

PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN EL DERECHO SUCESORIO

Ana Carolina SANTI

I. Introducción

La vivienda es un derecho humano básico tutelado por la Constitución nacional y gran parte de los tratados internacionales¹.

En esta oportunidad, abordaré la protección de la vivienda en el ámbito del derecho sucesorio y el impacto que el Código Civil y Comercial ha tenido en esta materia; las previsiones expresas, y las construcciones normativas que es necesario realizar para no dejar desprotegidos a los más vulnerables.

II. Las previsiones expresas

El Código Civil y Comercial ha organizado un verdadero “sistema” tuitivo de la vivienda: un sistema de protección general de la vivienda², un sistema de especial protección al cónyuge y un sistema de protección al conviviente en este aspecto.

¹ La Constitución nacional, en el artículo 14 bis, 3.º párrafo, dice que “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”. Asimismo, el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional eleva a jerarquía constitucional los tratados y convenciones internacionales que también resguardan el derecho a la vivienda. Entre otros pueden citarse el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el art. 14.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; el art. 27.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el art. 28.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, y el art. 24 de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

² Molina de Juan, Mariel F. “Protección de la vivienda familiar”. En: *RCCyC* 2015 (diciembre), 16/12/2015, 52. Cita en línea: AR/DOC/4265/2015.

II.1. Régimen general de protección

En el título III “Bienes” del libro primero del Código Civil y Comercial, se ha incluido el capítulo 3 titulado “Vivienda” (arts. 244 y ss.), que contiene una protección más amplia que la derogada Ley N.º 14.394.

Entre las modificaciones más significativas del nuevo régimen, se encuentra el cambio de denominación —ya no se habla de bien de familia, sino, lisa y llanamente, de “afectación de la vivienda”—, ya que ampara no solo al inmueble sede de un hogar familiar, sino también al titular de dominio que vive solo y amplía el marco de beneficiarios al incorporar al conviviente³.

Asimismo, se prevé la posibilidad de afectar el inmueble por la totalidad o hasta un determinado valor de este (art. 244 del CCyC) y no se supedita la protección al importe que determine la reglamentación local, siempre —entendemos— con el límite que surge del ejercicio abusivo de los derechos (arts. 10, 2152 inc. d) y concs. CCC), lo que permite (conforme lo normado por el art. 248) la subrogación real. Esto es, que la afectación se transmita a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio.

Esta afectación —como en el régimen anterior— requiere su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, según las normas locales. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha dicho:

Las nuevas disposiciones legales tuitivas de los inmuebles destinados a vivienda exigen los mismos recaudos y procedimientos de afectación que los contenidos en la derogada Ley 14.394 (conf. art. 7, Cód. Civ. y Com.). Esto es, la previa y expresa solicitud por parte de sus titulares para que el beneficio pueda ser oponible a los acreedores y así impedirse las ejecuciones judiciales sobre tales bienes por deudas posteriores a dicha inscripción (arts. 244 y ss., Cód. Civ. y Com.). De lo contrario, salvo que se disponga otra cosa en el referido código o en leyes especiales, todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores (art. 242, Cód. Civ. y Com.)⁴.

Por otra parte, resulta interesante destacar dos normas dentro de este régimen general, relacionadas con el tema en desarrollo:

El artículo 245 CCyCN, en sus dos primeros párrafos, establece que la afectación puede realizarse a solicitud del titular registral o los condóminos conjuntamente y puede disponerse, también, por actos de última voluntad, en cuyo caso el juez debe ordenar la inscripción a pedido de los beneficiario, del Ministerio Público o de oficio si hay menores o incapaces —si hay oposición, se resolverá conforme al interés familiar—.

³ El artículo 246 CCyCN dispone: “Son beneficiarios de la afectación: a) el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes; b) en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente”.

⁴ SCBA LP C 119896 S 14/12/2016, autos “Serial, Sandra contra Luján, Tomasa. Cobro ejecutivo”.

Y la norma del artículo 247, segundo párrafo, que establece que, para que subsistan los efectos de la protección, basta con que uno de los beneficiarios permanezca en el inmueble. Esto corrobora que la muerte del instituyente no configura una causa de desafectación. Los únicos que tienen que convivir con el propietario para que subsista la afectación, conforme lo que surge del artículo 246 inc. b), son los parientes colaterales hasta el tercer grado.

Así, en caso de la unión convivencial, sostiene Molina de Juan:

Si la unión cesa por muerte del constituyente y el conviviente supérstite fue designado beneficiario, puede seguir ocupando la vivienda mientras se mantenga la afectación (art. 247 CCyC). La mayoría de los herederos o de los condóminos podrá pedir la desafectación, pero el exconviviente beneficiario podrá oponerse y el juez resolverá lo más conveniente (art. 255 CCyC)⁵.

Asimismo, se ha expresado que

si el propietario fallece, la afectación subsiste y ella no impide la transmisión sucesoria del bien, pero la subsistencia de la afectación se traduce en un estado de indivisión forzosa que equivale a un goce comunitario del bien y de sus frutos por los herederos beneficiarios⁶.

Este tema se planteó aún durante la vigencia de la Ley 14.394, entendiéndose que “la muerte del propietario no causa la desafectación del bien. Es uno de los supuestos de indivisión forzosa. Si bien la ley no lo expresa directamente, se infiere de las causales de desafectación cuando en el art. 49 no la menciona como tal”⁷.

Aclaraba Aída Kemelmajer de Carlucci que “la afectación no significa negar el derecho hereditario a los sucesores no beneficiarios de este régimen”. Recordaba la autora dos fallos interesantes a este respecto: el fallo “Llantada”, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires el 27 de diciembre de 1966, en el que se decidió que la afectación de un inmueble como bien de familia subsiste después del fallecimiento del propietario, aunque tal conclusión no se halle expresamente consagrada en la ley, desde que constituye uno de sus presupuestos, como resulta de los arts. 37, 40 y 47 inc. d). y subsiste aunque algunos de los herederos forzosos no alcancen a cubrir la porción legítima con otros bienes; y el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Magnasco, María y otro c. Lavagnino Tschirch de Magnasco”, del 1 de septiembre de 1987, en que resolvió en sentido contrario pero al solo efecto de evitar una situación abusiva, dado que se trataba de un inmueble muy bien ubicado en la ciudad de Buenos Aires, de 350 m², que podía venderse y comprarse otro para afectar. En este último supuesto, resolvió la Corte Nacional que “el mantenimiento a ultranza de la afectación del inmueble como bien de familia a favor de

⁵ Molina de Juan, Mariel F. “Protección de la vivienda familiar”, *op. cit.*

⁶ Flah, Lily R. y Aguilar, Rosana I. *Código y Comercial de la Nación comentado*. Director Ricardo Luis Lorenzetti. Ed. Rubinzal- Culzoni, Bs. As. Año, Tomo I, p. 827.

⁷ Levy, Lea M. y Bacigalupo de Girard, María. *Protección de la vivienda familiar*. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2011, p. 148.

uno de los coherederos crea una situación de privilegio en detrimento de los restantes que la ley no ha querido consolidar”.

Concluía entonces la mencionada autora que, en su opinión, la afectación no se extinguía por el solo hecho de la muerte del titular, salvo que las circunstancias del caso mostraran el ejercicio abusivo de quien pretendía beneficiarse con la afectación⁸.

Tal interpretación y el juego de la normativa apuntada permiten concluir que el titular del inmueble podría designar beneficiarios de la afectación de la vivienda —debidamente inscrita— a su conviviente o a hijos menores o incapaces que convivieran con él —en vida o por acto de última voluntad—, en previsión de una futura partición que pudiera poner en peligro cierto el derecho de estos de contar con una vivienda tras su muerte. Por supuesto que deberá evaluar el juez, en tales supuestos y a pedido de cualquier interesado, si por las circunstancias particulares del caso ello constituye o no una situación de abuso del derecho.

En último lugar, puntualmente para el caso de afectación por testamento, el artículo 255 del CCyCN dispone:

La desafectación y la cancelación de la inscripción proceden: [...]. b) a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos.

Es este otro de los supuestos en que la inscripción de la unión convivencial no tiene solo un valor probatorio —como prescribe el art. 511—.

Sostiene Orlandi al respecto:

La norma reproduce, en esencia, el art. 49 de la Ley 14.394 en su inc. b), aunque varía en determinados puntos: 1) incluye la disconformidad del conviviente inscripto; 2) incluye a los beneficiarios con capacidad restringida; y 3) omite la referencia al “interés familiar”, expresando que el interés al que debe atenderse el juez —en caso de existir causales que traben la decisión privada de la desafectación— es el de cada uno de los beneficiarios. En decir, el interés es considerado aisladamente y no en función del ente familiar⁹.

II.2. Régimen de especial protección al cónyuge supérstite

En el caso de muerte de uno de los cónyuges, existen tres normas del derecho sucesorio que hacen alusión a la vivienda del cónyuge supérstite:

⁸ Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Protección jurídica de la vivienda familiar*. Ed. Hammurabi, Bs. As., 1995, pp. 126 a 129.

⁹ Orlandi, Olga. “Protección de la vivienda y derecho sucesorio”. En: *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*. Directoras: Kemelmajer de Carlucci, Aída; Grosman, Cecilia P.; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora. N.º 80. Ed. Abeledo Perrot, 2017, p. 41.

a. El art. 2383 CCyCN replica —aunque con varias modificaciones— el **derecho real de habitación del cónyuge supérstite**. Las diferencias con el régimen anterior quedan patentes en el siguiente cuadro:

CCyCN	Cód. Civil
ARTICULO 2383.- Derecho real de habitación del cónyuge supérstite. El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante , que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas . Este derecho es inoponible a los acreedores del causante .	Art. 3.573 bis. Si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia , y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios , el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias. (Ley N.º 20.798 B.O. 16/10/1974.)

a.1- Características del nuevo régimen:

1) **Opera de pleno derecho** —no es necesario que el cónyuge supérstite lo solicite en forma expresa¹⁰—, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción en el Registro de Propiedad Inmueble a los efectos de la oponibilidad frente a terceros. Como sostiene Pérez Lasala: “La inscripción del derecho real de habitación en el registro inmobiliario es declarativa de un derecho concedido con anterioridad por la ley. De ahí que ese derecho prevalezca sobre el derecho del acreedor del cónyuge habitacionista, aunque se inscriba después de trabado el embargo”¹¹.

2) **Es vitalicio y gratuito**. Respecto de la extinción, resulta interesante señalar que, en el derogado texto, el derecho se perdía en caso de contraer el cónyuge supérstite nuevas nupcias, lo que no ha sido replicado. Al ser así, y en tanto no se configure una situación abusiva, el cónyuge supérstite podrá habitar el inmueble junto a su nuevo cónyuge o conviviente, así como con cualquier otro familiar, sin que ello configure una causal de extinción de la protección ni justifique la procedencia de la fijación de un canon locativo con motivo de dicha ocupación.

¹⁰ CCAp., Sala I, Lomas de Zamora “Cardo, Susana Violeta s/ Sucesión ab intestato” 19/6/15.

¹¹ Pérez Lasala, José Luis. *Tratado de Sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Tomo II. Parte especial*. Ed. Rubinzal-Culzoni, 1.ª edición, Santa Fe, 2016, p. 137.

En relación con esto último, en un caso resuelto por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones, Sala B, en que uno de los hijos del causante reclamaba el pago locativo a su hermano que vivía junto a su madre en la vivienda que había constituido el hogar de la familia, se decidió que no correspondía hacer lugar a tal pedido, pues se daban en el caso los requisitos previstos por el art. 3573 bis del Cód. Civil y se ha demostrado que la progenitora de las partes continuaba habitando el inmueble en cuestión, ejerciendo su derecho real de habitación, junto con uno de sus hijos (el demandado) y la familia de aquel que la asistían en todo lo que no podía valerse por sí misma¹².

Por tanto, el derecho real del cónyuge supérstite, conforme su esencia y por la aplicación supletoria de las normas del usufructo (art. 2152 CCyCN), se extingue por:

- Muerte del cónyuge.
- Renuncia expresa del cónyuge supérstite. En este sentido, señala Medina que podrá hacerse la renuncia por escritura pública o por acta judicial incorporada al expediente, por aplicación analógica del artículo 2299 CCyCN (renuncia de herencia)¹³.
- No uso por diez años. Esta causal, a mi entender, resulta sumamente abusiva pues desvía el sentido y la finalidad de la norma tuitiva de la habitación del cónyuge supérstite.
- El uso abusivo y la alteración de la sustancia comprobada judicialmente.

3) Ya no se exige que en el acervo el causante deje un solo inmueble habitable, ni que el valor del bien no sobrepasase el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas como bien de familia, ya que, tampoco en el régimen general, existe tal limitación.

Se ha dicho, en este sentido, que la eliminación de la exigencia de que, en el acervo hereditario del causante, exista un solo inmueble habitable

puede desembocar en un ejercicio abusivo del derecho por inexistencia del fundamento asistencial del mismo (art. 10, párr. 2.º, del Código Civil y Comercial), cuando en el caudal hereditario existan otros inmuebles habitables, dinero u otros bienes que permitan al supérstite superar su necesidad de vivienda sin afectar el derecho de los demás herederos forzosos¹⁴.

Señala Mazzinghi que, al no requerirse que resulte el único inmueble habitable,

en algún caso podría ocurrir que los cónyuges vivieran transitoria o alternativamente en dos inmuebles, o que trasladaran su domicilio para neutralizar la acción de los acreedores,

¹² CNCiv. Sala B, “R., M. F. c. R., C. A. s/ fijación y/o cobro de valor locativo” • 19/5/2017. Cita Online: AR/JUR/37566/2017, comentado por Filia, Laura E. “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite y otras formas de protección de su vivienda”. En La Ley 10/11/17, 3. DFyP 2017 (diciembre), 127.

¹³ Medina, Graciela. *Proceso sucesorio*. Tomo II. Ed. Rubinzal Culzoni, 4º edición ampliada y actualizada, p. 189.

¹⁴ Ferrer, Francisco A. M. *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*. Dir. General Jorge H Alterini, Coordinador Ignacio E. Alterini. Ed. Thomson Reuters La Ley, 1.ª ed. Bs. As, 2015, p. 424.

o que manipularan retroactivamente la residencia habitual o el domicilio para prevalecerse de la atribución preferencial o del derecho real de habitación, con el consiguiente perjuicio para los acreedores o para los coherederos y legatarios. Al no existir un registro formal sobre la vivienda de las partes, el sistema podría resentirse por la aparición de zonas grises y de situaciones inciertas que podrían jugar en desmedro de la seguridad jurídica¹⁵.

Entendemos que, en estos casos, debería el juez valorar, ante un planteo concreto por parte de un coheredero, si existe abuso del derecho en la particular situación.

Es que la reforma ha querido priorizar evitar el desarraigo al cónyuge supérstite del ámbito de desarrollo que tuvo en vida con el causante. Sostiene Córdoba:

atendiendo el contenido extrapatrimonial del derecho, a lo dispuesto por el art. 431 CCC, que considera al matrimonio como un proyecto de vida en común que se basa en tres elementos: a) cooperación, b) deber de fidelidad y c) la asistencia recíproca, no puede al infortunio que causa la muerte del sujeto con el cual se ejecutaba ese proyecto de vida en común agregarse otros tal el caso del desarraigo del ámbito de desarrollo de ese proyecto. Es decir que no se puede separar al viudo o viuda del lugar o medio donde se desarrollaban sus vínculos afectivos¹⁶.

Por otra parte, como ya señalaba Moisset de Espanés, entiendo que el derecho de habitación alcanza a todo lo que hace al hogar, y el hogar no son solamente las paredes de una casa, sino también los muebles del ajuar, que resultan indispensables para gozar de una vivienda digna¹⁷.

4) El inmueble debe ser de propiedad del causante y no debe encontrarse, a la apertura de la sucesión, en condominio con otras personas. Puede tratarse de un bien propio o ganancial de titularidad del supérstite y —a mi entender— puede, incluso, haber estado en condominio con el propio cónyuge supérstite.

En sentido contrario, sostiene Azpiri que, en el supuesto del bien ganancial, la mitad correspondiente al causante entraría en la sucesión y, atento la letra del artículo, el cónyuge supérstite no podría gozar del derecho real de habitación¹⁸.

Por su parte, Graciela Medina y Gabriel Rolleri sostienen que el supérstite resultará beneficiario de una parte indivisa del bien, y la restricción se extenderá sobre la otra parte, siendo esto posible toda vez que también lo será cuando no tiene participación alguna en él¹⁹.

¹⁵ Mazzinghi, Jorge A. M.: “El nuevo status de la vivienda. Afectación, disposición, uso, atribución preferencial y después de la muerte”. Publicado en: *LA LEY*, 1/3/2016, 1 - *LA LEY*, 2016-B, 639. Cita en línea: AR/DOC/481/2016.

¹⁶ Córdoba, Marcos. *Sucesiones*. Ed. Eudeba, 1.ª edición, Buenos Aires, 2016, p. 251.

¹⁷ Moisset de Espanés, Luis. *El derecho de habitación del cónyuge supérstite (Protección de bienes muebles)*, colaboración para el “*liber amicorum*” dedicado a Marcos Mauricio Córdoba.

¹⁸ Azpiri, Jorge O. *Derecho sucesorio*, Hammurabi, Buenos Aires, 5ª ed., p. 213.

¹⁹ Medina, Graciela - Rolleri, Gabriel. *Derecho de las sucesiones*, Directores: Julio C. Rivera y Graciela Medina.

Arianna, en esta última línea, expresa:

Debe prevalecer un criterio finalista y valorativo, y en función de la protección constitucional de vivienda, conforme el art. 2.º del Cód. Civ. y Com. Por lo pronto, si el bien se halla en condominio entre los cónyuges, cualquiera sea la naturaleza de las partes indivisas, la exigencia de que el bien no se halle en condominio con otras personas no puede incluir al propio cónyuge, dado que lo que pretende evitar la ley es que terceros soporten un gravamen que les resulta ajeno. Y si el inmueble es ganancial de titularidad exclusiva del supérstite y allí estuvo radicado el hogar conyugal, resultaría absurdo negarle el derecho y concedérselo si es ganancial del causante. En cambio, si alguno de los sucesores fuera también condómino no procederá la protección²⁰.

Por otra parte, la norma se refiere a un “inmueble”; no se contemplan otras viviendas como embarcaciones, casas rodantes, etc., lo que podría ser materia de una futura reforma, para adecuar la legislación a las diferentes realidades.

5) El inmueble debe haber constituido el último hogar conyugal

Este requisito —sostiene Medina— se fundamenta en el amparo que merece el inmueble donde convivieron los cónyuges hasta el momento del fallecimiento y debe interpretarse dicho concepto a la luz del art. 2621 CCyCN, que define el domicilio conyugal efectivo como el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges²¹.

Ello así, en principio, el cónyuge supérstite carece de este beneficio si hubiera estado separado de hecho al momento de la muerte.

Arianna, compartiendo la opinión de Orlandi, entiende que, en este caso, no prosperaría el derecho real de habitación en razón de que el art. 2383 CCyCN dispone que este derecho se atribuye sobre el inmueble que constituía el último hogar conyugal, que debe interpretarse como subsistencia de la comunidad de vida²².

Sostengo que ello en principio es así, pues entiendo que cedería tal afirmación en el caso de la separación por violencia familiar. Me explico: si la víctima ha debido abandonar el hogar forzada por una situación de violencia intrafamiliar, no debería perder el derecho de habitar el inmueble que ha sido sede de su hogar en caso de fallecimiento de su cónyuge. En tal sentido —y aunque ello excede el propósito del presente trabajo— entiendo, en estos casos, que escapa a un concepto estricto de justicia la exclusión de vocación sucesoria prevista en el art. 2437 CCyCN, respecto de la víctima.

Ed. Abeledo Perrot, 1.ª edición, Buenos Aires, 2017, p. 434.

²⁰ Arianna, Carlos A. “protección de la vivienda: introducción a los debates pendientes”. En: RDF 85, 215. Cita Online: AP/DOC/385/2018.

²¹ Medina, Graciela. Proceso Sucesorio, *op. cit.*, p. 181.

²² Arianna, Carlos A. *op. cit.*, y Orlandi, Olga E., “Protección de la vivienda y derecho sucesorio”, RDF 80-46.

Por último, lógicamente tampoco operaría la exclusión de este beneficio legal, si la separación obedece a motivos que no implican el cese del proyecto de vida en común (por ejemplo, razones laborales o de salud).

6) Este derecho es inoponible a los acreedores del causante

Esto se fundamenta en que el patrimonio del causante es prenda de sus acreedores (art. 242 CCyCN). Será oponible, en cambio, a los acreedores de los herederos y legatarios y al cesionario de los derechos hereditarios, entre otros.

a.2) Derechos y obligaciones del cónyuge habitador:

El cónyuge supérstite que goce de este derecho podrá, conforme lo dispuesto en el art. 2158 del CCyCN, morar en el inmueble sin alterar su sustancia. Y, entre los derechos que le asisten, estará legitimado para ejercer las acciones posesorias (arts. 2338 y ss. del Cód. Civ. y Com.), la defensa extrajudicial de la posesión (art. 2240, Cód. Civ. y Com.) y las acciones reales (arts. 2247 y 2248, Cód. Civ. y Com.)²³.

En orden a los deberes que pesan sobre él, deberá pagar las cargas, contribuciones y reparaciones (art. 2161, CCyCN). Y, al remitir el art. 2159 del CCyCN a las normas del usufructo y por aplicación de dichas normas, deberá abonar también las expensas comunes que afectan al bien que usufructúe (art. 2148, CCyCN) y realizar a su costa las mejoras de mero mantenimiento, las necesarias y las demás que se originen por su culpa, no respondiendo por las que se originen por vetustez o caso fortuito (art. 2146, CCyCN).

b. La oposición a la partición

Este supuesto se encuentra entre los casos de indivisión forzosa que ya contenía la Ley 14.394.

Establece el **art. 2332 del CCyCN** que:

El cónyuge supérstite también puede oponerse a que la vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, con sus muebles, sea incluida en la partición, mientras él sobreviva, excepto que pueda serle adjudicada en su lote.

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

En este caso, conforme dispone el artículo 2334 CCyCN, para ser oponible a terceros, la indivisión debe ser inscrita en los registros respectivos y, durante la indivisión, los acreedores de los coherederos no pueden ejecutar el bien, pero pueden cobrar sus créditos con las utilidades de la explotación correspondientes a su deudor.

²³ Pasquet, María Alejandra. “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite y del conviviente desde una perspectiva alimentaria, asistencial y solidaria”. En: *DFyP* 2018 (octubre), 65. Cita en línea: AR/DOC/1395/2018.

Debe advertirse que la indivisión de la vivienda impide su ejecución por los acreedores de los coherederos, pero es inoponible a los acreedores del causante que sí pueden avanzar sobre el inmueble indiviso²⁴.

Como anticipamos, la indivisión forzosa a pedido del cónyuge supérstite ya estaba prevista en el artículo 53 de la Ley 14.394, pero solo podía oponerse a la división de los bienes determinados por la norma por el plazo máximo de diez años. El Código Civil y Comercial, en cambio, le ha otorgado este derecho en forma vitalicia, además de haberse incluido en la indivisión los bienes muebles de la vivienda.

Para identificar claramente las diferencias entre ambas legislaciones, puede verse el siguiente cuadro:

CCyCN	Ley 14.394
ARTÍCULO 2332. El cónyuge supérstite también puede oponerse a que la vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, con sus muebles, sea incluida en la partición, mientras él sobreviva, excepto que pueda serle adjudicada en su lote. Los herederos solo pueden pedir el cese de la indivisión si el cónyuge supérstite tiene bienes que le permiten procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades”.	ARTICULO 53. Cuando en el acervo hereditario existiere un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o de otra índole tal que constituya una unidad económica, el cónyuge supérstite que lo hubiese adquirido o formado en todo o en parte, podrá oponerse a la división del bien por un término máximo de diez años. A instancia de cualquiera de los herederos, el juez podrá autorizar el cese de la indivisión antes del término fijado, si concurrieren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justificasen la decisión. Durante la indivisión, la administración del establecimiento competará al cónyuge sobreviviente. Lo dispuesto en este artículo se aplicará igualmente a la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos.

Por otra parte, como la norma exige que la vivienda haya sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, es indudable que esta posibilidad de oponerse a la partición solo puede tener lugar cuando los cónyuges hubieran estado sometidos al régimen de comunidad al momento de adquirir el inmueble²⁵.

²⁴ Mazzinghi, Jorge A. M. “El nuevo status de la vivienda. Afectación, disposición, uso, atribución preferencial y después de la muerte”, *op. cit.*

²⁵ Azpiri, Jorge O. En: *Incidencias del Código Civil y Comercial*. Ed. Hammurabi, Bs.As., 2015, Dirigido por

Finalmente, resulta de toda lógica que el mismo artículo 2332 disponga que el cónyuge no puede oponerse a la partición si puede adjudicarse la vivienda conforme lo normado por el artículo 2381 inc. a) del CCyCN, pues la adjudicación del inmueble en propiedad es el que mejor resguarda sus derechos, protegiéndolo contra posibles planteos de partición anticipada o de cese del derecho de habitación viudal.

c. La atribución preferencial del inmueble que constituía la vivienda

Por su parte, el art. 2381 del CCyCN ha incorporado como novedad —siguiendo al derecho francés—, que, en ocasión de la partición de la herencia, puedan atribuirse en forma preferente determinados bienes al cónyuge u otro heredero (además del establecimiento o unidad económica que consagra el art. 2380).

Puntualmente, dispone dicha norma que “el cónyuge sobreviviente o un heredero pueden pedir también la atribución preferencial: a) de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte, y de los muebles existentes en él...”.

Le corresponderá en este caso al beneficiario abonar el exceso del valor que pudiese resultar sobre su hijuela, pues de otra forma se estaría afectando la igualdad y la proporcionalidad de la partición.

Al resultar este el mejor modo de proteger la vivienda del cónyuge supérstite —pues el bien ingresaría en su dominio y no estaría expuesto a cuestionamientos o posibles impugnaciones—, se ha dicho que

como primera medida, y de no acordarse voluntariamente entre los coherederos, el cónyuge sobreviviente deberá peticionar la atribución preferencial en su hijuela del inmueble que ha sido sede del hogar conyugal. De no ser ello posible, y con el fin de evitar el desarraigo de aquél en el que habitaba junto con el causante al tiempo del fallecimiento, podrá oponerse a la inclusión de dicho inmueble en la partición (conforme lo prevé el art. 2332 del Cód. Civ. y Com.), siempre que se trate de un inmueble adquirido con fondos gananciales; o, en su defecto, hacer valer el derecho real de habitación del que goza de pleno derecho y que lo autoriza a morar en dicho inmueble independientemente de su carácter propio, ganancial o personal, en forma vitalicia y gratuita²⁶.

II.3. Régimen de protección al conviviente supérstite

Esta tutela es producto del reconocimiento y regulación expresa que hace el Código Civil y Comercial de la unión convivencial (arts. 509 ss. y concs.).

Bueres, Alberto J, 2º reimpresión. Volumen 9: Derecho Sucesorio, P. 116.

²⁶ Fillia, Laura E. “*El derecho real de habitación del cónyuge supérstite y otras formas de protección de su vivienda*”. Publicado en: LA LEY 10/11/2017, 10/11/2017, 3 – LA LEY2017-F, 119 – RCCyC 2017 (diciembre), 15/12/2017, 93 – DFyP 2017 (diciembre), 15/12/2017, 127.

En el caso de muerte de uno de los convivientes, el otro tendrá un derecho de habitación, pero más limitado que el cónyuge. Se trata de un derecho gratuito que funciona a petición de parte, temporario y limitado a un plazo máximo de dos años.

Establece el art. 527:

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.

Es de advertir que, a diferencia de lo que ocurre con el derecho real de habitación del cónyuge supérstite que no contempla causales de cese, aquí el Código expresamente contempla tres causas de cese: una nueva unión convivencial, el matrimonio o la posibilidad del cónyuge supérstite de acceder a una vivienda habitable.

Sostiene Arianna que:

Estos requisitos marcan una diferencia importante con relación al cónyuge en punto a la naturaleza del derecho acordado. Es indiscutible el carácter asistencial que reviste para el conviviente supérstite el derecho real de habitación desde que se le exige carecer de vivienda propia habitable o de recursos para acceder a esta. El objeto de protección es la “vivienda” en la medida en que hubiere constituido el “hogar familiar”. En cambio, en relación al cónyuge resulta indiferente que tenga inmuebles propios y tampoco se exige que sea el único bien que integra el patrimonio del causante. El objeto de tutela es el hogar familiar, y la finalidad inmediata es evitar el desarraigo del cónyuge del inmueble que compartió con el causante, de modo que la naturaleza asistencial se encuentra menguada²⁷.

Por otra parte, sostiene el mismo autor en otro trabajo que este derecho no podría rechazarse mediante un pacto de convivencia pues ello “violaría el art 515 del Cód. Civ. y Com., dado el reconocimiento del derecho a la vivienda como derecho humano fundamental alojado en el art. 14 bis de la Constitución nacional y diversos tratados de derechos humanos”²⁸.

Respecto del plazo temporal de dos años a que hace referencia la norma, se ha dicho que puede resultar exiguo en algunos casos de extrema necesidad y falta de recursos, lo cual propicia que, en una futura reforma legislativa, se establezca una escala por medio de

²⁷ Arianna, Carlos A. “Protección de la vivienda: introducción a los debates pendientes”. Publicado en RDF 85, 215. Cita en línea: AP/DOC/385/2018.

²⁸ *Ibidem*.

la cual el plazo del derecho de habitación del conviviente supérstite aumente en proporción a los años de duración de la unión convivencial²⁹.

Finalmente, también en este caso se hace referencia a que debe tratarse de un inmueble propiedad del causante que, al momento de la apertura de la sucesión, no se hallare en condominio con otras personas. Es claro que no se refiere la norma al supuesto del condominio entre los mismos convivientes.

III. Supuestos no contemplados expresamente en el ámbito del derecho sucesorio. Protección de la vivienda de los menores, incapaces o personas con capacidad restringida

Como anticipamos, no existe en el Código Civil y Comercial una norma precisa que tutele la vivienda en el caso de menores o incapaces o personas con capacidad restringida que se encuentren habitando un inmueble del causante.

Sin embargo, el testador podría prever disposiciones al respecto para evitar que tras su muerte y debido a un conflicto familiar, una persona especialmente vulnerable (menor o con alguna discapacidad) se vea expuesta a la posibilidad de perder su techo. En tal sentido, podría realizar un legado de uso, habitación, usufructo o renta vitalicia cuando su valor no exceda la cantidad disponible por el testador (art. 2460, CCyCN).

Así también —como adelantamos—, podría disponer la afectación de la vivienda por testamento. En este caso, el juez deberá ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida (art. 245, CCyCN)³⁰.

En otro orden, podría también el testador disponer la indivisión de la vivienda en los términos del art. 2330 del CCyCN, que prevé que este puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez años o, habiendo herederos menores de edad, hasta que ellos lleguen a la mayoría de edad. En este caso, los coherederos podrían pedir el cese de la indivisión pero solo por causas graves o de notoria utilidad que serán evaluados por el juez en cada caso concreto.

Finalmente, si no hay conflicto, podría realizarse un pacto de indivisión entre los propios herederos —solo hasta diez años prorrogables por un plazo igual—, el que debería ser homologado si existen herederos incapaces o con capacidad restringida (art. 2331, CCyCN).

Fuera de estos supuestos, no existe una norma que establezca la indivisión por la presencia de niños o incapaces y es que, como bien se ha dicho —respecto de los menores, pero podría aplicarse también al supuesto de incapaces o personas con capacidad restringida—:

²⁹ Inzarrualde, Horacio. “Uniones convivenciales: algunos aspectos sobre el plazo exigido para su constitución y para el ejercicio del derecho real de habitación del conviviente supérstite”. En: *DFyP* 2018 (abril), 22. Cita en línea: AR/DOC/227/2018.

³⁰ Orlandi, Olga E. “Vulnerabilidad y derecho sucesorio. La mejora al ascendiente y descendiente con discapacidad”, 15 de Julio de 2015. Id Infojus: DACF150400.

No es dable concebir el derecho real de habitación del niño, con prescindencia de las circunstancias del caso que ameritan su particular tratamiento, esto es, situaciones concretas de pobreza del núcleo familiar en donde el menor habite; ausencia física o afectiva de parientes con deberes alimentarios y con cierta capacidad económica como para paliar el déficit habitacional del niño, el *status quo*, es decir el encontrarse el menor habitando el inmueble que se pretende subastar, y otras circunstancias que hagan presumir que con la liquidación del bien se privará al menor de contar con una vivienda adecuada³¹.

Puede citarse al respecto un caso resuelto por el Superior Tribunal de Corrientes (S. T. Corrientes, fallo del 2009/8/03, en autos “Brizzolla, Juan y Binni de Brizzolla, Ramona Ester s/sucesorio”), que entendió:

Corresponde denegar la solicitud de venta del inmueble que constituye el único bien del acervo hereditario, en el cual habita un menor que concurre a la herencia en representación de su madre fallecida, si los ingresos que el padre de éste obtiene como vendedor ambulante apenas alcanzan para cubrir la subsistencia de sus hijos, y el escaso valor del inmueble impide presumir que, con el producido de la cuota parte del menor, pueda adquirir un nuevo techo, ya que sostener una solución contraria importaría violar la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta medida ha sido excepcional, pero resulta interesante destacar que, cuando estas circunstancias concurren, realizando una aplicación armónica del ordenamiento jurídico, el interés superior del niño —o la protección con las personas con discapacidad—, debe conducir a encontrar una situación de equidad.

Puede citarse como antecedente, por otra parte, en el caso de las personas con discapacidad, la solución del derecho español que, en el art. 822, dispone:

La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación³².

³¹ Alba, Tomás Ramón Vicente. “El derecho a la vivienda del niño y su protección en el proceso sucesorio”. *DFyP* 2015 (junio), 08/6/2015, 85. Cita en línea: AR/DOC/1409/2015.

³² Este artículo está redactado conforme al art. 10 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuicia-

Entre nuestros doctrinarios, Orlandi ha propuesto algo similar; destaca que “la solución debería abarcar un tratamiento prohibitivo de la partición y/o de la ejecución de la vivienda donde habita el discapacitado. Tal vez el derecho real de la habitación, vitalicia, sería la figura acorde a tal objetivo”³³.

IV. Conclusión

El derecho a la vivienda es un derecho humano esencial, ya que se vincula estrechamente con la posibilidad de desarrollar un proyecto de vida personal y familiar, y su protección se ha visto sumamente robustecida a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial.

No obstante, y más allá de los supuestos expresamente previstos, deberá realizarse un esfuerzo en cada caso por conjugar las diversas normas tuitivas, siempre en busca de la protección del más débil.

miento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, de 19-11-2003, pp. 40852-40863.

³³ Orlandi, Olga E. “Vulnerabilidad y derecho sucesorio. La mejora al ascendiente y descendiente con Discapacidad”. En www.infojus.gov.ar. Id Infojus: DACF150400, 15 de julio de 2015.