

NOTAS PARA UNA COMPARACIÓN ENTRE EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE Y DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE

Por Gonzalo PEREZ PEJIC*

I.- INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial (en adelante: CCyC) mantiene el derecho real de habitación del *cónyuge* supérstite (con algunas variantes) y como novedad consagra el derecho real de habitación del *conviviente* supérstite (con ciertas particularidades).

Ya el propio codificador señala en los fundamentos del “anteproyecto”: “...se regula el derecho de habitación viudal *en términos más amplios* que los del artículo 3573 bis del Código Civil vigente, en consonancia con la protección constitucional de la vivienda, que también surge implícita de otras disposiciones del Anteproyecto”. Además, agrega: “...el conviviente tiene protegida la vivienda, *pero su derecho es más débil* que el derecho real de habitación gratuito reconocido al cónyuge supérstite, distinción que encuentra su justificación en la ya mencionada necesidad de compatibilizar la autonomía de la voluntad con el deber de solidaridad familiar”.

Por ello, realizaremos algunas observaciones que permitan comparar el derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente supérstite a los efectos de comprender en donde radica la mentada “amplitud” del primero y “debilidad” del segundo.

II.- DERECHO REAL DE HABITACIÓN

El art. 2158 del CCyC, define a la habitación como: “...el derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él, sin alterar su sustancia. El derecho real de habitación sólo puede constituirse a favor de persona humana”.

Dentro de la clasificación de los derechos reales, la habitación recae sobre cosa ajena (art. 1888 del CCyC), es principal (art. 1889 del CCyC) y se ejerce por la posesión (art. 1890 del CCyC).

A su vez, constituye una desmembración al dominio (art. 1941 del CCyC), condominio (art. 1990 del CCyC), propiedad horizontal (art. 2045 del CCyC) o conjuntos inmobiliarios (art. 2078 del CCyC), superficie cuando existiera propiedad superficiaria sobre una vivienda (art. 2114 del CCyC) y usufructo (art. 2142 del CCyC).¹ Así, quien constituye habitación –en favor de una persona humana– quedará en la condición de “nudo propietario”, mientras que el sujeto titular de la habitación recibirá el nombre de “habitador”.

Respecto del objeto, la habitación puede recaer sobre la totalidad de una cosa inmueble construida o sobre una parte material de ella.² La alusión a que la habitación recaiga sobre parte

* Abogado y Profesor para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas (UBA). Dedico especialmente este trabajo a María Isabel BENAVENTE y Ángeles BALIERO DE BURUNDARENA a quienes agradezco su entera confianza y cariño.

¹ Advertimos al lector que la propiedad horizontal y los conjuntos inmobiliarios son derechos reales autónomos, es decir que sobre las unidades funcionales sus titulares no ostentan el derecho real de dominio, sino –precisamente– el de propiedad horizontal o conjuntos inmobiliarios. Así, con el término propiedad horizontal o conjuntos inmobiliarios se designa tanto a la afectación del inmueble en su totalidad, como al derecho real de cada uno de los titulares de las unidades funcionales. Amén, que el CCyC, en algún caso aislado califica al derecho del titular de las unidades funcionales como “dominio”, lo cual creemos incorrecto (art. 2082 del CCyC).

² Por definición la habitación implica –en una de sus acepciones– “lugar destinado a vivienda”, por ello el inmueble –o la parte material sobre la que se asiente la habitación – debe encontrarse construido, se descarta, por ejemplo, los lotes baldíos.

material del inmueble construido, es coherente con el objeto de los derechos reales, que puede consistir en “partes materiales” (art. 1883 del CCyC).

En cuanto al contenido, la habitación concede al habitador la potestad de morar en el inmueble ajeno construido o en parte material de él. Es decir, que el habitador se encuentra ceñido en cuanto a sus facultades a residir en el inmueble, pudiendo ejercer su profesión en él y extender su derecho a los accesorios y muebles que integran el ajuar de la casa (art. 2323 del Código de Vélez).³ Sin embargo, el habitador no puede transmitir su derecho por acto entre vivos –ni por causa de muerte–, constituir derechos reales o personales sobre la cosa, la cual, a su vez, queda exenta de ejecución por parte de los acreedores del habitador. Así, en definitiva la habitación resulta un derecho real menor al usufructo (art. 2129 del CCyC) y al uso (art. 2154 del CCyC).⁴

Sobre los deberes del habitador, este debe conservar la “sustancia” del inmueble (o parte material) sobre el cual recae su derecho real.⁵ Por otro lado, cuando el habitador reside sólo en una parte material de la casa que se le señala para vivienda, debe contribuir al pago de las cargas, contribuciones y reparaciones a prorrata de la parte de la casa que ocupa (art. 2162 del CCyC).⁶

Por último, se aplican a la habitación de forma supletoria las normas del derecho real de uso (art. 2159 del CCyC), las que a su vez se le aplican supletoriamente las del usufructo (art. 2155 del

³ Aunque el CCyC no refiera a la extensión de la habitación a los muebles, pareciera que el derecho de morar no se limita a estar literalmente “bajo techo”, así sin nada más. En este sentido, véase: ANDORNO, Luis O., “Protección de la vivienda familiar. El derecho de habitación del cónyuge supérstite (art. 3573 bis, cód. civ.)” en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coord.), *El Derecho de familia y los nuevos paradigmas*, vol: 2, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 185; MORÓN, Adriana, “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”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, vol: 2015-4, La Ley, Buenos Aires, p. 127

⁴ Debemos recordar que bajo el Código de Vélez –en algún momento– se consideró que la habitación no era más que el derecho real de uso, sólo que aquel recaía sobre inmuebles. En este sentido, Vélez señalaba en la nota al art. 2956: “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 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”. Sin embargo, si bien no podían ser asimilados ambos derechos, del CCyC se desprenden con mayor nitidez las diferencias. No obstante, si bien el uso y la habitación son derechos reales autónomos, la habitación se rige supletoriamente por las normas del derecho real de uso (art. 2159 del CCyC), lo cual en el fondo es admitir cierta similitud entre ambos derechos. Así, la habitación no se circunscribe al mero alojamiento, sino también se extiende a la utilización de los accesorios del inmueble. De esta forma, volvemos a traer a estudio, la nota al art. 2956: “...el que ocupa una casa a título de derecho de habitación, 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”.

⁵ En otra oportunidad –en relación al usufructo pero aplicable a la habitación– hemos estudiado la noción de “sustancia”. Así, expusimos que la palabra “sustancia” es un “constructo” elaborado por el 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. Alterar la sustancia de la cosa dada en usufructo, no equivale a modificar su “esencia”. La sustancia se considera alterada cuando la cosa sufre “nominalmente” un cambio de manera tal que en el entendimiento colectivo los individuos no puedan nombrarla bajo la palabra que socialmente se le ha asignado para identificarla. Este cambio “nominal” provendrá de lo que la comunidad entienda por “materia”, “forma” y “destino” de la cosa –cuando este último no ha sido impuesto por el propietario–. Para un mayor desarrollo, véase: PEREZ PEJIC, Gonzalo, “La ‘sustancia’ del objeto en el derecho real de usufructo”, en *Revista Pensar en Derecho*, Universidad de Buenos Aires, N° 8, Buenos Aires, 2016, p. 103

⁶ La norma no alude al pago de las expensas de la propiedad horizontal (arts. 2048, 2049 y 2050 del CCyC) ni de conjuntos inmobiliarios (art. 2081 del CCyC). Sin embargo, coincidimos con Mendizábal que tales gastos deben ser afrontados por el habitador, por aplicación analógica del art. 2148 del CCyC en materia de usufructo. MENDIZÁBAL, Gonzalo A., “El derecho real de habitación” en CLERC, Carlos M., *Derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Erreius, Buenos Aires, 2016, p. 356

CCyC). Ello es relevante –a modo de ejemplo– al tratar las causas de adquisición y extinción de la habitación.⁷

III.- DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

El art. 2383 del CCyC, bajo el epígrafe “derecho real de habitación del cónyuge supérstite”, dispone: “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”.

Se aclara definitivamente que el cónyuge adquiere la habitación de *pleno derecho*. Puntualizamos que la adquisición legal se produce al momento de la apertura de la sucesión, en coherencia con la regla de indivisibilidad hereditaria (arts. 2277 y 2280 del CCyC). Así, en el instante de la muerte la ley “desmembra” el dominio (propiedad horizontal o conjunto inmobiliario) a favor del cónyuge supérstite. De esta forma, la adquisición legal no opera desde la invocación u oposición del derecho en el sucesorio. Ello tan solo tiende a *declarar* el derecho y no a *constituirlo*. Lo expuesto es sin perjuicio que si ante el avance de la partición de la vivienda, el cónyuge no opone su derecho, con posterioridad no podría alegarlo. En este caso debe entenderse que lo ha renunciado tácitamente.⁸

Respecto a la vía por la cual se canaliza la adquisición legal de la habitación, se generaron diversas tesis que subsisten en la actualidad. Es decir si el cónyuge obtiene el derecho real por *iure proprio*, *iure hereditatis* (“*pars hereditatis*” o “*pars bonorum*”) o *iure legati*. Con otras palabras, si el

⁷ Así, la habitación se constituye de la misma forma que el usufructo (art. 2134 del CCyC). Ello con la salvedad que ya no existe usufructo de fuente legal y sigue sin existir uso legal. Pero la habitación, en cambio puede tener su fuente en la ley, en los casos del derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente supérstite (arts. 527, 1894 y 2383 del CCyC). A su vez, la habitación se extingue de la misma forma que el usufructo, es decir, muerte del habitador (aunque no se haya cumplido el plazo o condición pactados. Si no se pactó la duración, se entiende que es vitalicio); 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; el uso abusivo, y la alteración de la sustancia comprobada judicialmente (art. 2152 del CCyC).

⁸ La fuente legal del derecho real de habitación del cónyuge supérstite se ratifica en el art. 1894 del CCyC cuando la norma lo enuncia entre los derechos reales que se adquieren por mero efecto de la ley. En atención al viejo art. 3573 bis del Código de Vélez, la doctrina coincidía en el origen legal del derecho en estudio. Pero una amplia corriente expresaba la necesidad de petitionarlo en el sucesorio ya que argumentaban que no operaba de pleno derecho. En este sentido, también se dudaba sobre la necesidad de inscribir el derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el Registro de la Propiedad Inmueble. Nosotros por nuestra parte seguimos las enseñanzas de Alterini, quien manifestaba: “Si un derecho real nace por virtualidad de la ley queda configurado como tal *ipso iure*, automáticamente. Por ello estimamos que en sentido estricto no es exacto que para alumbrar el derecho del art. 3573 bis deban desplegarse los pertinentes trámites sucesorios. La invocación del derecho del viudo en el sucesorio tiene una función básicamente declarativa, parangonable con la situación jurídica que se presenta en la prescripción adquisitiva, donde su beneficiario adquiere el derecho real respectivo por la posesión continuada durante el lapso exigido y cumplido éste su derecho queda efectivamente constituido. Sin embargo, para que el derecho adquirido por el usucapiente tenga plena comercialidad es conveniente, y en la práctica difícilmente eludible, que el interesado acceda a la justicia para que declare la realidad de la adquisición preexistente, ciertamente ya acuñada en la vía extrajudicial. 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 sucesorio para contar con la declaración judicial favorable que hará las veces de reconocimiento del derecho preconfigurado”. Siguiendo el maestro: “Además en puro derecho, al tener la habitación del viudo de fuente legal, no sería necesario para su oponibilidad la inscripción registral, tanto que como lo recordamos oportunamente, la inscripción registral inmobiliaria 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, Jorge H. en LAFAILLE, Héctor, *Tratado de derecho civil. Tratado de los derechos reales*, 2ª edición Actualizada y Ampliada por Jorge Horacio Alterini, t. IV, La Ley – Ediar, Buenos Aires, 2010, p. 213

derecho real de habitación del cónyuge supérstite es o no un derecho sucesorio.⁹ Por nuestra parte, adherimos a la corriente que entiende que el conyugue adquiere la habitación por *iure hereditatis* y específicamente como “*pars bonorum*” (independiente de su llamamiento sucesorio).

En este sentido, tal como lo enseña Zannoni, el derecho real de habitación legal es una carga común de la herencia.¹⁰ Su valor se deducirá, luego de sumar los bienes hereditarios, restar las deudas y sumar –si existieran– las donaciones que fueran correspondientes (art. 2445 del CCyC). De esta manera, sea o no el cónyuge heredero, siempre se deduce el valor de la habitación de la masa partible por ser una carga de la sucesión. Solo que si el cónyuge es heredero, cabe aclarar que la habitación vidual no integrara su legítima individual.

Por otra parte, continúa el carácter vitalicio de la habitación y se reafirma su gratuidad. Señalar la gratuidad es relevante dado que en materia de derechos reales de disfrute sobre objeto ajeno, el CCyC se inclina por la presunción de onerosidad (arts. 2135 del CCyC para el usufructo y 2170 del CCyC para la servidumbre).

Se elimina la referencia de la estimación del inmueble en relación al indicado como límite máximo para la afectación de la vivienda a “bien de familia” (límites que desde el año 1980 se habían comenzado a dejar de utilizar); y la exigencia de que el inmueble sobre el cual recae el derecho real, sea el “único” existente en el acervo sucesorio.

Por otra parte, se requiere que el inmueble sea *propiedad* del causante. Por el término “propiedad” cabe entender, dominio, propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios. Así, no podría invocar el derecho real de habitación el/la viuda/da del superficiario, usufructuario, usuario o habitador.¹¹

A su vez, debe tratarse de una propiedad *exclusiva*, es decir que al momento de la muerte no se encuentre en condominio o –con mayor precisión– bajo cotitularidad (pensemos en cotitulares de

⁹ Quienes sostienen que la vía por la cual el cónyuge adquiere el derecho real, es por *iure proprio*, argumentan que el cónyuge adquiere el derecho de habitación a título personal, por su propia condición de cónyuge. Ello, aunque no asuma el carácter de heredero. De esta forma, el derecho de habitación no integra la herencia, y por consecuencia no se lo considera a los fines de calcular la legítima global e individual, ni se incluye en la partición. En esta línea, véase: BORDA, Guillermo A., “Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de habitación creado por el art. 3573 bis del Código Civil”, ED t. 60, 1975, p. 883; VIDAL TAQUINI, Carlos H., “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite”, *Revista del Notariado*, N° 743, sept-oct. 1975, p. 1531; Quienes sostienen que la vía por la cual el cónyuge adquiere el derecho real, es por *iure hereditatis*, argumentan que el cónyuge adquiere el derecho de habitación por su condición de heredero. El argumento central de la tesis radica en que la condición de heredero es requisito indispensable para invocar la habitación, la cual se encuentra supeditada a la muerte del causante. En esta línea, véase: MOLINARIO, Alberto D., “Estudio del artículo 3573 bis del Código Civil”, LL 1975, t. B, p. 1040; Quienes sostienen que la vía por la cual el cónyuge adquiere el derecho real, es por *iure legati*, argumentan que el cónyuge adquiere la habitación con independencia de lo que pueda recibir a título de heredero y de disolución de la sociedad conyugal. Así, la ley le confiere su derecho a título de legatario legal particular forzoso. La tesis fue mentada por Barbero con apoyo luego de Maffía. Véase: BARBERO, Omar U., *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, Astrea, Buenos Aires, 1977, p. 36; MAFFÍA, Jorge O., *Manual de derecho sucesorio*, quinta edición, t. II, LexisNexis, Buenos Aires, 2002, p. 59

¹⁰ ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 675

¹¹ Observa Camisar: “En esta parte, la norma es confusa, pues no aclara qué debe entenderse por ‘propiedad del causante’, es decir que la ley no aclara si se coloca en un supuesto de un régimen patrimonial matrimonial de división de bienes, o si se trata de un bien propio en un régimen de comunidad de bienes. En cualquier caso, si el bien hubiera sido adquirido con fondos gananciales, en tal supuesto, la situación quedaría excluida de los alcances de la norma”. CAMISAR, Osvaldo, “Derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el Código Civil y Comercial”. Cita: MJ-DOC-9994-AR; Señala Olmo: “Tiene que tratarse de un inmueble de propiedad del causante, sin importar que sea propio o ganancial”. OLMO, Juan P., “Derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, vol: 2014-10, La Ley, Buenos Aires, p. 122

propiedad horizontal o cotitulares de conjuntos inmobiliarios), con “otras” personas (debe entenderse, otras personas distintas del cónyuge).¹²

Se resguarda el derecho de los acreedores del causante desde que el derecho real de habitación del cónyuge superviviente es *inoponible* frente a ellos. No así, respecto de los acreedores de los herederos a los cuales la habitación les es *oponible*, y solo podrían ejercer sus derechos respecto de la nuda propiedad.

Quizá el tema de mayor complejidad sea la extinción de la habitación viudal, ya que el art. 2383 del CCyC omite las *causales específicas* que habían sido contempladas en el art. 3973 bis. Así, algunos autores sostienen que la habitación del cónyuge superviviente ya no se extingue por el nuevo matrimonio que contraiga ni por la unión convivencial que constituya.¹³

Pero, ya expresamos que el fin del derecho real en estudio era asistencial y ello es incompatible con la ausencia de límites. De esta forma, tal como señaláramos *ut supra*, a la habitación legal le son aplicables los medios especiales de extinción del usufructo, contenidos en el art. 2152 del CCyC. Entre los cuales se encuentra el inciso d): “el uso abusivo y la alteración de la sustancia comprobada judicialmente”. Aunque en rigor, en otro trabajo advertimos que el inciso contempla tan solo una causal de extinción, el *uso abusivo*.¹⁴

Podríamos pensar que un supuesto de ejercicio abusivo de la habitación viudal (que no implica la alteración de la sustancia) es el caso del cónyuge que contrae nuevas nupcias o constituye una unión convivencial. Siempre, que los legitimados a solicitar la partición puedan comprobar judicialmente que el nuevo proyecto de vida en común (por matrimonio o unión convivencial) del cónyuge superviviente resulta incompatible con el carácter asistencial de la habitación legal y perjudicial para sus intereses.¹⁵

¹² Agrega Olmo que el inmueble: “...a la apertura de la sucesión no se encuentre en condominio con otras personas – incluso otros herederos del causante–. No obstante ello, esa limitación no opera en el caso de que el inmueble estuviera en condominio con el cónyuge superviviente, como así tampoco cuando se trate de un bien ganancial de propiedad exclusiva de este último. Ello así, puesto que en ambos casos el cónyuge superviviente será beneficiario de una parte indivisa del bien y la restricción se extendería sobre la parte restante, siendo en este caso precedente toda vez que también lo será cuando no tiene participación alguna en él, por aplicación del principio general del derecho: ‘quien puede lo más, puede lo menos’”. OLMO, Juan P., “Derecho real...”, ob. cit, p. 122

¹³ En esta línea Arianna sostiene: “En el nuevo Código ambas pérdidas no se verificaran, en tanto por un lado elimina la separación personal como institución que aborda el conflicto conyugal y sólo contempla el divorcio sin expresión de causas que priva definitivamente el llamamiento hereditario, y por otro ha suprimido como causa de cesación del derecho real de habitación del cónyuge el nuevo matrimonio (art. 2383), por tanto tampoco lo extinguirá la unión convivencial del habitador”. ARIANNA, Carlos A., “Uniones de hecho y derecho sucesorio”, en *Revista de derecho privado y comunitario*, vol: 2014-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 390

¹⁴ Para un mayor desarrollo, véase: PEREZ PEJICIC, Gonzalo, “El ‘uso abusivo’ como medio especial de extinción del usufructo en el Código Civil y Comercial”, en *Revista En Letra*, año II, número 4, agosto 2015, tomo I-Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, p. 138; MENDIZÁBAL, Gonzalo A., - PEREZ PEJICIC, Gonzalo, “Cuestiones destacables del derecho real de usufructo”. Cita: elDial.com - DC216A

¹⁵ Nuestra postura resulta coherente con diversas hipótesis de conflicto que ha ideado la doctrina, tales como el caso de los/las viudos/as que han contraído matrimonio con un viudo/da o divorciado/da con hijos donde él/ella es de menor edad que aquellos. Con la redacción del art. 2383 CCyCN, el/la viudo/da tendría de pleno derecho la habitación legal gratuita y vitalicia, incluso aunque posea capacidad económica para adquirir otro inmueble, o con la venta del que habita, por ser valioso, también pudiera acceder a otro. Los hijos herederos del primer matrimonio, deberían guardar al fallecimiento de su padrastro/madrastra más joven que ellos, para disponer de la totalidad de la herencia. Es más, en el supuesto que el/la viudo/da decida formalizar un nuevo matrimonio o una unión convivencial, la nueva norma no la priva de seguir en el disfrute de su derecho habitacional junto a su nuevo cónyuge o conviviente y, los demás herederos, que tal vez no posean un inmueble propio para vivir o no tengan los medios para adquirirlo, seguirán vedados de su derecho de peticionar la división de la comunidad hereditaria. Recién sus hijos (los nietos del causante), podrán en definitiva disponer de la herencia. Son frecuentes los casos en los cuales el/la viudo/da ejerce el derecho sobre un único inmueble de gran valor, impidiendo la división, siendo que con el producido de la venta, todos podrían adquirir otros inmuebles, incluso el cónyuge sobreviviente. Esta posición implica el ejercicio abusivo del derecho en perjuicio de los demás coherederos. A su

Extendemos la solución, para el supuesto en que el cónyuge supérstite tenga al momento de la apertura de la sucesión, una vivienda propia o bienes para procurársela. También para el caso en que adquiera luego de la apertura, una vivienda o bienes para procurársela. Pues, en ambos no tendría asidero el carácter asistencial de la habitación legal, y la oposición de este derecho contra los legitimados a solicitar la partición, resultaría abusivo.

Otro supuesto para reflexionar es el del *único* inmueble habitable del causante que *excede* las necesidades habitacionales del cónyuge supérstite.¹⁶ Para esbozar la respuesta, quizá habría que distinguir si el cónyuge posee bienes propios para procurarse una vivienda. En caso afirmativo, aplicaría lo dicho *ut supra*.¹⁷

No obstante, si el cónyuge no posee bienes para procurarse una vivienda, pero el único inmueble del acervo excede las necesidades habitacionales –ya sea por su gran valor o extensión física– no es posible la extinción de la habitación viudal por uso abusivo, ya que no hay un ejercicio antifuncional del derecho. Por el contrario, en este supuesto nos hallamos en presencia de una readecuación de la habitación legal con vistas a conciliar su carácter asistencial con el derecho de los legitimados a solicitar la partición. En otras palabras, no estamos ante la extinción del derecho, sino por su *subsistencia*, ya sea circunscribiéndolo a una parte material de la casa – si las características de la cosa lo permiten (arts. 228, 1883 y 2158 del CCyC) – o subrogándolo a la vivienda que adquiera el cónyuge tras la enajenación del inmueble del causante.

IV.- DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE

El art. 527 del CCyC, bajo el epígrafe “atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes”, dispone: “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”.

vez, la reticencia o capricho del viudo/da en ejercer el derecho antifuncionalmente, implica en ciertos casos, una conducta extorsiva hacia los demás coherederos, al exigirles compensaciones por su renuncia al derecho viudal, para permitir la venta del inmueble. Esto afecta la legítima de los demás coherederos. Sobre el caso descrito, véase: ROCCA, Ival (h.), “Derecho real de habitación del cónyuge y el conviviente supérstite en el Código Civil y Comercial. Aspectos positivos y negativos de la reforma”, Cita Online: AR/DOC/2305/2016; A mayor abundamiento, las Jornadas de Derecho de Familia organizadas por el Colegio de Abogados de Morón, provincia de Buenos Aires (1989), como las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil convocadas por el Foro y el Colegio de Abogados de San Juan (1989), concluyeron en no mantener esta causal de extinción [nuevo matrimonio o unión convivencial] y en las últimas 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. El derecho real no podrá ser invocado por el ulterior cónyuge del beneficiario”.

¹⁶ Por su parte Balestra propone: “...debe implementarse una reforma legislativa, poniendo los límites necesarios para ubicar el instituto en su justa medida, tal como lo era el art. 3573 bis del código derogado, a fin de evitar situaciones de ejercicio abusivo del derecho de habitación del cónyuge supérstite, que en la práctica conlleva a la afectación de la legítima, al impedir a los demás coherederos disponer del inmueble sede del último domicilio conyugal que excede las necesidades habitacionales del cónyuge supérstite. BALESTRA, Ricardo R., “Derecho real de habitación viudal en el Código Civil y Comercial de la Nación. Interpretación de la nueva normativa a la luz del Título Preliminar del CCyCN en un ‘diálogo de fuentes’”. Citar: elDial DC21F6

¹⁷ Véase: BORDA, Guillermo A., “El derecho de habitación del cónyuge supérstite” ED, t. 57, 1975, p. 755; Camisar expresa: “...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, o si el inmueble, por sus dimensiones o características, excede notoriamente las necesidades habitacionales del cónyuge supérstite”. CAMISAR, ob. cit.

El titular del derecho real de habitación es el conviviente supérstite. Así, su condición de conviviente 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 del CCyC).

La atribución de la habitación se basa en el derecho humano a la vivienda, para el conviviente que carece de ella o de medios para acceder a una.¹⁸

En cuanto a la adquisición, esta se produce de *pleno derecho*, siendo coherente con el carácter legal dispuesto por el art. 1894 del CCyC.¹⁹ De esta forma, no es necesario que el conviviente lo peticione en el sucesorio para obtenerlo. Sin perjuicio, que deberá oponerlo –dentro de los dos años a partir de la apertura– frente al ejercicio de la partición cuando los legitimados pretendan hacerse con el hogar.²⁰

Nos genera dudas la vía por cual el conviviente adquiere el derecho real de habitación. Al carecer de vocación hereditaria –de forma casi instintiva– lo primero que arriba al pensamiento es que el conviviente obtiene el derecho *iure proprio* y no *iure hereditatis*. Sin embargo, nos preguntamos ¿Qué diferencia existe entre el derecho real de habitación del cónyuge supérstite – cuando este no asume la calidad de heredero– con el del conviviente? Creemos que ninguna. En ambos casos 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 humano a la vivienda (razón de ser de la habitación legal). A los fines prácticos, tanto el derecho real de habitación del cónyuge como del conviviente serán cargas de la sucesión, e impedirán el avance de la partición sobre la vivienda (conyugal o familiar).

El objeto del derecho real de habitación recae sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último *hogar familiar*. Dicha propiedad debe ser *exclusiva*, es decir, que a la apertura de la sucesión no debe encontrarse en condominio (cotitularidad para ser exactos) con otras personas (entiéndase otras personas distintas del conviviente supérstite).

A su vez, el derecho del conviviente se encuentra sujeto a las exigencias de falta de vivienda “propia” habitable o de bienes suficientes que aseguren su acceso. Llama la atención el término “propia”, ya que se podría pensar que alude a que el conviviente no posea un inmueble a título de derecho real de dominio, propiedad horizontal o conjuntos inmobiliarios. Creemos que en sintonía con el carácter asistencial del derecho, la expresión “propia” debe interpretarse en un sentido *amplio*, en donde el conviviente no posea derechos de ninguna naturaleza (real o personal) sobre algún inmueble destinado a vivienda, ni tampoco familiares que le brinden techo. Por otra parte, la carencia de bienes suficientes para procurarse la vivienda, resulta una condición que de

¹⁸ La doctrina ya daba fuertes argumentos para incluir el derecho real de habitación del conviviente supérstite. Para un mayor desarrollo de los fundamentos de esta figura, véase: ORDÓÑEZ, María Victoria - PIERRI ALFONSÍN, Milagros, “El derecho de habitación de la conviviente supérstite: la necesaria perspectiva constitucional”, en GROSMAN, Cecilia P. – LLOVERAS, Nora – KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, vol: 2012-I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 208; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 119

¹⁹ En esta línea, véase la opinión de Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini, en ALTERINI, Jorge H. (Dir. General) – BASSET, Úrsula C. (Dir. De tomo) – ALTERINI, Ignacio E. (Coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 370

²⁰ Creemos que los mismos argumentos esgrimidos por Alterini –a quien citamos en la nota n° 8 – resultan extensibles para el derecho real de habitación del conviviente supérstite. En contra de esta postura, Olmo sostiene que el conviviente necesita peticionar u oponer su derecho en el sucesorio. OLMO, Juan P., “Límite temporal de la procedencia del derecho real de habitación del cónyuge supérstite”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, vol: 2015-8, La Ley, Buenos Aires, p. 130

operarse con posterioridad a la muerte –dentro del plazo de dos años– y de probarse por los herederos, extingue la habitación legal.

En el marco de las condiciones exigidas, el conviviente adquiere el derecho real de habitación de forma gratuita por un plazo máximo de dos años, el cual no es renovable. Sobre el punto, el plazo corre desde la apertura de la sucesión.²¹

Se resguarda el derecho de los acreedores del causante desde que el derecho real de habitación del conviviente supérstite es *inoponible* frente a ellos.

Por último, la habitación legal del conviviente presenta *causales especiales de extinción*, a saber, la constitución de una nueva unión convivencial, contraer matrimonio, o adquirir una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta.

V.- COMPARACIÓN

1. Similitudes

a) Ambos derechos se fundan en el derecho humano a la vivienda, por ello es que sean asistenciales, garantizando la habitación sobre el último hogar conyugal o familiar, del viudo o conviviente.

b) Ambos derechos se adquieren por el solo efecto de la ley, y comienzan desde la apertura de la sucesión (art. 1894 del CCyC). De esta forma, no es necesario peticionarlos para obtenerlos, y de solicitarlos u oponerlos en el sucesorio, ello tendría tan sólo carácter declarativo. Tampoco se requiere su inscripción registral, aunque se imponga en la práctica para “asegurar” la oponibilidad de ellos frente a los terceros interesados de buena fe (art. 1893 del CCyC).

c) Ambos derechos poseen igual fundamento, origen de carácter legal y forma de canalizar la adquisición, la cual es *iure hereditatis* (“*pars bonorum*”).

d) Ambos derechos tienen idéntica consecuencia práctica, el de impedir el avance del ejercicio de la partición (arts. 2363, 2364 y sig. del CCyC). En este sentido, constituyen cargas de la sucesión.

e) Ambos derechos se rigen por las normas del derecho real de habitación, lo que deriva en la aplicación supletoria de las normas del uso y en definitiva del usufructo. Ello siempre que la aplicación supletoria sea compatible con la finalidad de la habitación legal.

f) Ambos derechos son gratuitos.

g) Ambos derechos deben recaer sobre inmuebles de propiedad exclusiva del causante. Es decir, que al momento de la muerte el inmueble no se encuentre en cotitularidad, con otras personas.

h) Ambos derechos pueden recaer sobre parte material del inmueble del causante, a los efectos de conciliar el carácter asistencial con el derecho de los legitimados a solicitar la partición y con el derecho de los acreedores del causante, aunque a estos leas sea inoponible la habitación legal.

i) Ambos derechos resultan inoponibles a los acreedores del causante, pero oponibles a los acreedores de los herederos, cuyas facultades se encuentran ceñidas a la nuda propiedad.

²¹ No obstante, se podría pensar que el plazo comienza desde que se reúnen las exigencias marcadas por el art. 527 del CCyC. Pero ello no nos persuade. La fuente de adquisición es la ley, lo que no obsta a que los coherederos en el proceso prueben que el conviviente no reúne los requisitos de la norma.

j) Ambos derechos se extinguen de la misma forma que el usufructo (art. 2152 del CCyC), por los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales, por destrucción total de la cosa, abandono y consolidación (art. 1907 del CCyC).

2. Diferencias

a) El derecho real de habitación del cónyuge supérstite es vitalicio, dura hasta tanto viva su titular. En cambio, el derecho real de habitación del conviviente supérstite, tiene un plazo de duración de dos años, el cual no es renovable.

b) El derecho real de habitación del conviviente se encuentra sujeto a las exigencias de falta de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren su acceso. Así, si bien se adquiere de pleno derecho desde la apertura de la sucesión, los legitimados para pedir la partición pueden solicitar la extinción de la habitación, probando que el conviviente no reúne dichas exigencias.

c) El derecho real de habitación del conviviente supérstite posee medios “especiales” de extinción, los cuales se encuentran ausentes en el derecho del cónyuge supérstite. Así, el derecho real de habitación del conviviente supérstite se extingue por la constitución de una nueva unión convivencial, contraer matrimonio, o adquirir una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta.

Sin embargo, esta diferencia podría eventualmente transformarse en una similitud haciendo gala de la extinción de la habitación por “uso abusivo” (regulado para la extinción del usufructo). Ello siempre y cuando los legitimados a ejercer la partición pudieran comprobar que las nuevas nupcias o unión convivencial del cónyuge resulta incompatible con el carácter asistencial del derecho y que los perjudica en sus intereses. La solución se extiende también para el caso en que pudieran comprobar que el cónyuge posee una vivienda propia habitable (o de bienes suficientes para acceder a ella). O bien, que luego de la apertura de la sucesión adquirió una vivienda o bienes suficientes para acceder a ella.