

LOS DERECHOS REALES DE HABITACION Y USO DEL CONYUGE SUPERSTITE

por

YANEL E. GOMEZ RECUERO

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCION. DERECHO COMPARADO

— *Los derechos de uso y habitación:* los mismos, están regulados por el Código Civil, en sus artículos 541 a 549. En el artículo 541, se los define de la siguiente manera:

“El derecho de uso, es un derecho real que consiste en servirse de la cosa de otro o de exigir una porción de los frutos que ella produce.

El derecho de habitación, es también un derecho real, y consiste en habitar gratuitamente la casa de otro”.

Tienen estos derechos las siguiente características:

- a) son derechos reales,
- b) constituídos sobre cosa ajena (*ius in re aliena*),
- c) son estrictamente personales, puesto que no pueden ser cedidos a ningún título, prestarse ni arrendarse,
- d) son derechos temporarios, ya que tienen su límite en la vida del titular o 30 años si se tratase de una persona jurídica,
- e) son limitados a satisfacer necesidades del usuario o habitador y su familia.

En cuanto a su constitución: de acuerdo al art. 542 del Código Civil se constituyen y se pierden de la misma manera que el usufructo. Por lo tanto son modos de constituirse, la ley, por acto entre vivos, por última voluntad y por prescripción.

Es importante destacar que hasta la sanción de la ley 16.081, no habían supuestos legales de uso y habitación. Con la sanción de dicha ley, han recobrado gran interés práctico estos derechos, ya que se crea, reunidos los presupuestos que se dirán, un derecho de habitación vitalicio y gratuito a favor del cónyuge supérstite, sobre el inmueble que hubiere constituido el hogar conyugal (en principio) y derecho real de uso vitalicio y gratuito, sobre los muebles que equiparen a dicho inmueble.

La ley 16.081, fue promulgada el 18 de octubre de 1989, y publicada en el Diario Oficial el 27 de noviembre del mismo año. Por la misma, se incorpora al artículo 881 del Código Civil, 9 ítems que se adicionan a continuación del inciso segundo del referido artículo.

— *Fundamentos de la ley:* el proyecto de ley, presentado por el Senador Esc. Pedro W. Cersósimo al Parlamento, que posteriormente fuera sancionado con algunas modificaciones, tiene su fuente de inspiración, según surge de la exposición de motivos (1) y del propio texto, en la necesidad de dotar al viudo o viuda de una efectiva y más segura protección en uno de los derechos que se hacen más sensibles con el transcurso de la vida: el de la vivienda decorosa y el del ajuar formado por el esfuerzo de los cónyuges matrimoniados o no.

Se podrá objetar (afirma el expositor) quizá, que la norma puede proteger a cónyuges sobrevivientes de poca edad, distorsionando así el objetivo primordial que inspira el proyecto. Sin desconocer que puede configurarse en los hechos tal situación, debe con mayor razón aún, admitirse que esa, o parecidas situaciones, no son la regla general que informa el quehacer legislativo, el que debe apuntar a situaciones normales o generalmente más abundantes, y si alguna situación especial resultara excesivamente protegida, es un precio menor frente al indiscutible mérito de la solución que se proyecta.

La nueva ley sirve, como afirma el Dr. Omar Barbero (2) al referirse al art. 3573 bis del Código Civil argentino (similar a nuestra ley) para proteger al viudo o viuda frente a hijos ingratos, que pedirían la división de la herencia sin interesarles el desamparo de su padre o madre.

— *Derecho Comparado.* Existen en el Derecho Comparado disposiciones que guardan cierta similitud con nuestra ley 16.081 y que han sido las principales fuentes de inspiración. Tales por ejemplo:

I) El artículo 3573 bis del Código Civil de la República Argentina, incorporado por la ley 20.798 de 11 de octubre de 1974, que establece: "Si a la muerte del causante, éste dejare un solo inmueble como integrante del haber hereditario, y que hubiere 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 superviviente tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge superviviente contrajere nuevas nupcias.

II) El artículo 540 del Código Civil italiano, en el texto dado por la ley 151 de 19 de mayo de 1975, que se transcribe: "Al cónyuge, aun cuando concorra con otros llamados, están reservados el derecho de ha-

(1) Exposición de motivos, del Esc. Pedro W. CERSOSIMO (Carpeta N° 1358 de 1989. Repartido N° 71, agosto de 1989).

(2) BARBERO, Omar U., *El derecho de habitación del cónyuge superviviente.*

bitación sobre la casa destinada a residencia familiar, y de uso sobre los muebles que la equipan, sean de propiedad del difunto o comunes. Tales derechos gravan sobre la porción disponible; y en caso de que esta no sea suficiente, por el remanente sobre la cuota de reserva del cónyuge y eventualmente sobre la cuota reservada a los hijos”.

CATÍTULO SEGUNDO

NATURALEZA JURIDICA

— En primer lugar debe resaltarse la naturaleza de asignación forzosa de estos derechos, en cuanto configuran verdaderas limitaciones a la facultad de testar, y como tales deben ser protegidas de los posibles excesos que se pudieren cometer, lo que será tema del capítulo noveno.

Nuestra ley, en forma expresa establece en el 881-9 que: “El cónyuge supérstite se considerará legatario legal de los derechos reales recibidos, con la responsabilidad que le es propia de ellos”. Esta definición del legislador, ha evitado que se susciten las discrepancias doctrinarias que existen en el derecho argentino, sobre la naturaleza jurídica de estos derechos. Así es que Borda (3) y Vidal Taquini (4) sostienen que se trata de un derecho *jure* propio, es decir a título personal, extrasucesorio, de tal manera que lo poseería con independencia de su calidad de heredero; en cambio Molinario (5) le asigna la naturaleza de *jure hereditatis*, y como consecuencia de ser un derecho sucesorio, para su invocación por parte del cónyuge supérstite, es menester que éste invista la calidad de heredero.

Por su parte Barbero (6) sostiene que el cónyuge supérstite recibe el derecho de habitación como legatario legal, particular forzoso, independientemente de lo que pueda recibir a título de herencia y de disolución de sociedad conyugal.

Zannoni (7) conceptúa el derecho de habitación como una carga legal impuesta a los herederos en beneficio del cónyuge supérstite, independientemente de la cuota o porción a él asignada en concurrencia con otros herederos.

En el derecho italiano, si bien no existen textos que expresamente le atribuyan la naturaleza de legado, la doctrina italiana es conteste en entender que debe considerársele legatario de estos derechos, es decir que se le atribuye la naturaleza de legado legal (*ex-lege*). Así es que,

(3) BORDA, Guillermo A., *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*.

(4) VIDAL TAQUINI, Carlos H., *El derecho real de habitación del cónyuge supérstite*, Revista del Notariado N° 743, año 1975.

(5) MOLINARIO, Alberto, *Estudio del artículo 3573 bis del Código Civil*.

(6) BARBERO, Omar U., *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*.

(7) ZANNONI, Eduardo, *El derecho real de habitación conferido al cónyuge*.

Giovanni Gabrielli, (8) comentando la reforma que introduce la ley 151 de 19-V-75 afirma que el nuevo instituto puede calificarse, como un legado "*ex-lege*" desde el momento que tiene por objeto la atribución de derechos sobre bienes determinados.

En nuestro derecho, es la primera vez que se introduce en forma expresa, la figura del legado legal o *ex-lege*, que confiere derechos reales (de habitación y de uso).

De acuerdo entonces, al texto incorporado al art. 881 del Código Civil por la ley 16.031, se atribuyen derechos reales con carácter de legado legal de especie cierta y determinada. En consecuencia, conforme a lo dispuesto por el art. 937 del Código Civil el legado tiene eficacia real, ya que trasmite la propiedad (en este caso los derechos reales) *ipso iure* al legatario desde la muerte del causante. O sea que, siendo el legado de especie cierta (a diferencia del legado de género) adquiere el legatario, en este caso el cónyuge supérstite, los derechos reales desde la muerte del causante, y de acuerdo al art. 938 del Código Civil el cónyuge sobreviviente no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega a los gravados. En la generalidad de los casos, el cónyuge ya está ocupando la vivienda que constituyó el hogar conyugal y podrá retener la cosa (9).

— *Responsabilidad*: al ser considerado legatario legal de los derechos recibidos, el cónyuge supérstite tendrá la responsabilidad subsidiaria y limitada de los legatarios, conforme lo dispone el art. 1175 del Código Civil que se transcribe: "Los legatarios no responden a las deudas hereditarias, sino cuando al tiempo de abrirse la sucesión, no haya habido bienes bastantes para pagarlas.

La acción de los acreedores contra los legatarios es en subsidio de la que tienen contra los herederos.

Llegado el caso, los legatarios contribuirán al pago de las deudas hereditarias a prorrata de los valores de sus respectivos legados, y la porción del legatario insolvente no gravará a los otros".

CAPÍTULO TERCERO

PRESUPUESTOS

— La ley establece una serie de presupuestos, sin la existencia de los cuales, los derechos reales de habitación y de uso a favor del cónyuge supérstite no nacen. Paso a relacionarlos:

(8) GABRIELLI, Giovanni, citado por AREZO, Enrique en *Porción conyugal*.

(9) Art. 938 Código Civil: "El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla".

I) *Pago de las deudas de la sucesión*: el texto legal dispone: "Si una vez pagadas las deudas de la sucesión, quedare en el patrimonio de la misma, un inmueble urbano rural," La finalidad de esta condición establecida, es la protección en primer lugar, de los acreedores hereditarios, quienes no se pueden ver postergados en sus derechos, por el cónyuge supérstite. Pero también resulta claro, que sólo puede ser postergado por las deudas de la sucesión, pero no por las deudas personales del heredero.

Por otra parte, este presupuesto señala el momento que debe tomarse en cuenta, respecto a la existencia de un inmueble urbano o rural, lo que evita discrepancias, ya que por ejemplo el art. 3573 bis del Código Civil argentino dispone: "Si a la muerte del causante, éste dejare un solo inmueble..." lo que ha sido interpretado por parte de la doctrina (10) como "luego de pagadas las deudas y cargas de la sucesión", porque de lo contrario se limitaría excesivamente el derecho del cónyuge supérstite, desde que se ha hecho referencia expresa a que quedare un solo inmueble y podría darse el caso de existir varios inmuebles en la sucesión, que luego hayan tenido que venderse para pagar las deudas sucesorias.

II) *Que quede en el patrimonio un inmueble urbano o rural*: en el proyecto original decía un "solo" inmueble, al igual que el art. 3573 bis del Código Civil argentino. Nuestra ley en cambio, en su redacción definitiva, no establece esa limitación, por lo que, aun cuando quedaren en la sucesión más inmuebles, cumplidos los restantes presupuestos, el cónyuge sobreviviente, tiene derecho real de habitación sobre el inmueble que hubiere constituido el hogar conyugal.

¿Qué debe entenderse por inmueble?. De acuerdo a la definición dada por el art. 463 del Código Civil, "inmueble, fincas o bienes raíces, son las cosas que no se pueden transportar de un lugar a otro, como las tierras, las minas y los edificios". De la definición transcripta, surge sin lugar a dudas, que si al fallecer el causante, existe un inmueble conforme a la misma, no se habrá de plantear ningún problema. Las discrepancias pueden suscitarse en cambio, cuando lo que queda en el patrimonio del "de cujus" son los derechos de promitente comprador con promesa inscripta, de conformidad a lo dispuesto por la ley 8.733. Es decir, no un inmueble (en el sentido del art. 463) sino un derecho real inmueble conforme a la definición dada por el artículo 474 del Código Civil (11).

En síntesis, el problema se plantea en el sentido, de si el legislador al establecer como presupuesto para el nacimiento del derecho real de

(10) BARBERO, Omar, *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, cia. N° 14.

(11) Art. 474: "Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según la naturaleza de la cosa que es su objeto. Así, el derecho de usufructo sobre un inmueble, es inmueble. Así, la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, es inmueble; y la hipoteca, puesto que tiene por objeto una cantidad de dinero, es mueble".

habitación, que el causante dejare en el patrimonio un inmueble, es suficiente la existencia de un derecho incorporal inmueble (art. 474 Código Civil) o si por el contrario, debe existir una cosa corporal inmueble (art. 463 Código Civil).

De la lectura del ítem 1 del art. 881, se deduce que el legislador presupone la existencia de un inmueble de acuerdo a la definición del referido art. 463. Sin embargo no debe perderse de vista el sentido protector de la ley, y por ello, es imprescindible encontrar una interpretación amplia.

Es importante resaltar en este aspecto, las conclusiones a las que se arribó en la XXXI Jornada Notarial Uruguaya, celebrada del 9 al 11 de noviembre de 1990, en la que se analizó la ley 16.081 y se transcribe por dar mucha luz sobre el tema:

1) La ley 16.081 de 18-X-89, tiene una finalidad social y familiar de protección al cónyuge sobreviviente, amparándolo con los derechos reales "ex lege": de habitación y de uso gratuitos y vitalicios sobre los muebles que equipen el hogar conyugal.

2) La tutela jurídica se limita al inmueble destinado a vivienda que hubiere constituido el hogar conyugal, sobre el que no tengan derecho los acreedores del causante, a quienes este derecho, les será inoponible.

Cabe acotar que en la extensión de los mismos quedan comprendidos:

a) el inmueble que constituyó el hogar conyugal y a la fecha de fallecimiento del causante está arrendado, en cuyo caso el derecho debe reconocerse con vistas a la posterior desocupación;

b) el inmueble prometido en compra, de acuerdo con la ley 8.733 modificativas y concordantes, ya que emerge de la misma un derecho inmueble, de acuerdo con los arts. 463 y 474 del Código Civil.

3) Ese derecho se reputa "inmueble". De la promesa surge una titularidad sobre su derecho en la cosa de otro, con una medida de valor, goce de la cosa, poder de disposición, que reducen los derechos del promitente vendedor a la instrumentalidad de una garantía.

4) Por otra parte, la ley 8.733 modificativas y concordantes, acuerdan al promitente comprador un derecho real sobre el inmueble cuya extensión, preferencia, persecución y adquisición a través del mecanismo establecido por la ley, permiten la posibilidad de que funcione en su ámbito —siendo compatible con el mismo— el derecho real de habitación, que consiste en habitar gratuitamente la casa de otro.

5) Por supuesto que si el promitente comprador causante tenía un derecho resoluble y se opera la resolución, caerá el derecho real de habitación.

Pero si dudas plantea, el nacimiento de este derecho cuando existe una promesa de compraventa inscripta, que se puede decir, cuando le

único que existe es una promesa de compraventa no inscrita o simples boletos de reserva.

No cabe duda, que una promesa de compraventa no inscrita, solo genera derechos personales y que por lo tanto, no queda un inmueble en el patrimonio del causante, pero de esta crítica también es pasible la situación anterior.

Sin embargo, y buscando una fórmula de solución a situaciones tan comunes en la práctica, es de resaltar que del informe realizado por la Comisión de Constitución y Legislación al Senado, resulta lo siguiente al prever estas hipótesis: "En el caso de que el inmueble esté prometido en compra, puede admitirse que, no obstante no haberse consumado el proceso de adquisición, si el asiento del hogar conyugal se radicaba en el inmueble, se puede reconocer tales derechos una vez culminada la adquisición dominial". En este informe no se realizan distingos entre promesas inscritas y no inscritas (12). Este fundamento puede ser objetado en el sentido de que cuando el texto de la ley es claro, no se puede desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (art. 17 inc. 1º del Código Civil).

Siguiendo con el razonamiento, es importante tener en cuenta que si bien el promitente comprador con una promesa no inscrita, no tiene a su favor un derecho real de garantía, actualmente, con la sanción del nuevo Código General del Proceso, las distancias entre las promesas inscritas y no inscritas se han acortado, en la medida que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 398 numeral 4º del citado Código, el Juez tiene potestades, ante una promesa no inscrita (y juicio ordinario mediante) para otorgar de oficio en representación del promitente vendedor, la escritura traslativa de dominio, y efectuar la tradición correspondiente.

Si bien, puede calificarse de excesivamente amplia, la extensión que se le pretende dar a la letra de la ley, es importante destacar, que en la doctrina argentina, ante un texto similar, que reclama la existencia de "un inmueble" Barbero (13) sostiene que no es imprescindible que el dominio se encuentre perfeccionado por la escritura pública y la inscripción registral. Afirma que un boleto de compraventa unido a la posesión de buena fe, sería bastante.

Situaciones de condominio: Acá hay casos muy claros de exclusión, ya que por ejemplo si el único inmueble que quedare en el patrimonio sucesorio fuera en condominio del causante con un tercero, ya sea extraño o aun cualquiera de los herederos, no se podría pretender por parte del cónyuge supérstite un derecho de habitación sobre ese bien, ya que en estos casos el "de cuius" no ha dejado un inmueble, sino una parte ali-

(12) Informe de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado.

(13) BARBERO, Omar, *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, cit. N° 17.

cuota del inmueble. Este criterio ha sido pacíficamente seguido por la jurisprudencia argentina.

Pero como en todas las cosas, hay situaciones no tan claras, como lo es, el supuesto en que se construye en un mismo padrón, dos viviendas totalmente independientes, susceptibles de ser incorporadas a propiedad horizontal, pero en definitiva no incorporadas (ya sea una casa al lado de la otra, o una arriba y otra abajo totalmente autónomas). Creo que en estos casos, la solución más fácil y atinada, por supuesto, es incorporar las viviendas a propiedad horizontal, durante el periodo de indivisión hereditaria, ya que al nacer la horizontalidad, se haría efectivo el derecho real de habitación, dado que habría un inmueble en el patrimonio sucesorio. Antes de la incorporación el cónyuge sobreviviente tendría una expectativa.

Diferente es la situación, si las construcciones no fueran susceptibles de ser incorporadas al régimen de propiedad horizontal, ya que no se podría pretender gravar al otro condómino con el derecho real de habitación.

La ley prevé la existencia de un inmueble urbano o rural; con esta aclaración se pretendió evitar las discusiones producidas en el derecho argentino, sobre si era procedente o no que el derecho de habitación se ejerciera sobre inmuebles rurales. Así es que Vidal Taquini (14) sostiene que si bien por definición (art. 2948 del Código Civil argentino) el derecho de habitación reviste caracteres de uso limitado, y únicamente se presenta en inmuebles urbanos, la referencia que hace la ley 20.798 al bien de familia, hace que el derecho pueda ser efectivizado sobre inmuebles rurales ya que las reglamentaciones existentes en las diferentes provincias, hacen posible que inmuebles de este tipo puedan constituirse en bien de familia. Asimismo Barbero (15) no encuentra ninguna objeción a que el derecho real de habitación pueda referirse a inmuebles rurales. En cambio Lafaille (16) sostiene que este derecho únicamente se presenta en inmuebles urbanos.

Nuestra ley, disipando cualquier duda que pudiera plantearse, dispone claramente que puede tratarse de inmuebles urbanos o rurales. En este último caso, el derecho real de habitación, no puede exceder más allá de los límites en que está encuadrado el inmueble.

III) *Que el inmueble sea destinado a vivienda:* no caben dudas, que no puede nacer un derecho real de habitación, en un establecimiento industrial. Sin embargo, pueden crearse interrogantes, cuando estemos frente a inmuebles con destino mixto, o sea que el inmueble no tuviere como destino exclusivo la vivienda, por ejemplo que en la misma casa-habitación exista un comercio. Es importante destacar, que en el texto legal, no figura como requisito esencial, que el destino de vivienda sea

(14)

(15) BARBERO, Omar, *ob. cit.*

(16) LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil. Tratado de los derechos reales.*

exclusivo. Habrá que estar a cada caso en concreto, ya que la casuística es demasiado amplia y es imposible prever todas las situaciones, sin perder de vista que la finalidad de la ley es garantizar al cónyuge superviviente su hogar conyugal, y por lo tanto la solución debe estar orientada a ese punto.

Si fuese imposible dividir la casa-habitación con el negocio y existieran otros inmuebles en el patrimonio sucesorio, sería de aplicación el inciso 2º del art. 881-1.

En el derecho argentino, se utiliza el adjetivo *habitable* para calificar al inmueble y no con destino a vivienda como en nuestro derecho. Escribe Barbero (17), que por habitable se debe entender: a) que el inmueble sea destinado a vivienda, y b) que esté desocupado. ¿Qué sucedería si se diera el supuesto de que el inmueble que constituyó el hogar conyugal estuviere alquilado?. Nuestra ley no establece como condición que el inmueble esté desocupado (lógicamente que no se plantearía el problema si estuviere ocupado por el cónyuge sobreviviente) pero de la propia naturaleza del derecho real de habitación surge, que el mismo no se podría ejercer si la vivienda estuviera alquilada a un tercero.

Podría darse el caso, de que los cónyuges estuvieren separados de hecho y no habitasen al momento de la muerte del causante, en el inmueble que hubiere sido el hogar conyugal. El sobreviviente, si no resultó culpable de la separación, y se dieran los demás supuestos, tendrá derecho real de habitación y de uso.

En la exposición de motivos, al preverse esta situación (que el inmueble estuviere ocupado) se expresa, que en tal caso, debe reconocerse el derecho con vistas a la posterior desocupación. A igual conclusión se arriba en la XXXI Jornada Notarial Uruguaya celebrada del 9 al 11 de noviembre de 1990.

IV) *Que hubiere constituido el hogar conyugal*: otro de los presupuestos para el nacimiento de los derechos reales en estudio, es que el inmueble (o alguno de los inmuebles) que quedare en el patrimonio sucesorio, hubiere constituido el hogar conyugal. Si bien la situación más general que el legislador quiso proteger, fue la de los cónyuges que tienen un hogar conyugal, de forma tal que al fallecimiento de cualquiera de ellos, el sobreviviente continuase viviendo en el mismo, no es requisito indispensable que el inmueble sobre el cual se ejerza el derecho real de habitación, sea el hogar conyugal al momento de la muerte de uno de los cónyuges.

Por otra parte, la norma prevé el nacimiento de los derechos reales de habitación y uso, aun cuando los cónyuges estuvieren separados de cuerpo o separados de hecho (siempre que el sobreviviente no fuere culpable de la separación) a la hora del fallecimiento del causante; y en estos supuestos es claro que al tiempo de la muerte de cualquiera de los cónyuges no había hogar conyugal.

(17) BARBERO, Omar, *ob. cit.*, cita Nº 15.

Es importante resaltar, que si bien no es presupuesto indispensable que el bien quedado al fallecimiento del causante, sea a ese momento el hogar conyugal, sí es requisito esencial que lo haya sido en algún momento.

V) *Que el inmueble fuera propio del causante, ganancial o común del matrimonio*: esto más que un presupuesto es una aclaración, ya que como expresó la Comisión de Constitución y Legislación "gananciales y comunes" no son en absoluto sinónimos. Pero siguiendo el orden del legislador, voy a comenzar por referirme a los *bienes propios*: son aquellos adquiridos antes del matrimonio, o durante el matrimonio, bajo el régimen legal a título gratuito (herencia, legado o donación) o por subrogación (arts. 1957 y ss. del Código Civil), o por último durante el matrimonio pero bajo el régimen de separación de bienes. Son *bienes gananciales* todos los adquiridos durante el matrimonio, bajo el régimen de sociedad legal de bienes, y de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1955 del Código Civil. Son *bienes comunes* del matrimonio, aquellos que han sido adquiridos por ambos antes de contraer matrimonio, o durante el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes ya sea a título oneroso o gratuito.

En este sentido la redacción legal ha sido más completa que la italiana, ya que en esta habla de "propiedad del difunto o comunes", mientras que en la argentina no se hace ninguna referencia especial.

VI) *Concurrencia con otras personas con vocación hereditaria o como legatarios*: este presupuesto, es el que menos detención merece, ya que de no concurrir el cónyuge sobreviviente con herederos o legatarios, carece de sentido la protección legal conferida, desde que aquél sería el propietario pleno del inmueble que constituyó el hogar conyugal.

VII) *Que el cónyuge sobreviviente no tuviere otro inmueble propio apto para vivienda o similar al que hubiera sido el hogar conyugal*: es decir que para que operen los derechos reales en estudio, el cónyuge superviviente no debe tener al momento de la apertura legal de la sucesión otro inmueble propio, vale decir, que si tuviese un inmueble en condominio con un tercero, cumplidos los restantes presupuestos, nada impediría el nacimiento de los referidos derechos reales menores. Este requisito, tiene su fundamento en el propio espíritu de la ley, en el carácter asistencial del derecho, ya que carecería de justicia sobreproteger al cónyuge sobreviviente, cuando esto puede resultar muchas veces en desmedro de los derechos de los hijos comunes al matrimonio o no.

Por otra parte, no se puede olvidar que la legítima, fue la asignación forzosa por excelencia antes de la promulgación de la presente ley.

Esta limitación aún cuando no fue prevista en la legislación argentina, Borda (18) interpretó al respecto que si el cónyuge superviviente te-

(18) BORDA, Guillermo A., ob. cit.

nía otro inmueble habitable dentro de sus bienes propios, no habría derecho de habitación, pues el espíritu de la ley es proteger al sobreviviente contra el peligro de quedar sin techo, peligro que no existe en esta hipótesis. Apoyando esta posición también Barbero, Andorno y Vidal Tinquini.

Volviendo a nuestro derecho, el inmueble propio debe ser apto para vivienda y similar al que hubiere constituido el hogar conyugal. ¿Qué debe entenderse por similar? La respuesta podría ser, similar en cuanto a la construcción, o en cuanto a la función que cumple, o en cuanto al lugar donde se encuentra. ¿Es similar una casa en Rivera, en el medio del campo a una vivienda de Montevideo, que constituía el hogar conyugal y se ubica cerca del lugar de trabajo del cónyuge supérstite?. Creo que necesariamente, se deberá estar a cada caso en concreto, teniendo como punto de referencia que la finalidad de la ley es darle un techo al cónyuge supérstite, en lo posible el inmueble que hubiere constituido el hogar conyugal por su valor afectivo, pero sin perder de vista que tampoco se puede violentar la situación de los legitimarios.

VIII) *Duración mínima del matrimonio*: este presupuesto se estudia en el Capítulo V referente a imputación, ya que hay que hacer una disgresión según se trate de imputar a la porción legitimaria o a las demás porciones.

IX) Como último presupuesto, debe establecerse, que en el caso de tratarse de cónyuges separados de cuerpo o de hecho, el sobreviviente, no debe resultar culpable de la separación. En el último de los casos (separación de hecho) la culpabilidad, deberá resolverse con los herederos, por el procedimiento extraordinario (art. 881-8).

CAPÍTULO CUARTO

DERECHO DE CONMUTACION O SUSTITUCION

— El inciso 2º del art. 881-1 establece: “En defecto del inmueble que hubiere constituido el hogar conyugal, los herederos deberán proporcionarle otro, que reciba la conformidad del cónyuge supérstite. En caso de desacuerdo el juez resolverá siguiendo el procedimiento extraordinario”.

Quizás lo que ha ofrecido más dudas en el presente artículo, ha sido el significado de “en defecto”. ¿Puede englobar las situaciones en que nunca existió hogar conyugal en ninguno de los inmuebles que quedaron en el patrimonio?. Yo creo que no, que necesariamente debió existir hogar conyugal en alguno de los inmuebles que quedaren en el patrimonio sucesorio. Esto resulta de armonizar el inciso 2º con lo dispuesto en el inciso 1º del mismo artículo 881-1, donde se expresan los presupuestos para el nacimiento del derecho real de habitación, y dentro de los cuales se encuentra que el inmueble “hubiere constituido el hogar conyugal”.

En síntesis, y pecando de ser reiterativa, es importante resaltar que para que pueda tener andamio lo dispuesto en este inciso 2º debió existir hogar conyugal en alguno de los inmuebles que quedaron en el patrimonio sucesorio.

Para aclarar la idea, voy a poner un ejemplo: los cónyuges, siendo propietarios de varios inmuebles, constituyeron hogar conyugal, durante toda la existencia de su matrimonio, en un inmueble alquilado. ¿Podría igualmente el cónyuge superviviente tener en su beneficio los derechos reales emergentes del actual artículo 881?. Creo que no, porque en defecto del inmueble que hubiere constituido el hogar conyugal, supone la existencia en algún momento, (aunque no necesariamente al fallecimiento del causante) de un hogar conyugal en alguno de los inmuebles que integran el acervo sucesorio.

A la misma conclusión se arribó en la citada XXXI Jornada Notarial Uruguaya, transcribiéndose el párrafo que refiere a este tema:

1) La condición de hogar conyugal del bien quedado al fallecimiento del causante, es en principio, presupuesto indispensable para que opere el derecho, pudiendo no serlo al momento del fallecimiento, pero sí haberlo sido en algún momento.

2) La hipótesis prevista en el inciso 2º del art. 881-1 del Código Civil, plantea tan solo la excepcional posibilidad de los herederos de conmutarlo por otro, cuando el que fuera hogar conyugal, no permite el ejercicio del derecho de habitación en forma inmediata, o cuando por determinadas circunstancias, sea necesario tal conmutación.

3) El referido inciso segundo, no impone en ningún caso obligación legal a los herederos de adquirir inmueble alguno, para servir de asiento al derecho de habitación del cónyuge superviviente.

Siguiendo con la lectura del inciso en estudio, surge que se establece la facultad del cónyuge beneficiario, de pedir la sustitución o conmutación del inmueble que hubiere constituido el hogar conyugal, por otro que quedare en el patrimonio sucesorio, por razones de conveniencia o necesidad.

Uno de los ejemplos que se manejó en la discusión parlamentaria, fue el caso de una vivienda excesivamente grande donde vivieron los cónyuges hasta el fallecimiento de uno de ellos, y que luego resultase muy gravoso mantenerla, para el sobreviviente. Entiendo que esta es una facultad del cónyuge superviviente (la de pedir sustitución) y no de los herederos, no sólo por el carácter tuitivo de la norma de referencia respecto al cónyuge, sino por la letra de la ley, que dispone la obligación de los herederos ("deberán") de proporcionarle otro inmueble. Por supuesto, que esto tampoco puede entenderse en un sentido arbitrario, es decir que en cualquier caso que se exija la sustitución se deba acceder, por ello el inciso 2º del art. 881-1 en su parte final prevé, que ante circunstancias de desacuerdo el juez resolverá mediante procedimiento extraordinario.

La facultad de sustitución es posible en nuestra legislación, porque la norma no requiere como condición para el nacimiento del derecho real de habitación, que quedare un sólo inmueble en el patrimonio sucesorio (a diferencia de la legislación argentina), ya que obviamente, si no hay más que un inmueble destinado a vivienda, en el patrimonio hereditario, es imposible efectivizar la conmutación de referencia.

Es importante resaltar que el derecho de conmutación, se aplica en inmuebles que integren el patrimonio sucesorio, y por lo tanto no comprende la hipótesis en que los herederos adquieran un bien para sustituirlo por el que quedare en el mencionado patrimonio (sin perjuicio de los acuerdos de parte).

CAPÍTULO QUINTO

IMPUTACION

— En este punto, nuestra legislación, toma como fuente de inspiración la legislación italiana. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 881-4, la imputación de estos derechos reales de habitación y uso, se realiza en el siguiente orden: 1º) a la porción disponible, 2º) a la porción conyugal y 3º) a la porción legitimaria. Para el caso de que estemos frente a cónyuges sin derecho a porción conyugal, por ejemplo por tratarse de un cónyuge rico, el orden de imputación sería: 1º) a la porción disponible y 2º) a la porción legitimaria.

Surge de lo antedicho, que la imputación de los derechos reales de referencia, se hace incluso a expensas de los legitimarios. La asignación forzosa por excelencia, hasta la promulgación de la ley 16.081, fue la legítima, pasando a ser actualmente postergada por los derechos reales de habitación y uso del cónyuge sobreviviente, convirtiéndose éstos entonces, en la asignación forzosa más protegida de nuestro derecho.

9. — *Condiciones requeridas para realizar la imputación a la porción disponible y porción conyugal en su caso:* En primer lugar, todos los presupuestos para el nacimiento de los derechos. Es decir los requisitos previstos en el art. 881-1, 881-7 y 881-8 y además que el matrimonio tenga una duración mínima de 30 días, o si se hubiese celebrado para regularizar un concubinato estable, singular y público, esta relación debió tener una duración de no menos de 180 días. Hice hincapié en estos requisitos porque son los que cambian cuando se quiere imputar los derechos a favor del viudo o viuda creados por la referida ley, a la porción legitimaria.

Condiciones para imputar a la porción legitimaria: acá se acentúan las exigencias, y tiene su fundamento como ya se ha dicho, en la protección de las legítimas; que eran intangibles hasta la promulgación de la

presente ley. Entrando a las condiciones requeridas para que proceda esta imputación, en primer lugar hay que hacer una disgresión: a) respecto a la duración del matrimonio y b) en cuanto a los legitimarios con que concorra. Con respecto al primer punto, es decir la duración del matrimonio, el art. 381-5 dispone que debe tratarse de un matrimonio que haya tenido una duración continua y mínima de 2 años o que teniendo una duración inferior, se haya celebrado para regularizar una relación concubinaria estable, singular y pública de por lo menos 2 años de duración, y durante el cual hubieren compartido hogar y vida en común (comunidad de lecho y techo).

Es importante resaltar que para el nacimiento de estos derechos, se requiere que el concubinato que se regulariza mediante el matrimonio, sea *calificado* es decir, que reúna las condiciones de estable, singular y público, "concubinato *more uxorio*", o sea aquel que al decir de Cestau, se desarrolla en forma tan semejante a la de las personas unidas en matrimonio, que a los ojos de los demás se trata de un auténtico y verdadero matrimonio. En tanto que, para la pérdida de estos derechos, basta con un concubinato común, en sentido amplio.

Con referencia al segundo punto, es decir en cuanto a los legitimarios con los cuales concurre el cónyuge sobreviviente, la ley establece la siguiente diferenciación: 1º) si concurre con descendientes (ya sea por derecho propio o por derecho de representación) comunes con el causante, el caso típico de hijos comunes a ambos, en cuyo supuesto, la imputación puede alcanzar la totalidad de las legítimas rigorosas. Sin embargo, esta situación nunca se va a plantear, ya que los legitimarios, en el peor de los casos, van a conservar la nuda propiedad del inmueble objeto de desmembramiento; 2º) si concurre con otros legitimarios, por ejemplo con hijos no comunes al matrimonio, por ser de un primer matrimonio del causante, o con ascendientes legítimos del cónyuge prefallecido. En este segundo supuesto, la imputación se limita, ya que sólo podrá alcanzar hasta la mitad de las respectivas legítimas rigorosas.

Surge de la discusión parlamentaria, que con este límite impuesto, se pretendió evitar situaciones injustas que pueden ocurrir, como sería el caso de que hijos de un primer matrimonio del causante se vieran despojados de la casi totalidad (porque como se dijo no puede nunca absorber la totalidad de la legítima) de sus derechos, por una persona con quien quizás no tiene ningún vínculo afectivo.

Es de resaltar, que el límite máximo de imputación se refiere sólo a las legítimas rigorosas y no a las efectivas, respecto de las cuales no se establece límite. Los únicos acrecimientos posibles serían los previstos en los numerales 1 y 2 del art. 893, es decir los que dan lugar a la formación de la legítima efectiva propia, ya que obviamente el acrecimiento previsto en el numeral 3º nunca podría existir, desde que en primer lugar, para imputar estos derechos reales, se recurre a la porción disponible.

CAPÍTULO SEXTO

DIFERENCIAS CON LA PORCION CONYUGAL

—La ubicación que se le ha dado al texto incorporado por la ley 16.081, puede inducir al error de confundir la porción conyugal con estos derechos reales, por lo que es importante resaltar las grandes diferencias que tienen y que hacen que pueda existir perfectamente uno sin el otro.

En cuanto a la naturaleza, de acuerdo al art. 374 del Código Civil, “la porción conyugal es aquella parte del patrimonio del cónyuge premuerto...”, en cambio, el objeto de los derechos reales de habitación y uso, es el inmueble que hubiere constituido el hogar conyugal y los muebles que lo equipan. Por lo que, para quienes nos adherimos a la tesis que le atribuye a la porción conyugal, naturaleza jurídica de legado legal o ex-lege (constituyendo esto una semejanza entre los derechos objeto de comparación) ésta sería un legado legal parciario o de parte alícuota de la herencia, en tanto que los derechos reales de habitación y uso constituyen legado legal de cosa cierta y determinada.

En cuanto a los presupuestos para el nacimiento: mientras que para tener derecho a porción conyugal, debe tratarse de un cónyuge que carezca de lo necesario para su congrua sustentación (con la valoración especial de cónyuge rico o pobre a los efectos de la porción conyugal) para el nacimiento de los derechos reales de habitación y uso, esta condición no existe, respecto a los cuales, la única limitación que dispone el legislador, en lo atinente al patrimonio del cónyuge sobreviviente, es que no tenga en su patrimonio un inmueble apto para vivienda y similar al que hubiere sido el hogar conyugal.

Asimismo, la separación de hecho de los cónyuges es irrelevante a los efectos de la porción conyugal, en tanto que, para los derechos reales en estudio, si los cónyuges fueren separados de hecho, y el supérstite declarado culpable de tal separación, no podrá acceder a los mismos.

En lo que refiere a la duración que haya tenido el matrimonio, para tener derecho a porción conyugal, es indiferente la duración que pueda haber tenido el mismo (pudo celebrarse unas horas antes del fallecimiento del causante), en tanto que para el nacimiento de estos derechos, el matrimonio debe tener una duración mínima, que varía según se trate de imputar los derechos a la porción legitimaria o a las restantes porciones. En el primer caso (es decir cuando se trata de imputar a la porción legitimaria) se requiere que el matrimonio haya tenido una duración continua y mínima de 2 años, o que se hubiere celebrado para regularizar un concubinato estable, singular y público de igual duración; en el segundo caso (cuando se trata de imputar a las restantes porciones), el plazo de duración mínima del matrimonio que se requiere, es de 30 días,

o que se hubiere celebrado, para regularizar un concubinato estable, singular y público de no menos de 180 días.

En cuanto a la forma de cálculo: siendo la porción conyugal una parte de los bienes del difunto, ésta se calcula en relación a cuotas partes, es decir, conforme al art. 881, será fija siempre que concurra fuera de la descendencia legítima o natural (1/4 parte de los bienes del difunto), o será variable cuando concurra con éstos, recibiendo como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo. En tanto, los derechos reales de habitación y uso, por su propia naturaleza, tienen un objeto específico, que es un inmueble y los muebles que lo equipan, no guardando relación alguna con cuotas partes.

A efectos de calcular la porción conyugal, se debe deducir el importe correspondiente al patrimonio líquido del cónyuge sobreviviente, mientras que, a los efectos de los derechos reales, es indiferente el patrimonio del cónyuge siempre que no haya un inmueble apto para vivienda y similar al que hubiere constituido el hogar conyugal, en cuyo caso los derechos reales no nacen.

Luego de calculada la porción conyugal, el cónyuge supérstite, puede optar entre retener lo que posea, renunciando a la porción conyugal, o pedir la porción conyugal abandonando sus bienes o derechos. Esta opción no es posible, tratándose de los derechos reales, es decir que el cónyuge no puede renunciar a la vivienda de su propiedad para optar por el hogar conyugal.

En cuanto a los supuestos de pérdida: Mientras que la adquisición de un inmueble apto para vivienda, y de condiciones similares al que constituyó el hogar conyugal, supone la pérdida de los derechos reales de habitación y uso, respecto a la porción conyugal, no importan los cambios que se produzcan en el patrimonio del cónyuge sobreviviente, posteriores al fallecimiento del causante.

Asimismo, el concubinato común o las ulteriores nupcias del beneficiario, también configuran causales de pérdida de los derechos reales, mientras que para la porción conyugal, son irrelevantes los cambios que se produzcan tanto en su situación personal como patrimonial, vale decir que la porción conyugal es inalterable.

CAPÍTULO SÉPTIMO

EXTINCION O PERDIDA DE LOS DERECHOS

— Voy a comenzar por relacionar las causales específicas de pérdida de estos derechos reales de habitación y uso del cónyuge supérstite, previstas en el art. 881-3 del Código Civil:

1º) Nuevas nupcias del cónyuge beneficiario: este supuesto de pérdida fue tomado de la legislación argentina (art. 3573 bis). Sin embargo ha merecido críticas por parte de la doctrina del vecino país; así es que

Borda estimó que tal vez fuere el único aspecto negativo de la ley 20.798, por la que se incorporó el nuevo art. 3573 bis. Lo considera un error, por cuanto sostiene que un nuevo matrimonio generalmente no mejora la condición económica del cónyuge, por el contrario, piensa que si se trata de un viudo, aumentan los gastos o necesidades (19).

2º) Concubinato: es de destacar que, mientras para el nacimiento de los derechos reales en estudio, se requiere que el concubinato que se regulariza mediante el matrimonio, sea calificado, vale decir, que reúna las condiciones de estable, singular y público, para la pérdida de los mismos, el legislador ha sido menos exigente, bastando con un concubinato en sentido amplio, *stuprum*, según la clasificación más generalizada.

Esta causal de pérdida no está prevista, ni en la legislación argentina, ni en la italiana. Sin embargo, en Argentina, parte de la doctrina (20) entiende que igualmente el beneficio se extinguiría por configurarse abuso de derecho.

3º) Adquisición de un inmueble apto para vivienda: agregando el art. 881-3 "de similares condiciones al que hubiere sido su hogar conyugal". Este supuesto es previsto en dos oportunidades, una primera que impide el nacimiento de los derechos, es decir, si el cónyuge sobreviviente, al momento de la apertura de la sucesión, tuviere otro inmueble, propio, apto para vivienda y similar al que hubiere constituido el hogar conyugal, no tendrá derecho real de habitación ni de uso (art. 881-7). En una segunda oportunidad, se prevé como causal de pérdida, vale decir que si el cónyuge superviviente adquiere una vivienda con las condiciones referidas, se extinguen los derechos.

El patrimonio del cónyuge sobreviviente, es indiferente, jurídicamente, en tanto no haya en él, a la apertura de la sucesión o en forma posterior, un inmueble con las características mencionadas.

Puede dar lugar a controversias, que debe entenderse por "similar", de similares condiciones, y a la conclusión que necesariamente debe arribarse, es que se debe estar a cada caso en concreto, teniendo como punto de referencia, las necesidades habitacionales del cónyuge superviviente.

Además de las causales específicas de pérdida de estos derechos rigen las causales genéricas previstas por el art. 537 del Código Civil, en sede de usufructo (ya que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 542, los derechos de uso y habitación, se constituyen y se pierden de la misma manera que el usufructo). Ellas son:

1º) (Art. 537 nral. 1). Por la muerte del beneficiario: siendo estos derechos de carácter vitalicio (art. 881-1 y 881-2) en principio, la muerte del beneficiario, es el modo natural de extinción. A la muerte real, hay que equiparar la declaración de ausencia (art. 61 del Código Civil).

(19) BORDA, *El derecho de habitación...*, cit. Nº 3 d.

(20) BARBERO, Omar, *El derecho de habitación...*, cit. Nº 79; VIDAL TAQUINI, Carlos, *El derecho real de habitación...*, especial para Revista del Notariado Nº 743, 1975.

2º) (Art. 537 nral 2) por conclusión del tiempo porque fue otorgado o cumplimiento de la condición resolutoria: estos supuestos de extinción, en principio, no tendrían cabida, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 881 nrales. 1 y 2 ya que son vitalicios, lo que no impide acuerdo de partes entre cónyuge y herederos o legatarios, en los que se establezcan plazos diferentes a la vida del beneficiario o una condición resolutoria.

3º) (Art. 537 nral. 3) por consolidación: es decir que si por cualquier causa, el cónyuge habitador, adquiere la nuda propiedad del inmueble objeto del derecho de habitación, éste se extingue por consolidación.

4º) (Art. 537 nral. 4º) por el no uso durante el tiempo y conforme a las reglas establecidas en el título de la PRESCRIPCIÓN, siendo aplicable para estos casos lo dispuesto en el art. 1215 del Código Civil o sea prescripción como medio de extinguir los derechos reales, y el plazo es de 30 años, sin distinción entre presentes o ausentes.

En la doctrina argentina Vidal Taquini (21) estima que en el derecho de habitación del cónyuge sobreviviente, el plazo de prescripción es muy extenso y que el no uso del mismo, pone en evidencia, que desaparece la necesidad de mantenerlo, no pudiéndose permitir desmedro en el derecho de los otros herederos o legatarios, que ya han visto disminuido el valor del inmueble, por el ejercicio del derecho real de habitación; por lo que, y en base al fundamento antes referido, sostiene no sería aplicable esta causa de extinción.

Andorno (22) en cambio, piensa que puede llegarse a la extinción del derecho, por abuso del mismo. Estima, que debe tenerse especialmente en cuenta que el beneficio introducido por la ley 20.798, constituye un privilegio excepcional concedido al cónyuge supérstite, tendiente a asegurarle el techo, y por lo tanto un abandono del inmueble por un plazo de seis meses a un año, importaría un ejercicio irregular del derecho, que permitiría acudir al órgano jurisdiccional solicitando la extinción del derecho.

Barbero asimila el abandono a una renuncia tácita.

Entiendo que nuestra ley ha sido clara, al crear causales específicas de extinción, dentro de las cuales no ha mencionado el no uso del derecho por determinado plazo y en consecuencia debe interpretarse en forma estricta, no habiendo cabida para una disquisición doctrinaria.

5º) (Art. 537 nral. 5º) Renuncia: de acuerdo a las conclusiones arribadas en la XXXI Jornada Notarial Uruguay, es muy importante que tanto la renuncia, como la repudiación o aceptación, sean recogidos por el sistema de publicidad registral. En su mérito se aconsejó que:

(21) VIDAL TAQUINI, Carlos, *El derecho real de habitación...*, cit.

(22) ANDORNO, citado por BARBERO en *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, cita Nº 84.

a) El cónyuge supérstite, dados los presupuestos de hecho y de derecho establecidos por la ley, deberá expresar su voluntad de aceptar o repudiar sus derechos en el trámite sucesorio. En caso de aceptación determinará con precisión los elementos de identificación del bien afectado. Para el caso de que el cónyuge no exteriorice su voluntad, el Ministerio Público y en su caso el Juez debería pedirle que manifieste la aceptación o repudio. En su defecto corresponde proceder a la acción interrogatoria (art. 1070 Código Civil).

b) El certificado de resultancias de autos deberá expresar la opción ejercitada.

c) Procede siempre la inscripción registral, cualquiera sea el modo de adquisición de los derechos, su repudiación, renuncia, rescate o conmutación en el Registro de Traslaciones de Dominio del lugar de ubicación del bien.

6º) (Art. 537 nral. 6º) Por la destrucción real y completa de la cosa objeto de los derechos. La destrucción real y completa, no solo comprende los casos de aniquilamiento completo de la vivienda y los muebles que la alhajan, sino también aquellos casos en que sufren una transformación que altera el destino que anteriormente tenía. El inciso 2º del numeral 6º citado expresa: "si la cosa no sufre más que una destrucción parcial, el derecho continúa sobre lo que de ella haya quedado". Yo haría la salvedad de que, esto es posible siempre y cuando fuere posible, en lo que quedare ejercer los derechos de habitación y uso.

— *Casos en que la cosa se encontraba asegurada:* Barbero hace un distingo, según el inmueble lo haya hecho asegurar el habitador o el nudo propietario. Señala que en el primer caso, el habitador tendrá derecho a consignar la indemnización obtenida a los nudos propietarios a efectos de adquirir una vivienda donde se constituya el derecho de habitación, mientras que en el segundo caso, debe regir el mismo principio con la única variante de la obligación a cargo del cónyuge habitador de abonar el importe de las primas pagadas por ellos (23).

Creo que teniendo en cuenta la finalidad indemnizatoria del seguro, cuyo fin no es el enriquecimiento, sino reparar los daños sufridos, el producido del mismo, se debe destinar a adquirir o construir un bien, donde el habitador pueda ejercer su derecho, no correspondiendo en ningún caso que el viudo deba abonar nada por concepto de primas, ya que el derecho de habitación es gratuito, y su única obligación es contribuir a las expensas de conservación.

7º) Ejercicio abusivo de los derechos: el legislador previó esta circunstancia como causal de extinción. Sin embargo, creo que, siguiendo la corriente doctrinaria argentina, en estos casos el Juez si considera que hubo ejercicio abusivo del derecho, puede sancionar con la extinción del

(23) BARBERO, Omar, *El derecho de habitación del...*, cit. N° 69.

derecho, (o aplicar otras sanciones, como por ejemplo astreintes), ya que el art. 548 del Código Civil establece el deber del usuario y habitador de usar de los objetos comprendidos en sus respectivos derechos, con la moderación y cuidados de un buen padre de familia.

CAPÍTULO OCTAVO

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONYUGE HABITADOR Y DEL NUDO PROPIETARIO

— De las normas generales surge que los derechos son: habitar el inmueble y usar de los muebles que lo equipan, en principio en forma vitalicia. Conforme al art. 545 del Código Civil, el uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del beneficiario y dentro de las necesidades personales, se comprende la de su familia. El inc. 3º del mencionado artículo determina el alcance del término familia, y respecto a esto, se deben realizar algunas precisiones, ya que a los efectos de los derechos creados por la ley 16.081, el cónyuge y el o la concubina, no están comprendidos en el concepto, debido a que las nuevas nupcias del viudo o viuda o la vida en concubinato, suponen una causal de pérdida de los derechos (art. 881-3). Comprende asimismo, el término familia, el número de sirvientes necesarios, y las personas que a la fecha vivían con el habitador o usuario, y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos (art. 545 incisos 4º y 5º). Respecto a las obligaciones: tienen el deber de habitar el inmueble y usar de los muebles, de acuerdo a su destino, que es vivienda, ya que el fundamento de la ley es proporcionarle un techo. Incluso si la vivienda tuviera un destino mixto, el derecho de habitación estaría limitado al predio que comprende la vivienda. Esto no solo surge del espíritu de la ley, sino también de lo dispuesto en el art. 546 del Código Civil (24).

Asimismo, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 548 del Código Civil el cónyuge habitador y usuario, debe usar de los objetos comprendidos en sus respectivos derechos, con la moderación y cuidado de un buen padre de familia y contribuir al pago de las expensas ordinarias de conservación a prorrata del beneficio que le reporten; por el contrario, los reparos mayores son de cuenta del nudo propietario.

En cuanto a las cargas y tributos que deriven del uso de los bienes son de cuenta del cónyuge supérstite (ejemplo: OSE, UTE, etc.), en cambio los que gravan el capital o sus frutos, son de cuenta del nudo propietario.

— No hay obligación de prestar fianza, si en cambio, hay obligación de hacer inventario por el derecho de habitación, y por el uso respecto a las cosas que deben restituirse en especie. Consiste en hacer una enumera-

(24) "En las necesidades del usuario o del habitador no se comprenden las de la industria o tráfico en que se ocupa...".

ción y descripción de los bienes, que como dice Barbero (25) tiene un interesante objetivo clarificador, evitando infundadas acusaciones futuras.

Por último, surge de las características esenciales de estos derechos, que el cónyuge habitador, no puede ceder su derecho, enajenarlo ni arrendarlo, ya que es personalísimo. Carece de derechos fructuarios a diferencia del usufructo. Todo esto se relaciona con la naturaleza alimentaria de los mismos, o sea, lo que se quiere, es asegurar un techo al cónyuge sobreviviente, pero no fue creado para que lucre con ellos.

Respecto a la principal obligación del nudo propietario, es permitir el ejercicio de estos derechos, entregando el bien si ya no estuviese en posesión del cónyuge sobreviviente. Asimismo debe efectuar las reparaciones necesarias, que no sean de mera conservación del bien.

Sus derechos son los de todo propietario, compatible con las limitaciones emergentes de los derechos reales menores.

CAPÍTULO NOVENO

ACCIONES DE DEFENSA

La ley 16.081 no regula la protección de los derechos reales menores creados, por lo que, estando ante una laguna legal, se debe recurrir al fundamento de las leyes análogas (art. 16 del Código Civil). Es decir, que se debe extender la protección prevista para otras asignaciones forzosas, a los efectos de proteger estas asignaciones nuevas.

Las principales acciones de defensa son: la de reforma de testamento (asimilada por Vaz Ferreira con la de reducción de disposiciones testamentarias) y la de reducción de donaciones inoficiosas. La finalidad principal de estas acciones, es recuperar por parte de los asignatarios forzosos, lo que les corresponde de aquellos que recibieron a título gratuito del causante, más de lo disponible.

Por la acción de reforma de testamento, (art. 1006 y ss. del Código Civil) no se tiende a dejar totalmente sin efecto el testamento, sino solamente reformarlo de manera que no vulnere los derechos objeto de protección; y la sentencia, como dice Vaz Ferreira (26) sería constitutiva, en el sentido de modificar el testamento, extinguir, crear o modificar derechos hereditarios o legados. Puede ser meramente constitutiva, sin contener ninguna condena, o también puede tener condena (por ejemplo cuando se condena al legatario a restituir sumas percibidas).

La reducción de disposiciones testamentarias, es siempre previa a cualquier reducción de donaciones, como consecuencia de la irrevocabilidad de las donaciones entre vivos.

(25) BARBERO, Omar, *El derecho de habitación...*, cit. N° 63.

(26) VAZ FERREIRA, E., *Tratado de las sucesiones*, Tomo II.

La acción de reducción de donaciones es otro mecanismo de defensa, por el cual, se evita que se done entre vivos, más de aquello, que se pudiera disponer por última voluntad (arts. 1626 y 1639 del Código Civil).

Trasladando la protección de estas acciones, a los derechos reales menores creados a favor del viudo o viuda, las mismas, tendrían por objeto reclamar los derechos reales de habitación y uso vulnerados por disposiciones testamentarias o por donaciones entre vivos.

El problema se plantea en cuanto al funcionamiento de la acción de reducción de donaciones inoficiosas. Es necesario resolver, si funciona tal cual está regulada en el Código Civil, o si debe sufrir una adaptación a efectos de defender los derechos reales creados.

El profesor Arezo, sostiene que la acción debe sufrir una adaptación, ya que cuando la misma, se dirija contra el donatario, en cuyo patrimonio está el inmueble que constituyó el hogar conyugal, éste soportará la reducción en la medida del derecho de habitación, o sea que la reducción funcionaría en especie, y no dineraria tal como está regulada en el Código Civil. Si se trata de terceros poseedores, en cambio debe entenderse que la reducción funciona solamente en forma dineraria, y no se plantean dudas.

Esta posición se basa en que recurrir al fundamento de las leyes análogas (art. 16 Código Civil) no es lo mismo que utilizar una analogía mecánica. El intérprete, en la defensa de esta nueva asignación forzosa, debe emplear el recurso analógico consultando el "fundamento" no la operatividad de la defensa de las legítimas donde, claro está, solo interesa el elemento dinerario (27).

La aplicación analógica supone como afirma García Maynez (28) la existencia de dos situaciones jurídicas análogas, una prevista y otra no prevista por la ley. Ante un caso no previsto, se aplica un razonamiento analógico y se le atribuye las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con la ley, produce el caso no previsto. Ahora, entiendo que, cuando el legislador dispone que debe recurrirse al fundamento de las leyes análogas, debe entonces valorarse, cual ha sido el fundamento de la acción de reducción de donaciones, y creo ha sido, recomponer un patrimonio del que se ha dispuesto en exceso. Ante esta situación el legislador debió optar entre una acción en natura o dineraria y se resolvió por la última. Por lo que este razonamiento, me lleva a no compartir lamentablemente la posición del Profesor Arezo, ya que creo, no se podría transformar el precepto aplicable, creando una norma nueva y distinta a la del supuesto previsto.

En síntesis, sostener que la naturaleza de la acción se transformaría de personal y dineraria a *in natura*, supone alterar el fundamento de la ley análoga. Como consecuencia de la mutación en la naturaleza de la

(27) AREZO PIRIZ, Enrique, *Derechos reales de habitación y de uso del conyuge superstite*, cit. Nº 260.

(28) GARCIA MAYNEZ, *Introducción al derecho*, págs. 149 y ss.

acción, se modifica incluso el régimen consagrado en el art. 890 nral. 4º del Código Civil, que establece el orden en que se deben reducir las donaciones, y que es el inverso al de sus fechas. A vía de ejemplo, si el inmueble que constituyó el hogar conyugal, no se donó en último lugar, sino que hubieron una o más donaciones posteriores, para interponer la acción en especie, habría que invertir el orden establecido, lo que viola los principios de irrevocabilidad de las donaciones, seguridad de las relaciones jurídicas y conservación de los contratos.

BIBLIOGRAFIA

- AREZO PIRIZ, Enrique; *Porción conyugal*, 3ª edición, Montevideo 1987.
— *Derechos reales de habitación y uso del cónyuge supérstite*, 1990.
- BARBERO, Omar U.; *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, Buenos Aires, Astrea, 1977.
- BORDA, Guillermo A.; *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, Ed. 57-755 Nº 1.
- CERSOSIMO, Pedro W.; Proyecto de ley con exposición de motivos D.G.C. 1989, Carpeta Nº 1358/89.
- GARCIA MAYNEZ; *Introducción al Derecho*.
- HOWARD ALANIS, Walter; *Supuestos de inexistencia, exclusión y pérdida de los derechos reales de habitación y uso previstos por la ley 16.081*. Tema presentado para la XXXI Jornada Notarial Uruguaya.
- MARIANI DE VIDAL, Marina; *Ley 20.798: Derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente*, Revista La Ley, Buenos Aires, T. Vol. C (1976). Sección Doctrina.
- MOLINARIO, Alberto D.; *Estudio del artículo 3573 bis del Código Civil*, Revista La Ley, Buenos Aires, Vol. B (1975).
- VAZ FERREIRA, E.; *Tratado de las Sucesiones*, Tomo II.
- VIDAL TAQUINI, Carlos; *El derecho real de habitación del cónyuge supérstite*, Revista del Notariado, Buenos Aires, Nº 743 Vol. 78 (setiembre-octubre 1975).

