asistencial* vinculado con el *derecho fundamental a la vivienda* y, en particular, a la *vivienda familiar*. Por eso, se ha mantenido en el CCCN por medio del art. 2383, pero bajo nuevos términos:

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 art. 2383, CCCN).

14

A veces, suele pensarse que este tipo de habitación obstruye el progreso de la partición promovida por herederos o legatarios sobre el inmueble que fue última sede del hogar conyugal o, en esta tesitura, que sea incluido en la partición (Azpiri, 2015). Luego de reflexionar acerca del tema con Marcelo A. Pepe, no creemos que esto sea así. Es que, en el marco del sucesorio, y atentos a una lectura armónica de las disposiciones del CCCN, el/la viudo/a tiene tres posibilidades: (1) *oponerse a la partición*, a tenor de lo dispuesto por el último párrafo del art. 2332 CCCN, el cual establece que tiene dicha facultad respecto de la vivienda que «ha sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, con sus muebles [...] mientras él sobreviva, excepto que pueda serle adjudicada en su lote» (art. 2332 del CCCN); (2) apelar al *derecho real de habitación*, lo que no impide la partición (Mariani de Vidal y Abella, 2016; Zannoni, 2008). Por el contrario, ella tiene lugar y quien resulte beneficiario será adjudicatario de la nuda propiedad del inmueble. Con otras palabras, el inmueble es partible pero no adjudicable como dominio perfecto, sino como

dominio desmembrado. Refuerza esto, que después de la partición la nuda propiedad es ejecutable por los acreedores del nudo propietario (Méndez Costa, 1992); y (3) la *atribución preferencial*, prevista en el art. 2381 CCCN, cuyo primer párrafo, inc. a), reza que «el cónyuge sobreviviente [...] pueden pedir también la atribución preferencial: a) de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte, y de los muebles existentes en él» (art. 2381 del CCCN). Esta elección dará lugar, entonces, a un caso de partición en especie, siendo ello coherente con la regla contenida en el art. 2374 CCCN: «principio de partición en especie. Si es posible dividir y adjudicar los bienes en especie, ninguno de los copartícipes puede exigir su venta» (art. 2374 del CCCN).

La naturaleza jurídica de la habitación viudal puede abordarse desde un aspecto *material* y otro *formal*.

El primero alude al *derecho en sí mismo* (Méndez Costa, 1992), esto es, saber si estamos o no ante un derecho real distinto a la habitación regulada en el art. 2158 CCCN y siguientes. Barbero expresa que estamos en presencia de una «*institución del derecho sucesorio*, regida por *normas propias*, y a la que solo pueden aplicarse las reglas relativas al derecho real de habitación *en tanto en cuanto sean compatibles con su espíritu*» (Barbero, 1977, p. 59). En cambio, Marina Mariani de Vidal, advierte que «con ciertas características peculiares, constituye un derecho real de habitación [...] al que le serán aplicables, por tanto, las normas propias del derecho real de habitación [...] salvo los aspectos específicamente regulados [...]» (Mariani de Vidal, 1993, pp. 65-66). Continuando este camino, Alterini, si bien reconoce la existencia de *algunas notas propias*, afirma que «no hay que exagerar y, por ver alguna singularidad, creer que nos encontramos con algo esencialmente diferente de lo que es el clásico derecho real de habitación» (Alterini, 2010, p. 212). De hecho, subraya que los derechos reales pueden tener *matizaciones diversas*, pero eso no significa que deban ser encuadrados como nuevos derechos reales, así «el dominio

imperfecto no deja de ser dominio; el condominio sin indivisión forzosa y los con indivisión forzosa, son todos condominios; los derechos de construir, plantar o forestar, y el derecho sobre la propiedad superficiaria [...] son todos ellos abarcados como derecho de superficie; son indistintamente usufructos los que recaen sobre cosas no fungibles, derechos [...] o una herencia; puede haber prenda de cosas y de créditos, y el único derecho real es el de prenda» (Alterini, 2012, p. 909).

El aspecto formal nos deposita en el debate acerca de si estamos o no ante un *derecho sucesorio* (Méndez Costa, 1992). Dilucidar ello tiene distintas implicancias prácticas, por ejemplo, «determinar si el valor del derecho debe ser incluido en la masa hereditaria e integrar el cálculo de la legítima, si se halla gravado con el impuesto a la transmisión gratuita de bienes, si los acreedores hereditarios pueden ejecutar sus créditos sobre el inmueble (dominio directo y útil) o solamente sobre el valor correspondiente a la nuda propiedad (dominio directo) [...]» (Mariani de Vidal, 1993, p. 66). El asunto obliga estudiar la vía por la cual se canaliza la adquisición legal de la habitación. Acerca de esto se generaron distintas tesis, pero me limito a las que han tenido mayor eco, clasificándolas según que la adquisición se provoque o no por sucesión:

16

1) No por vía de sucesión. Para esta corriente el/a viudo/a obtiene el derecho real *iure proprio*, es decir, simplemente a título personal gracias a su condición de cónyuge. Borda sostiene que el derecho real de habitación no se trata de un derecho existente en el patrimonio del causante, porque este no gozaba de él, sino como comprendido dentro del derecho más amplio de propiedad. A su vez, si bien vivía en el inmueble «no tenía derecho a habitarlo *por vida*» (Borda, 1975b, pp. 883-884). También se ha sostenido que accede *iure proprio* al derecho real con la muerte del causante, «como una consecuencia más del matrimonio, de carácter patrimonial» (Méndez Costa, 1992, p. 387). Además, lo obtiene de forma *originaria*, ergo, no integra la herencia, quedando al margen del cálculo de la legítima global e individual y de la partición (Ferrer, 2015; Medina, 2001;

Borda, 1975b; Vidal Taquini, 1975).

2) Por vía de sucesión. Adoptar esta tesis implica que la adquisición del derecho real es derivada y no originaria (Méndez Costa, 1992; Barbero, 1977). Sin perjuicio de ello, es necesario dividir la postura entre los que sostienen que la habitación se le confiere al cónyuge sobreviviente de manera: (a) *hereditaria* o por *herencia (iure hereditatis)*, ello significa como heredero de quien fallece y como parte de la herencia (*pars hereditatis*), con independencia de la cuota hereditaria que le corresponda. Alberto D. Molinario sostiene que estamos ante un «derecho sucesorio, es decir de una facultad que, para su invocación por parte del cónyuge es menester que este invista la calidad de heredero» (Molinario, 1975, p. 1050).

Es que reúne las características de un derecho sucesorio por causa de muerte: significado económico, aparición con la muerte, no producción de efectos hasta la apertura de la sucesión, gratuidad y el derecho existe en el patrimonio del *de cuius*; y (b) *no hereditaria*, la ley llama a recibir un derecho específico sobre el inmueble que había sido sede del hogar conyugal. Incluyo aquí a quienes defienden que dicha asignación lo es: (i) *pars bonorum*, en calidad de beneficio patrimonial independiente del llamamiento sucesorio.

Así, la habitación le es otorgado al cónyuge a pesar de no asumir el carácter de heredero y como *carga común de la herencia* (Zannoni, 2008), aunque si es heredero, ella no integra su legítima individual (Mariani de Vidal y Abella, 2016; Mariani de Vidal, 1993); y (ii) *iure legati*, dado que el cónyuge adquiere la habitación *además* de lo que pueda recibir como heredero o producto de la disolución de la sociedad conyugal. Así, la ley se la confiere al sobreviviente como un *legado legal* (Maffía, 2012) o con mayor precisión a título de *prelegado legal particular forzoso* (Barbero, 1977), siempre con independencia de su carácter de heredero. Hace algunos años atrás me incliné por la teoría de la carga legal (Perez Pejic, 2015c), pero hoy veo convincente la tesis de Omar U. Barbero, la cual desprende varias consecuencias, entre ellas que el cónyuge: (a) puede

aceptar la habitación rechazando la herencia y viceversa o aceptar ambas; (b) aunque rechace la herencia puede intervenir en el proceso como parte en lo que hiciere a su derecho; (c) tiene el derecho desde el mismo momento de la muerte; (d) se presume que acepta el derecho; (e) debe pedir la entrega del prelegado; (f) pierde el legado legal si incurre en alguna causal de indignidad; (g) responde por deudas y cargas solo si la sucesión es insolvente; y (h) puede renunciar al prelegado antes o después de la aceptación e incluso retirar la renuncia si no ha habido un acto de partición entre los herederos.

Bajo la vigencia del art. 3573 bis había cierto consenso en que la habitación viudal era concedida *ministerio legis*. Hoy no hay margen para dudas, pues el art. 2383 CCCN establece que el cónyuge la obtiene de *pleno derecho*. De ahí que el art. 1894 CCCN la nombre entre los derechos reales que se adquieren por mero efecto de la ley. Ahora bien, sigue sin haber acuerdo respecto de su *operatividad*, esto es, el momento en que produce efectos.

18

Una corriente entiende que es condición para el inicio de los efectos que sea invocado por el/la viudo/a en el proceso sucesorio, porque puede o no hacer uso del derecho (Mariani de Vidal y Abella, 2016). Así, se precisa la resolución judicial que reconozca el derecho real de habitación, pronunciamiento que no surgirá de oficio, sino siempre a instancia del cónyuge supérstite (Barbero, 1977).

En la vereda opuesta, se dice que el derecho «queda configurado como tal *ipso iure*, automáticamente [...] en sentido estricto no es exacto que para alumbrar el derecho [...] deban desplegarse los pertinentes tramites sucesorios» (Alterini, *et al.*, 2018, n.º 1743). A continuación, los citados explican que la invocación del derecho en el sucesorio «tiene una función básicamente declarativa, parangonable con la situación jurídica que se presenta en la prescripción adquisitiva [...] Aquí también es aconsejable para que no se discuta la plena operatividad del derecho real nacido de la ley, que se lo esgrima en el ámbito del sucesorio para contar con la declaración judicial

favorable que hará las veces de reconocimiento del derecho preconfigurado» (*idem*).

También Francisco A.M. Ferrer (2015) advierte que el derecho real de habitación funciona automáticamente, de pleno derecho, sin necesidad de que el cónyuge lo peticione en el juicio y Azpiri, para quien «que esta protección se conceda de pleno derecho implica que no requiere la petición expresa por parte del cónyuge beneficiario» (Azpiri, 2015, p. 181). Adhiero a esta opinión dado que los efectos del derecho no operan desde su invocación en el proceso (por más que el cónyuge deba pedir la entrega como prelegado legal particular forzoso), sino al momento de la *apertura* de la sucesión en coherencia con la regla de *indivisibilidad hereditaria* (arts. 2277 y 2280, CCCN). Es que en el instante de la muerte la ley provoca la desmembración del dominio (propiedad horizontal o conjunto inmobiliario, según se trate) a favor del cónyuge que ha sobrevivido. Por ello, si pretende renunciar a su derecho deberá hacerlo de manera *expresa*, puesto que «está prohibida la renuncia general de las leyes» (art. 13 CCCN) y «los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba» (*idem*). Observación esta última hecha por Pepe en contra de quienes admiten la posibilidad de la renuncia implícita ante el avance de la acción de partición sobre el inmueble asiento de la habitación legal.

Respecto de la necesidad de *publicidad registral*, quienes consideran que se precisa el reconocimiento del derecho real por medio de una resolución judicial, señalan que dicho documento debe ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble (Mariani de Vidal y Abella, 2016; Barbero, 1977; Vidal Taquini, 1975). En cambio, otros creen que, si bien puede ser conveniente inscribirlo, el derecho es oponible *erga omnes*, aunque no conste inscripto (Pérez Lasala, 2014). Siguiendo esta línea, se ha defendido que la registración no sería necesaria para la oponibilidad de la habitación viudal, porque la inscripción:

AtaÑe por regla tan sólo a las mutaciones jurídicas reales por acto

entre vivos. Aunque este derecho obviamente ostenta la connatural publicidad propia de los estados de hecho, por la condición de poseedor del sobreviviente, para aventar cualquier duda, por mínima que sea, sobre la existencia de esta situación jurídica derivada de la ley, al menos respecto de los acreedores del supérstite, no es una alternativa descartable que se la exteriorice también por medio de la publicidad registral (Alterini, 2010a, p. 213).

20 Ferrer nota que, si bien el derecho real de habitación funciona sin necesidad de petición judicial, el cónyuge está obligado a pedir al juez que oficie al Registro de la Propiedad para que lo inscriba «en el folio real del inmueble, a fin de que adquiriera publicidad y efectos frente a terceros» (Ferrer, 2015, p. 429). En igual sintonía, Pepe explica que «los efectos protectores comienzan a correr a partir del momento en que el derecho real resulta oponible a los terceros de buena fe por su publicidad suficiente, en la especie, por su inscripción registral en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria (art. 1893, CCCN, y arts. 2º, 20 y 22, ley 17.801)» (Pepe, 2021, p. 184). Barbero (1977) entiende que los efectos se producen de forma retroactiva al momento del fallecimiento como sucede con la transmisión a título de legatario de cosa cierta. En cuanto a la oportunidad de la inscripción, se ha dicho que puede ser anterior a la partición (Méndez Costa, 1992), aunque después de tal acto es que interesara primordialmente (Zannoni, 2008).

Otro tema, es factible que el inmueble sea al mismo tiempo sede del hogar conyugal y del establecimiento comercial o industrial que llevaran adelante los esposos o que el viudo/a pretenda asentar en la heredad una actividad de ese estilo. Ferrer observa que el/la viudo/a «tiene derecho a habitar y usar el inmueble como lo haría el dueño [...] pudiendo el habitador ejercer alguna actividad lucrativa (comercio, ejercicio profesional, oficio o artesanía)» (Ferrer, 2015, p. 429).

Molinario agrega que el supérstite está habilitado para ejercer alguna

profesión o actividad industrial o comercial en el inmueble de manera complementaria con el ejercicio de la habitación y que «puede hacerlo, aunque no lo hubiese llevado a cabo en vida del causante» (Molinario, 1975, p. 1057). Barbero propone otra solución distinguiendo entre el caso del cónyuge supérstite que establece o prosigue en la casa con una *pequeña* industria o comercio (ej.: quiosco, ejercer el oficio de modista, sastre o una profesión, médico, odontólogo, abogado) y el supuesto en el que la casa constituye una *vivienda-negocio* (ej.: una parte de la casa afectada a panadería, almacén, farmacia, tornería, taller mecánico o de carpintería). Lo primero es viable, mientras que no se perjudique económicamente al nudo propietario, esto es alterando la sustancia de la cosa. Sin embargo, lo segundo involucra un inmueble con destino mixto, y no debe perderse de vista que el propósito de la figura legal en estudio es *asegurar al esposo sobreviviente su casa, pero no más*. De esta forma, afirma que lo que deberá hacerse es:

Dividir materialmente el inmueble, sustrayendo el negocio del derecho real de habitación [...] Si en algún caso no pudiera realizarse la división en especie, el juez arbitrará la solución a tomar, por ejemplo, vender todo el inmueble y comprar con la parte proporcional del precio una vivienda para que la habite el viudo, quedando el resto para su inclusión en las diversas hijuelas (Barbero, 1977, p. 20).

Por mi parte considero que el tema se relaciona estrechamente con la figura del *uso abusivo* que explicaré más adelante.

El derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente alcanza a los muebles incorporados físicamente al fundo, gracias a que ellos siguen la suerte de la cosa principal. Sobre los muebles que integran la explotación económica del inmueble, la habitación viudal los comprende en la medida en que se considere que el cónyuge supérstite puede establecer o continuar en la casa con una industria o comercio. Resta pensar si abarca los muebles que integran el

ajuar de la casa. El art. 3573 bis CC no se expedía sobre el tema, pero la respuesta afirmativa se imponía (Andorno, 2000; Cuartas Jornadas de Derecho Civil [5ª recomendación], San Rafael-Mendoza, 1976; Molinario, 1975; Borda, 2008b). La razón principal estriba en que:

No sería lógico ni humano permitir al viudo o viuda seguir viviendo en el inmueble que constituía el hogar conyugal, pero al mismo tiempo quitarle el uso de aquellas cosas con las que poco a poco lo habían ido equipado mediante el esfuerzo común (Barbero, 1977, pp. 69-70).

En esta línea, se ha observado que se trata de:

Una especie de protección a la condición familiar, para que a la falta del compañero no se sume el desmantelamiento del hogar, privándolo de los bienes que empleaba diariamente para su comodidad. Pero esto sucede cualquiera sea el lugar en que hubiese habitado esa pareja, y cualquiera sea el destino que en definitiva se dé al inmueble [...] (Moisset de Espanés, 2007, p. 28).

22

El CCCN no aclara el asunto, aunque hay autores que con criterio apoyan la aludida extensión (Ferrer, 2015; Morón, 2015). Néstor Solari avisa, en atención a la vivienda familiar, que en algunas disposiciones legales se incluyó a las cosas muebles de referencia (arts. 456 y 522, CCCN), pero que en general la terminología del CCCN solamente la reduce al inmueble en sí. Sin embargo, apela a una interpretación integral del ordenamiento jurídico mediante la cual «en aquellas disposiciones que no contemplan expresamente los muebles indispensables, cabría interpretar siempre el sentido integral, evitando que en algunas situaciones quede garantizada la condición de habitabilidad del inmueble en cuestión; y en otras, queden excluidas» (Solari, 2019, punto 1.2., párrafo 3).

Por mi parte considero alejado de su fundamento asistencial que el derecho de morar quede limitado a estar literalmente *bajo techo*, sin nada más. En consecuencia, el derecho se extiende a los muebles que integran el menaje de la

casa, pues ellos hacen que el inmueble sea *habitable*, tal como lo era cuando formaba parte del proyecto de vida en común de los esposos.

5.2. Habitación del conviviente supérstite

Bajo el epígrafe «atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes» el art. 527 CCCN, dispone que:

El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta (art. 527, CCCN).

Es claro que el titular del derecho real de habitación es el *conviviente* que sobrevive, cuya condición de tal debe provenir de «la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente por parte de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo» (art. 509, CCCN). Además, a los fines de la adquisición de la habitación legal considero que no se requiere que la unión convivencial se encuentre inscrita (en esta línea: Szmuch, 2015), dado que ella se exige para la prueba (art. 511, CCCN) a pesar de ser condición previa para ciertas cuestiones relacionadas con la protección de la vivienda familiar (art. 522, CCCN) o la vivienda en general (art. 255 inc. a), CCCN). Quedan, entonces, excluidos todos los que mantengan convivencias que «no fueran propiamente uniones convivenciales, conforme a la regulación legal» (Grillo, 2018, p. 12).

Sobre la naturaleza jurídica de la habitación del conviviente en su aspecto *material*, entiendo —de manera coherente con lo expuesto en el apartado

anterior— que estamos ante un derecho real de habitación *especial* y no un nuevo derecho real escindido completamente de la habitación genérica. El aspecto *formal* presenta mayores dudas, más teniendo en cuenta que la doctrina no se ha detenido en este punto, al menos no como lo hizo con la habitación viudal. Hace algunos años observé que intuitivamente puede pensarse que el conviviente supérstite, al carecer de vocación hereditaria, no obtiene el derecho por vía de sucesión sino a título propio. Pero qué diferencia existe entre el conviviente supérstite que obtiene el derecho sin poseer vocación hereditaria y el caso del cónyuge supérstite que lo adquiere sin asumir la calidad de heredero. Creo que ninguna, pues en ambos supuestos el desmembramiento del dominio, propiedad horizontal o conjuntos inmobiliarios opera con la muerte. Ello de forma independiente de si existe o no un llamamiento hereditario, porque lo que se encuentra en juego es el derecho fundamental a la vivienda y específicamente el derecho a la vivienda familiar (Perez Pejic, 2015c).

24

Por tal razón, considero que en su naturaleza jurídica *formal* el derecho real de habitación del conviviente supérstite se canaliza por sucesión, de forma no hereditaria, y como un *prelegado particular legal forzoso*. Exactamente igual que la habitación viudal.

El art. 527 CCCN no especifica si el conviviente sobreviviente obtiene la habitación *ministerio legis*. Sin embargo, la incertidumbre se disipa a tenor de lo dispuesto por el art. 1894 CCCN, el cual bajo el epígrafe «adquisición legal» establece que «se adquieren *por mero efecto de la ley* [...] la habitación del cónyuge y del conviviente supérstite [...]» (art. 1894 CCCN) (el resaltado es propio). Por eso, una parte de la doctrina —con la cual coincido— interpreta que la adquisición es de pleno derecho (Alterini, *et al.*, 2018; Grillo, 2018).

No obstante, un sector descifra que ello queda circunscripto a la habitación viudal, puesto que el art. 527 CCCN dispone que el conviviente supérstite *puede invocar el derecho* y no alude a la expresión *de pleno derecho*, por ende, debe petitionarlo en el sucesorio y probar las condiciones de la norma (Solari, 2019;

Mariani de Vidal y Abella, 2016). Tampoco es clara la *operatividad* del derecho real.

Nace, entonces, un debate muy similar al que desarrollé al tratar la habitación viudal. Es que, para una corriente, aunque la habitación nazca por mero efecto de la ley, el conviviente debe solicitarlo ante el juez de la sucesión y acreditar los extremos legales que hacen a su adquisición (Solari, 2019, 2014; Vives, 2016; Rocca, 2016; Azpiri, 2016, 2015; Lamber, 2015; Olmo, 2014; Morón, 2015). Además, la petición deberá hacerla antes de ordenarse la inscripción de la partición respecto del inmueble a nombre del heredero que resulte adjudicatario (Azpiri, 2016). En mi visión, no es necesario que el conviviente lo solicite expresamente en el sucesorio, pues su operatividad nace en el instante del fallecimiento del causante. Con acierto, explica Sebastián N. Grillo que, a los efectos de invocar la habitación legal, basta con que el conviviente supérstite demuestre el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 527 CCCN:

[...] *sin necesidad de presentación judicial alguna*, salvo en el caso en el que se suscitaren discrepancias respecto de la procedencia del derecho con herederos u otros terceros interesados. [...] todo lo que derivará en un *pronunciamiento judicial que de ningún modo será constitutivo o generador del derecho, sino que servirá de base para el reconocimiento del mismo, con efecto retroactivo desde la muerte del causante por su propio carácter declarativo* (Grillo, 2018, p. 14; el resaltado es propio).

Referente a la necesidad de *publicidad registral* se reproducen los debates mencionados al tratar la habitación viudal, allí remito al lector. Sin perjuicio, en específico se ha dicho que probadas las condiciones exigidas por el art. 527 CCCN, el conviviente supérstite deberá generar un *documento registrable* (en los términos de los arts. 2 y 3 de la Ley 17.801) que contenga el derecho y obtener el correspondiente emplazamiento registral (Grillo, 2018).

Este documento podrá ser un *testimonio judicial*, o bien, para algunos (Grillo,

2018; Sabene, 2017), copia de la *escritura pública* en donde el conviviente supérstite brinde los elementos probatorios que acrediten el fallecimiento de su pareja, existencia de unión convivencial con ella, ausencia de vivienda propia habitable, falta de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, que el inmueble asiento del derecho es de propiedad del causante, que la cosa constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión el inmueble no se encontraba en condominio con otras personas.

A su vez, se debe contar con la comparecencia de los herederos declarados del causante, quienes podrán volcar su conformidad con todo lo anterior. Bajo el riesgo de ser obvio, vale dejar asentado que esta última alternativa es viable en ausencia de controversia sobre los presupuestos de hecho que hacen a la configuración del derecho real de habitación legal y de oposición de terceros interesados.

26

A diferencia del derecho real de habitación viudal que es vitalicio, el conviviente obtiene el derecho por *dos años*, como *máximo*. Puede pensarse que el tiempo debe contarse desde que muere el causante o a partir de la sentencia firme en caso de ausencia con presunción de fallecimiento, o bien, desde que el conviviente lo invoca sin consideración del tiempo que haya pasado desde la muerte (Sabene, 2017). No obstante, advierte Grillo que la postura que se tome respecto de la operatividad del derecho debería condicionar la interpretación relativa al comienzo del cómputo de los dos años. Es que:

Una razonable interpretación indicaría que para quienes están con la operatividad *ipso iure*, el plazo de vigencia debería comenzar a regir desde la *muerte del causante*, mientras que para quienes ven como requisito de operatividad la presentación judicial, el plazo correrá desde la *invocación del derecho en sede judicial* (Grillo, 2018, p. 15; el resaltado es propio).

Por otro lado, resalté que el art. 527 CCCN establece que el plazo bienal es de máximo. Sin embargo, Mario G. Szmuch (2016) ha razonado, con verdad, que

este límite temporal *no tiene lugar*, por ejemplo, si cuando muere el conviviente habita en el inmueble un hijo de él que sea menor, incapaz o con capacidad restringida, mientras viva en el inmueble y sea menor o no recupere su capacidad. Volveré sobre esto más adelante.

Para que opere la adquisición legal primero se requiere que el inmueble objeto del derecho real de habitación haya sido el último *hogar familiar*. Luego, al igual que la habitación viudal, se precisa que pertenezca al causante en *propiedad* y que sea *exclusivo*, esto significa que a la apertura de la sucesión no esté en condominio (cotitularidad para ser exactos) con otras personas. Sin embargo, aparece una cuarta exigencia: *falta de vivienda propia habitable* o de *bienes suficientes que aseguren su acceso*. Llama la atención el término *propia*, pues podría imaginarse que alude a que el conviviente no posea un inmueble a título de derecho real de dominio, propiedad horizontal o conjuntos inmobiliarios.

Pienso que, en sintonía con el fundamento asistencial del derecho en estudio, la mencionada expresión debe interpretarse en un sentido *amplio*, en donde el conviviente no ostente derechos de ninguna naturaleza (real o personal) sobre algún inmueble destinado a vivienda. Por otra parte, la carencia de bienes suficientes para procurarse la vivienda resulta una condición que de operarse con posterioridad a la muerte –dentro del plazo de dos años– y de probarse por los herederos, *extingue* la habitación legal. Explicaré el asunto con detalle al tratar la extinción del derecho por uso abusivo.

Respecto del *contenido* no veo motivos para sostener una solución distinta que la plasmada al tratar la habitación viudal. Así, el conviviente supérstite puede aprovechar la casa que fue sede del hogar familiar como base de un establecimiento industrial o comercial propio o continuar el que había formado con el causante. Es que, incluso, podría serle necesario para generar fondos suficientes con el objetivo asegurarse el acceso a una vivienda habitable una vez finalizado su derecho real de habitación.

Asimismo, por la razón ya estudiada al abordar el caso de la habitación del

cónyuge sobreviviente, el derecho del conviviente se extiende a los accesorios *físicamente* incorporados al fondo y los que integran la explotación económica del inmueble si es que continúa con la industria o comercio que poseía con el causante. También considero que abarca los muebles que integran el *ajuar* de la casa, pues hacen que ella sea habitable tal como lo fue en vida de su pareja.

6. OBLIGACIONES

El habitador, al igual que el usufructuario y el usuario, tiene el deber de conservar la *sustancia* de la cosa sobre el cual recae su derecho real. Aclara el CCCN que «hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino [...]» (art. 2129, segundo párrafo, del CCCN). En otra oportunidad he estudiado la noción de sustancia con el propósito de alejarla de términos como *esencia* (Perez Pejic, 2016). Mi propuesta es que la voz sustancia —como toda palabra— es una construcción del lenguaje que explicita el *juicio de relevancia* llevado a cabo por los sujetos de una determinada comunidad para marcar los límites de la realidad física (Guibourg, 2013). Así, alterar la sustancia de la cosa no equivale a modificar su esencia, sino a cambiarla en su materia, forma o destino de tal manera que sufra *nominalmente* una variación. De este modo, la alteración se consuma cuando los individuos no puedan nombrar al objeto con la palabra que se le ha asignado para identificarlo.

La *materia* es la realidad física que es susceptible de ser conocida por los sujetos de forma empírica a través de sus sentidos (Perez Pejic, 2016). Bajo la vigencia del CC, Néstor J. Musto advertía que la palabra sustancia no se encontraba:

Usada en un sentido ontológico, *tampoco designa la materia con la que la cosa está hecha o construida*, sino [...] al conjunto de cualidades que determinan la entidad de una cosa, que la diferencian de las demás al darle una utilidad o destino definido (Musto, 2000, p. 13).

Hoy esta observación no tiene lugar en el CCCN. Por el contrario, uno de los matices de la sustancia es la materia de la cosa, tal como enseñaba Allende

(1963), quien, haciendo referencia al usufructuario, pero extensible al habitador, decía que este no podrá destruir las paredes del inmueble o cortar sus árboles frutales, porque ello implicaría disminuir la sustancia.

A su vez, se ha dicho que ser diligentes con la materia en si misma significa cuidar la cosa y darle buen uso (Papaño, *et al.*, 2004). La materia, también se relaciona con los frutos y productos (art. 233, CCCN). Tanto los frutos (naturales e industriales) como los productos, forman parte de la materia del objeto (son un todo en tanto no sean separados), razón por la cual su extracción produce la disminución de ella. Sostuve en otra oportunidad, en relación con el usufructo, que la extracción de frutos no perjudica la sustancia material de la cosa, dada su capacidad de renovación. Lo opuesto se da con el producto que es una porción desprendida de la materia y carece de aptitud para renovarse (Perez Pejic, 2016). Sin embargo, en el supuesto de la habitación, como el habitador solo tiene el goce no fructuario, se ve impedido de percibir frutos y productos, entonces, la extracción de cualquiera de ellos trae aparejada la alteración de la sustancia en el plano material.

Para el CCCN la *forma* íntegra la sustancia, ergo, no pueden separarse ambos conceptos como lo hacen algunos autores y otros cuerpos legales. En cambio, podríamos vincular las nociones de *forma* y *destino*. Así, el habitador debe respetar la *forma sustancial* (no creo que se extienda a los accidentes), dada por los aspectos relevantes del objeto para una sociedad determinada que hacen que esta le asigne un determinado nombre (Perez Pejic, 2016).

Esa forma sustancial se determina *según el destino* del objeto. Allende considera que es necesario una explicación especial para estudiar el destino de la cosa, porque cuando se modifica «no hay alteración propiamente dicha de la materia, esta continúa siendo la misma [...]» (Allende, 1963, p. 77). Me permito dudar de esta afirmación, porque pueden existir cambios de destino que envuelvan una transformación de la materia (ej.: convertir una casa de habitación en fonda o posada, ejemplo que aparece en la nota al art. 2878 CC,

que involucre creación de divisiones internas o derribamiento de paredes).

Por otro lado, art. 2145 CCCN, establece que «el uso y goce por el usufructuario debe ajustarse al destino de los bienes del usufructo, el que se determina por la convención, por la naturaleza de la cosa o por el uso al cual estaba afectada de hecho».

Aplicada la norma al derecho real de habitación, en primer lugar, el dueño de la cosa puede convenir con el futuro habitador el destino del objeto, dejándolo plasmado en el contrato constitutivo (ej.: únicamente fines habitacionales o también de comercio). Si no lo asentó, hay dos disposiciones más: (1) el *uso al que estaba afectada de hecho*, a saber, aquí el habitador debe mantener el destino enlazado con el uso al que estaba sujeto el fundo con anterioridad a su derecho real; o (2) la *naturaleza de la cosa*, esto es, si con anterioridad a la habitación no surge un marcado destino dado por el propietario, el habitador debe respetar el que la sociedad le asigna generalmente al tipo de objeto sobre el cual recae su derecho (Perez Pejic, 2016).

30

Alejándonos del tema de la sustancia, por último, el habitador que reside en una parte material del inmueble debe contribuir al pago de las cargas, contribuciones y reparaciones a prorrata de la parte de la casa que ocupa (art. 2162, CCCN). La norma no alude al pago de *expensas* en el marco de la propiedad horizontal (arts. 2048, 2049 y 2050, CCCN) ni conjuntos inmobiliarios (art. 2081, CCCN). Sin embargo, coincido con Mendizábal (2019) que tales gastos deben ser afrontados por el habitador, por aplicación analógica del art. 2148 CCCN en materia de usufructo.

7. EXTINCIÓN

Son aplicables a la habitación los medios de extinción de los derechos patrimoniales y los generales a cualquier derecho real: *destrucción total* de la cosa, abandono y consolidación (art. 1907, CCCN).

Cabe sumar que, la habitación se extingue de la misma forma que el usufructo —solución ya prevista en el CC, art. 2969—, por aplicación supletoria de sus normas. Así, concluye también por: (1) *muerte* del habitador, aunque no se haya cumplido el plazo o condición pactados. Si no se convino la duración, se entiende que es vitalicio; (2) el *no uso* durante diez años, por cualquier razón.

El desuso involuntario no impide la extinción, ni autoriza a extender la duración de la habitación; y (3) el *uso abusivo*, y la alteración de la sustancia comprobada judicialmente (art. 2152, CCCN). Sobre este último medio he trabajado en distintas ocasiones donde expuse que se trata de una sola causa: el *uso abusivo*. Es que en mi opinión hay casos de ejercicio abusivo del usufructo que no involucran la alteración de la sustancia (Mendizábal y Perez Pejic, 2016; Perez Pejic, 2016; 2015b; 2015d). Lo mismo acontece con el derecho real de habitación. Ilustraré ello con ejemplos relativos a la habitación legal.

Antes de comenzar, necesito aclarar que a mi parecer las causales contenidas en el art. 2152 CCCN, no están pensadas para un derecho real que se adquiera en virtud de la ley, es que no hay usufructo legal. Por eso, son enteramente aplicables al derecho real de uso y habitación nacidos por vías como la contractual. Sin embargo, deben adecuarse al *fundamento asistencial* de la habitación legal, el cual, reitero, está vinculado con el derecho fundamental a la vivienda y, en particular, a la vivienda familiar.

Este razonamiento es el que aplico al uso abusivo, para sostener que no siempre que se compruebe judicialmente su consecuencia jurídica deba ser la extinción del derecho. La razón descansa en que es necesario *ajustar sus efectos* a los fundamentos indicados. De esta manera, conforme a las circunstancias que rodeen al caso, el uso abusivo de la habitación legal dará lugar a su *extinción* o *readecuación*.

Para justificar la tesis, estudiaré cinco supuestos de ejercicio abusivo que no involucran la alteración de la sustancia y cuyas consecuencias pueden oscilar entre que el derecho finalice o continúe bajo nuevos términos.

El derogado art. 3573 bis CC exigía que en el acervo sucesorio existiera un *único* inmueble *habitabile*. El CCCN eliminó ello, dando a entender que la habitación opera sobre el último inmueble que constituyó el hogar conyugal, aun cuando la herencia se componga de otras heredades o unidades funcionales. Sin embargo, esto podría contradecir el fundamento de la habitación viudal y conducir a situaciones perjudiciales para quienes se encuentren condiciones de solicitar la partición de la cosa donde se asienta aquel derecho real. Carlos H. Vidal Taquini enseña que:

Si existen otros inmuebles, *aunque no sean habitables* el derecho no puede funcionar, por el desmedro al derecho de los demás herederos y la desigualdad que suscitaría. En la medida que existan otros bienes en el acervo partible *desaparece el amparo, porque el cónyuge así podrá solucionar su habitación, pues el derecho no se otorga por el grado de afecto que se pudiera tener hacia lo que fue el hogar conyugal*. Incluso, podría darse el supuesto de adjudicación de ese inmueble al cónyuge, dada la existencia de otros y, entonces cesaría su derecho real de habitación (Taquini, 1975, p. 1534; el resaltado es propio).

32

Bajo este argumento, la habitación viudal no tiene lugar si existen otros inmuebles, sin importar si estos son o no habitables. Borda observa que, si hay más de un inmueble, los coherederos pueden acordar proponerlo en *sustitución* del que fue el hogar conyugal y si este que se ofrece se adecua al «*standard de vida a que estaban acostumbrados los conyugues*» (*ibid.*, p. 756) no cesa el derecho real de habitación, sino que se *transfiere* a otro inmueble (*idem*).

Las reflexiones volcadas me llevan a pensar que de haber otros inmuebles partibles es factible invocar el uso abusivo, si se comprueba judicialmente que aquel hecho perjudica a los restantes llamados a la sucesión. Esta causal podrá tener distintos efectos legales dependiendo de las condiciones de habitabilidad de los inmuebles en relación con el nivel de vida que llevaban los esposos. Así, si son: (1) *habitables* (en los términos señalados) quienes esgrimieron el uso

abusivo deberán ofrecerle alguno al viudo/a. En este caso el supérstite tendrá que elegir el objeto sobre el cual se trasladará su derecho real de habitación. Si tan solo hay un inmueble más, allí se posará el derecho real. La sustitución, en ambos supuestos, alcanza a los muebles que forman el ajuar de la casa que fue asiento del hogar conyugal; (2) *no habitables*, la partición deberá ser pensada de manera tal que asegure la posterior vivienda del supérstite.

A su vez, el CCCN suprimió la exigencia tocante a que el inmueble sobre el cual recae el derecho real *no sobrepase el límite de valor indicado como máximo para ser declarado bien de familia*. Este requisito, como el de inmueble único habitable, tenía una justificación sólida que era no «proteger el lujo, sino asegurar un techo razonable» (Borda, 1975a, p. 756). Jorge O. Azpiri afirma que:

La eliminación de la exigencia de que hubiese quedado un solo inmueble habitable que no superara determinado monto, provoca que el goce de pleno derecho de esta protección pueda resultar como un ejercicio abusivo del derecho, ya que, si dentro del acervo hereditario existen otros bienes habitables o importes que permiten al sobreviviente superar su necesidad de vivienda, esta prerrogativa perdería su justificación (Azpiri, 2015, p. 181; el resaltado es propio).

En igual sentido, Ferrer asegura que la supresión «puede desembocar en un ejercicio abusivo del derecho por inexistencia del fundamento asistencial del mismo [...] Así ocurriría si el cónyuge sobreviviente sigue habitando una vivienda que excede notoriamente sus necesidades habitacionales [...]» (Ferrer, 2015, pp. 425-426).

Adhiere Osvaldo Camisar quien expresa que «el ejercicio de los derechos que se invoquen debe estar sujeto a la eventualidad que los herederos puedan pedir el cese de la indivisión [...] si el inmueble, por sus dimensiones o características, excede notoriamente las necesidades habitacionales del cónyuge supérstite» (Camisar, 2016, punto IV, párrafo 2).

Pepe, con quien coincido, recurre a la figura del uso abusivo «por razones

inherentes al exorbitante valor del inmueble que pretende habitar [el cónyuge], se exceden manifiestamente las necesidades de sustento y vivienda, lo cual, en los hechos, vendría a desvirtuar la finalidad tuitiva tenida en mira por el ordenamiento jurídico [...]» (Pepe, 2021, p. 184).

Así, probado judicialmente el exceso, a mi entender correspondería: (1) circunscribir la habitación a una parte material del inmueble en la medida en que ello sea posible en términos físicos/económicos y la fracción sea adecuada para satisfacer los intereses del viudo/a relacionados con la vivienda; o (2) transmitir la cosa a título oneroso si se demuestra que con la distribución del producto de la enajenación el cónyuge sobreviviente puede ver satisfechos aquellos intereses (segundo párrafo, art. 2374, CCCN). En este punto, Borda señala que si el inmueble asiento del hogar conyugal es valioso es de suponer que su venta «le permitirá al cónyuge supérstite adquirir otra casa o departamento más modesto pero suficiente, con la parte que a él le toque en la división» (Borda, 1975a, p. 756).

34

Otro caso refiere a la capacidad económica del cónyuge supérstite. Según Barbero no estamos ante una causal de extinción, puesto que «si la indigencia no es uno de los requisitos para la adquisición del derecho, mal podría serlo para su conservación» (Barbero, 1977, p. 123). Sin embargo, si el cónyuge sobreviviente tiene al momento de la apertura de la sucesión o con posterioridad bienes para conseguir una casa con destino habitacional, incluso un inmueble propio, no tendría asidero el carácter asistencial del derecho real en estudio, y el hecho de invocarlo contra los sucesores, configuraría un caso de uso abusivo.

Las Cuartas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en San Rafael (1976), asentaron como punto I que el derecho real de habitación del viudo/a «corresponderá igualmente cuando, a pesar de existir otros bienes, éstos sean *insuficientes* para satisfacer las necesidades habitacionales del cónyuge supérstite» (Cuartas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1976 el resultado es

propio).

Una vez más, Borda puntualiza que, si el cónyuge tiene un:

«... inmueble habitable dentro de sus bienes propios, es decir, no integrante del haber sucesorio, no habrá derecho de habitación, pues el espíritu de la ley es proteger al supérstite contra el peligro de quedar sin techo, peligro que no existe en esta hipótesis» (Borda, 1975a, p. 756).

En igual sentido, Camisar expresa que «el ejercicio de los derechos que se invoquen debe estar sujeto a la eventualidad que los herederos puedan pedir el cese de la indivisión si el cónyuge supérstite tiene bienes que le permitan procurarse una vivienda suficiente para sus necesidades [...]» (Camisar, 2016, punto IV, párrafo 2).

La parte final del art. 3573 bis CC asentaba que la habitación viudal se perdía «si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias» (art. 3573 bis del CC). Se extendía la solución también para el caso en que el/la viudo/a formara una unión convivencial, para evitar un caso específico de abuso de derecho (Barbero, 1977). Molinario justifica esta causal sosteniendo que si la norma:

Tiene por finalidad la prolongación *post-mortem* del hogar conyugal, no se concibe que, postergándose en el tiempo determinados derechos de los otros herederos o legatarios del causante pueda permitirse al supérstite instalar en el que fuera lecho conyugal a un nuevo consorte (Molinario, 1975, p. 1059).

Por ello, concluye que si el viudo/a deseaba contraer matrimonio «su derecho caduca pues, es de suponer que está en condiciones de constituir económicamente un nuevo hogar» (*idem*).

En sentido contrario, Borda afirma –por medio de una explicación que hoy resulta objetable a la luz de los valores de nuestra época– que es un error lamentable de la ley, pues «tiene en mira sobre todo a la mujer viuda» y su tutela «debe cesar cuando con motivo de un nuevo matrimonio tiene ya quien atienda a sus necesidades», pero «la ley protege también al viudo, que

generalmente no mejora su condición económica volviéndose a casar; por el contrario, aumentan sus gastos y necesidades.

Por lo demás, esta disposición es una incitación a vivir en concubinato: porque el viudo o viuda podrán amancebarse sin que por ello peligre su derecho de habitación; pero si se casan lo pierden. Es un castigo al matrimonio que no tiene justificación alguna» (Borda, 1975a, p. 756). Barbero agrega que cabía un:

Planteo de inconstitucionalidad por arbitrariedad del legislador y por cercenar el derecho a casarse [...] En el caso del cónyuge supérstite que ha adquirido su habitación, se lo amenaza con la pérdida de un derecho actual, cosa muy grave porque se trata de su techo; así, su libertad nupcial queda sin duda alguna muy menoscabada (Barbero, 1977, p. 111).

36

Siguiendo con el tema anterior, en el año 1989 tanto las Jornadas de Derecho de Familia organizadas por el Colegio de Abogados de Morón, provincia de Buenos Aires, como las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil convocadas por el Foro y el Colegio de Abogados de San Juan, concluyeron que no debía mantenerse como causal de extinción de la habitación legal el nuevo matrimonio o unión convivencial del viudo/a. Así, el CCCN, apoyado en las críticas y recomendaciones descriptas, no la incluye. Ello significa que ni el nuevo matrimonio ni la unión convivencial del habitador son motivo para la culminación del derecho real (Arianna, 2014).

Sin embargo, en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil convocadas por el Foro y el Colegio de Abogados de San Juan (1989), se recomendó *de lege ferenda* que «no es conveniente que el derecho real de habitación del cónyuge supérstite 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» (IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, 1989 el resaltado es propio). Esa situación *incompatible* al que hace referencia la Jornada es lo que hace posible la extinción por uso abusivo.

Claro que ello quedará sujeto a que el/los legitimado/s a solicitar la partición sea/n capaz/ces de probar en sede judicial que: (1) el nuevo proyecto de vida en común (por matrimonio o unión convivencial) del cónyuge sobreviviente no es conciliable con el carácter asistencial de la habitación legal; y (2) que esa incompatibilidad es perjudicial para sus legítimos intereses.

Entre los medios de extinción del usufructo aplicables a la habitación, vimos que aparece el *desuso*: no uso por persona alguna durante diez años, por cualquier razón, sea la falta de utilización voluntaria o involuntaria (art. 2152 inc. c, CCCN). De esta forma, se extingue la habitación viudal si el cónyuge supérstite no habita por dicho lapso el inmueble. Pero el tema no es tan sencillo. Molinario enseña que la pérdida por el lapso de diez años:

Constituye una verdadera irrisión para los demás coherederos o legatarios que participen en la propiedad del inmueble objeto del derecho. Si se acuerda el derecho de habitación con carácter alimentario al cónyuge supérstite, no se alcanza a comprender cómo este pueda dejar de usarlo impunemente por lapso tan prolongado. En realidad, hubiese debido contemplarse la reducción de ese plazo a un lapso brevísimo, pues, *si el supérstite no usa de ese derecho es demostración más que inequívoca de que no lo necesita* (Molinario, 1975, p. 1059; el resaltado es propio).

Por su parte, Barbero observa que:

La ley establece el derecho real de habitación en aras de la función social de la propiedad, no resulta adecuado pensar que en el caso del abandono por parte del cónyuge supérstite el nudo propietario tenga que esperar diez años para hacer retornar el inmueble al tráfico normal; nada más absurdo (Barbero, 1977, p. 113).

Así, imagina que si la no ocupación resulta *injustificada*, podía aplicarse analógicamente el término breve previsto para el desalojo por abandono contemplado en la vieja ley de locaciones urbanas y, si era *justificada* (ej.: radicación en otro lugar por motivos de salud) el juez, sin que el derecho real se

extinga, debía autorizar al/los nudo/s propietario/s «a que habiten la casa, o a que cedan su uso (onerosa o gratuitamente) por un plazo que no supere el lapso probable de ausencia del habitador» (*ibid*, p. 116).

Coincido con los citados en que el plazo de diez años se encuentra reñido con el fundamento asistencial de la habitación legal. Por eso, en caso de abandono, creo que en lugar de apelar al desuso es viable articular el uso abusivo. Baso mi teoría en la equivalencia entre *ejercicio irregular* de los derechos y *uso abusivo*. Así, si el no uso es una forma de ejercer los derechos, esta clase de ejercicio es *irregular* respecto del derecho real de habitación viudal, en virtud de su propio fundamento. Por ende, el no uso envuelve un supuesto de uso abusivo. En consecuencia, los perjudicados por el abandono pueden sortear el plazo de decenal previsto para la extinción por desuso.

38

Hasta ahora he tratado casos que podrían configurar situaciones de uso abusivo que *no* suponen la alteración de la sustancia de la cosa. Veamos un supuesto en que ella se modifica. Expliqué, al desarrollar el contenido del derecho real de habitación, que no era descabellado imaginar que el inmueble sea al mismo tiempo sede del hogar conyugal y del establecimiento comercial o industrial que llevaran adelante los esposos o que el viudo/a, luego de la muerte del titular de la heredad, pretenda asentar en la heredad una actividad de ese estilo.

También describí la singular solución de Barbero al respecto, quien distingue entre que el cónyuge supérstite prosiga o establezca en la casa con una *pequeña* industria o comercio o que el inmueble constituya una *vivienda-negocio*. Sobre el tema definiendo que el viudo/a puede seguir sirviéndose de la casa como establecimiento comercial o industrial en las mismas condiciones que lo venía haciendo junto con el causante.

Asimismo, no me parece desacertado que, con posterioridad a la muerte de su pareja, utilice la casa para desarrollar una actividad económica. Pero mi afirmación depende de la *compatibilidad* entre las prácticas comerciales o

industriales desplegadas en el inmueble con el fin asistencial del derecho real de habitación viudal. Caso contrario ellas, al cambiar el destino de la cosa, configurarán un supuesto de uso abusivo por alteración de la sustancia.

Por último, al derecho real de habitación del *conviviente* supérstite le caben los medios de extinción correspondientes a la habitación genérica. Asimismo, vale subrayar que no se presentan ciertos inconvenientes de la habitación viudal en lo que refiere a su conclusión. Es que la habitación legal del conviviente supérstite posee *causales especiales de extinción*: la constitución de una nueva unión convivencial, contraer matrimonio, adquirir una vivienda propia habitable u obtener bienes suficientes para acceder a ésta. No obstante, se plantean algunas observaciones, por ejemplo, que no es concebible el desuso por diez años, pues la duración de la habitación no puede superar los dos años (Alterini, *et al.*, 2018).

Una de las críticas más profundas es llevada adelante por Szmuch, quien ha trabajado sobre la constitucionalidad de límite de vigencia de dos años. Acerca de ello defiende que el derecho real no se extingue, si al tiempo del fallecimiento del conviviente habita en la vivienda *un hijo del supérstite* que:

Sea menor, incapaz o con capacidad restringida, mientras viva en el inmueble y sea menor o no recupere su capacidad [...] tampoco se extingue si el supérstite constituye una nueva unión convivencial, pues no puede castigarse al niño por esa actitud de su progenitor (art. 2.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño) (Szmuch, 2015, p. 475; el resaltado es propio).

Ante esto, y con el objetivo de moderar la lesión al derecho de propiedad de los sucesores, admite que, transcurrido los dos años de habitación gratuita, el juez a pedido de parte interesada, puede fijar a favor de estos una renta compensatoria por el uso del inmueble a cargo del conviviente supérstite. Mas en caso de incumplimiento no se lo podrá desalojar mientras el niño sea menor y viva en el inmueble, porque prevalece el interés superior del niño por sobre el

derecho patrimonial.

Por otra parte, sostiene Szmuch que los sucesores no podrían esgrimir: (1) la *falta de vínculo entre el menor y el causante* para impedir la habitación. Es que el conviviente premuerto era progenitor afín del menor (art. 672, CCCN), asumió darle vivienda. Además, acotar el plazo de duración del derecho real de habitación, si media un razonable estado de necesidad y sin tener en cuenta las condiciones económicas de los involucrados y las necesidades específicas del menor, deja de lado el interés superior del niño y viola el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño. Lo único sería demostrar que el menor vive en el inmueble del premuerto de manera transitoria, pero debe presumirse *iuris tantum*, por derivación del interés superior del niño, que vive allí de forma estable y que convivía con el causante; (2) que *los herederos del causante también son «familia»*, porque, aunque sea verdad «no menos cierto es que el premuerto volcó su afecto hacia el conviviente y el hijo de este y eligió compartir con ellos la última etapa de su vida» (*idem*).

40

Sin embargo, puede suceder que uno de los herederos también sea menor, incapaz o tenga la capacidad restringida y que no viva en el inmueble objeto de la habitación legal. La cuestión aquí, para Szmuch, pasa por saber si este último tiene satisfecho su derecho a la vivienda, ya que tiene que primar ese derecho del hijo afín carenciado y postergar el derecho de propiedad del otro, por más que la obligación del causante respecto de su hijo afín sea subsidiaria y principal la que posee respecto de su hijo biológico. Es que, si bien el interés superior del niño juega para ambos hijos «el derecho a la vivienda no admite postergación y el derecho de propiedad sí» (*idem*) y; (3) la *legítima*, pues dicho instituto con fundamento en la solidaridad familiar es de jerarquía inferior en relación con el interés superior del niño. Así, entre ambos debe prevalecer el segundo, porque:

Los derechos y garantías reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional y aplicación

obligatoria (art. 2 Ley 26061), entre los que encontramos el derecho a la vivienda, están asegurados por su máxima exigibilidad (art. 1 Ley 26061) (*idem*).

8. CONCLUSIONES

1) El habitador puede utilizar la cosa para ejercer sus prácticas comerciales o industriales, si se ha pactado con el propietario, más teniendo en cuenta que la prohibición de alterar la sustancia no es una norma estatutaria rígida. La prohibición de modificar el destino de la cosa, no así materia y forma, es una norma supletoria, ya que el art. 2145 CCCN de manera expresa permite que, en primer lugar, el destino se determine contractualmente.

2) El derecho real de habitación se extiende a los accesorios unidos de manera *física* con el fundo. Hoy no tiene espacio la distinción entre muebles adheridos en mira de la explotación económica del inmueble y los puestos debido a la profesión del propietario o colocados de forma transitoria. Esto hace que el vacío legal sea susceptible de poder ser cubierto por lo que dispongan las partes en el contrato constitutivo del derecho real de habitación. Lo mismo con los muebles que forman el ajuar de la casa.

3) La habitación legal no impide la partición. Por el contrario, ella tiene lugar y quien resulte beneficiario será adjudicatario de la nuda propiedad del inmueble. Con otras palabras, el inmueble es partible pero no adjudicable como dominio perfecto, sino como dominio desmembrado.

4) La habitación del cónyuge y conviviente supérstite, a pesar de sus especiales características, no son distintos al derecho real de habitación regulado en el art. 2158 CCCN y siguientes.

5) La habitación del cónyuge y conviviente supérstite se canalizan vía sucesión, de forma no hereditaria, y como prelegado particular legal forzoso.

6) El cónyuge y conviviente supérstite adquieren la habitación legal de pleno derecho y producen efectos de manera automática desde la muerte del

causante.

7) El cónyuge y conviviente supérstite pueden aprovechar el inmueble como base de un establecimiento industrial o comercial propio, o bien, continuar el que había formado con el causante.

8) El derecho real de habitación del cónyuge y conviviente supérstite se extiende a los accesorios físicamente incorporados al inmueble y los que integran la explotación económica, si es que sus titulares continúan con la industria o comercio que poseían con el causante. También abarca los muebles que integran el ajuar de la casa.

9) Alterar la sustancia de la cosa significa cambiarla en su materia, forma o destino de tal manera que sufra nominalmente una variación. De este modo, la alteración se consuma cuando los individuos no puedan nombrar al objeto con la palabra que se le ha asignado para identificarlo.

42

10) El habitador debe respetar la forma sustancial y no los accidentes de la cosa. La forma sustancial se determina según el destino del objeto. En primer lugar, el dueño de la cosa puede convenir con el futuro habitador el destino, dejándolo plasmado en el contrato constitutivo. Si no lo asentó, existen dos disposiciones más: el uso al que estaba afectada de hecho y la naturaleza de la cosa.

11) Las causales de extinción contenidas en el art. 2152 CCCN no están pensadas para un derecho real que se adquiera en virtud de la ley, es que no hay usufructo legal. Por eso, son enteramente aplicables al derecho real de uso y habitación nacidos por vías como la contractual. Sin embargo, deben adecuarse al fundamento asistencial de la habitación legal, el cual se vincula con el derecho fundamental a la vivienda y, en particular, a la vivienda familiar.

12) El uso abusivo, como medio especial de extinción del derecho real de habitación, es un género que comprende a la alteración de la sustancia.

13) No siempre que el uso abusivo se compruebe judicialmente su consecuencia jurídica será la extinción del derecho real de habitación legal. De

esta manera, conforme a las circunstancias que rodeen al caso, el uso abusivo dará lugar a la extinción o readecuación del derecho.

14) Es factible invocar el uso abusivo cuando existan otros inmuebles partibles y se demuestra que ello perjudica a los restantes sucesores. La causal podrá tener distintos efectos legales dependiendo de las condiciones de habitabilidad de los inmuebles en relación con el nivel de vida que llevaban los esposos. Así, si son: (1) *habitables* (en los términos señalados) los que esgrimieron el uso abusivo deberán ofrecerle alguno al viudo/a, quien tendrá que elegir el objeto sobre el cual se trasladará su derecho de habitación. Si tan solo hay un inmueble más, allí se posará el derecho real. La sustitución, en ambos supuestos, alcanza a los muebles que forman el ajuar de la casa que fue asiento del hogar conyugal; (2) *no habitables*, la partición deberá ser pensada de manera tal que asegure la posterior vivienda del supérstite.

15) Configura un caso de uso abusivo de la habitación legal que ella recaiga sobre un inmueble que sobrepase notoriamente las necesidades habitacionales. Ergo, correspondería: (1) circunscribir la habitación a una parte material del inmueble en la medida en que ello sea posible en términos físicos/económicos y la fracción sea adecuada para satisfacer los intereses del viudo/a relacionados con la vivienda; o (2) transmitir la cosa a título oneroso si se demuestra que con la distribución del producto de la enajenación el cónyuge sobreviviente puede ver satisfechos aquellos intereses.

16) Otro supuesto de uso abusivo de la habitación legal tiene espacio cuando el cónyuge sobreviviente posee al momento de la apertura de la sucesión o con posterioridad bienes para conseguir una casa con destino habitacional e incluso un inmueble propio.

17) El hecho de contraer nuevas nupcias puede ser incompatible con el fundamento de la habitación legal, lo que hace posible la extinción de su derecho por uso abusivo. Quedará ello sujeto a que el/los legitimado/s a solicitar la partición sea/n capaz/ces de probar en sede judicial que: (1) el nuevo

proyecto de vida en común (por matrimonio o unión convivencial) no es conciliable con el carácter asistencial del derecho real; y (2) que esa incompatibilidad es perjudicial para sus legítimos intereses.

18) En caso de abandono del inmueble por parte del cónyuge o conviviente es viable articular el uso abusivo, en lugar del desuso. Si el no uso es una forma de ejercer los derechos, esta clase de ejercicio es *irregular* respecto del derecho real de habitación legal, en virtud de su propio fundamento. Entonces, el desuso envuelve un supuesto de uso abusivo. Así, los perjudicados por el abandono pueden sortear el plazo de decenal previsto para la extinción por no uso.

19) Un supuesto de abusivo del derecho real de habitación legal por alteración de la sustancia podría darse cuando el cónyuge o conviviente supérstite realiza actividades económicas o industriales en el inmueble incompatibles con el fundamento asistencial de su derecho. Así, estas prácticas al cambiar el destino de la cosa modifican su sustancia.

20) El límite de vigencia de dos años para la habitación legal del conviviente debe ceder cuando el causante fuera progenitor afín de un hijo del supérstite que sea menor, incapaz o con capacidad restringida, y que al tiempo del fallecimiento habita en la vivienda de manera no transitoria. El tiempo se extenderá mientras viva en la cosa y sea menor o no recupere su capacidad, aunque el juez puede fijar, a pedido de parte interesada, una compensación económica por la utilización del inmueble.

9. BIBLIOGRAFÍA

Allende, G.L. (1963). *Tratado de las servidumbres*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Allende, G.L. (1967). *Panorama de derechos reales*. Buenos Aires: La Ley.

Alterini, J.H. (1970). *La locación y los derechos reales con función equivalente*. La Plata: Editora Platense.

- Alterini, J.H. (1993). Glosa al art. 2316. En J.J. Llambías (Dir.). *Código Civil Anotado* (t. IV-A, pp. 21-22). Argentina: Abeledo-Perrot.
- Alterini, J.H. (2010a). Derecho real de habitación del cónyuge supérstite. En H. Lafaille. *Tratado de derecho civil. Tratado de los derechos reales* (2ª ed., t. IV, 1438.ter.). Argentina: La Ley – Ediar.
- Alterini, J.H. (2010b). Alcance del vocablo “casa”. En H. Lafaille. *Tratado de derecho civil. Tratado de los derechos reales* (2ª ed., tomo IV, 1436.bis.). Argentina: La Ley – Ediar.
- Alterini, J.H. (2012). Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código. *La ley*, E, 898-911.
- Alterini, J.H., Alterini, I.E. y Alterini, M.E. (2018). *Tratado de los Derechos Reales*. (t. II: Parte especial). Argentina: La Ley.
- Andorno, L.O. (2000). Protección de la vivienda familiar. El derecho de habitación del cónyuge supérstite (art. 3573 bis, cód. civ.). En A. Kemelmajer de Carlucci (Coord.). *El Derecho de familia y los nuevos paradigmas* (vol. 2, pp. 185-205). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Areán, B.A. (2008). *Derechos reales* (6ª ed., t. 2). Argentina: Hammurabi.
- Arianna, C.A. (2014). Uniones de hecho y derecho sucesorio. *Revista de derecho privado y comunitario*, 3, 385-397.
- Azpiri, J.O. (2015). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho sucesorio*. Argentina: Hammurabi.
- Azpiri, J.O. (2016). *Uniones convivenciales*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Barbero, O.U. (1977). *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, Buenos Aires: Astrea.
- Borda, G.A. (1975a). El derecho de habitación del cónyuge supérstite. *El Derecho*, 57, 755-757.
- Borda, G.A. (1975b). Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de habitación creado por el art. 3573 bis del Código Civil. *El Derecho*, 60, 883-885.

Borda, G.A. (1978). *Tratado de Derecho Civil. Derechos reales* (2ª ed., t. II). Buenos Aires: Editorial Perrot.

Borda, G.A. (2008a). *Tratado de Derecho Civil. Parte general* (13 ed. actualizada por G.J. Borda, t. II). Buenos Aires: La ley.

Borda, G.A. (2008b). *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones* (9ª ed. actualizada por D.M. Borda, t. II). Buenos Aires: La ley.

Camisar, O. (2016). Derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el Código Civil y Comercial. *Microjuris.com*. MJ-DOC-9994-AR

Clerc, C.M. (2021). *Teoría General de los Derechos Reales*. Argentina: Erreius.

Cossari, N.G.A. (2015). Comentario al art. 2158. En J.H. Alterini. (Director general) e I.E. Alterini (Coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegetico* (Director del tomo X: N.G.A. Cossari, pp. 317-318). Buenos Aires: La Ley.

46

Ferrer, F.A.M. (2015). Glosa al art. 2383. En J.H. Alterini, (Dir. General) e I.E. Alterini (Coord.). *Código Civil y Comercial comentado: Tratado exegetico* (1ª ed., t. XI, Dir. F.A.M. Ferrer, F.G. Santarelli y A.M. Soto, pp. 425-430). Argentina: La Ley.

Fiorentino, D. (2022). Comentario al art. 2158. En O.J. Ameal (Dir.) - A.G. Carta y C.A. de Rosa (Coords.) *Código Civil y Comercial de la Nación* (t. 7, Dir. C.M. Clerc, pp. 459-461). Argentina: Editorial Estudio.

Gatti, E. (2006). *Derechos reales. Teoría general*. Buenos Aires: Lajouane.

Guibourg, Ricardo A. (2013). *Saber derecho*. Argentina: Abeledo-Perrot.

Grillo, S.N. (2018). Consideraciones respecto del derecho real de habitación del conviviente supérstite y su registración. *Revista del Notariado*, 932, 10-20.

Lafaille. H. (2010). *Tratado de derecho civil. Tratado de los derechos reales* (2ª ed. actualizada y ampliada por J.H. Alterini, tomo IV). Argentina: La Ley – Ediar.

Lamber, N.D. (2015). Comentario al art. 527. En E.G. Clusellas (Coord.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado*. (t. 3, pp. 639-640). Buenos Aires: Astrea.

- Maffía, J.O. (2012). *Tratado de las sucesiones* (3ª ed. actualizada por L.B. Hernández y L.A. Ugarte, tomo II). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Mariani de Vidal, M. (1997). Comentario al art. 2956. En A.J. Bueres (Dir.) y E.I. Highton (Coord.). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* (t.5, p. 1079). Argentina: Hammurabi.
- Mariani de Vidal, M. (1993). *Curso de derechos reales* (t.3). Argentina: Zavalía.
- Mariani de Vidal, M. y Abella, A. (2016). *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*. (tomo 2). Argentina: Zavalía.
- Medina, G. (2001). Comentario al art. 3573 bis. En A.J. Bueres (Dir.) y E.I. Highton (Coord.). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* (t. 6A, pp. 724-730). Argentina: Hammurabi.
- Méndez Costa, M.J. (1992). Glosa al art. 3573 bis. En J.J. Llambías (Dir.). *Código Civil Anotado* (t.V-B, pp. 385-398). Argentina: Abeledo-Perrot.
- Mendizábal, G.A., y Perez Pejic, G. (2016). Cuestiones destacables del derecho real de usufructo. *elDial.com*, DC216A.
- Mendizábal, G.A. (2019). El derecho real de habitación. En C.M. Clerc. *Derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* (2ª edición, pp. 405-406). Buenos Aires: Erreius.
- Moisset de Espanés, L. (2007). Inmuebles por accesión moral, muebles de la casa y bienes de uso personal. Diferencias. *Derecho y Cambio Social*, IV (10), 1-42. <https://bit.ly/3rmBNqH>
- Molinario, A.D. (1975). Estudio del artículo 3573 bis del Código Civil, LL, t. B, 1040-1060.
- Morón, A. (2015). El derecho real de habitación viudal y del conviviente supérstite en el Código Velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación: su extensión a bienes muebles. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 4, 124-129.
- Musto, N.J. (2000). *Derechos reales* (t. 2). Buenos Aires: Astrea, Buenos Aires.

Novillo Saravia, L. (h) (1967). Acceso moral. *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. XXI (4-5), 63-68.

Olmo, J.P. (2014). Derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 10, 121-123.

Papaño, R.J., Kiper, C.M., Dillon, G.A. y Causse, J.R. (2004). *Derecho Civil. Derechos Reales* (2ª edición, tomo II). Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Pepe, M.A. y Mendizábal, G.A. (2009). El orden público y la rigidez o flexibilidad en los derechos reales. *La Ley*, 2009-D, 871- 885.

Pepe, M.A. (2021). Protecciones genéricas y especiales del inmueble destinado a vivienda. En I.E. Alterini y M.V. Aicega (dirs.). *Derecho de consumo inmobiliario* (t. I, pp. 154-193). Argentina: La Ley.

48

Pérez Lasala, J.L. (2014). *Tratado de sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*. (tomo II). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Perez Pejic, G. (2015a). Comentarios al Libro Primero, Título III “Bienes”. En M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso (Dirs.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Título Preliminar y Libro Primero, t. 1, pp. 360-428), Buenos Aires: Infojus.

Perez Pejic, G. (2015b). El “uso abusivo” como medio especial de extinción del usufructo en el Código Civil y Comercial. *Revista En Letra*, II (4), 127-182.

Perez Pejic, G. (2015c). Notas para una comparación entre el derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente supérstite. <https://bit.ly/3rmx5t6>

Perez Pejic, G. (2015d). El “ejercicio regular” del usufructo y su “uso abusivo”. Estudio socio-ambiental desde el Código Civil y Comercial Unificado”. *Revista Jurídica de Daños*, 11, IJ Editores, Cita: IJ-LXXVII-707

Perez Pejic, G. (2016). La “sustancia” del objeto en el derecho real de usufructo. *Revista Pensar en Derecho*, 8, 103-150.

- Rocca, I. (h.) (2016). Derecho real de habitación del cónyuge y el conviviente supérstite en el Código Civil y Comercial. Aspectos positivos y negativos de la reforma. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 9, 151-167.
- Sabene, S.E. (2017). Inscripciones registrales provenientes de juicios sucesorios. *Jurisprudencia Argentina*, II, 1047-1066.
- Szmuch, M.G. (2015). Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia. Propuestas de implementación. *Anuario de la Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2, 431-496. <https://bit.ly/3CGz3Lk>
- Salvat, R.M. (1959). *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales* (4ª edición, t. III). Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina S.A.
- Salvat, R.M. (1964). *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte general* (edición del cincuentenario actualizada por J.M. López Olaciregui, t. II). Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina S.A.
- Solari, N.E. (2019). La vivienda familiar. *La Ley*, 2019-D, 1019
- Vidal Taquini, C.H. (1975). El derecho real de habitación del cónyuge supérstite. *Revista del Notariado*, 743, 1531-1548.
- Vives, L.M. (2016). Uso y habitación. En Gurfinkel de Wendy, L. N. (Dir.). *Derechos reales* (2ª ed., t. 2, pp. 1003-1018). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Zannoni, E.A., (2008). *Derecho civil. Derecho de las sucesiones* (tomo I), Buenos Aires: Astrea.