



Benjamín Aguilar Llanos^(*)

Una mirada desde el **Derecho de Familia y Sucesorio**, a propósito del derecho de habitación del cónyuge supérstite o si fuere el caso del sobreviviente de la unión de hecho^(**)

A view from Family Law and Inheritance Law, concerning the right of residence of the surviving spouse or survivor in the case of the cohabitation

Resumen: El presente artículo versa sobre el patrimonio familiar y como un hecho natural como la muerte no culmina las relaciones jurídicas que han dado lugar al patrimonio que formó, sino que ésta trasciende al sujeto, y por ello el Derecho regula la transmisión de los bienes derechos y obligaciones de la persona fallecida a favor de los que resulten sus sucesores. Es decir, la muerte genera consecuencias jurídicas.

Palabras clave: Familia - Muerte - Derecho Sucesorio - Unión de Hecho - Patrimonio Familiar

Abstract: This article focuses on the family estate and the natural fact as death does not end the legal relationships that have led to the heritage that formed the family heritage, this transcends the subject. Therefore, the law regulates the transfer of the rights goods and obligations of the deceased in favor of the person that are his successors. In conclusion, death generates legal consequences.

Keywords: Family - Death - Inheritance Law - Cohabitation - Family heritage

(*) Bachiller en derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(**) Nota del Editor: El presente artículo fue recibido el 21 de octubre de 2015 y aprobado el 10 de diciembre del mismo año.

Una mirada desde el Derecho de Familia y Sucesorio, a propósito del derecho de habitación del cónyuge superviviente o si fuere el caso del sobreviviente de la unión de hecho
A view from Family Law and Inheritance Law, concerning the right of residence of the surviving spouse or survivor in the case of the cohabitation

1. Introducción

El hecho de la muerte genera consecuencias jurídicas importantes, como la de finalizar un matrimonio, abrirse la sucesión de la persona que acaba de fallecer, entre otras. En cuanto a la apertura de la sucesión, se da por la muerte biológica de la persona o declaración de muerte presunta.

La persona en vida, estuvo al frente de su patrimonio que él mismo edificó, a través de las relaciones jurídicas creadas; ahora bien, un hecho jurídico inevitable como la muerte hace desaparecer a la persona como tal, deja de ser sujeto de derecho; sin embargo; las relaciones jurídicas que han dado lugar al patrimonio que formó, no desaparecen con la muerte, sino que ésta trasciende al sujeto, y por ello el Derecho regula la transmisión de los bienes derechos y obligaciones de la persona fallecida a favor de los que resulten sus sucesores. Esta transmisión patrimonial está regulada en el Código Civil por el Derecho Sucesorio. Por otro lado, la importancia y trascendencia de la familia está reconocida por todos, y el deber del Estado de protegerla, aparece en todas las constituciones, y se reitera en convenios internacionales como la Declaración universal de derechos humanos, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos entre otros.

El Derecho Sucesorio es una disciplina jurídica que si bien es cierto goza de autonomía, a diferencia del Código Civil de 1852 que lo ubicó formando parte del Derecho Real en tanto que es una forma de adquirir propiedad, también es cierto que mantiene estrechas relaciones con las diversas ramas del Derecho, como el Derecho de Personas (este Derecho regula el hecho de la muerte), el Derecho Real (goza de las características de este derecho, como el de persecución, de allí las acciones reales en el Derecho Sucesorio), con el Derecho Obligacional (no sólo se transmiten bienes y derechos sino igualmente obligaciones), con el Derecho de Contratos (cuales se desenvuelve el proceso hereditario, a saber, el causante o de *cujus*, los sucesores y el patrimonio hereditario. En cuanto a los sucesores, éstos si se trata de una sucesión legal, necesariamente tienen que ser parientes del causante, incluyendo a la cónyuge que hace descansar su derecho en el matrimonio, y si fuera el caso del causante que ha integrado una unión de hecho registrada, su derecho de herencia reconocida por Ley 30007 descansa en la familia formada por esta unión de hecho. Si se trata de una sucesión testamentaria, en primer lugar los sucesores son igualmente

familiares del causante, esto es los llamados legitimarios o herederos forzosos es decir los descendientes, ascendientes y cónyuge o concubina. Ahora bien, de la descripción de estos sucesores, inferimos que las normas sobre sucesiones descansa las donaciones constituyen contratos importantes en el Derecho Sucesorio de allí los artículos 1629 y 1645), y por cierto con el Derecho de Familia, atreviéndonos a decir que el Derecho de Familia es el soporte del Derecho Sucesorio, en tanto que los sucesores del causante, en la vía testamentaria o legal, en la gran mayoría de casos van a ser los familiares del causante, y sólo como excepción lo serán personas ajenas al entorno familiar del causante, cuando éste no tenga herederos forzosos, herederos que lo son en tanto que tienen una estrecha relación con el causante, es decir sus descendientes, ascendientes, cónyuge o si fuera el caso, el sobreviviente de una unión de hecho.

El Derecho Sucesorio tiene tres elementos importantes sobre los que en el nexo familiar existente entre el causante y sus sucesores, es decir, básicamente son las relaciones familiares que van a dar lugar a la sucesión, cuando un integrante de la familia fallezca, por ello se dice, y con razón que el derecho sucesorio guarda una estrecha relación con el Derecho de Familia, e incluso cuando se trata de privar de los derechos que tienen los legitimarios (desheredación), tenemos que referirnos a causales que se ubican en el Derecho de Familia, así tenemos la suspensión del ejercicio de la patria potestad, el incumplimiento de la obligación alimentaria entre padres e hijos, y viceversa.

Por todo ello, no debe llamarnos la atención que se regule en el Derecho Sucesorio, una figura que viene a ser complemento de un derecho familiar, previsto en el artículo 323 del Código Civil, esto es el derecho preferente del cónyuge sobreviviente a adjudicarse la casa conyugal, y decimos complemento de



Benjamín Aguilar Llanos

esta norma, cuando aludimos al derecho de habitación del cónyuge supérstite, que parte del supuesto de que al viudo o viuda no le alcancen los recursos necesarios para adjudicarse la casa habitación, y en ese supuesto el derecho que vamos a comentar, le posibilitará seguir viviendo en forma gratuita y vitalicia en el inmueble que fue el hogar conyugal.

2. Derecho de habitación del cónyuge supérstite o sobreviviente de la unión de hecho

Para explicar este derecho debemos remitirnos al libro de Familia, y particularmente al derecho preferente que tiene el cónyuge viudo(a), para adjudicarse la casa conyugal que sirvió de hogar de la sociedad conyugal; en efecto, el artículo 323 del Código Civil dice textualmente "(...)Cuando la sociedad de gananciales ha fenecido por muerte o declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia(...)"; para la citada adjudicación el cónyuge sobreviviente debe pagar el valor del inmueble, en tanto que no se trata de un derecho que obtiene en forma graciosa; ahora bien este pago debe hacerlo destinando lo que le corresponda a título de gananciales y si hubiera diferencia, entonces reintegrando el exceso de valor.

Es de verse que para el pago del valor del inmueble, al derecho de gananciales se puede sumar el derecho hereditario del cónyuge supérstite; ahora bien, si lo que representan ambos derechos cubre el valor del inmueble, entonces se adjudicará dicho bien, pero si no alcanzan su valor, no podría ejercer el derecho de adjudicación, en consecuencia teniendo en consideración ello, se prevé una norma para evitar que el bien que fue casa conyugal, en donde se formó y desarrolló la familia, salga a la venta y por ende el cónyuge sobreviviente pierda la posibilidad de seguir viviendo en el inmueble, entonces la norma que se ha previsto para el caso en mención, es el derecho de habitación (recogida del derecho italiano y argentino), esto es, se concede al cónyuge sobreviviente, ante la eventualidad de no poder adjudicarse la casa, la posibilidad de seguir viviendo en ella en forma vitalicia y gratuita, lo que implica que los otros sucesores que concurren con el cónyuge, vean suspendidos su derecho de partición, hasta que se extinga este derecho de habitación del cónyuge supérstite.

Una vez más comprobamos como el Derecho de Familia, sirve de sustento al Derecho de Sucesiones en función de cumplir un rol social, como es el de proteger a uno de los socios importantes de la extinguida sociedad conyugal, pues el derecho de habitación, como se verá más adelante, vela por el cónyuge sobreviviente, sobre todo en un nuevo estado como es el de vivir sin la compañía del que fue su consorte, y compañero de vida.

Al analizar la situación del cónyuge heredero, debemos reconocer que se trata de un sucesor privilegiado, en tanto que a su derecho hereditario se le suman otras prerrogativas, en atención al rol fundamental que cumplió dentro de la familia, prerrogativas como el de ser heredero de tres órdenes, en tanto que concurren con los descendientes del causante, así como con sus ascendientes. Por otro lado, goza del derecho de usufructo de la tercera parte del patrimonio hereditario, y ahora el derecho de habitación del cónyuge supérstite, figura ésta que si bien está regulada en sede de sucesión testamentaria, también se aplica en sede de sucesión legal.

Esta figura ha sido elogiada por unos y criticada por otros, en cuanto a lo primero, pues se trata de reconocer el valor y trascendencia de la institución familiar, y dentro de ella un reconocimiento especial para el cónyuge supérstite y su nueva situación de vida, a la par de considerar razones estrictamente emotivas, sentimentales y en general personales que terminarían justificando la figura; sobre el particular resulta interesante detenernos en la inspiración argentina para su incorporación en esa legislación: en efecto se dijo que se tuvo en cuenta el criterio de concebir la propiedad privada en función social y que refleja los principios que enuncian las encíclicas papales, en consecuencia este derecho de habitación vitalicia, termina limitando el sentido liberal de la propiedad privada, que pudieran invocar

Una mirada desde el Derecho de Familia y Sucesorio, a propósito del derecho de habitación del cónyuge supérstite o si fuere el caso del sobreviviente de la unión de hecho
A view from Family Law and Inheritance Law, concerning the right of residence of the surviving spouse or survivor in the case of the cohabitation

las personas que ostentan vocación sucesoria o derechos de legatario, para dar paso a un derecho que está sobre este criterio, el del cónyuge supérstite. En el mismo sentido Barbero afirma que: “O sea la nueva ley sirve 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”⁽¹⁾, y luego Eduardo Zannoni nos indica que: “la inspiración del legislador pareciera que reconoce motivaciones asistenciales para proteger la vivienda del cónyuge supérstite”⁽²⁾.

El derecho de habitación también recibe críticas, señalándose que por proteger a uno de los herederos del causante, termina afectando el derecho de los demás sucesores, dentro de los cuales están los herederos, y en algunos casos legatarios, quienes verían suspendidos sus derechos de efectivizar sus cuotas o participaciones hereditarias, en tanto subsista el derecho de habitación, situación que se torna aún más injusta, cuando dentro de los herederos se encuentra un hijo extramatrimonial del causante que nunca disfrutó del inmueble, y que ahora tampoco lo va a ser, sino hasta que se extinga el derecho.

Pese a las críticas comulgamos con la institución, aún cuando debería mejorarse su trato, sobre todo para compensar de alguna forma la situación del heredero que nunca gozó del inmueble, como es el caso del hijo extramatrimonial del causante que concurre con el cónyuge supérstite, y que por obvias razones no vivió en el hogar conyugal que formó su padre, y que pese a su calidad de heredero, y por lo tanto de su derecho a participar del patrimonio hereditario que dejó su causante, dentro de los cuales está el inmueble, materia del derecho de habitación, él va a ver suspendido su derecho sobre el citado bien, mientras permanezca vigente el derecho de habitación.

3. Análisis de la normativa legal sobre el derecho de habitación del cónyuge supérstite, y la Ley 30007 que hace extensivo este derecho, a favor del sobreviviente de una unión de hecho

Antes de analizar el conjunto de normas que regulan este derecho de habitación, es necesario explicar los alcances de

la Ley 30007, que otorga derecho de herencia entre los integrantes de una unión de hecho.

En efecto la Ley 30007, promulgada el 17 de abril de 2013, otorga herencia a la unión de hecho mantenida por un hombre y mujer, que hacen vida de casados sin estarlo, compartiendo lecho, techo, y mesa, con las características descritas en el artículo 326 del Código Civil. Si bien es cierto el Código no la llama concubinato, la verdad es que estamos ante la figura propia del concubinato regular, que forma familia, compartiendo una vida en común no menor a dos años, comunidad de vida permanente, continua e ininterrumpida, con las notas de ser públicas y singulares. A esta unión de hecho, para ser beneficiarios del derecho de herencia, se le suma las exigencias contenidas en la Ley 30007, es decir que la unión de hecho se halle inscrita en el registro personal, o en su defecto tenga declaración judicial que la declare como tal y luego su inscripción en el registro.

Trascendental la norma en tanto que pone a la par de los cónyuges a los concubinos en materia sucesoria, lo que significa que los concubinos son herederos legales en el mismo orden que lo son los cónyuges, esto es ocupan el tercer lugar, y concurren con los sucesores del primer orden (descendientes del causante) y segundo orden (ascendientes), y si no hubiera uno ni otro, la herencia corresponde en su integridad a ellos. Se convierten en herederos forzosos como lo son los cónyuges, y en esa medida el causante no puede prescindir de ellos, salvo casos de desheredación. Gozan de los derechos adicionales a su calidad de herederos, como el derecho de habitación sobre la casa conyugal; y por ello, en el presente artículo, hacemos extensivo este derecho no sólo al cónyuge supérstite, sino igualmente al sobreviviente de una unión de hecho.

(1) Omar Barbero, *El derecho de habitación del cónyuge supérstite* (Astrea: Buenos Aires, 1977).
(2) Eduardo Zannoni, *Derecho de las sucesiones* (Rubinzal Culzoni: Buenos Aires, 1982).



Benjamín Aguilar Llanos

4. La Unión de hecho genera familia

Perú ha sido uno de los últimos países en reconocer la herencia entre los concubinos, y como bien sabemos el concubinato existe desde siempre, empero su regulación legal para la concesión de beneficios, recién se da a propósito de la Constitución de 1979, que luego es replicada por la Constitución de 1993. En la Constitución vigente se asume el deber del Estado de proteger a la familia, sin mencionar a qué grupo, clase o tipo de familia, por lo tanto debemos entender que el deber de protección alcanza a todas las formas familiares que existan dentro de la sociedad, y como es obvio, allí encontramos al concubinato, en consecuencia y siendo coherentes con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución era urgente reconocer no sólo el derecho de equiparar en cuanto a regulación legal, la sociedad de bienes que se genera en el concubinato con la sociedad de gananciales que aparece con el matrimonio, sino que ahora se ha sumado a ello el derecho de herencia que se da sobre la base de los nexos familiares que existen dentro del grupo familiar, y a no dudar los hay en las familias de hecho, aquellas nacidas de la convivencia permanente y continua sin haber pasado por el registro civil, y así como la cónyuge tiene derecho a heredar a su marido y viceversa, igual lo tiene la concubina respecto de su concubino.

5. Antecedentes de la institución

El Código Civil de 1984 a diferencia de su antecesor, el Código Civil de 1936, trata del derecho de habitación del cónyuge supérstite, y recoge la institución de los Códigos Civiles de Italia y Argentina; en efecto el artículo 540 del Código Civil Italiano señala:

“Al cónyuge, aún cuando concorra con otros llamados, están reservados el derecho de habitación 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 ésta no sea suficiente, por el remanente sobre la cuota de reserva del cónyuge y eventualmente sobre la cuota reservada a los hijos”.

En lo que se refiere a la legislación argentina, el artículo 3573 de este Código Civil indica:

“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 concurrieran 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 contrae nuevas nupcias”; como se verá más adelante si bien la figura en el código civil peruano viene de estas legislaciones, su regulación difiere en parte”.

En Perú se regula el derecho de habitación, en los artículos 731, 732 y 733 del Código Civil, describiendo la figura, las exigencias legales para su procedencia, y la forma cómo afecta a los otros participantes de la sucesión, señalando que en primer lugar se afecta la cuota de libre disposición, y si fuere necesario la de los forzosos, se establece las formas de extinción de la figura, e incluso se da la calidad legal de patrimonio familiar al inmueble sobre el que recae el derecho de habitación, y termina estableciendo que el causante no puede privar de este derecho a su cónyuge. No podemos obviar las normas del Derecho de Familia, en cuanto al régimen de sociedad de gananciales, y su término, la forma de liquidación, y el derecho preferencial para la adjudicación del inmueble que sirvió de hogar conyugal, a lo que debe sumarse la institución del concubinato, en tanto que ahora también son herederos entre sí, los integrantes de una unión de hecho regular.

6. Facultad o potestad de ejercer el derecho de habitación

Refiere el artículo 731 del Código Civil, que cuando el cónyuge supérstite o si fuera el

Una mirada desde el Derecho de Familia y Sucesorio, a propósito del derecho de habitación del cónyuge supérstite o si fuere el caso del sobreviviente de la unión de hecho
A view from Family Law and Inheritance Law, concerning the right of residence of the surviving spouse or survivor in the case of the cohabitation

caso el sobreviviente de la unión de hecho, concurra con otros herederos, y sus derechos por concepto de legítima y gananciales, no alcancen el valor necesario para que le sea adjudicada la casa habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge o concubino podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa; sobre el particular habría que señalar en primer lugar, que para la procedencia del derecho es requisito indispensable la concurrencia del cónyuge o concubino con otros sucesores, pues si el cónyuge o concubino fuera el único sucesor no tendría sentido la figura, en tanto que dicho sucesor se convertiría en el nuevo propietario del bien, así mismo que la concurrencia con otros sucesores, no implica que éstos sean necesariamente herederos como lo señala el citado numeral, pues la concurrencia se puede dar con legatarios instituidos por el testador, y cuyos derechos puedan estar representados en el inmueble, materia del derecho de habitación, entonces el Código debió emplear el término sucesores en vez de herederos.

En cuanto se refiere a los derechos del cónyuge supérstite para adjudicarse el bien, a que alude el artículo 323 del Código Civil, se trata de dos derechos diferentes, tal como ya lo tiene establecido el Código Civil en el artículo 730, esto es, los gananciales por un lado, como producto de la liquidación de la sociedad de bienes, y por otro lado, la legítima del cónyuge como heredera, y si la suma de esos derechos no alcanzan el valor del inmueble social, entonces se podrá ejercer el derecho de habitación.

En tanto que la Ley 30007 hace intervenir al sobreviviente de una unión de hecho como beneficiario del derecho de habitación, resulta necesario explicar si el artículo 323 del Código Civil, artículo del cual parte el derecho de habitación, igualmente le es aplicable al concubino; sobre el particular habría que señalar que si bien es cierto la Ley 30007 no alude al artículo 323, también lo es que el artículo 730 del Código Civil que hace la diferencia entre legítima y gananciales, si le es de aplicación a la unión de hecho. Por otro lado, ya la Constitución de 1979 y ahora la de 1993, equiparan la sociedad de bienes que nacen con el concubinato con la sociedad de gananciales que se genera a propósito de un matrimonio, por lo tanto, creemos que aún cuando no aparezca una modificación expresa del artículo 323, debemos considerar que existe una modificación tácita, haciendo comprender al concubino para beneficiarlo con el derecho de preferencia a la adjudicación de la casa conyugal.

Señala el legislador en el artículo 731, la opción del cónyuge supérstite o sobreviviente de la unión de hecho para ejercer el derecho de habitación, sin embargo no estamos de acuerdo que se trate este tema como una suerte de opción, y que podría llevarnos a confusión, y a pensar que la opción está referida a elegir entre el derecho de habitación o el derecho hereditario, y ello porque el término opción significa escoger, elegir entre uno u otro, y en el caso que nos ocupa, no se trata de una verdadera opción, sino que el derecho de habitación es un derecho complementario a la calidad de heredero del cónyuge o concubino.

Llama la atención porque se utilizó término "opción", más aún cuando el ponente principal del libro de sucesiones, el doctor Rómulo Lanatta en su anteproyecto decía que, cuando en la concurrencia con otros herederos, los derechos del cónyuge no llegaran al valor necesario para que le sea adjudicada la casa habitación en que existió el hogar conyugal, el cónyuge tendría sobre la referida casa, el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita; nótese que en ningún momento empleó el término opción, como tampoco lo hacen los códigos argentino e italiano, que no consideran excluyente un derecho respecto del otro, por lo tanto no se trata de una verdadera opción, sino de un derecho adicional del cónyuge sobreviviente, derecho que como tal se encuentra en libertad de ejercer o no, pues no es algo que se le imponga al supérstite.

En cuanto al inmueble sobre el que recae el derecho, debemos señalar que se trata del inmueble en donde se formó la familia, en donde se desarrolló la familia, en donde fijó su domicilio conyugal, y vivieron de consuno, cumpliendo el deber de habitación que impone el matrimonio, esto es, el deber de vida en común lo llevaron adelante en ese inmueble, inmueble que el cónyuge supérstite sobreviviente de la unión de hecho desearía



Benjamín Aguilar Llanos

pase a su poder en propiedad, pero que no es posible, pues no alcanza la suma de sus derechos de gananciales y cuota hereditaria con el valor del inmueble.

Resulta importante tener presente, que aún cuando el legislador trate el derecho de habitación, como si sólo fuera posible en un régimen de sociedad de gananciales, en tanto que usa el término gananciales (suma de gananciales y legítima), lo que ha llevado a que algunos piensen que la figura sólo es procedente, cuando el causante y el cónyuge supérstite estuvieron sometidos al régimen de sociedad de gananciales, sin embargo debemos señalar, que este derecho también puede ser ejercido, incluso tratándose del régimen de separación de patrimonios, o de sociedad de gananciales, respecto de inmueble con la calidad de bien propio, bien del causante y así lo reconoce unánimemente la doctrina nacional, que el derecho de habitación del cónyuge supérstite, también será procedente cuando el inmueble sobre el que recae el derecho de habitación, ha sido bien propio del causante, interpretación que se hace recogiendo el espíritu de la norma, la de proteger y amparar al viudo o viuda. En cuanto a la unión de hecho, no habría mayor discusión en tanto que como sabemos, para el concubinato propio le es aplicable sólo el régimen de sociedad de bienes que se equipara a la sociedad de gananciales, tesis recogida en la Constitución de 1979, la de 1993 y desarrollada legislativamente por el artículo 326 del Código Civil.

7. Derecho de habitación recae sobre diferencia existente entre el valor del inmueble y la suma de gananciales más cuota hereditaria

Sigue señalando el artículo 731 del Código Civil, que este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien, y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales; en efecto, al no cubrir la suma de los derechos de legítima y gananciales el valor del inmueble, permite ejercer el derecho de habitación, ya que si dichos derechos llegaran al valor del bien, no sería necesario la figura, sino que entraría a aplicarse el artículo 323 del Código Civil, con la adjudicación de la casa a favor del cónyuge supérstite o si fuera el caso, el sobreviviente de una unión de hecho. Un ejemplo sencillo nos permitirá visualizar sobre qué recae este derecho de habitación, así, si el valor del inmueble que ha sido el hogar conyugal, es de 180,000 soles, y la suma de

legítima más gananciales dan 120,000 soles, entonces el derecho de habitación recae sobre 60,000 soles, que viene a ser la diferencia entre el valor del inmueble, y la suma de lo que representa la legítima y gananciales del cónyuge supérstite.

8. Derecho de habitación suspende el derecho de partición de los demás sucesores con respecto al bien, materia de la habitación

Cuando el legislador se pronuncia por la afectación que produce el derecho de habitación, en ningún momento deja traslucir de que los otros beneficiarios de la sucesión a título de legatarios o herederos, pierdan tales derechos, y no lo hace por que no se trata de una pérdida de derechos, sino que es una suerte de carga que pesa sobre esos sucesores, y que va a traducirse en que tales sucesores no puedan efectivizar sus derechos vía la venta del inmueble, pues esos derechos están representados en la casa, objeto del derecho de habitación, por lo tanto la realización de esos derechos se suspenden en cuanto a su ejecución, en otros términos, el derecho de pedir partición se suspende hasta que se levante el derecho de habitación que pesa sobre el inmueble; obsérvese como en este caso, el derecho de habitación termina siendo una excepción al derecho de todo sucesor de pedir la partición que como sabemos no existe término para la solicitud de división y partición.

9. Derecho de habitación afecta cuota de libre disposición y si fuera necesario la legítima de los forzosos

El artículo 731 del Código Civil señala que la diferencia de valor afectará en primer lugar la cuota de libre disposición, y si fuere necesario

Una mirada desde el Derecho de Familia y Sucesorio, a propósito del derecho de habitación del cónyuge supérstite o si fuere el caso del sobreviviente de la unión de hecho
A view from Family Law and Inheritance Law, concerning the right of residence of the surviving spouse or survivor in the case of the cohabitation

la legítima, y esto es correcto, pues como sabemos la legítima de los herederos forzosos hay que respetarla, y sólo en caso extremo terminará siendo afectado, pues bien, si el derecho de habitación termina comprometiendo el inmueble sobre el cual el legatario, instituido por el testador, tiene representado su legado, entonces no podrá efectivizar ese derecho hasta que se extinga el derecho de habitación; sobre el particular veamos un ejemplo de cómo el derecho de habitación termina afectando al legatario, que no es otra cosa que afectar la voluntad del testador, pues su voluntad de querer beneficiar a alguien, termina siendo postergada por la figura de la habitación.

Un testador deja como patrimonio hereditario 120,000 soles, los cuales desagregados están representados por el 50% del valor del inmueble social a título de los gananciales que le hubieran correspondido (considerando que ese inmueble vale 120,000 soles), esto es 60,000 soles, a su vez ha dejado bienes con la calidad de propios representados por 60,000 soles en efectivo depositado en una cuenta corriente. En su testamento instituye como sus herederos a su cónyuge e hijo, a quienes por legítima les corresponde 80,000 soles (dos tercios del patrimonio hereditario), e instituye un legatario, a quien lega la suma de 40,000 soles que es su cuota de libre disposición. Abierta la sucesión, la cónyuge supérstite o sobreviviente de la unión de hecho, en aplicación del artículo 323, desea adjudicarse la casa habitación, sin embargo la suma de su legítima (40,000 soles) más gananciales (60,000 soles) dan 100,000 soles, mientras que el inmueble social vale 120,000 soles, por lo tanto no es factible la adjudicación, por lo que procede a ejercer su derecho de habitación, que en este caso, recae sobre la diferencia, esto es 20,000 soles. En este estado, el heredero hace efectivo su cuota hereditaria (40,000 soles) y lo hace retirando de la cuenta corriente tal importe, quedando un saldo de 20,000 soles, el legatario pretende igualmente hacerse cobro de su legado (40,000 soles), procediendo a retirar de la cuenta corriente el saldo que es de 20,000 soles, y la diferencia de su legado, los otros 20,000 soles están representados en el inmueble sobre el cual recae el derecho de habitación, por lo tanto este derecho, termina afectando la cuota de libre disposición que había sido dispuesta por el testador, lo que implica que el legatario tendrá que esperar se extinga el derecho de habitación, para hacer efectivo el saldo de su legado, mientras tanto, tendrá la nuda propiedad del inmueble por lo que significa su derecho no cobrado.

Sin embargo, el mismo artículo 731, señala que la diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición del causante (ya hemos visto como procede ello), y si fuere necesario

la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos, lo que implica que el derecho de habitación, incluso puede llegar a afectar no sólo al legatario, sino también a los herederos forzosos; veamos con un ejemplo cómo podría funcionar ello.

Un testador con un patrimonio hereditario de 60,000 soles que proviene del 50% del valor del inmueble que fue de propiedad de la sociedad conyugal a título de los gananciales que le hubieran correspondido (considerando que el inmueble tiene un valor de 120,000 soles); el testador instituye herederos a su cónyuge e hijo (la legítima que le corresponde a los dos en total suman 40,000 soles) y legatario, a quien lega la suma de 20,000 soles (que representa el importe de su cuota de libre disposición). Abierta la sucesión, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 323 del Código Civil, la viuda pretende adjudicarse el inmueble, sin embargo la suma de sus derechos como legítima (20,000 soles) y gananciales (60,000 soles) llegan a 80,000 soles y por ende no alcanzan el valor del inmueble (120,000 soles), entonces decide ejercer su derecho de habitación, que en este caso recaerá sobre la diferencia del valor del inmueble, con la suma de gananciales más cuota hereditaria, diferencia que en este caso es de 40,000 soles; ahora bien, tanto el heredero forzoso, como el legatario pretenden efectivizar sus derechos, sin embargo no podrán hacerlo hasta que se extinga el derecho de habitación, en tanto que esos derechos están representados en el inmueble; en este ejemplo vemos como el derecho de habitación, termina afectando no sólo la cuota de libre disposición, sino también la legítima del heredero forzoso, pero reiteramos que esta afectación no debe entenderse como privación de los derechos de los sucesores, sino solamente una suspensión al ejercicio del derecho de pedir partición, lo cual no podrá llevarse adelante, en tanto esté vigente el derecho de habitación, extinguido tal derecho por cualquiera de las causas que prevé



Benjamín Aguilar Llanos

la ley, entonces recién se podrá ir a la partición, que entre otros supuestos, puede comprender la venta del inmueble.

10. Derecho de habitación no recae sobre otros bienes que integran la masa hereditaria

Refiere el artículo 731 que en su caso, los otros bienes se dividen entre los demás herederos, con exclusión del cónyuge; sobre el particular Augusto Ferrero en su Manual de Sucesiones señala que, es innecesario este párrafo, en tanto que si el derecho de habitación recae sobre la diferencia del valor del inmueble, con la suma de los derechos de legítima y gananciales, por lo tanto es claro que el cónyuge supérstite, ya habría visto completado su participación en la herencia, con el beneficio de la habitación (sin perjuicio de que siga conservando su calidad de heredero), en consecuencia los otros bienes que puedan integrar la masa hereditaria, deberán ser distribuidos entre los otros herederos en cancelación de todo o parte de sus derechos hereditarios, sobre el particular tener presente el ejemplo anterior sobre el derecho de habitación en donde el patrimonio hereditario estaba integrado por el inmueble y la cuenta corriente, y la viuda ejerce su derecho de habitación, y el heredero cobra su cuota hereditaria retirando de la cuenta corriente que también integraba el patrimonio hereditario del causante, sin embargo habría que comentar algo que nos parece pertinente y que no hay que perder de vista, esto es, que el derecho de habitación recae sobre el inmueble que sirvió de casa conyugal, pero igualmente debe tenerse presente que el menaje de esa casa, por disposición del artículo 320 del Código Civil, corresponde al cónyuge supérstite, en consecuencia cuando la parte final del artículo 731 alude a los otros bienes, no se está refiriendo al menaje de la casa, sino a los otros bienes o derechos que integran la masa hereditaria, normas que hacemos extensiva al sobreviviente de la unión de hecho..

11. Posibilidad de dar en arriendo el inmueble afecto al derecho de habitación

Se contempla la posibilidad de que el beneficiario del derecho de habitación, que se encuentre en precariedad económica, pueda obtener a través del arriendo, una forma de sustento;

en efecto el artículo 732 del Código Civil señala que si el cónyuge sobreviviente "... no estuviere en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa habitación, podrá con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta, y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales, los demás derechos inherentes al usufructuario...". Sobre el particular, llama la atención como un derecho como el de habitación, que por su carácter de personalísimo, no permite sobre él ningún acto jurídico, tal como lo señala el artículo 1029 del Código Civil, que a la letra dice que "los derechos de uso y habitación no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación", pues bien, en el caso materia de análisis, el derecho de habitación termina siendo afectado por un arriendo, que implica que el cónyuge supérstite no haga uso de ese bien, fin último de este derecho, sin embargo hay que considerar que ese cónyuge, al haber variado su situación por la muerte de su consorte, no se encuentre en posibilidades de atender los gastos naturales de todo inmueble, y por ello el legislador, contraviniendo la sustancia del derecho, permite que sobre él recaiga un acto jurídico.

Para explicar desde el punto de vista jurídico este trato, Rómulo Lanatta⁽³⁾ nos señala que la ley le permite al cónyuge sustituir el derecho real de habitación, por el usufructo del referido inmueble con autorización judicial, sin embargo no creemos que se trate de un cambio, sino que sigue siendo un derecho de habitación con las particularidades del derecho de usufructo, por propio mandato de la ley, y como sabemos sobre el usufructo si es posible celebrar actos jurídicos; sigue señalando la norma, que al extinguirse el arrendamiento, el cónyuge a su sola voluntad readquiere el derecho de habitación sobre el inmueble. Notamos en la

(3) Rómulo Lanatta, *Derecho de Sucesiones* (Desarrollo: Lima, 1985).

Una mirada desde el Derecho de Familia y Sucesorio, a propósito del derecho de habitación del cónyuge supérstite o si fuere el caso del sobreviviente de la unión de hecho
A view from Family Law and Inheritance Law, concerning the right of residence of the surviving spouse or survivor in the case of the cohabitation

norma, que en la misma línea del derecho de familia, el Derecho Sucesorio continúa protegiendo al cónyuge supérstite, lo que revela la función social de este derecho.

12. Derecho de habitación tiene la condición legal de patrimonio familiar

El artículo 732 señala que, mientras esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo en su caso, la casa habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar; en efecto el inmueble que sirvió de casa conyugal, puede verse afectado por el derecho de habitación que estamos comentando, o también por el de usufructo de la tercera parte del patrimonio hereditario (artículo 823 del Código Civil), el mismo que al coincidir con la casa habitación, entonces adquieren la calidad de patrimonio familiar, institución ésta regulada en el derecho de familia (artículos que van desde el 488 al 501 del Código Civil).

Esta institución persigue proteger a los miembros de una familia respecto de la casa habitación en donde viven, garantizándoles permanencia en él, en tanto que la afectación como patrimonio familiar, va a implicar que no se pueda embargar ese inmueble, ni tampoco hipotecar, rematar ni disponer; repárese en que esta institución nace por voluntad y libertad personal, pero en este caso viene impuesta por la ley, pues bien, todos estos privilegios los tendrá el cónyuge supérstite a través del inmueble afecto al derecho de habitación, y ello por expresa disposición legal, sin embargo y aún cuando no lo establece el citado artículo, creemos que para que se adopte la condición legal de patrimonio familiar, el cónyuge supérstite deberá agotar los trámites legales de inscripción de patrimonio familiar en el Registro pertinente; recordar sobre el particular que estamos ante un caso, de un derecho que nace a partir de su inscripción en el Registro, esto es, un acto constitutivo, pues de no inscribirse y quedarse el acto en escritura pública, o como en el presente caso, quedarse sólo en el mandato legal, se entiende que no ha nacido el derecho.

13. Extinción del derecho de habitación

El derecho de habitación es vitalicio y gratuito, y tal como ya lo hemos señalado, viene impuesto como una carga a los

sucesores, quienes tendrán que esperar que el derecho se extinga, para ver efectivizados sus participaciones hereditarias; ahora bien, el artículo 732 señala que las formas como se extingue este derecho: por muerte del cónyuge supérstite, contraer nuevo matrimonio, ingresar a un concubinato o renuncia; en efecto, la parte final del artículo 732 nos señala “si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, los derechos que le son concedidos en este artículo y en el artículo 731 se extinguen, quedando expedita la partición del bien. También se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos”. Tratándose del sobreviviente de la unión de hecho, el derecho de habitación se extingue cuando fallece, contrae matrimonio o ingresa a un nuevo concubinato propio, regular.

Sobre las causales de extinción, no ofrecen mayores dudas las referidas a la muerte y a la renuncia, sin embargo si ofrece comentarios, el hecho de que se haya considerado el nuevo matrimonio o la vida concubinaria, como causales de extinción, veamos por qué.

En cuanto al nuevo matrimonio del cónyuge supérstite, pensamos que el legislador se pone en el caso de que este cónyuge ya no tendría la urgencia de la casa conyugal, por el hecho de haber formado un nuevo hogar, sin embargo ello no siempre es así, sobre todo si quien viene gozando del derecho es el viudo, y que al contraer nuevo matrimonio va a necesitar el inmueble para su nueva vida matrimonial, por otro lado, resulta discutible hasta cierto punto, cómo la realización de un matrimonio, en este caso, tiene consecuencias negativas para el que lo celebra, en tanto que por su realización se le quita un derecho que venía gozando; sobre este tema, Eduardo Zannoni opina que el nuevo matrimonio no tiene por que hacer presumir la cesación de las necesidades del habitador, sobre todo cuando el supérstite es el viudo y no la viuda, mientras que Guillermo



Benjamín Aguilar Llanos

Borda⁽⁴⁾ considera la causal como un castigo al matrimonio que no tiene justificación alguna, sin embargo también debe contemplarse la situación de los otros sucesores quienes tienen su derecho suspendido, y ante la eventualidad de nuevo matrimonio por parte del cónyuge supérstite, deberían seguir esperando la realización de sus derechos, lo cual resulta demasiado gravoso para ellos.

En cuanto a la vida concubinaria, debemos señalar que en este caso particular, el legislador pone a la par del matrimonio al concubinato (recordemos que este derecho de habitación no alcanzaba a los concubinos), y lo hace con el fin de dar término al derecho de habitación, siempre en la idea de que un nuevo estado de vida, estaría haciendo cesar las necesidades de habitación del cónyuge supérstite o sobreviviente de la unión de hecho, situación ésta que queda poco clara.

Al extinguirse el derecho de habitación, como es natural los sucesores que tenían la nuda propiedad sobre el inmueble, ahora podrán efectivizar su derecho, conjuntamente con el cónyuge supérstite si es que la causal de cese no hubiera sido su muerte, entonces en ese caso se procederá a la venta del bien, y el producto de la venta permitirá cancelar las cuotas dentro de las cuales está el cónyuge supérstite y los demás herederos.

14. Intangibilidad del derecho de habitación

Como conocemos la legítima, es esa parte de la herencia, de la cual el causante no puede disponer libremente si tuviere herederos forzosos; ahora bien, las normas referidas a la legítima son normas de orden público y por ende no se puede ir contra la legítima, no se puede pactar, y ello ocurre también con el derecho de habitación, en tanto que el testador no podrá privar de este derecho a su consorte, en efecto el artículo 733 del Código Civil refiere que “el testador(...) tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731 y 732 salvo en los referidos casos”. La norma impone al testador el respeto a estos derechos, por lo tanto cualquier disposición de prohibición sobre estos beneficios, no tendrán ninguna validez y se tendrán como no puestos, a no ser de que estemos frente a supuestos de desheredación,

que como sabemos implica la privación de la legítima, y por mandato de la ley también la privación de este derecho de habitación, en función de que si el cónyuge es desheredado, al perder su derecho hereditario, ya no le asistiría el derecho de habitación que supone para su ejercicio, la calidad de heredero. En cuanto al sobreviviente de una unión de hecho, si bien es cierto la Ley 30007, no se pronuncia por la modificación del artículo 733, también lo es que al convertirse el concubino o concubina como herederos forzosos (artículo 724 del Código Civil modificado por la Ley 30007) resulta de aplicación la intangibilidad de este derecho que le corresponde al sobreviviente de una unión de hecho, lo que implica que el causante al testar no puede privar del derecho de habitación a su concubino o concubina.

15. Esencia o sustantividad del derecho de habitación

La institución del derecho de habitación, que ha recibido diversas opiniones, nos conduce a desentrañar su naturaleza jurídica. Veamos.

Encontramos autores como Guillermo Borda negando la calidad de derecho hereditario, otros considerándolo como derecho hereditario, pero dentro de él, otorgándole calidad de legado, y dentro de la calidad de legado, la de un legado legal, y en fin, otros, opinando por un prelegado, en tanto que recae sobre un heredero.

Quien niega la calidad de derecho sucesorio es Guillermo Borda, refiriendo que se trata de un derecho adquirido del cónyuge supérstite con ocasión de la muerte de su consorte, para él, este derecho nace a propósito del deceso del cónyuge, y lo adquiere el supérstite en su calidad de tal, en tanto que debe seguir gozando del uso del bien, que compartió

(4) Guillermo Borda, *Manual de Sucesiones* (Buenos Aires: Ediciones Perrot, 1963).

Una mirada desde el Derecho de Familia y Sucesorio, a propósito del derecho de habitación del cónyuge supérstite o si fuere el caso del sobreviviente de la unión de hecho
A view from Family Law and Inheritance Law, concerning the right of residence of the surviving spouse or survivor in the case of the cohabitation

en vida con el causante; sobre el particular pensamos que la misma tesis es contradictoria, pues si el derecho nace a consecuencia de la muerte del causante, entonces estamos ante un derecho sucesorio, derecho que como cualquier otro en calidad de sucesor, presupone para su existencia la muerte del causante, a la par de, por ser derecho hereditario es oponible a los otros herederos; en efecto el derecho se concede (cosa diferente a lo opinado por Borda) a favor del cónyuge supérstite, pero para que el derecho exista es necesario el deceso del cónyuge, en tanto que en vida no es posible su existencia. El deceso del causante abre su sucesión, y convierte a quienes acuden a la herencia en sus sucesores, concediéndoles derechos regulados por ley, uno de estos derechos es precisamente el que venimos comentando, esto es, el derecho de habitación.

La mayoría de los autores considera que el derecho de habitación del cónyuge supérstite es un derecho sucesorio. Se señala los requisitos para que un derecho sea considerado como sucesorio: que tenga significado económico, que aparezca con la muerte del causante, que sea gratuito, y que se trate siempre de un derecho existente en el patrimonio del causante; ahora bien, de una rápida mirada del derecho que venimos comentando, los requisitos mencionados se encuentran en el derecho de habitación, por lo tanto se trata de un derecho hereditario, traslativo de carácter patrimonial, que produce sus efectos a la muerte del causante.

Barbero también participa de la tesis de ser un derecho hereditario, precisando que es un derecho que el cónyuge adquiere a título derivado y no originario, lo que lo caracterizaría como prelegado, por cuanto el cónyuge recibe el derecho de habitación no como heredero sino como legatario legal, particular, forzoso, todo ello independientemente de lo que pueda recibir a título de herencia; sobre esta opinión consideramos que efectivamente se trata de un derecho sucesorio, que lo recibe el cónyuge independientemente a lo que pueda recibir como heredero, y en consecuencia se estaría presentando la figura del prelegado, pero sería un prelegado forzoso, o como suelen llamarlo prelegado legal, en tanto que en una sola persona se reúnen dos calidades, por un lado la de heredero, que lo tiene el cónyuge o si fuera

el caso el concubino, y por otro, el legado, que si bien es cierto es voluntario por que nace de la voluntad del testador, también lo es, que en este caso no nace del testador, pero si de la voluntad de la ley, y de allí su nombre de legado legal.

Por su parte, Eduardo Zannoni se limita a señalar que se trata de una carga impuesta a los herederos, y en efecto sin entrar a analizar la esencia del derecho, el autor va a los efectos del derecho, y en ello tiene razón, por que efectivamente estamos ante una carga impuesta a los sucesores, quienes no pierden su derecho, más si en una suerte de suspensión, no pueden efectivizarlo hasta que se extinga el derecho de habitación.

Jorge Maffia⁽⁵⁾, por su lado, refiere que se trata no un de un prelegado, sino de un legado legal, entendemos que lo hace en función de considerar que en puridad el prelegado, es cuando el testador crea las dos figuras de heredero y legatario en una sola persona, y en el caso bajo comentario, ya lo hemos señalado, no se trata de que el derecho de habitación haya sido concedido por el testador, sino por la ley, y en ese caso si tendría razón, por cuanto el legado legal, viene a ser un beneficio cuya fuente de origen se encuentra en la ley, como ocurre con el derecho de habitación creado por ley a favor del cónyuge supérstite.

Biondo Biondi⁽⁶⁾ señala que, la categoría de legado legítimo es admisible, y comprende los casos en que alguno adquiere por ley, mortis causa, siempre que la adquisición responda a los caracteres del legado.

Por nuestra parte, no tenemos dudas de que estamos ante un derecho sucesorio, pues este derecho nace con la muerte del causante,

(5) Jorge Maffia, *Manual de derecho sucesorio* (Buenos Aires: De Palma, 1980).

(6) Biondo Biondi, *Sucesión Testamentaria y donación* (Barcelona: Bosch, 1960).



Benjamín Aguilar Llanos

derecho que al ser ejercido por el beneficiario, es oponible a los demás herederos, y lo es precisamente por su calidad de ser un derecho sucesorio, y en cuanto a la forma que adopta este derecho, es obvio que sólo está reservado al cónyuge supérstite y ahora, si fuere el caso al sobreviviente de una unión de hecho, derecho independiente a lo que corresponde en su calidad de heredero, por lo tanto al ser un beneficio patrimonial (uso gratuito y vitalicio del inmueble) se constituye en un legado, recordemos que el legado grava la herencia con un determinado derecho que no siempre es de propiedad, ahora bien, en puridad el legado nace de la voluntad del testador (artículo 734 del Código Civil), quien resulta dando vida a esta institución, sin embargo y como ya hemos analizado, este derecho de habitación no nace del testador, incluso él no podría prohibirlo (salvo caso de desheredación), entonces si no nace del testador, debemos concluir que la fuente de origen la encontramos en la ley, y por lo tanto estaríamos ante un legado legal, pero al ser legado legal y que sólo es posible en beneficio del cónyuge supérstite, estaríamos ante una modalidad de prelegado legal, tal como apunta Barbero.

16. Requisitos para ejercer el derecho

De lo escrito hasta el momento sobre este derecho, fluye naturalmente varias exigencias que deben estar presente para que este derecho pueda existir, así, resulta obvio que el cónyuge concorra con otros sucesores, pues si fuera el único heredero, no tendría sentido la figura en tanto que se convertiría en propietario del inmueble, con todas las facultades que concede el dominio.

Sobre el tema propuesto, y a propósito de la legislación argentina, Jorge Maffia señala como otro requisito, que el acervo sucesorio esté integrado por un solo inmueble habitable, lo que no obsta a la existencia de otros bienes muebles en la masa hereditaria; sobre el particular, y refiriéndonos a nuestra legislación, diremos que en la mayoría de los casos eso va a ocurrir, sin embargo nada obsta para que pese a la existencia de otros inmuebles en la herencia, funcione la figura, y para demostrar ello consignamos un ejemplo, así tenemos que el causante casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, tiene conjuntamente con su consorte como patrimonio social 180,000 soles que lo constituyen tres inmuebles, uno, el principal de todos, donde vive la familia que tiene un valor de 140,000 soles, mientras que los otros dos inmuebles, cada uno

de ellos con un valor de 20,000 soles. Al ocurrir el deceso del causante, deja como patrimonio hereditario 90,000 soles, que es lo que le hubiera correspondido como gananciales, y le suceden su viuda y dos hijos, pues bien, la viuda al pretender ejercer el derecho de adjudicación sobre el bien familiar en estricta aplicación del artículo 323 del Código Civil, no puede hacerlo en atención a que la suma de su cuota hereditaria, 30,000 soles (Siendo el patrimonio hereditario 90,000 soles y concurrendo con dos hijos, su cuota es de 30,000 soles) más sus gananciales, esto es 90,000 soles (50% de los 180,000 soles nos da 90,000 soles) no alcanzan el valor del inmueble social, en tanto que dicha suma da 120,000 soles, y el valor del inmueble es de 140,000 soles, por lo tanto ejerce su derecho de habitación, que en este caso recae sobre la diferencia del valor del inmueble (140,000 soles) menos la suma de gananciales y cuota hereditaria (120,000 soles), esto es 20,000 soles.

Por su parte los otros dos herederos, se pueden adjudicar cada uno de ellos, los otros departamentos que como ya lo hemos señalado tienen un valor de 20,000 soles cada uno, pero como sus cuotas hereditarias es de de 30,000 soles para cada uno, entonces aún tendrían a su favor 10,000 soles por persona, los mismos que estarían representados en el inmueble principal sobre el que ha recaído el derecho de habitación; en consecuencia, si creemos posible que se ejerza el derecho de habitación pese a la existencia de varios inmuebles dentro de la masa hereditaria, más aún cuando nuestra legislación no se pronuncia por la exigencia de casa única para la procedencia del derecho, como si lo hace el Código Civil argentino.

Siguiendo a Jorge Maffia, también refiere que para que proceda el derecho de habitación, el inmueble debe haber constituido el hogar conyugal al tiempo de la apertura de la sucesión, dice el autor que el fin de la ley es proteger al cónyuge que está viviendo en

Una mirada desde el Derecho de Familia y Sucesorio, a propósito del derecho de habitación del cónyuge superviviente o si fuere el caso del sobreviviente de la unión de hecho
A view from Family Law and Inheritance Law, concerning the right of residence of the surviving spouse or survivor in the case of the cohabitation

esa casa para que pueda seguir habitándolo, sin solución de continuidad a la muerte de su causante; sobre el particular nos parece prudente y necesario esta exigencia que no lo encontramos muy claro en nuestra legislación, pues si tenemos en cuenta el artículo 731, este numeral utiliza la siguiente frase "...casa habitación en que existió el hogar conyugal", que es bastante diferente a decir, inmueble que hubiera constituido el hogar conyugal al tiempo de la muerte del causante, aquí encontramos un presente, una situación de actualidad referida a la ocupación del inmueble por parte del cónyuge, a la vivencia en el mismo tiempo de apertura de la sucesión, cosa diferente, es utilizar en pretérito, casa habitación en que existió el hogar conyugal, y que puede dar lugar a interpretaciones diversas para el mal uso de la figura, como por ejemplo que al fallecer el causante, su viuda ya no vivía en el hogar conyugal por haber hecho abandono del mismo, pero que puede alegar que ese fue su hogar conyugal, o puede darse el caso de la viuda que sin voluntad propia, fue desalojada por el causante del hogar conyugal, y al morir éste, ya no vivía en el hogar conyugal, entonces estamos ante dos supuestos que deberían recibir trato diferente, en el segundo amparando el derecho, y en el primero, negándolo, por ello creemos que la fórmula de Jorge Maffia resulta más conveniente

La legislación argentina también considera como requisito que la estimación del inmueble, no pueda exceder el establecido como máximo a las viviendas para ser constituidas en bien de familia, bien de familia que en nuestra legislación adopta el nombre de patrimonio familiar; sobre el particular en el Perú no hay tal exigencia, sin embargo un referente importante lo puede constituir el artículo 489 del Código Civil cuando dice "...el patrimonio familiar no puede exceder lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios", ello en consideración a que el derecho de habitación, como ya lo hemos analizado,

adopta la condición legal de patrimonio familiar, por lo tanto si se acepta este referente, quedará a criterio del juzgado conceder el derecho o no.

Por último, habría que señalar que en Italia el derecho de habitación abarca no sólo la casa, sino también los muebles que la equipan sean de propiedad del causante o bienes comunes (sociales), en el Perú no es necesario regular este tema, pues como ya lo hemos mencionado a tenor del artículo 320 del Código Civil, el menaje ordinario del hogar corresponde al cónyuge sobreviviente, menaje sobre el cual existe una norma que nos precisa qué bienes no integran el menaje (artículo 319 del Código Civil), deduciéndose que los muebles de casa quedan para el viudo o viuda.

17. Solicitud para ejercer el derecho de habitación y su inscripción

Sobre este tema el Código Civil no se pronuncia, ahora bien, constituyendo el derecho una carga que se impone a los otros sucesores, así como gravamen sobre la casa, y a su vez que el inmueble sobre el que recae el derecho de habitación asume la condición legal de patrimonio familiar, y siendo este derecho oponible a los sucesores, creemos que el ejercicio del derecho debe merecer un pronunciamiento judicial, que venga como autorización con orden de inscripción en el registro de la Propiedad Inmueble, lo que supone un proceso no contencioso y que implica, solicitud al Juez, debiendo ser el plazo máximo para solicitarlo, antes de que se produzca la partición de la herencia, por cuanto ella produce el término de la indivisión y la adjudicación de los bienes que componen la herencia a favor de los herederos, quizás lo más recomendable es que este pedido se realice paralelamente con la solicitud de declaratoria de herederos o del testamento, en el registro de la Propiedad donde corre inscrito el inmueble; ahora bien, para obtener el pronunciamiento judicial se requiere como es obvio, acreditar el cumplimiento de las condiciones para que opere el derecho, esto supone, como ya se ha mencionado, la concurrencia del cónyuge con otros sucesores, que el inmueble estuvo destinado a hogar conyugal del solicitante con el causante, que sus derechos por legítima y gananciales no alcanzan el valor del inmueble. Claro está, que si hubiera consenso en los sucesores para que la viuda (o) ejerza el derecho de habitación no se requeriría proceso judicial, sino que con la sola escritura pública y los partes correspondientes y la inscripción registral, se daría por constituido el derecho de habitación. 