

## **¿LA EXCLUSIÓN HEREDITARIA SANCIONADA PARA CÓNYUGES SEPARADOS DE HECHO, IMPIDE INVOCAR EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE?**

**Autor:** Esteban Mazzinghi (h)\*

### **Resumen:**

*El Art. 2437 del Código Civil y Comercial de la Nación prescribe que la separación de hecho sin voluntad de unirse, -entre otras causas-, provoca la exclusión de derechos hereditarios entre cónyuges. Esta ponencia se propone interpretar el alcance de este categórico supuesto de exclusión hereditaria con relación a la protección de la vivienda familiar que, -en algunos casos-, permite y brinda el derecho real de habitación del cónyuge supérstite. En concreto, el interrogante que se resolverá es: ¿La exclusión a los derechos hereditarios respecto de los cónyuges separados de hecho, impide que el cónyuge supérstite invoque un derecho real de habitación sobre el inmueble que habitaba hasta la muerte de su consorte?.*

### **1. La situación a evaluar.**

El Art. 2437 del Código Civil y Comercial dispone que todo cónyuge que se encuentre separado de hecho sin voluntad de unirse pierde su vocación hereditaria en la sucesión de su cónyuge. La norma pareciera ser más enfática y amplia que la que, sobre esta misma situación, traía el Código Civil recientemente derogado.

Durante la vigencia del Código Civil, sin perjuicio de que en principio la separación de hecho también excluía la vocación hereditaria entre cónyuges, en algunos casos, mediando un análisis acerca de las causas de la separación, quien resultaba inocente podía conservar el llamado a la herencia de su cónyuge.

Con la reforma traída por el nuevo art. 2437, en principio, la separación de hecho sin voluntad de unirse impide al cónyuge supérstite separado de participar como heredero en la herencia del otro cónyuge, pero, vale preguntarse si esta exclusión también priva al sobreviviente del derecho a conservar el uso de la vivienda que éste siguió ocupando luego de la separación, ya sea que se trate de un bien propio del causante o ganancial de cualquiera de los dos.

### **2.- El derecho de habitación del cónyuge supérstite.**

Con la sanción de la Ley 20.798, el Código Civil incorporó el art. 3573 bis que disponía la protección de la vivienda familiar a favor del cónyuge sobreviviente, dándole la posibilidad, -si se cumplían ciertos recaudos-, de continuar habitando el inmueble que había sido sede del hogar conyugal, de forma vitalicia y gratuita. De este modo, existiendo otros herederos llamados a

---

\* Profesor Ayudante Diplomado de Derecho de Familia, Universidad Austral, Buenos Aires.

tomar posesión de dicho bien integrante de la herencia, se veían obligados a respetar el derecho real de habitación del cónyuge supérstite.

El Código Civil y Comercial, en su art. 2383 también incorpora este derecho de habitación al cónyuge supérstite. Su nueva redacción, y su confrontación con el último párrafo del Art. 2332 de ese mismo código pareciera traer algunos cambios respecto de la norma que disponía el Código Civil derogado, pero, esencialmente su cometido es el mismo.

El fundamento de estas normas tiene un carácter asistencial <sup>(1)</sup>, de protección al viudo o viuda que, ante la muerte de su consorte, necesita conservar la vivienda que fuera sede del hogar familiar.

Hubieron debates muy intensos acerca de la naturaleza jurídica de este derecho real de habitación creado por la Ley 20.798. No viene al caso reproducir en extenso las distintas tesis que se sostuvieron, pero, sí resulta necesario recordar los principales ejes del viejo debate porque, - según la posición que se adopte-, éste puede aportar algunas soluciones al planteo de esta ponencia.

En síntesis, si bien hubieron otras posturas, el debate pasaba por resolver si este derecho legal se otorgaba al cónyuge por derecho propio <sup>(2)</sup>, o si lo adquiría como un derecho hereditario, en su calidad de heredero <sup>(3)</sup>.

Entre estas dos posturas, la teoría que mayor eco doctrinario obtuvo, está asociada a la idea de que el derecho de habitación del cónyuge supérstite queda fuera del alcance de las normas y reglas propias del derecho sucesorio <sup>(4)</sup> porque, por ejemplo, estaría desvinculado del cómputo de las porciones hereditarias y la legítima; y el valor del derecho de habitación no integraría la masa hereditaria. De modo que, el derecho real de habitación estaría justificado como un derecho propio del cónyuge, más no como un derecho proveniente del derecho sucesorio <sup>(5)</sup>.

Reafirmando la tesis de que el derecho real de habitación pertenece al cónyuge supérstite como un derecho individual, es notable el cambio que trae la redacción del Art. 2383 del código vigente. La norma ahora dice que el cónyuge sobreviviente tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de “pleno derecho”. Esta afirmación pareciera determinar que el derecho le corresponde en su carácter de cónyuge.

Con el apoyo de esta primera conclusión y retomando el interrogante objeto de este trabajo, se puede sostener que, independientemente de que Art. 2437 del Código Civil y Comercial, optara por excluir al cónyuge supérstite separado de hecho de la herencia del cónyuge fallecido, el sobreviviente podría invocar el derecho real de habitación que protege la ocupación de su vivienda respecto de los herederos del causante. La exclusión de la vocación hereditaria sancionada no debería abarcar el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, quien, a pesar de haberse separado, conserva su cualidad de cónyuge.

---

<sup>1</sup> Borda, Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de habitación creado por el art. 3573 bis del Cód. Civil; “E.D.”, t. 60, p. 884.

<sup>2</sup> Ob. Cit. Borda, Acerca... , p. 883; Azpiri Jorge O., Derecho Sucesorio, Hammurabi 2006, p. 413;

<sup>3</sup> Molinaro, Estudio del artículo 3573 bis del Cód. Civil, LL, 1975-B-1050

<sup>4</sup> Pérez Lasala, Derecho de Sucesiones, Depalma 1981, Tomo II, p.139.-

<sup>5</sup> En esta línea, es interesante la conclusión a la que llega Pérez Lasala, quien asegura que el derecho real de habitación del cónyuge supérstite pareciera ser un “efecto patrimonial más del matrimonio, ajeno al fenómeno sucesorio, aunque su nacimiento tenga lugar en ocasión de la muerte” (Ob. Cit. Pérez Lasala... p. 140).

### **3. Una idea que se refuerza: La protección de la vivienda.**

El nuevo Código Civil y Comercial se ocupa con especial atención de la protección de la vivienda familiar e incluye varias normas que regulan la atribución del uso de la vivienda en distintos supuestos (<sup>6</sup>).

Por ejemplo, iniciado el trámite de divorcio, uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio o ganancial de cualquiera de ellos (<sup>7</sup>) y, a su vez, la situación de la vivienda y el estado de necesidad en el que pudiera encontrarse los cónyuges necesariamente debe ser evaluada al fijarse las compensaciones económicas que la ley autoriza para superar el desequilibrio causado por el vínculo matrimonial y su ruptura (<sup>8</sup>).

Muy similar es la protección que pueden solicitar quienes vivían en unión convivencial. Acaecido el cese de la convivencia el conviviente que demostraré la imposibilidad de procurarse una vivienda puede pedir la atribución del uso de la vivienda por un tiempo determinado (<sup>9</sup>).

Asimismo, el nuevo Código Civil y Comercial también incorpora el derecho real de habitación en caso de muerte de alguno de los convivientes (<sup>10</sup>).

### **4. La Separación de hecho: Una alternativa voluntaria.**

A pesar de que el nuevo Código Civil y Comercial se propuso simplificar el proceso de divorcio y que, como consecuencia de ello, aparentemente, quienes quieran divorciarse podrían hacerlo eficaz y velozmente, el estado de separados de hecho sigue siendo una posibilidad entre cónyuges.

Es más, a partir de la reforma, la separación de hecho tendrá que ser considerada como una alternativa voluntaria escogida por los cónyuges, porque no hay obstáculos para que quien quiera disolver su matrimonio consiga su divorcio.

En todos los casos, la muerte de alguno de los cónyuges produce la extinción del vínculo matrimonial, de modo que, quien sobrevive ya no tendrá a su alcance las acciones propias del divorcio para obtener de su consorte alguna asistencia vinculada con la necesidad de asegurarse la protección a una vivienda.

La opción voluntaria de los cónyuges de mantenerse separados, que atento lo dispuesto por el art. 2437 en todos los casos produce la pérdida de los derechos hereditarios, no debe impedir que pueda invocarse el derecho real de habitación en beneficio del cónyuge supérstite para que éste, - si se dan los presupuestos necesarios-, pueda seguir viviendo en el hogar familiar, tal como había consentido en vida el causante.

---

<sup>6</sup> Al comentar el art. 443 del Código Civil y Comercial referido a la atribución de la vivienda en ocasión del divorcio, la Dra. Mariel Molina de Juan introduce su comentario resaltando la relevancia que asumió en el nuevo código la protección de la vivienda, como una cuestión relacionada a los derechos humanos (“Tratado de Derecho de Familia Según el Código Civil y Comercial de 2014”, Rubinzal Culzoni 2014. p. 481).

<sup>7</sup> Art. 443 del Código Civil y Comercial.

<sup>8</sup> Art. 442 in fine del Código Civil y Comercial.

<sup>9</sup> Art. 526 del Código Civil y Comercial.

<sup>10</sup> Art. 527 del Código Civil y Comercial.

La pérdida la vocación hereditaria que merece la decisión de los cónyuges de seguir, -aunque separados- casados, no debe extender sus efectos sobre los derechos asistenciales vinculados con la vivienda. Tratándose de cónyuges la asistencia debería encontrar lugar en la protección al derecho real de habitación consagrado por el art. 2383.

## **5. Conclusiones:**

En nuestro ordenamiento, el vínculo matrimonio se disuelve como consecuencia de: la muerte de uno de los cónyuges; por sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; o por divorcio declarado judicialmente.

La separación de hecho no produce efectos sobre el vínculo matrimonial, de modo que, quienes se hayan separados siguen siendo esposos.

El derecho real de habitación previsto por el Art. 2383 no excluye a los cónyuges separados de hecho.

A la luz de las reformas impulsadas por el Código Civil y Comercial en torno al nuevo proceso de divorcio, se puede interpretar que quienes optaron por seguir casados a pesar de estar separados quieren preservar su vínculo matrimonial.

En ocasión de tramitar el divorcio vincular, y en otras situaciones previstas por el nuevo Código, los cónyuges o convivientes tienen a su alcance herramientas con las que pueden proteger el uso de su vivienda y/o compensar la falta de ella.

Por todo lo expuesto, como resultado de esta ponencia, propongo que de la asociación de los arts. 2437 y 2383 del Código Civil y Comercial, se interprete que la exclusión hereditaria que se impone a los cónyuges separados de hecho, no impide que el cónyuge sobreviviente pueda invocar el derecho real de habitación para seguir viviendo en el hogar que fue sede del hogar familiar, independientemente de que se trate de un bien propio del causante y/o ganancial de cualquiera de los dos.