

**Voces:** ATRIBUCION DEL HOGAR CONYUGAL

**Título:** ¿Qué pasa con los convenios de atribución del hogar conyugal a la muerte de uno de los esposos?

**Autor:** Medina, Graciela

**Publicado en:** LA LEY 1992-D, 959

**SUMARIO:** I. Introducción. -- II. Atribución del hogar conyugal como mero derecho personal. -- III. Atribución del hogar conyugal como derecho real de usufructo, uso y habitación. -- IV. Procedimiento para excluir al cónyuge supérstite del que fuera sede del hogar conyugal.

#### I. Introducción

El art. 236 del Cód. Civil permite que en las demandas por presentación conjunta los cónyuges acompañen acuerdos que solucionen el tema del hogar conyugal [\(1\)](#).

La ley ha otorgado gran margen de libertad para la realización de tales convenios; por lo tanto, múltiples pueden ser las soluciones que los cónyuges le den a sus problemas.

La dificultad estriba en precisar qué ocurre cuando los esposos acuerdan que alguno de ellos continúe habitando en el hogar conyugal sin atribuirle el dominio del inmueble, sino sólo un derecho de uso, con o sin contraprestación por tal derecho. La cuestión radica en determinar si el cónyuge supérstite mantiene el derecho a ocupar la vivienda, o si puede ser excluido por los herederos.

Diferente será la respuesta a dar si en los convenios se ha establecido un derecho real de uso o habitación o incluso un derecho de usufructo, o si simplemente se ha establecido un derecho personal. Corresponde entonces distinguir.

#### II. Atribución del hogar conyugal como mero derecho personal

En éste, que es el supuesto más común, los cónyuges pactan que uno de ellos continuará habitando el hogar conyugal, sin establecer un derecho real de uso y habitación. Cabe preguntarse si este convenio obliga a los herederos, o si éstos tienen facultad para excluir al cónyuge del inmueble que fue sede del hogar conyugal.

Creemos que tal convenio no se transmite a los herederos, y por ende éstos no están obligados a mantener al ex-cónyuge en el uso del que fue el inmueble conyugal. Ello, por las siguientes consideraciones:

a) Intrasmisibilidad de este tipo de derecho-obligaciones. La primera parte del art. 236 prevé la posibilidad de realizar acuerdos relativos a visitas, alimentos y hogar conyugal. Ni el derecho alimentario, ni el derecho de visitas son derechos que se puedan transmitir a los herederos. Por el contrario son derechos u obligaciones intrasferibles hereditariamente.

Igual consideración cabe ante la obligación asumida por un cónyuge de permitir que el otro continúe habitando el hogar conyugal, por cuanto estamos ante un derecho subjetivo familiar cuya característica principalísima es la inherencia personal. Conforme lo dicho el art. 498 del Cód. Civil establece que "Los derechos no transmisibles a los herederos del acreedor, como las obligaciones no transmisibles a los herederos del deudor se denominan en este Código: derechos inherentes a la persona, obligaciones inherentes a la persona".

Se podría argumentar en contra de lo antedicho, alegando la diferenciación efectuada entre la intrasmisible de derecho no patrimoniales emergentes del estado de familia, y la trasmisible de los derechos patrimoniales emergentes del estado de una persona y, con base en el art. 846, que permite la transacción sobre intereses pecuniarios subordinados al estado de una persona [\(2\)](#). Pero lo cierto es que el "derecho de habitar el que fue sede del hogar conyugal" no es un derecho puramente patrimonial, sino que está imbuido de un carácter asistencial. Carácter asistencial que se advierte claramente, cuando no hay acuerdo sobre la atribución del hogar conyugal y el juez debe decidir al respecto, supuesto en el que se valora principalmente quién es el más necesitado de ambos cónyuges.

Ello implica que, aun cuando la solución al problema habitacional sea por convenio entre los cónyuges, las obligaciones asumidas por el causante no obligan a los herederos, como no lo obligan las obligaciones alimentarias.

b) El supuesto no encuadra en el derecho real de habitación del cónyuge supérstite. La doctrina en general se ha mostrado contraria a la admisión del derecho de habitación viudal cuando ha habido exclusión hereditaria conyugal, fundándose en la interpretación gramatical del art. 3573 bis y en la naturaleza jurídica de la facultad que acuerda.

Para que se otorgue el derecho de habitación del cónyuge supérstite debe haberse tratado de la residencia de los cónyuges al momento de la apertura de la sucesión; como ello no es así en el caso de separados por presentación conjunta, no se da el derecho de habitación del cónyuge supérstite [\(3\)](#).

Entendemos que por analogía si la exclusión hereditaria conyugal impide el derecho de habitación del cónyuge supérstite, también impide la transmisión hereditaria de la obligación personal asumida por el causante de permitir que su ex-cónyuge se mantenga habitando el inmueble.

c) Interpretación restrictiva. Se impone en el tema una interpretación restrictiva, teniendo en cuenta que su satisfacción afecta el derecho de los herederos, incluso legitimarios, o el de los legatarios, por toda la vida del supérstite (4).

### III. Atribución del hogar conyugal como derecho real de usufructo, uso y habitación

En este supuesto la solución varía radicalmente porque los derechos de usufructo y de habitación se extinguen con la muerte del usufructuario o usuario y no con la del nudo propietario (arts. 2969, 3004 y 2920).

Ello implica que los herederos del nudo propietario serían en principio continuadores del contrato de usufructo o de uso y habitación.

Salvo que el usufructo, el uso o la habitación hayan sido constituidos en forma gratuita por donación (5).

Por lo expuesto debemos concluir afirmando que el derecho real de habitación obligaría a los herederos, pero si el convenio es gratuito sólo los obligaría en el límite de libre disposición del causante.

Ello implica que los herederos deben soportar el desmembramiento de su derecho de propiedad y tolerar que el ex-cónyuge se mantenga habitando en el inmueble conyugal siempre que, el derecho real de usufructo o habitación no hubiera sido donado.

En el caso que el causante hubiera donado el usufructo o el derecho de uso y habitación los legitimarios podrán oponerse a que el usufructuario o el usuario sigan disponiendo del bien inmueble mediante el uso del derecho de opción que le confiere el art. 3603 o la acción de reducción.

a) Derecho de opción del legitimario frente al derecho de usufructo, uso y habitación. El art. 3603 del Cód. Civil establece que "si la disposición testamentaria es de un usufructo o de una renta vitalicia, cuyo valor exceda la cuota disponible por el testador, los herederos legítimos tendrán opción a ejecutar la disposición testamentaria o a entregar al beneficiado la porción disponible".

La doctrina especializada en el tema ha entendido que la norma se aplica no sólo a las disposiciones testamentarias sino también a las disposiciones entre vivos (6).

Ello implica que si los legitimarios ven agredida su legítima por la constitución efectuada por el causante, del derecho de uso y habitación, pueden ejercer el derecho de opción que les acuerda la norma y desinteresarse al ex-cónyuge supérstite mediante la entrega de la porción disponible (7).

El cónyuge supérstite no podría quejarse porque se le entrega la totalidad de la porción disponible, es decir, todo lo que el causante podía dejarle (8), y los herederos se evitan engorrosos cálculos para determinar si ese derecho de habitación se puede reducir mediante el ejercicio de la acción de reducción.

La opción del legitimario por recibir la legítima libre del derecho de usufructo, supone un *do ut des* de difícil caracterización y más bien *sui generis*. En la práctica los herederos evaluarán qué resulta más conveniente: si soportar que el ex-cónyuge se mantenga en el inmueble o desinteresarlo mediante el ejercicio de la opción.

b) Acción de reducción. Si se dan las condiciones para el ejercicio de la acción de reducción, los herederos podrán atacar el derecho de usufructo, uso o habitación mediante su empleo.

### IV. Procedimiento para excluir al cónyuge supérstite del que fuera sede del hogar conyugal

Para determinar cuál es el procedimiento a seguir en la exclusión, habrá que determinar el carácter en que se mantiene en la habitación del bien conyugal, a saber:

#### 1) Ex-cónyuge con derecho real de uso y habitación o usufructo.

Los herederos deben primero comunicar al usuario o usufructuario del bien inmueble que se hace uso del derecho de opción. Si éstos entregaran la cosa no existirían mayores problemas, salvo los registrales.

Una vez comunicada la opción de entregar la legítima en lugar de cumplir con el contrato de uso, habitación o usufructo, si el ex-cónyuge se opusiera a la entrega del bien inmueble, deberá recurrirse a la vía judicial para desalojar al ocupante.

El juez competente será el juez del sucesorio, y el trámite a dar a la acción será diferente según sea el concepto que se tenga sobre los requisitos para hacer uso del derecho de opción.

En el caso de sostenerse que para hacer uso de la opción es necesario demostrar que el valor del usufructo excede la cuota de libre disposición deberá recurrirse al proceso ordinario (9).

Si en cambio se sostiene, como consideramos más correcto que el legitimario tiene derecho a la opción sin recurrir al cálculo del valor del usufructo (10), podrá hacerse ello en el proceso de desalojo de conformidad al art. 680 del Cód. Procesal Civil.

Cuando los herederos hubieran elegido hacer uso del derecho de opción que les otorga el art. 3603 y el supérstite no accediera a irse del inmueble, una vez comunicado el derecho de opción, si hubiera negativa o mora por parte del usuario los legitimarios tendrían derecho a consignar los bienes; ya que como enseña Laje (11), los legitimarios no están obligados a constituirse en depositarios de aquéllos.

2) Exclusión del cónyuge que tiene un derecho personal... Si el cónyuge superviviente ha continuado habitando el inmueble conyugal por un convenio personal con el causante, los herederos lo pueden excluir mediante el ejercicio de la acción de desalojo salvo que se hubiera establecido un canon locativo, supuesto en el que al menos, será menester esperar los plazos máximos de las locaciones urbanas o solicitar al juez la fijación de un plazo.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1)GOWLAND, Alberto J., "Los acuerdos de liquidación de la sociedad conyugal y el artículo 236 de la ley 23.515", LA LEY, 1988-C, 693.

(2)Ver la diferencia en BELLUSCIO, César A., "Manual de derecho de familia", t. I, p. 43, Buenos Aires, 1987.

(3)BORDA, Guillermo, "El derecho de habitación del cónyuge superviviente", ED, 57-755; MOLINARIO, Alberto D., "Estudios del artículo 3573 bis del Código Civil", LA LEY, 1975-B, 1040; MARIANI DE VIDAL, Marina, "Ley 20.978: Derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente", LA LEY, 1976-C, 498.

(4)MENDEZ COSTA, María J., "La exclusión hereditaria conyugal", p. 243, Buenos Aires, 1982.

(5)LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, "Teoría de los contratos", p. 368, dice al respecto, el usufructo, el uso, la habitación, las servidumbres prediales, son susceptibles de constituirse por donación (arts. 2814, 2949, 2992).

(6)BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil. Sucesiones", t. II, p. 130, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1975; LAFAILLE, 1933. En contra LAJE, Eduardo, "El otorgamiento gratuito de usufructos y de rentas vitalicias y la protección de la legítima", LA LEY, 77- 843.

(7)MEDINA, Graciela, "La opción del legitimario, frente al legado de usufructo, renta vitalicia o uso", en curso de publicación (en prensa).

(8)LACRUZ BERDEJO, José L. y SANCHO DE REBULLIDA, Francisco de Asís, "Derecho de sucesiones", p. 494, Barcelona, 1981.

(9)LAJE, ob. cit., p. 844, sostiene que para hacer uso del derecho de opción debe demostrarse que el valor del usufructo es superior a la cuota de libre disposición. Pero esta posición puede hoy entenderse superada en doctrina.

(10)La doctrina y jurisprudencia moderna entienden que no es necesario demostrar que el valor del usufructo supera la cuota disponible para hacer uso del derecho de opción que acuerda el art. 3603. BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho de Sucesiones", t. II, p. 129, Buenos Aires; MAFFIA, Jorge, "Manual de derecho de sucesiones", t. II, p. 103, Buenos Aires, 1980. Jurisprudencia CNCiv., sala C, LA LEY, 1987-C, 319.

(11)LAJE, ob. cit., p. 853.