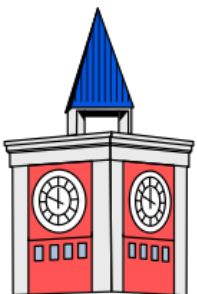


COMISIÓN N° 8 SUCESIONES

PONENCIAS



XXIX Jornadas Nacionales de
Derecho Civil
Buenos Aires, Argentina | 2024



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

ÍNDICE

La socioafectividad y solidaridad como fuente de vocación sucesoria del conviviente supérstite Por Mónica Assandri y Adriana María Warde	1
La filiación socioafectiva en la esfera de los vínculos jurídicos y hereditarios Por Carla Gabriela Balducci	10
Vocación hereditaria del conviviente Por Guillermo J. Borda	23
La reincorporación de las causas de desheredación en el derecho positivo argentino Por Maximiliano R. Calderón y Josefina Borraccio	25
El plazo del derecho real de habitación del conviviente supérstite. Una necesaria interpretación y reforma. Por Mariana Callegari, Sergio Walter Cava, Bernardita Durrieu, Lorena Landolfi, Luciana Martí y Lucila Pombo	28
La vocación hereditaria entre convivientes. Una reforma necesaria. Por Mariana Callegari, Sergio Walter Cava, Mónica Maíz, Máximo Musich y Lucila Pombo	37
Vocación sucesoria, relación afectiva y solidaridad Por José Miguel Cruz y Ruth Macarena Soto	48
Pacto o estipulación de herencia futura. Trazabilidad sucesoria vehiculizada en fideicomisos Por Marcelo A. David	51
La vocación sucesoria de los convivientes Por Juan José De Oliveira	68
Derecho real de habitación vitalicio y gratuito al conviviente supérstite. Atribución preferencial. Por María José Fernández y Luis Alejandro Ugarte	71
Derecho sucesorio del conviviente Por María José Fernández y Luis Alejandro Ugarte	74
Uniones de hecho y vocación sucesoria Por Francisco A. M. Ferrer	79
Circunvención de Incapaces, vulnerabilidad y perjuicio “a otro” Por Lorena A. Goldín	91
Ausencia de relación afectiva y exclusión del cónyuge supérstite Por Jorgelina Guilisasti	105

Nueva regulación para el derecho real de habitación del conviviente supérstite Por Esteban Matías Gutiérrez Dalla Fontana	118
Mejora propia en favor del heredero legitimario indicado Por Gerónimo José Martínez	124
La relación afectiva y la solidaridad sólo tienen cabida en el ámbito de las sucesiones testamentarias Por Jorge A. M. Mazzinghi	135
Principio de proporcionalidad y solidaridad familiar reducción de la legitima – Autonomía de la voluntad del testador Por Carla Beatriz Modi	138
El principio de socioafectividad como fuente de vocación sucesoria Por Liliana Alicia Moreda	148
La socioafectividad como presupuesto para el reconocimiento del heredero solidario Por Ana M. Ortelli y María Cristina Mourelle de Tamborenea	160
La socioafectividad y la sucesión testamentaria Por Fernando Pérez Lasala	167
La socioafectividad y el derecho sucesorio intestado Por Fernando Pérez Lasala	171
Familias con espacios vacíos Por Marisa de Luján Pierucci	176
Vocación sucesoria, relación afectiva y solidaridad Por Gabriel G. Rolleri	188
El derecho real de habitación del conviviente supérstite Por María Dolores Suriani y Ana María Ortelli	190
Vocación sucesoria del conviviente Por Ana M. Ortelli y María Dolores Suriani	197
Vocación sucesoria de parientes afines: la nuera y el yerno viudos Por Vilma R. Vanella y Ángeles Martínez	203
La solidaridad post mortem a favor del conviviente Por Raquel Villagra de Vidal	209
El derecho real de habitación del conviviente supérstite Por Romina Vittar	221

Vocación sucesoria, relación afectiva y solidaridad Por Karen Maína Weiss	228
La socioafectividad y su incidencia en los contornos del Derecho Sucesorio Por Guillermina Zabalza y M. Victoria Schiro	239
Mejora al heredero forzoso que realizó tareas de asistencia o cuidado Por Vilma R. Vanella y Ángeles Martínez	253

LA SOCIOAFECTIVIDAD Y SOLIDARIDAD COMO FUENTE DE VOCACIÓN SUCESORIA DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE

Por Mónica Assandri¹ y Adriana María Warde²

I. CONCLUSIONES

Consideramos que al regular el Código “las uniones convivenciales” se plasman en la legislación los paradigmas de igualdad y no discriminación de las “diversas formas familiares” con basamento en el mandato constitucional de la “protección integral de la familia”. Asimismo, reconocemos, desde una visión constitucional y convencional, que la naturaleza de la vocación sucesoria responde a la necesidad de acordar una protección económica a las relaciones afectivas más íntimas del causante, con fundamento en los principios de “solidaridad familiar” y “socioafectividad”.

Proponemos:

De lege lata: “El sistema sucesorio argentino es aplicable al conviviente supérstite cuando su omisión lesione derechos fundamentales,

¹. Abogada. Especialista en Derecho de Familia (Título otorgado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Secretaría de Posgrado de la Universidad Nacional de Córdoba). Profesor por concurso de Privado I (Parte General), Privado VI (Familia y Sucesiones), I.E.C.A. (Introducción a los Estudios de la carrera de Abogacía) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Titular disciplinar de la Universidad Siglo 21 en la Carrera de Posgrado Especialización en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Investigadora categorizada de la SeCyT U.N.C. mail: moassandri@hotmail.com.

² Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Especialista en Derecho de Familia (Facultad de Derecho. UNC) Titular Disciplinar de Derecho de Familia y Derecho Sucesorio de la Universidad Siglo 21. Directora Carrera de Especialización en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia Universidad Siglo 21. Profesora Privado VI (Familia y sucesiones) Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora categorizada de la SeCyT U.N.C. mail: wardeadriana@hotmail.com

atento a que la solidaridad familiar y socioafectividad constituyen los fundamentos más relevantes de la vocación sucesoria erigiéndose ambos en fuente del llamamiento hereditario.”

De lege ferenda: “Debe reformularse el sistema sucesorio argentino regulándose la vocación sucesoria del conviviente atento a la vigencia de los principios de protección integral de las diversas formas familiares, solidaridad familiar y socioafectividad”.

II. FUNDAMENTOS

1. LA REGULACIÓN DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN LA CONSTITUCIÓN Y EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

La reforma constitucional de 1994 en su art. 14 bis³ reconoce la protección integral de la familia, entendida por la doctrina como “una comunidad natural de personas que se agrupan sobre la base de relaciones intersexuales que genera la convivencia”⁴ y da jerarquía constitucional a diversos tratados entre los cuales se encuentran: Declaración Americana de

³ Constitución Nacional, Art. 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al Arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

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.

⁴ FANZOLATO, Eduardo .I., “*Derecho de Familia*”, Tomo I, Advocatus, Córdoba, 2007, p. 27.

los Derechos y Deberes del Hombre⁵; Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶; la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención sobre los Derechos del niño (75 inc. 22 C.N.) que también hacen referencia y garantizan la protección que merece la familia como núcleo básico y primigenio de la sociedad. Asimismo, cabe destacar que en los tratados de derechos humanos se valora a la familia como un elemento fundamental de la sociedad que debe ser protegido por la sociedad y el Estado (art. 17 Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 23, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), no se invoca un sujeto abstracto, ya que los derechos de la familia se traducen en los derechos de las personas físicas que la forman y en cuanto miembros de ella.⁸

Por ende, frente a la multiplicidad de tipos de familias existentes actualmente, debemos hablar del derecho de las familias o de diversas formas familiares (familia matrimonial, familia de convivientes, familia monoparental, familia ensamblada, entre otras), y conforme lo establece nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos supra detallados, deben respetarse todas las formas convivenciales, y atribuirles un trato similar a las relaciones familiares que sean sustancialmente análogas (art. 75 inc. 22 CN).

Debemos admitir entonces que, las uniones convivenciales, entran dentro del concepto constitucional de familia y no podían quedar al margen de una correcta regulación y protección, pues de lo contrario no solo se estaría atentando contra el imperativo de protección de la familia del art. 14

⁵ Art. 6° “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y recibir protección de ella”

⁶ Art. 16 Reconoce a la familia como” el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el estado”

⁷ Art. 10° Considera a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad a la cual debe concederse la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsabilidad del cuidado y educación de los hijos a su cargo”

⁸ BIDART CAMPOS, G., “*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*”, T III, Ediar; Bs As, 2007, p. 493.

bis sino también contra el principio constitucional fundamental de igualdad y no discriminación que cubre y da sentido a todo nuestro ordenamiento jurídico y cuya protección es una cuestión de orden público.

Un necesario pasaje del singular al plural que, en palabras de Herrera, "...constituyó un quiebre ineludible en la regulación de las relaciones de familia no se trató de un simple agregado de una letra, la 's', al final de la palabra; implicó una revolución jurídica en el plano infraconstitucional, al ir avanzando en el reconocimiento de derechos a las personas para que estas se puedan desarrollar en diferentes formas de organización familiar tomándose a modo de pilares o base estructural dos principios constitucionales-convencionales elementales: 1) igualdad y no discriminación y 2) libertad y autonomía"⁹

La correcta armonización de los valores del sistema constitucional y convencional exige conjugar la libertad de diseñar y concretar su propio proyecto de vida, con el respeto por la dignidad de los otros miembros del grupo, la protección, solidaridad familiar y la socioafectividad. El derecho debe ofrecer las instituciones necesarias que tutelen los derechos fundamentales de los involucrados. En consecuencia, desde la obligada perspectiva de derechos humanos la recepción jurídica de las uniones convivenciales tiene un trasfondo protectorio de los miembros encontrándose involucrados el derecho a la vida familiar, la dignidad de la persona, la igualdad, la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar. Nuestro Código Civil y Comercial de la Nación en concordancia con los mandatos constitucionales, les reconoce efectos jurídicos a la convivencia de pareja, pero de una manera limitada y mientras cumplan determinados requisitos (singularidad, publicidad, notoriedad, estabilidad y permanencia), manteniendo las diferencias entre las dos formas de organización familiar (la matrimonial y la convivencial). No reconociendo derechos sucesorios.

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA VOCACIÓN SUCESORIA DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE: LA RAZONABILIDAD DE SU

⁹ HERRERA, Marisa, "Panorama general de Derecho de Familia en el Nuevo Código Civil y Comercial. Reformar para transformar", Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial, 17/11/2014, p. 39.

REGLAMENTACIÓN BASADO EN LA SOCIOAFECTIVIDAD, LA SOLIDARIDAD FAMILIAR Y EL PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA FAMILIA

El propio Vélez Sarsfield, reconocía la relación entre sucesión y familia, en un contexto en el que el concepto de esta última difería a todas luces de los escenarios actuales; donde el reconocimiento de múltiples formas familiares obliga a hablar definitivamente de las familias en plural.

Los fundamentos de la sucesión por causa de muerte en general, y de la intestada en particular, han sido objeto de múltiples estudios doctrinarios a lo largo de la historia. La llamada teoría de la voluntad o afecto presunto ha tenido respaldo en nuestro ordenamiento jurídico, conforme nota del art. 3283 del Código derogado¹⁰, manteniéndose el mismo fundamento en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Desde la doctrina y la jurisprudencia, comienza a introducirse hace unos años la noción de socioafectividad, al respecto, señala Kemelmajer, “los operadores del derecho han empezado a pensar que, en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos, o en el de la regulación legal única...”¹¹. Si estudiamos la base desde la que se entiende la socioafectividad encontramos a esos vínculos que reconocen su razón de ser en dos aspectos centrales, como es lo *afectivo*, por un lado y lo *social*, por el otro, que se amalgaman de manera especial, dando lugar a un vínculo que en los hechos y por sus especiales características muchas veces merecería un reconocimiento concreto por parte del derecho.

Nora Lloveras entendía que “se alude al intenso proceso de desbiologización en occidente, que tiene como sustento enfatizar el afecto en las vinculaciones de padres e hijos, considerando que las relaciones familiares son fruto de la afectividad, por lo cual se hace prevalecer el hecho

¹⁰ Nota art. 2383 Código Civil: “. Respecto a las sucesiones ab intestato hay una consideración especial. Reposan sobre la voluntad presunta del difunto, no porque esa voluntad pueda considerarse como un hecho cierto respecto a una persona determinada, sino porque cada ley positiva, cada Código, adopta la presunción general que le parece más apropiada a la naturaleza de las relaciones de familia”.

¹¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", LA LEY del 08/10/2014, pto. VI.

cultural sobre el natural”¹². Por su parte, Mariel Molina señala que importa un “proceso de desbiologización de las relaciones afectivas que respeta el desarrollo de vínculos estrechos entre las personas que integran un grupo familiar más allá del ‘hecho natural’ de la procreación”¹³. En términos generales podemos decir que la socioafectividad es un concepto que ha permitido dar respuesta a la diversidad con la cual las personas individuales organizamos nuestros proyectos de vida familiar.

El desarrollo en nuestro país del principio de la solidaridad en el derecho de familia y sucesiones, se ha debido al profesor Marcos M. Córdoba, que ha hecho de la idea de solidaridad su móvil para proponer y promover reformas legislativas destinadas a ampliar y fortalecer la protección de los sujetos más vulnerables o más débiles, vigorizando los deberes de las personas hacia sus familiares afectados por las penurias de la vida, e incluso llega a plantear la regla de la solidaridad como principio general del Derecho. La define como la adhesión a la causa, situación o necesidad de otro.... La solidaridad comporta destacar la realidad del prójimo, y buscar los medios adecuados y pertinentes para lograr la satisfacción de sus intereses y coadyuvar a la solución de sus problemas. El ejemplo paradigmático de este principio es la solidaridad familiar¹⁴

Al respecto, destaca Ferrer que en los últimos años se viene produciendo una evolución transformadora de los conceptos tradicionales, siendo un factor decisivo el impulso del principio de la solidaridad familiar que, en materia sucesoria, fundamenta el régimen de legítimas, la sucesión intestada, la mejora al heredero con discapacidad, entre otros casos¹⁵ Así, la solidaridad familiar comienza a posicionarse como el fundamento último y más relevante de la vocación hereditaria legítima, llegando a erigirse —junto al afecto presunto— en fuente del llamamiento, por el hecho mismo de la

¹² LLOVERAS, Nora, RELACIONES FAMILIARES EN GENERAL, en Lloveras Nora (Directora), Manual de Derecho de las Familias,, Mediterránea, Córdoba, T I, 2018, p. 84.

¹³ MOLINA DE JUAN, Mariel: COMENTARIO ART. 556; en Kemelmajer de Carlucci, (et. al.) -Directoras-: Tratado de Derecho de Familia. Código Civil y Comercial Comentado. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires/Santa Fe, T. II., 2014, p. 387.

¹⁴ CÓRDOBA, Marcos M., "La solidaridad jurídica", LA LEY del 16/10/2019; "La solidaridad es un principio aún no positivizado en el Derecho argentino", AR/DOC/4254/2016; LAJE, Alejandro, "Solidaridad y dignidad de la persona", LA LEY del 16/10/2019.

¹⁵ FERRER, F. A. M., "Solidaridad y vínculo afectivo como fuente de la vocación sucesoria", RCCyC, diciembre 2019, p. 63 y ss

comunidad de vida, los vínculos afectivos, la necesidad de protección y asistencia entre integrantes del entorno familiar más próximo¹⁶

Expone Ferrer: “El matrimonio y la unión de hecho son convivencias similares: en ambas existe un proyecto de vida en común, responden a intereses típicamente familiares y existen deberes y responsabilidades recíprocas, que en un caso derivan del vínculo matrimonial asumido mediante un acto solemne de celebración, y en el otro, surgen de la propia convivencia *more uxorio*. La existencia y solidez de los vínculos afectivos que se derivan de la comunidad de vida es el fundamento del llamamiento hereditario del cónyuge viudo, y esto se demuestra porque precisamente caduca ese llamamiento cuando se ha roto esa comunidad de vida, por la separación de hecho sin voluntad de unirse de los cónyuges (art. 2437 Cód. Civ. y Com., y art. 3575 del Código derogado). En consecuencia, si esos vínculos afectivos y solidarios también surgen con la misma hondura entre los convivientes de hecho que mantienen una prolongada comunidad de vida, singular y estable, de afectos y de intereses económicos, no se justifica, entonces, negarles a estos la vocación sucesoria *ab intestato* recíproca¹⁷.”

Por ello, no corresponde excluir como beneficiarios de la vocación hereditaria a los convivientes, pues el mismo Código Civil y Comercial de la Nación les impone un deber de asistencia recíproca basado en el principio de solidaridad familiar. Limitar la vigencia del principio de solidaridad familiar *post mortem* al núcleo más próximo del causante, y dentro de ese núcleo sólo al cónyuge supérstite carece de razonabilidad con el resto de los principios que dan fundamento a las normas contenidas en el mismo cuerpo normativo respecto de la prestación alimentaria; por cuanto tampoco se respetaría el principio de la protección integral de las diversas formas familiares.

En este orden de ideas, Lloveras, Orlandi, Faraoni afirman: “El CCyC no reconoce derechos sucesorios al conviviente... No está ausente del debate la injusticia que esta solución puede generar cuando se trata de

¹⁶ MEDINA, G. y ROLLERI, Gabriel, "Derecho de las sucesiones", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 6 y ss

¹⁷ FERRER, Francisco A.M. “Solidaridad y vínculo afectivo como fuente de la vocación sucesoria” RCCyC 2019 (diciembre), 63. página 2 - TR LALEY AR/DOC/3555/2019

convivencias de muchos años que no han tomado las debidas precauciones”¹⁸

Si lo que el legislador realmente pretendió a través de la instauración de un mecanismo de distribución forzosa del patrimonio (legítima hereditaria) fue la protección y consolidación de los vínculos familiares del causante, debió asegurar un llamamiento legitimario para todos aquellos sujetos que conforman “la familia” del difunto, sin introducir supresiones arbitrarias entre ellos. La exclusión de la vocación sucesoria del conviviente supérstite de participar en ese resguardo económico carece de razonabilidad, colisiona severamente con el mandato constitucional de la “protección integral de las familias”

Por todo lo expuesto consideramos que el CCyC debió contemplar el derecho sucesorio de los convivientes y acordarles derechos hereditarios ab intestato, graduando su concurrencia con descendientes, ascendientes y colaterales; asignándoles toda la herencia en caso que al momento del fallecimiento de uno de ellos no existan parientes en grado sucesible.

3. CONCLUSIÓN

La vinculación existente entre el derecho de familia y el sistema sucesorio; y el principio constitucional de igualdad y no discriminación exigen que el ordenamiento jurídico argentino contemple la vocación sucesoria del o de la conviviente supérstite, cuando la unión reúna los requisitos legales impuestos para ser reputada como tal.

Ello fundado en:

- Los cambios en las pautas culturales y sociales producidos en el país que han repercutido y modificado el concepto tradicional de familia nuclear, e imponen la protección de las “diversas formas familiares” que se presentan en el actual escenario, las cuales generan renovadas relaciones familiares que se colocan más allá de las surgidas exclusivamente del vínculo matrimonial, pero que merecen un tratamiento equitativo e igual consideración que aquellas.

- La correcta armonización de los valores del sistema constitucional y convencionales exige conjugar la libertad de diseñar y concretar su propio

¹⁸ LLOVERAS Nora, ORLANDI Olga y FARAONI, Fabián : “Uniones Convivenciales” Rubinzal- Culzoni Editores. 1ed. Santa Fe- 2015 pag.512-513

proyecto de vida, con el respeto por la dignidad de los otros miembros del grupo, la protección, solidaridad familiar y la socioafectividad.

- La naturaleza misma de la vocación sucesoria responde a la necesidad de acordar una protección económica a las relaciones parentales y afectivas más íntimas del causante, y primordialmente con basamento en el mandato constitucional que reclama al Estado argentino la “protección integral de la familia”.

- La solidaridad familiar junto al afecto presunto constituyen unos de los fundamentos más relevante de la vocación hereditaria llegando a erigirse en fuente del llamamiento, por el hecho mismo de la comunidad de vida, los vínculos afectivos, la necesidad de protección y asistencia entre integrantes del entorno familiar más próximo.

- La exclusión de la vocación sucesoria del conviviente supérstite de participar en ese resguardo económico carece de razonabilidad, colisiona severamente con el mandato constitucional de la “protección integral de la familia”, el legislador debió asegurar un llamamiento legitimario para todos aquellos sujetos que conforman “la familia” del difunto, sin introducir supresiones arbitrarias entre ellos.

- Consideramos que la reglamentación de los derechos constitucionales se plantea como una necesidad social, a los fines de armonizar los derechos incluidos en la Carta Magna y hacerlos operativos entre sí.

- Ello impone la necesidad de prever y regular la vocación sucesoria entre los miembros de las uniones convivenciales, como un modo de asegurar al conviviente supérstite una participación en la distribución forzosa del patrimonio del conviviente fallecido, mediante el otorgamiento de una cuota de legítima hereditaria.

Por todo lo expuesto consideramos que el CCyC debió contemplar el derecho sucesorio de los convivientes y acordarles derechos hereditarios ab intestato, graduando su concurrencia con descendientes, ascendientes y colaterales; asignándoles toda la herencia en caso que al momento del fallecimiento de uno de ellos no existan parientes en grado sucesible.

LA FILIACIÓN SOCIOAFECTIVA EN LA ESFERA DE LOS VÍNCULOS JURÍDICOS Y HEREDITARIOS

Por Carla Gabriela Balducci¹

I. CONCLUSIONES

1. Vemos retratados los nuevos tipos de familia, siendo esencial la consideración de los afectos como fundamento para el nacimiento y consolidación de estos nuevos vínculos familiares. Estos tipos de organización familiar, basadas no sólo en los lazos sanguíneos, sino también en las diversas manifestaciones afectivas, deben encontrar un progresivo reflejo en el ámbito jurídico. La realidad enriquece y resignifica al Derecho permanentemente.

2. Así, se encuadran los vínculos relativos a la filiación socioafectiva, desplegados en un dinamismo en los que NNA forjan lazos afectivos. El tratamiento legal respectivo se enfoca en los principios jurídicos de índole familiar, especialmente en los relacionados con la tutela del interés superior de NNA, como garante de la socioafectividad, estableciéndose en directriz de las decisiones que se adopten al respecto.

3. En lo relativo a constituirse la socioafectividad en fuente de vocación sucesoria, entendemos que el merecido reconocimiento a la trascendencia de los lazos afectivos, posibilita hallar cauces legales a la diversidad de demandas surgidas en los proyectos de vida familiar actuales. Esto implica ampliar su ámbito de aplicación al resto de las ramas jurídicas, entre ellas, el derecho sucesorio.

4. Se impone continuar con un debate, ya emprendido por la comunidad jurídica, que aborde efectos y mecanismos, y que posibilite admitir que la afectividad y la solidaridad familiar justifiquen el llamamiento hereditario, en una atribución que no sea arbitraria y en la que se preserve la seguridad jurídica.

5. Existen aspectos relevantes de la socioafectividad que pueden dar respuestas jurídicas a los planteos originados en los actuales entornos familiares, especialmente en lo atinente a los vínculos filiales. Las próximas reformas legislativas deberán considerar los nuevos contextos socio - familiares, para brindar coherencia del ordenamiento jurídico,

¹ Notaria – Mediadora. Docente (UNA).

logrando la intercomunicación armónica dentro de la unidad sistemática legal, al constituir todas las normas, los brazos de la propia Constitución.

6. Debido a que la filiación socioafectiva no se halla aún reconocida legalmente en nuestro ámbito jurídico, deberá sustanciarse un proceso judicial de conocimiento para determinarlo, a falta de llamamiento legal o para el caso en que el causante no lo haya establecido en forma expresa. Se requeriría ofrecer pruebas del vínculo socioafectivo a quien pretenda que se le reconozcan sus derechos hereditarios como hijo socioafectivo, también podría ser suplida, en caso de acuerdo, por un reconocimiento del resto de los coherederos.

7. En la actualidad y en tanto no se produzcan estos cambios en nuestro derecho de familia, el futuro causante cuenta con diferentes medios para manifestar la expresión de su autonomía de la voluntad referida a la planificación sucesoria, contemplando los extremos de la socioafectividad, citando entre otros, a las donaciones, las disposiciones testamentarias, los fideicomisos. Puede valerse de la elección de un testamento, como instrumento útil para disponer para después de su fallecimiento.

II. FUNDAMENTOS

1. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (NNA)

Configurados como postulados provenientes de diferentes convenciones internacionales que han abordado la protección de los derechos del NNA, reconocidos y amparados por nuestra Carta Magna, y que son de la más alta relevancia, constituyen las bases indiscutibles sobre las que se cimentará cualquier actividad jurídica que involucre los derechos en cuestión.

Dentro del encuadre de estas directrices, se especifican el interés superior del niño -en el que se contempla la exigencia de dotar al NNA de una protección especial, en atención a su situación de vulnerabilidad-; la autonomía progresiva de NNA -como una resultante del aspecto dinámico de la capacidad del individuo, facultándolo a tomar intervención en asuntos vinculados a su persona o sus bienes, conforme a su madurez y desarrollo-

²; el derecho a ser oído –considerado principio rector para la interpretación en aras de que se acaten todos los demás derechos-; y la intervención de NNA en sedes judiciales, administrativas y notariales -contemplándose los ámbitos en los que el NNA va a poder verter sus opiniones y desarrollar sus actividades, poniéndose allí de manifiesto el ejercicio de sus derechos.

2. LA SOCIOAFECTIVIDAD

Ha cobrado trascendencia el desarrollo del afecto en el ámbito jurídico, dando fundamento al nacimiento de un nuevo concepto jurídico: la socioafectividad.³ Esta noción de socioafectividad se asienta en la idea de la conjunción de dos elementos constitutivos que transforman a lo fáctico esencial: lo social y lo afectivo. Se interconectan ambos conceptos: lo afectivo toma un lugar significativo en lo social, y lo social aparece interpelado por ciertos y determinados afectos.⁴

Se entiende que brinda estructura a la multiplicidad de lazos vinculares de índole familiar, en especial, cuando éstos no se hallan contemplados por una norma jurídica.⁵ Las conclusiones de las XXVIII

² ABELLA, Adriana en “comentario artículo 639 Código Civil y Comercial de la Nación.” Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado. 1ª Edición. FEN, Fundación Editora Notarial - Editorial Astrea. Buenos Aires, 2015, Tomo III, Pág. 4 y ss.

³ De acuerdo a la reglamentación de la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (2005), operada en el decreto 415/2006, se señala en su artículo 7 que “se entenderá por familia, además de los progenitores, a las personas vinculadas a las niñas, niños y adolescentes por lazos de parentesco o integrantes de la familia ampliada”; agregándose que: “Podrá asimilarse al concepto de familia a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección”. Citas en línea: Ley 26061: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/texact.htm>; y Decreto 415/2006: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/115526/norma.htm>, consultadas el 25/05/2024.

⁴ DE LA TORRE, Natalia – SILVA, Sabrina A. “Análisis retrospectivo y prospectivo del Derecho filial argentino: voluntad procreacional y socioafectividad” en “Tratado de Derecho de Familia”, Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa (dir), Tomo VI-B, Ed. Rubinzal - Culzoni, 1ª Edición revisada, Santa Fé, 2023, P. 138.

⁵ FARAONI, Fabián E.- KOWALENKO, Andrea S. - VALOR, Diana M. “Socioafectividad”, Revista Argumentos, N° 15, 2022, Sección Dossier, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, P. 53-58. Cita en línea: <https://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/index.php/primera/article/view/279/183>, compulsada el 25/5/2024.

Jornadas Nacionales de Derecho Civil, delimitaron el alcance del concepto, estimando que: “Cabe entender por socioafectividad una especie de “afecto” calificado por la reciprocidad y la cercanía”⁶

Se destaca que la particularidad de este nuevo concepto estriba en “reflejar la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellos a modo y semejanza. Bajo esa observación, la socioafectividad integra, complementa y en ocasiones, cubre el silencio legal para optimizar la realización de justicia, fundada en el vínculo afectivo de interdependencia entre los seres humanos y que el entorno social legitima”⁷.

Se vincula a la prueba de la socioafectividad, con la definición del afecto calificado, ya que éste “es hábil para profundizar sobre la cuestión probatoria, una faceta central tratándose de un término eminentemente subjetivo, el cual se lo pretende objetivizar al aludir a dos elementos básicos: la reciprocidad y la cercanía. Ahora bien, la idea de cercanía debería interpretarse desde una perspectiva moderna, es decir, otorgándole valor a diferentes medios digitales o tecnológicos que permitan construir una cierta cotidianeidad”⁸.

3. LAS CLAVES DE INTERPRETACIÓN DE LA SOCIOAFECTIVIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

El ingreso de la socioafectividad en nuestro ordenamiento jurídico podrá hacerse efectivo en virtud de una adecuación armónica de normas de carácter constitucional, convencional e infra constitucional en aras de ofrecer respuestas a situaciones enmarcadas dentro del ámbito familiar.⁹

⁶ Las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Mendoza durante el mes de Septiembre de 2022. Las conclusiones de la comisión 7 “Familias”, pueden consultarse en línea: <https://mendozalegal.com/omeka/files/original/d3206ba7ee736f4147f6a4da5bee9a27.pdf>, compulsado el 25/05/24.

⁷ DUTTO, Ricardo J. “Socioafectividad y derechos”, Ed Astrea Ciudad autónoma de Buenos Aires, 2022, p.51.

⁸ HERRERA, Marisa. “Bases del Derecho filial contemporáneo en clave comparada.” en Herrera, Marisa y Pérez Gallardo, Leonardo B. (dirs.) “Derecho de las Familias contemporáneo: avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las Familias cubano”, Editores del Sur, Buenos Aires, 2023.

⁹ KOWALENKO, Andrea S. “Socioafectividad en el ordenamiento jurídico argentino.” en Revista Argumentos, N° 15, 2022, Sección Dossier, Centro de

En relación al sistema de fuentes e interpretación regulado en nuestro Código vigente (CC y CN), “las normas que contiene –especialmente los artículos 1º a 3º- indican que la respuesta a los problemas propios del derecho de las familias debe elaborarse no dentro del limitado marco que ofrecen las normas de un instituto o del conjunto de enunciados comprendidos en el Libro segundo, “Relaciones de familia”, sino a través de una labor respetuosa del conjunto de principios, valores y normas que hacen al espíritu y contenido del ordenamiento jurídico interno“.¹⁰

Así, a los efectos de instaurar la tutela jurídica a las personas individuales en el ámbito de sus lazos familiares, se deberá dimensionar los vínculos reconocidos por el ordenamiento jurídico, examinando el sistema de parentesco establecido. Será indispensable que se amplifique la mirada a los fines de extender la protección, promoviendo la incorporación de las personas que, no obstante no hallarse vinculadas entre sí a través de la consanguinidad, componen un entorno de contención familiar, ya que configuran un espacio relevante de referencia afectiva en la vida de las personas.

Se destaca la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en lo atinente al enlazamiento de vínculos familiares articulados con motivo de la socioafectividad. Se deberán integrar también ciertos principios jurídicos de índole familiar o personal, tales como la identidad, igualdad, intimidad, interés superior del niño, solidaridad familiar y todos aquellos que refieran a la protección de la persona y sus derechos.

Perez Gallardo, citando a Bobbio, comenta que “el ordenamiento jurídico debe entenderse como una unidad sistemática, una totalidad ordenada en el que cada norma inferior se intercomunica con las de igual jerarquía y constituyen todas, los brazos de la propia Constitución.”¹¹

Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, P. 59-74. Cita en línea: <https://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/index.php/primer/article/view/281/184>, compulsada el 25/05/2024.

¹⁰ KRASNOW, A. “El despliegue de la socioafectividad en el Derecho de las familias.” en Revista de Derecho de Familia, 2017, 81, 57.

¹¹ BOBBIO, Norberto. “Teoría General del Derecho.” Temis, Bogotá, 2002, 4º reimpresión de la 2º ed. P. 177 cit por PEREZ GALLARDO, Leonardo B. en “El impacto del Código de las Familias en la reforma a las normas de la sucesión ab intestato del Código Civil cubano. La teoría de los vasos comunicantes”, RDF 112,5. Cita: TR LALEY AR/DOC/2304/2023, P. 2.

4. FILIACIÓN SOCIOAFECTIVA

Al referirnos a la filiación socioafectiva, observamos que el vínculo filial se construye desde el efectivo cumplimiento voluntario y desinteresado de los roles parentales, que pueden plasmarse en la asunción de roles de crianza y cuidados personales diarios, que no se halla basado en lazos jurídicos de consanguinidad, afinidad o adopción. Abarca caracteres de reciprocidad y correspondencia, donde uno de los componentes de ese vínculo es percibido como hijo o hija, y el otro como padre/madre.¹²

La socioafectividad ha impactado en todo el Derecho de las familias, y en especial, en el ámbito de la filiación, siendo reconocida jurídicamente como una pieza fundacional de los vínculos filiales en sí.¹³

Este concepto ha sido diseñado en el Derecho brasileño, que ha sentado las bases que sustentan el reconocimiento de la socioafectividad como una causa autónoma de filiación, motivada en “la estabilidad de los lazos familiares construidos a lo largo de la historia de cada individuo y que constituye el fundamento esencial de la atribución de la paternidad o la maternidad”¹⁴

Según la doctrina brasileña, esta figura jurídica fue legalmente introducida por el Código Civil promulgado en 2002, “al admitir no sólo el parentesco natural y civil, sino también el parentesco de otro origen, añadiendo el concepto de socioafectividad”.¹⁵ El reconocimiento de la

¹² KOWALENKO, Andrea S. (2021). “El derecho a vivir y desarrollarse en familia: Socioafectividad y vínculo filial”, en ORLANDI, Olga y otros “Derecho de Niñez y Adolescencia. Hacia una disciplina autónoma” Nuevo enfoque jurídico. Pág. 171

¹³ DE LA TORRE, Natalia – SILVA, Sabrina A. “Análisis retrospectivo y prospectivo del Derecho filial argentino: voluntad procreacional y socioafectividad” en “Tratado de Derecho de Familia”, Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa (dir), Tomo VI-B, Ed. Rubinzal - Culzoni, 1ª Edición revisada, Santa Fé, 2023, P. 138.

¹⁴ DIAS, María Berenice. “Pluriafectividad y las realidades que merecen ser reconocidas”, en PEREZ GALLARDO y HERAS HERNANDEZ (dirs.) “Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad” Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2022. Pág. 23.

¹⁵ DIAS, María Berenice. “Pluriafectividad y las realidades que merecen ser reconocidas”, en PEREZ GALLARDO y HERAS HERNANDEZ (dirs.) “Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad” Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2022. Pág. 23. Se destaca la incidencia de la socioafectividad en el Derecho brasileiro, que cuenta con frondosa jurisprudencia. En este contexto, sirvió de antecedente para la modificación operada por la Disposición 63 del 14/11/2017 de la Corregiduría Nacional de

paternidad/maternidad socioafectiva produce tanto efectos patrimoniales como personales, generando el llamado parentesco socioafectivo, para todos los fines del Derecho, aplicándose el principio de solidaridad, fundamentado de la dignidad de la persona humana y el interés superior del NNA.¹⁶

a) El progenitor afin: la socioafectividad en la esfera de la responsabilidad parental.

La figura del progenitor o progenitora afin ha sido incorporada legalmente en nuestro CC y CN, receptando la realidad instalada de la configuración de las familias ensambladas. De esta forma, se la dota de efectos jurídicos apreciados particularmente, respondiendo a la idea de socioafectividad, reafirmado en el ámbito de la convivencia.

El artículo 672 CC y CN lo conceptualiza, estableciendo que “Se denomina progenitor afin al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”. Si bien la doctrina indica que en el CC y CN la denominación alude a la vinculación por parentesco por afinidad, lo cierto es que este vínculo existirá entre el progenitor afin y el niño o adolescente, cuando aquél y el progenitor de este último estén unidos en matrimonio, ya que, de acuerdo al artículo 536 CC y CN, solamente se originan lazos de tipo parentales por afinidad a través de la unión marital.¹⁷

En caso de tratarse de una unión convivencial, no se configurará el vínculo parental indicado, pero independientemente de esta circunstancia, estaremos en presencia de un progenitor afin. Molina de Juan explica al respecto que se optó por no prescribirse diferenciación en este supuesto, ya

Justicia de Brasil, mediante la cual se reconoce la posibilidad de determinar la filiación socioafectiva de forma automática ante el Registro Civil.

¹⁶ IBIAS, Delma Silveira. “Las multiparentalidades y la coexistencia de vínculos socioafectivo y biológico en la visión contemporánea del Derecho” cita online:<http://ibiasesilveira.adv.br/wp-content/uploads/2018/06/A-multiparentalidade-e-a-coexistencia-dos-vinculos-socioafetivo-e-biologico-na-visao-contemporanea-do-Direito-Delma-Ibias.pdf>, compulsada el 25/05/2024.

¹⁷ ABELLA, Adriana en “comentario artículo 672 Código Civil y Comercial de la Nación” CC y CN comentado, anotado y concordado. 1ª Ed. FEN, Fundación Editora Notarial- Ed. Astrea - Buenos Aires, Tomo III, Pág. 72.

que, a pesar de que no exista parentesco, la función desplegada por el conviviente es semejante, en estas familias ensambladas.¹⁸

Se enuncian en el artículo 673 CC y CN los deberes del progenitor o progenitora afín, quien “ingresa al escenario familiar en un quehacer cooperativo, a través de una función de apoyo y complementariedad.”¹⁹ También se ha previsto la posibilidad de delegación de la responsabilidad parental al progenitor o progenitora afín, dadas ciertas circunstancias específicas, tales como enfermedad, viajes, incapacidad transitoria, contando con la homologación judicial, (artículo 674 CC y CN). Se agrega otra situación en la normativa, al establecerse la posibilidad del ejercicio de la responsabilidad del progenitor conviviente con el afín, para el supuesto de muerte, ausencia, o incapacidad del progenitor no conviviente, requiriéndose también la homologación judicial.

La regulación establece ciertos efectos jurídicos que emanan de la relación del progenitor afín y el NNA, entre ellos, encontramos los alimentos y la comunicación. Conforme el artículo 676 CC y CN, se establece, de acuerdo al principio de solidaridad familiar, que la obligación alimentaria en cabeza del progenitor afín es de carácter subsidiario, en relación con los hijos de su cónyuge o conviviente. Puede prolongarse temporalmente esta obligación, en forma excepcional, aún después de la finalización de la convivencia con el NNA, al ocasionarle un daño grave por la alteración del contexto con motivo de la ruptura matrimonial o convivencial.

Asimismo, el progenitor o progenitora afín pueden requerir un régimen de comunicación con el NNA, fundamentándose dicha petición en un interés afectivo, de acuerdo al artículo 646 inc. e CC y CN. Esta petición de comunicación abarca también los supuestos de otras personas, que justifiquen un interés y representen un vínculo afectivo con el NNA. Se observa en estos supuestos descriptos, el fundamento de la socioafectividad, revistiendo un rol preponderante para formular el interés legítimo aducido en la petición.

¹⁸ MOLINA DE JUAN, Mariel. “El parentesco en el Anteproyecto de Código Civil” JA, 2012-II-47, en Abella, Adriana en “comentario artículo 672 Código Civil y Comercial de la Nación” CC y CN comentado, anotado y concordado. 1ª Ed. FEN, Fundación Editora Notarial- Ed. Astrea - Buenos Aires, Tomo III, Pág. 72.

¹⁹ GROSMAN, Cecilia. “Comentarios a los artículos 672 a 677” en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.H., “Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de la Nación de 2014”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé.

a) Adopción por integración y el vínculo parental socioafectivo.

Se señala como hito legislativo en nuestro país a la regulación jurídica de la adopción por la Ley 13.252, constituyéndose en un marco legal precursor en la valorización de la socioafectividad. En el código vigente, - artículo 594, encontramos en la conceptualización jurídica de la adopción, el componente de la afectividad, que se perfila a procurar un entorno de contención afectivo y material para el adecuado desarrollo del ser humano en un ambiente familiar. A su vez, se destaca el alcance del concepto de familia que surge del Decreto número 415/2006, reglamentario de la Ley 26061²⁰, el que se amplía, al extenderse también a “vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección”.

Una de las figuras introducidas en el CC y CN es la institución jurídica de la adopción de integración, regulada en los artículos 630 a 633, en la que la socioafectividad concurre en el enlace de los hechos y la vida cotidiana, trasciende a la esfera jurídica, mediante una sentencia judicial.

Se recepta esta figura en el CC y CN, tal como se planteara en las Declaraciones de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil,²¹ en las que se ha expresado que “es necesario legislar sobre la adopción integrativa del hijo del cónyuge, determinar su naturaleza jurídica, qué supuestos la integran y los efectos que producen”.

En este supuesto, se morigeran los recaudos previos a considerar para que prospere la adopción de la persona, ya que el adoptado vive en el entorno familiar conformado por su progenitor y su cónyuge o conviviente que resulta su pretense adoptante. Así, no se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho, no se exige declaración de adoptabilidad ni de guarda

²⁰ Decreto 415/2006, cita en línea: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/115526/norma.htm>, consultado el 25/05/2024.

²¹ Las XXI Jornadas Nacional de Derecho Civil fueron celebradas en Lomas de Zamora del 27 al 29 de setiembre de 2007, Cita en línea: <https://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/93-2007-xxi-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-nacional-de-lomas-de-zamora>, compulsada el 25/05/2024.

con fines de adopción, tal como se establece entre las reglas aplicables, establecidas por el artículo 632 CC y CN.

b) Pluriparentalidad.

Aunque no se halla receptada en nuestra legislación, podemos caracterizarla como “la concurrencia de más de dos personas al deseo y proyecto de hijo y, por consiguiente, la asunción de los roles de cuidados y crianza por parte de todos los adultos implicados”²²

No obstante, ha sido en nuestra jurisprudencia, donde se han contemplado los casos presentados, y se ha resuelto tornando precedentes dichos reclamos, basándose la admisión de la figura en el componente socioafectivo.²³

Las conclusiones de las Jornadas Nacionales n° XXVIII celebradas en Mendoza, consideraron la importancia de visibilizar “la trascendencia de los vínculos afectivos en la filiación por naturaleza y la importancia de su reconocimiento, preservación y consolidación en el marco del ejercicio de las acciones de emplazamiento y de desplazamiento filiatorio. No obstante este reconocimiento, paralelamente, se puede ejercer los derechos a conocer los orígenes biológicos, acudiendo a una acción declarativa de certeza, sin afectación del estado socioafectivo que se ostenta. La socioafectividad no es una fuente de la filiación autónoma.”²⁴

22 KOWALENKO, Andrea S. “Socioafectividad en el ordenamiento jurídico argentino.” en Revista Argumentos, N° 15, 2022, Sección Dossier, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, P. 59-74. Cita en línea: <https://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/index.php/primera/article/view/281/184>, compulsada el 25/5/2024.

23 Juzgado de Familia de Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba, 11/04/2022, “E.M. M. c/ A.R.D.V. y otro- acciones de filiación, inédito. En el caso planteado, que versaba sobre una petición de una persona de reconocimiento de filiación pluriparental respecto de una adolescente, por configurarse lazo de filiación socioafectiva ejercida desde los primeros meses de vida de la adolescente. La judicante entendió que era precedente dicha pretensión, atendiendo el interés superior de la adolescente, ya que el reclamante tuvo comportamiento y despliegues de roles parentales muy específicos que impactaron de manera positiva en el bienestar y desarrollo de la adolescente, reconociendo entonces la filiación pluriparental.

24 XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Mendoza durante el mes de Septiembre de 2022, citadas en nota 13.

5. EL VÍNCULO PARENTAL SOCIOAFECTIVO COMO FUENTE DE VOCACIÓN SUCESORIA

El profesor Ciuro Caldani ha expresado que “en la sucesión han de coadyuvar, por integración en el mismo nivel, los valores justicia, utilidad y amor. Una sucesión ha de ser justa y útil y ha de abrir cauces al amor”²⁵

Con referencia a la importancia del vínculo socioafectivo y su correlato con transformarse en fuente de vocación sucesoria -que aún no se halla receptada en nuestro ordenamiento jurídico-, se presentan diferentes criterios doctrinarios.

En lo atinente a la instauración de vínculos filiatorios provenientes de la socioafectividad, se ha referido, como elementos indispensables y complementarios, a la intensidad y al factor temporal de esos vínculos, como ejes a analizar para justificar la procedencia de la vocación sucesoria. Se ha entendido que, debido a que la filiación socioafectiva no se halla aún reconocida legalmente en nuestro ámbito jurídico, deberá sustanciarse un proceso judicial de conocimiento para determinarlo, a falta de llamamiento legal o en caso en que el causante no lo haya establecido expresamente.²⁶

A su vez, Iglesias explica que se requeriría ofrecer pruebas del vínculo socioafectivo a quien pretenda que se le reconozcan sus derechos hereditarios como hijo socioafectivo, la que también podría ser suplida, en caso de acuerdo, por un reconocimiento del resto de los coherederos.²⁷

Perez Gallardo nos dice que “ha operado un proceso de repersonalización en las relaciones familiares en la búsqueda de atender los

²⁵ CIURO CALDANI, Miguel Angel. “Aportes integrativistas al Derecho de sucesiones (La sucesión como hora de la verdad de la persona física”, Investigación y docencia, n° 40, p. 30. www.centrodefilosofia.org.ar; Cita en línea, compulsada el 25/05/2024: https://drive.google.com/file/d/13y7zPuUEYF5jbW9Cc7_doJcIIQynSjDk/view,.

²⁶ ORLANDI, Olga - NIEVE BENSABATH, Catriel Josué. “El reconocimiento de la socioafectividad en el derecho sucesorio”, en Revista Argumentos, N° 15, 2022, Sección Dossier, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, P. 75-99. Cita en línea: <https://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/index.php/primera/article/view/283/185>, compulsada el 25/05/2024. Pág. 94.

²⁷ IGLESIAS, Mariana. “Puede la socioafectividad convertirse en fuente de vocación hereditaria en el derecho argentino vigente?” Revista de Derecho Privado y Comunitario N°2. Rubinzal Culzoni, 2020 cit. en Orlandi, Olga - Nieve Bensabath, Catriel Josué. Cit en nota anterior.

intereses más valiosos de las personas humanas: afecto, solidaridad, confianza, respeto y amor.” En ese marco relacional, ha nacido un emplazamiento filiatorio del que se genera una nueva filiación: la socioafectiva, que en el derecho cubano tiene los mismos efectos jurídicos que el consanguíneo. Esto tiene también un reflejo en el derecho sucesorio, por tanto, los hijos, cualquiera sea su origen, tendrán derecho a acudir a la sucesión de sus padres o madres. Actualmente, el fundamento afectivo en la sucesión ab intestato ha de superar los trazos o huellas esencialmente hematológicas, de tal forma, los parientes socioafectivos irrumpen en los escenarios de los llamamientos legales.”²⁸

Al receptarse las nuevas conformaciones familiares, como el caso de la multiparentalidad, se requerirá de un marco legal claro y específico, ya que existen nuevos valores que respetar, destacándose la autonomía de la voluntad y el interés superior del niño, se deberá establecer la validez y el alcance de estos nuevos sistemas.²⁹

Podrían admitirse legal o jurisprudencialmente los vínculos socioafectivos que originen vocación sucesoria intestada, desde el Derecho de Familia, pudiendo aplicar la normativa sucesoria, una vez generado el vínculo parental, otorgando a los parientes socioafectivos reconocidos, la procedencia del llamamiento sucesorio, en una proporción igual o diferenciada a la que surgen de los órdenes hereditarios originados por parentesco. Se deberá contemplar el principio a la no discriminación de la filiación reconocida de acuerdo a la ley o a la decisión judicial. Estas vías legales posibilitarán admitir que la afectividad y la solidaridad familiar justifiquen el llamamiento hereditario, en una atribución que no sea arbitraria, preservando la seguridad jurídica.

En la actualidad y en tanto no se produzcan estos cambios en nuestro derecho de familia, el futuro causante cuenta con diferentes medios para manifestar la expresión de su autonomía de la voluntad referida a la planificación sucesoria, contemplando los extremos de la socioafectividad, citando a tales efectos, las donaciones, las disposiciones testamentarias, los

²⁸ PEREZ GALLARDO, Leonardo B. en “El impacto del Código de las Familias en la reforma a las normas de la sucesión ab intestato del Código Civil cubano. La teoría de los vasos comunicantes”, RDF 112,5. Cita: TR LALEY AR/DOC/2304/2023, P. 2.

²⁹ MEDINA, Graciela. “Socioafectividad y derecho de familia”, Revista Jurídica de Buenos Aires, Año 45, número 101, 2020-II.

fideicomisos, entre otros. Puede valerse de la elección de un testamento, como instrumento útil para disponer para después de su fallecimiento.³⁰

³⁰ ORLANDI, Olga - NIEVE BENSABATH. “El reconocimiento de la socioafectividad en el derecho sucesorio”, en Revista Argumentos, Nº 15, 2022, Sección Dossier, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, P. 75-99. Cita en línea: <https://revistaargumentos.justiciacordoba.gov.ar/index.php/primera/article/view/283/185>, compulsada el 25/05/2024.

VOCACIÓN HEREDITARIA DEL CONVIVIENTE

Por Guillermo J. Borda¹

I. CONCLUSIONES

De lege ferenda

1. Si la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes, cónyuge o conviviente con más de dos años de convivencia, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante.

II. FUNDAMENTOS

1. EL INTERÉS FAMILIAR FAMILIAR EN LA SUCESIÓN

El concepto de familia a lo largo de la historia ha cambiado, hoy ya no solo se considera familia a la familia matrimonial sino también a la convivencial.

En este sentido se ha afirmado que “la diversidad emergente de la realidad social nos obliga, legislativamente, a superar el viejo y clásico sistema basado y estructurado sobre la idea de que el matrimonio es la única forma de familia que merece protección por parte de la ley”²

Los convivientes hoy son plenamente reconocidos por la sociedad, tan es así que la nueva legislación les da un carácter similar a la unión matrimonial como a la convivencial. Así se reconoce que los convivientes se deben asistencia, al igual que en el matrimonio, que deben contribuir en los gastos del hogar como si fueran matrimonio, son solidariamente responsables por las deudas contraídas por uno de ellos para el sostenimiento del hogar o la educación de los hijos, se le reconoce al conviviente el derecho a recibir una compensación económica por el cese de la convivencia, se le

¹ Guillermo J. Borda, Prof. Titular de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora y del Salvador, Ex. Prof. de UBA, Católica de Salta y del Museo Social Argentino, Miembro de la Academia de Derecho del Perú, autor de varios libros y miembro de numerosas Jornadas y Congresos. Ex Miembro del Tribunal de Enjuiciamiento de la Magistratura de CABA y actualmente Miembro del Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio de la Defensa.

² Solari, Néstor E. “Derecho de las Familias”, pág. 238. Ed. La Ley 2015 Bs. As.

concede la posibilidad de seguir habitando el inmueble de propiedad del causante por el término de dos años; se le reconoce el derecho a percibir la pensión en caso de fallecimiento del conviviente como así también a percibir, como consecuencia del fallecimiento del trabajador, la indemnización por la extinción de la relación laboral, etc.

La única diferencia fundamental, podríamos decir entonces, es que al conviviente no se le reconoce el derecho a heredarlo. Se podrá decir que la solución es que los convivientes testen uno a favor del otro, pero esta alternativa o solución no es a lo que los ciudadanos de nuestro país están acostumbrados, no es una costumbre generalizada. En tal sentido señala Ferrer³ que “la injusticia de no reconocer el derecho a la herencia del conviviente, cuando se trata de uniones convivenciales de muchísimos años no se cubre invocando la posibilidad de efectuar beneficios económicos dispuestos por testamento y la ampliación de la porción disponible, porque sabido es que en nuestro país no está incorporada a nuestras costumbres la práctica de otorgar testamentos.

Muy por el contrario, la inmensa mayoría de las sucesiones que tramitan en nuestro país son ab intestato, es por ello que propugnamos una modificación de nuestra legislación en cuanto a que el conviviente tiene el derecho a la herencia del otro conviviente, cuando hubiera transcurrido el tiempo que fije la ley para que ello ocurra, que podrá ser de dos años tal como está hoy reconocida la unión convivencial o un plazo mayor, pero que no debería exceder de cinco años.

Este criterio es el que ha sido adoptado por la mayor parte de los países latinoamericanos: Uruguay, Chile, Colombia, México, Ecuador, Paraguay, Perú, Cuba, Brasil.

³ Ferrer, Francisco Alberto Magin, “Sucesión del conviviente” Rubinzal- Culzoni Editores Cita RC D 701/2017

LA REINCORPORACIÓN DE LAS CAUSAS DE DESHEREDACIÓN EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO

Por Maximiliano R. Calderón¹ y Josefina Borraccio²

I. CONCLUSIONES

Se recomienda que las Jornadas Nacionales de Derecho Civil adopten las siguientes conclusiones (de lege ferenda):

1. Corresponde reincorporar la desheredación a nuestro derecho positivo.
2. Debería establecerse como causal de desheredación la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario.

II. FUNDAMENTOS

1. El fundamento implícito de las sucesiones intestadas reside en el afecto presunto y la solidaridad existente entre el causante y quienes lo suceden.

La razonabilidad de este fundamento depende de su ponderación en el contexto social y cultural en que opera, lo que obliga a revisar las soluciones legales actualmente existentes en el establecimiento de regímenes sucesorios.

El modelo adoptado por nuestro derecho positivo es típicamente cerrado, presumiendo de manera absoluta esta solidaridad y afecto presunto en función de ciertos vínculos jurídicos o sanguíneos y denegando estos atributos a quienes no revisten estas relaciones.

De este modo, el régimen es superinclusivo (al otorgar vocación sucesoria a personas que, más allá del vínculo formal con el causante, no

¹ Profesor Titular de Derecho Privado IV, Derecho Privado VIII y Derecho del Consumidor. Universidad Católica de Córdoba (UCC).

² Profesora adscripta de Derecho del Consumidor. Universidad Católica de Córdoba (UCC).

presentan lazos sustanciales de solidaridad y afecto) y subinclusivo (al negarla a quienes sí poseen estos lazos, pero carecen de vínculos formales predispuestos por la ley a los fines del llamamiento a la herencia).

Este desajuste entre la realidad sociológica vigente y las nuevas y plurales formas de vinculación y establecimiento de comunidades de vida en la actualidad pone en entredicho la razonabilidad del sistema y justifica la revisión de las soluciones legales.

2. El aspecto positivo de este problema se refiere a la necesidad de revisar a quienes se otorga vocación sucesoria (y la posibilidad de ampliar, flexibilizar o abrir la nómina). Pero existe también un aspecto negativo, relativo a la posibilidad de excluir la vocación sucesoria en casos en que, más allá de la verificación de los vínculos formales previstos por la ley, no existe afecto ni solidaridad que justifiquen la transmisión hereditaria.

En este plano, la imposición al causante de herederos no deseados violenta su libertad personal (art. 19, Const. Nac.), y perjudica a otros posibles herederos que se encuentran legalmente equiparados a personas que se encuentran en una situación sustancialmente diferente, por faltar los justificativos intrínsecos de la herencia, violando el principio de igualdad (art. 16, Const. Nac.), propiciando un trato igualitario soslayando diferencias fácticas relevantes.

3. El derecho positivo argentino evidencia severas falencias en esta materia.

Ya el Código Civil Argentino regulaba la desheredación en términos restrictivos, admitiéndola sólo en un número cerrado de situaciones de absoluta gravedad (art. 3747) y, de este modo, restándole severamente utilidad práctica y vedándola para los supuestos más habituales de cesación de los lazos afectivos.

Pero esta situación empeoró con la sanción del Código Civil y Comercial, que suprimió la figura y mantuvo exclusivamente la figura de la indignidad (art. 2283).

El modelo vigente deviene autoritario, pues impone irrazonablemente débitos hereditarios a favor de personas carentes de lazos de solidaridad y afecto con el causante, dando lugar a desplazamientos hereditarios fundados en pautas formales y carentes de fundamentos axiológicos.

Adicionalmente, se generan incentivos a la utilización de métodos indirectos (legales o ilegales) para lograr el cometido de la exclusión de la herencia, dando lugar a mayores costos e incrementando la litigiosidad.

4. Por lo expuesto, consideramos necesaria la reincorporación del instituto de la desheredación a nuestro derecho positivo, pero en términos más amplios que los que establecía el Código Civil Argentino, de modo que se admita la exclusión hereditaria en casos en que los fundamentos de esta atribución no subsistan.

Proponemos a tales fines la incorporación de la fórmula del Código Civil Catalán (art. 451-17-e), incluyendo como causal de desheredación “La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario”.

EL PLAZO DEL DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE. UNA NECESARIA INTERPRETACIÓN Y REFORMA.

Por Mariana Callegari, Sergio Walter Cava, Bernardita Durrieu,
Lorena Landolfi, Luciana Martí y Lucila Pombo¹

I. CONCLUSIONES

1. El derecho real de habitación regulado en el art. 527 del CCCN se origina de pleno derecho con la muerte del causante, pero ello no significa que su operatividad ocurra en ese momento.

2. La operatividad del ejercicio exige un reconocimiento expreso previo y a partir de ese momento comienza a correr el plazo de duración de los dos años.

3. El art. 2383 del CCC al determinar que el cónyuge tiene el ejercicio de este derecho de pleno derecho, significa que no debe peticionarlo. Contrariamente, cuando el art. 527 expresamente dispone que “puede invocar el derecho” su operatividad está condicionada a que el reconocimiento sea expreso a petición del interesado.

4. Aceptar la postura contraria y ante el exiguo plazo de dos años regulado, conllevaría a que, planteado el conflicto en sede judicial con las demoras propias del proceso, el beneficiario ya tendrá extinguido su derecho transformando en letra muerta la posibilidad de peticionarlo y de tal modo la protección que la norma intenta brindarle.

5. Como todo derecho que versa sobre un bien ajeno y tratándose entonces de una restricción al dominio se deberá inscribir en el registro (ver art. 1893 CCCN). Mal podría lograrse este recaudo si no se exigiera un reconocimiento expreso del ejercicio del derecho, lo que abona la conclusión que aquí se sostiene.

6. Esta interpretación es la que mejor se ajusta con el principio constitucional de no discriminación y de solidaridad familiar.

¹ Callegari Mariana (Adjunta regular UBA), Durrieu Bernardita (Adjunta interina UBA), Lucila Pombo (JTP UBA), Cava Sergio Walter, Landolfi Lorena, Martí, Luciana (Auxiliares docentes UBA). Todos integrantes de la Cátedra del Dr. Marcos M. Córdoba en la asignatura “Familia y Sucesiones” que se dicta en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

7. El plazo máximo de dos años para el ejercicio del derecho real de habitación del conviviente supérstite es exiguo teniendo en cuenta el fin que ha tenido el legislador del 2015 al normarlo. Corresponde entonces ampliarlo a cinco años para alcanzar tal objetivo, pero sin menoscabar el derecho de propiedad de los herederos y manteniendo la diferencia normativa respecto del cónyuge prevista en el art. 2383.

8. **De lege lata:** El plazo de duración previsto en el art. 527 del CCC comienza a correr desde que es reconocido mediante decisión judicial y/o admitida expresamente su procedencia y extensión por los herederos.

9. **De lege ferenda:** Se propone modificar el art. 527 del CCC, de modo tal que quede redactado de la siguiente manera:

ARTICULO 527.- Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. 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 cinco 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.

El plazo referido comenzará a computarse desde que es reconocido mediante decisión judicial y/o admitida expresamente su procedencia y extensión por los herederos.

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.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Desde el debate de los fundamentos del anteproyecto del CCC, la doctrina ha sido unánime sobre el reconocimiento del derecho a la vivienda como un derecho humano y en consecuencia, la necesidad de adecuar su protección con los estándares que conforman el bloque constitucional convencional.

La legislación actual recoge esta valoración y la integra con el concepto amplio y cultural de familia al regular otros tipos, como las uniones

convivenciales, rescatando el principio de solidaridad que debe imperar entre sus miembros.

Ejemplo de esta valoración resulta la especial importancia que la legislación del 2015 le ha otorgado a la protección de la vivienda familiar tanto matrimonial como extramatrimonial de acuerdo con lo previsto en el Libro I, Título II, Capítulo 3 sobre el régimen de afectación de un inmueble destinado a vivienda, en el Libro II, el art. 522 y su remisión al art. 456 y en el Libro V en sus arts 2333 y 2383 del CCC.²

La presente ponencia no pretende equiparar la unión convivencial con el matrimonio, ni modificar los requisitos y efectos del art. 527 asimilándolos a los del art. 2383 del CCC. Por el contrario, apoyamos una normativa que respete las diferencias entre las uniones convivenciales y matrimoniales.

Sin embargo, esta afirmación no impide una crítica sobre las diferencias cuando los efectos derivados de ellas no logran superar el test de constitucionalidad.

El reconocimiento del derecho de habitación a favor del conviviente supérstite regulado en el art. 527 del CCC es un avance en relación con la anterior legislación que se limitaba a proteger a las uniones matrimoniales a través del art. 3573 bis del CC. No obstante, persisten aspectos que conspiran con la normativa constitucional y convencional y de tal modo con los arts. 1 y 2 del CCC.

En las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Santa Fe del 2019 se debatieron aspectos importantes sobre las uniones convivenciales como el plazo máximo de duración del art. 527 del CCC. Por amplia mayoría se votó: i. en contra de otorgar el derecho real de habitación al conviviente supérstite en forma vitalicia y ii. en contra de tachar de inconstitucionalidad el plazo máximo de dos años.³

Intentamos nuevamente abrir el debate acerca de la necesidad de modificar el plazo de duración del derecho de habitación de las uniones

² Fortuna, Sebastián Ignacio “La protección de la vivienda familiar en el régimen legal de las uniones convivenciales” <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/13/la-proteccion-de-la-vivienda-familiar-en-el-regimen-legal-de-las-uniones-convivenciales.pdf> (recuperado 21.6.2024)

³ Ver conclusión de ponencias de la comisión 7 en <https://www.fcjs.unl.edu.ar/jndc-2019>.

convivenciales, pero manteniendo las diferencias sustanciales con las uniones matrimoniales.

No debemos perder de vista que el fundamento de este instituto es el principio de solidaridad, que apunta a la protección de aquellas personas que han compartido con el/la causante un proyecto de vida, aun sin casarse.

Al respecto el profesor Córdoba explica que "la solidaridad constituye un verdadero principio jurídico rector de todos los principios generales del derecho, en razón de que todos ellos contienen su noción, al igual que la buena fe, sobre el cual se asientan otros principios y normas que organizan la sociedad. Corresponde poner en decadencia el divorcio entre derecho y moral, ya que nociones morales como la buena fe y la solidaridad humanizan el derecho penetrándolo como una sabia bienhechora... La función de los principios y, en este caso concreto, de la solidaridad, es alumbrar con valores el contenido de las normas legales y cubrir sus ausencias y falencias expositivas, participando en la interpretación de la ley con el límite de no causar modificación en las consecuencias que el legislador previó"⁴.

Entendemos que el plazo máximo y rígido de dos años del art. 527 del CCC conspira con el fin tuitivo que tuvo el legislador al regular el derecho de habitación del conviviente supérstite y debe ser modificado del modo que proponemos seguidamente.

2. EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CONVIVIENTE Y EL PLAZO DE DURACIÓN MÁXIMO EN SU EJERCICIO

Sobre este tópico resaltamos dos aspectos que merecen ser discutidos: cuándo comienza a correr el plazo de duración del ejercicio del derecho y si el plazo máximo de duración es adecuado con los estándares constitucionales argentinos.

a) Sobre la primera cuestión, la doctrina es conteste que de acuerdo con una interpretación armónica entre el art. 1894 y 527 del CCC, este

⁴ Córdoba, Marcos M., "La solidaridad es un principio general aún no positivizado en el Derecho Argentino", SJA del 01/06/2016, 1; JA 2016-II.

derecho de habitación se adquiere por el mero efecto de la ley y nace de pleno derecho con la muerte de su titular a favor del conviviente supérstite⁵.

Sin embargo, el art. 527 no aclara desde cuándo comienza a correr el plazo de duración del derecho, lo cual ha originado dos posiciones encontradas.

a.1.) La postura mayoritaria sostiene que el nacimiento de pleno derecho ocurre con el fin de la unión convivencial por muerte de acuerdo con el art. 523 inc. a), sin necesidad de reconocimiento expreso.

Siendo así para impedir que el derecho real se ejerza, el reclamante deberá acreditar que no se han configurado los recaudos legales o bien que existe una causal de extinción, todo de acuerdo con el art. 527 del CCC⁶.

La jurisprudencia se ha inclinado por esta posición mayoritaria. A modo de ejemplo citamos algunos precedentes que han seguido esta tendencia:

i. La CCiv y Com de San Martín, Sala I, en el marco de un juicio de desalojo promovido por los herederos, resolvió rechazar el pedido de la conviviente, no sólo porque no cumplía con los recaudos del art. 3573 bis del CC al no ser cónyuge, sino que el plazo a la luz del nuevo Código había fenecido.⁷

ii. Igual criterio siguió la CCiv y Com de San Isidro Sala I, al confirmar el fallo de primera instancia que había desestimado la aplicación del art. 527 del CCC por no ser la ley vigente, aclarando que, de aplicarse la nueva normativa, el plazo de 2 años ya se encontraba cumplido a tenor de la fecha del deceso del titular del bien.⁸

⁵ Lambert, Néstor D, Comentario al art. 527 del CCC en Clusellas, E.G (coord.), "Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos," Ed. Astrea (2015), Tomo 3, pág 640.

⁶ Iglesias Mariana, "El conviviente supérstite y la vivienda: análisis del art. 527 del CCyC," LL AR/DOC/1080/2021.

⁷ Ver CCiv y Com de San Martín, Sala I, 15.9.2015 en "Bálsamo, Liliana Mercedes y otro c/Flores, B.S. s/ desalojo" AR/JUR/31579/2015.

⁸ Ver Callegari, Mariana G. y Ordoñez, María V "El derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente. Aplicación temporal de la norma" LL suplemento del viernes 2 de junio del 2017 p.6.

iii. En otro caso bajo la ley actual, la Cámara Civil y Comercial de Azul, Sala 1 confirmó el fallo de primera instancia que denegaba el derecho⁹. La sentenciante basó su resolución en dos argumentos principales: i. entendió que la demandada y ocupante del inmueble no estaba en una situación económica que le impidiera adquirir un bien. El segundo -y el que interesa para esta ponencia- afirmó que el causante falleció hace tres años y es desde ese momento que empezó correr el plazo máximo de dos años del 527, en una interpretación armoniosa con el art. 526, 527 y 1894 del CCC.

a).2.La postura minoritaria -a la cual adherimos- distingue dos momentos en el nacimiento del derecho de habitación del conviviente¹⁰.

El derecho se origina de pleno derecho con la muerte del causante, pero ello no significa que su operatividad ocurra en ese momento. La operatividad del ejercicio exige un reconocimiento expreso previo y a partir de ese momento comienza a correr el plazo de duración de los dos años¹¹.

Las razones por las cuales defendemos esta posición son las siguientes:

i. La posición contraria aplica la misma operatividad tanto para el ejercicio del derecho en la unión matrimonial como convivencial, a pesar de la terminología diferente usada en el art. 2383 y 527. Si la interpretación del art. 1894 significa que en ambos supuestos el derecho nace con la ley -como todos coincidimos- no tiene sentido que el legislador haya repetido el alcance expresamente en el art. 2383, mientras que en el caso del art. 527 no sólo no lo hace, sino que aclara que el conviviente puede invocarlo. Esta diferencia legislativa empleada no puede ignorarse por lo que entendemos que el art. 2383 al determinar que el cónyuge tiene el ejercicio de este derecho de pleno derecho, significa que no debe peticionarlo. Contrariamente, cuando el art. 527 expresamente dispone que “puede invocar el derecho” su operatividad está condicionada a que el reconocimiento sea expreso a petición del interesado.

⁹ CCiv y Com de San Martín, Sala 1, “B.R.s/ sucesión” MJ-JU-M-135103-AR | MJJ135103 | MJJ135103

¹⁰ Hernández, Lidia B y Ugarte Luis A “Tratado de las Sucesiones” ed. Abeledo Perrot (2020) Tomo II pág 237; Pellegrini, María Victoria “Las uniones convivenciales. Regulación en el CCC y su impacto en el ordenamiento jurídico”, ed, Erreius, 2017 p. 245/6.

¹¹ Azpiri, Jorge “Uniones convivenciales,” Ed. Hammurabi (2016) p.245.

ii. No desconocemos la crítica sustancial sobre esta argumentación, la cual fue considerada por la CNCiv Sala H en la sentencia de fecha 4.9.2023.¹² El Tribunal revoca el fallo de primera instancia que concedió el derecho de habitación, entre otros argumentos, porque el plazo de los dos años ya se había cumplido al haber fallecido el causante en el año 2019. Dentro de sus fundamentos cita las posturas descriptas y en relación con la minoritaria, explica que de seguirse ésta se daría al conviviente la posibilidad de extender el plazo en su beneficio y de ese modo se desnaturalizaría el límite temporal fijado en desmedro del derecho de propiedad de los herederos.

Si bien es cierto lo aquí afirmado, ante tales supuestos la defensa eficaz para para reconducir el equilibrio entre los principios en tensión que surgen de la aplicación del art. 527, será el instituto del art. 10 del CCC.

iii. Aceptar la postura mayoritaria ante el exiguo plazo de dos años regulado conlleva que, planteado el conflicto en sede judicial con las demoras propias del proceso, el beneficiario ya tendrá extinguido su derecho transformando en letra muerta la posibilidad de petitionarlo y de tal modo la protección que la norma intenta brindarle. Los fallos citados así lo demuestran.

iv. Asimismo, entendemos que el reconocimiento expreso del derecho no debe limitarse a concretarse en forma judicial, pudiendo las partes acordar privadamente si están presentes y son capaces y solicitar su inscripción judicial presentando ante el registro el testimonio o bien por escritura pública para lograr su publicidad.

v. Como todo derecho que versa sobre un bien ajeno y tratándose entonces de una restricción al dominio se deberá inscribir en el registro (ver art. 1893 CCCN). Mal podría lograrse este recaudo si no se exigiera un reconocimiento expreso del ejercicio del derecho, abonando esta conclusión nuestra postura.

a)3. Es así que, la posición que defendemos es la que mejor se ajusta con el principio constitucional de no discriminación, la aplicación del

¹² H.N.B. c M.J.A s/ fijación de compensación económica, Expte 69261/2019, del 4.9.2023, publicado elDial.com- AADB20.

principio de solidaridad familiar -ya que el conviviente es familia- y la tutela del derecho a una vivienda.

En virtud de lo expuesto proponemos como interpretación de *lege lata* que el plazo de duración del art. 527 comienza a correr desde el reconocimiento expreso del derecho real de habitación.

3. CONSIDERACIONES SOBRE EL PLAZO DE DURACIÓN MÁXIMO DE DOS AÑOS

Como adelantamos, el plazo de duración máximo de dos años es objetivamente insuficiente en relación con la trascendencia del fin para el cual la norma ha sido sancionada; máxime si se sigue la postura mayoritaria descripta anteriormente en relación con el comienzo del plazo.

También como mencionamos anteriormente, al finalizar la unión convivencial por causa de muerte de uno de los convivientes, puede entrar en tensión el derecho habitacional del supérstite y el derecho de propiedad de los herederos.

A la luz de lo expuesto, cabe interrogarse sobre cuál es el tiempo razonable que permita a conviviente reconfigurar su situación habitacional ante la ruptura del proyecto en común y que a su vez sea prudencial para limitar los derechos de los herederos.

Así las cosas, los tiempos del derecho y la seguridad jurídica requieren establecer un plazo que responda a la necesidad social de no mantener pendientes las relaciones jurídicas indefinidamente, consolidar las situaciones creadas por el transcurso del tiempo disipando entonces las incertidumbres,¹³ pero sin descuidar el fin asistencial sobre el cual ha tenido en miras la ley.

Teniendo en cuenta estos antecedentes proponemos extender el plazo a cinco años contado desde su reconocimiento expreso.

Esta ampliación logrará:

¹³ CSJN 29/8/55, JA 1955-IV-367; CSJN, 1922. Ercolano, A. c/ Lanteri de Renshaw, J. s/ Consignación

i. Que el intérprete judicial tenga un mayor margen para graduar el plazo teniendo en cuenta factores como el tiempo de convivencia y la situación socioeconómica de las partes involucradas¹⁴.

ii. Que el conviviente pueda reorganizar su situación habitacional y los herederos tengan la seguridad de que sus derechos sobre el bien se ejecutarán.

iii. Continuar con el temperamento del legislador del 2015 al mantener la diferencia temporal en el ejercicio del derecho de habitación entre el cónyuge y el conviviente.

En síntesis, por los argumentos que fueron desarrollados, proponemos *de lege ferenda* la siguiente modificación en el 527 del Código Civil y Comercial:

ARTICULO 527.- Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. 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 cinco 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.

El plazo referido comenzará a computarse desde que es reconocido mediante decisión judicial y/o admitida expresamente su procedencia y extensión por los herederos.

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.

¹⁴ Sobre la situación de los adultos mayores y el problema habitacional ver Martí Luciana y Modi Carla B. “La vulnerabilidad del adulto mayor como argumento supralegal,” Erreius mayo 2022

LA VOCACIÓN HEREDITARIA ENTRE CONVIVIENTES. UNA REFORMA NECESARIA.

Por Mariana Callegari, Sergio Walter Cava, Mónica Maíz, Máximo
Musich y Lucila Pombo¹

I. CONCLUSIONES

1. El reconocimiento del derecho hereditario al conviviente supérstite como heredero legítimo pretende proteger el proyecto de vida común y los lazos de afecto de la familia dentro de un marco de solidaridad, principio jurídico rector de todos los principios generales del derecho.

2. La sucesión intestada constituye un “testamento presumido” del de cuius y procura remediar la ausencia de voluntad expresa del causante. Se funda en la voluntad presumida, conforme a las afecciones presuntas y soslayarlas en las uniones convivenciales, excluyendo al conviviente supérstite en el derecho sucesorio, carece de razonabilidad y fundamentación axiológica e importa una discriminación violatoria del derecho de igualdad, dejando a la familia desprotegida, sin resguardo económico.

3. La convivencia une a las personas que conforman nuevas familias con lazos afectivos, promueve el cuidado y la asistencia de las personas, con respeto a la libertad, la autonomía de la voluntad y la libre elección de motivación y el derecho sucesorio no puede aparecer como injusto sino que debe reeditar las fuentes de la solidaridad dentro de la familia. No parece razonable excluir de la herencia al conviviente que ha tenido un proyecto de vida en común con el o la causante. Otras áreas del derecho han reconocido derechos a los convivientes supérstites y ahora, corresponde que el derecho sucesorio, con esa misma orientación, extienda el reconocimiento atendiendo las conformaciones familiares de la actual sociedad para alumbrar con valores el contenido de las normas legales y cubrir situaciones que claramente son inequitativas.

¹ Callegari Mariana. Profesora Adjunta Regular de la Facultad de Derecho UBA. Codirectora de la Diplomatura de Derecho Sucesorio de la UAI. Doctoranda UBA y UMSA. Jueza Nacional en lo Civil. Lucila Pombo y Máximo Musich (Adjuntos interinos UBA), Cava Sergio Walter y Mónica Maíz (Auxiliares docentes UBA). Todos integrantes de la Cátedra del Dr. Marcos M. Córdoba en la asignatura “Familia y Sucesiones” que se dicta en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

4. En necesario que en una futura reforma legislativa se reconozca vocación sucesoria como heredero legítimo al conviviente supérstite quien, al momento del fallecimiento del causante, conformaba una unión convivencial registrada de 5 años y que estuvo basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas y que compartían un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial de la Nación ha introducido por primera vez en el derecho nacional la regulación de las uniones convivenciales, abandonando la postura abstencionista adoptada por Vélez Sarsfield en el Código Civil.

Si bien con anterioridad a la sanción del nuevo plexo normativo, algunas normas habían consagrado determinados derechos en favor de los convivientes, lo cierto es que aquellas no constituían una regulación sistémica de las uniones convivenciales.

La regulación de este tipo de uniones encuentra su fundamento en el reconocimiento y la protección constitucional y convencional de la familia. Esta protección se encuentra consagrada en diferentes instrumentos que gozan de jerarquía constitucional según el art. 75, inc. 22, como en el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros; y en el art. 14 bis de la CN, que establece la protección integral de la familia y en los arts. 16 y 19 que receptan la igualdad ante la ley y el derecho a la intimidad.

A su vez, podemos afirmar que la regulación de las uniones convivenciales descansa sobre el principio de solidaridad familiar, que importa la estructuración de los lazos intrafamiliares en torno a la asistencia a quienes comparten un proyecto de vida en común.

En este sentido, el profesor Córdoba explica que “la solidaridad constituye un verdadero principio jurídico rector de todos los principios generales del derecho, en razón de que todos ellos contienen su noción, al igual que la buena fe, sobre el cual se asientan otros principios y normas que organizan la sociedad. Corresponde poner en decadencia el divorcio entre derecho y moral, ya que nociones morales como la buena fe y la solidaridad humanizan el derecho y penetran como una savia bienhechora... La función

de los principios y, en este caso concreto, de la solidaridad, es alumbrar con valores el contenido de las normas legales y cubrir sus ausencias y falencias expositivas, participando en la interpretación de la ley con el límite de no causar modificación en las consecuencias que el legislador previó”².

A su vez, el reconocimiento de este tipo de conformaciones familiares se asienta sobre estándares del sistema interamericano de derechos humanos en los que se reconoce que en la Convención Americana, no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional de aquélla, a la vez que rechaza las percepciones limitadas y estereotipadas del concepto de familia, pues ellas no tienen base en la Convención, al no existir un modelo específico de familia³.

En efecto, en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Unificado elaborados por la comisión redactora se enuncia que “desde la obligada perspectiva de derechos humanos, encontrándose involucrados el derecho a la vida familiar, la dignidad de la persona, la igualdad, la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar, la regulación, aunque sea mínima, de las convivencias de pareja, constituye una manda que el Anteproyecto debe cumplir”.

Sobre ese piso, el actual ordenamiento de fondo regula la posibilidad de celebrar pactos de convivencia, los efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia y con posterioridad a su cese, la protección de la vivienda familiar, la compensación económica como efecto patrimonial con posterioridad al cese, la atribución de la vivienda familiar, entre otras cosas.

Específicamente en lo que hace al derecho sucesorio, si bien dentro del articulado del Código Civil y Comercial se cuentan algunos efectos derivados de las uniones convivenciales que tienen incidencia en el derecho sucesorio -como el derecho real de habitación gratuito o la posibilidad de reclamar una compensación económica cuando el cese de la unión se produce por la muerte de uno de los convivientes- lo cierto es que, más allá de eso, las uniones convivenciales (con o sin registración) se mantienen sin la protección que otorga la vocación hereditaria intestada.

2. LA VOCACIÓN SUCESORIA DE LOS CONVIVIENTES

² CORDOBA, Marcos M., "La solidaridad es un principio general aún no positivizado en el Derecho Argentino", SJA del 01/06/2016, 1; JA 2016-II.

³ Corte IDH, 24/2/12, Caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, párrafos 142 y 145.

a) *Estado de situación del ordenamiento jurídico.*

La sucesión intestada es aquella que es deferida por ministerio de la ley, cuyo orden reposa en el afecto que la legislación presume que la persona fallecida tiene con sus parientes y con su cónyuge; y para ello, se establece un orden, y porciones hereditarias en caso de concurrencia.

El Código originario redactado por Vélez Sársfield y aprobado por el Congreso de la Nación el 25 de septiembre de 1869, regulaba en el art. 3545 que “Las sucesiones intestadas corresponden a los descendientes del difunto, a sus ascendientes, al cónyuge superviviente, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código. No habiendo sucesores los bienes corresponden al Estado nacional o provincial”.

Con una similar redacción, el actual Código Civil y Comercial aprobado por ley 26.994 el 1ro de octubre de 2014, establece en su art. 2424 que “Las sucesiones intestadas se defieren a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge superviviente, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código. A falta de herederos, los bienes corresponden al Estado nacional, provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el lugar en que están situados”.

Ahora bien, de la confrontación de las dos normas transcritas, es fácil concluir que, entre la primera y la segunda, sancionadas con 145 años de diferencia, no se observan modificaciones sustanciales en lo que hace al llamamiento de las sucesiones intestadas. Es decir que, casi un siglo y medio después de la sanción del primigenio código civil, la normativa nacional mantiene el orden hereditario intestado diseñado en ese entonces.

Actualmente, la ley no reconoce vocación hereditaria recíproca entre los convivientes⁴. Establece que los descendientes, los ascendientes y el cónyuge son herederos con porción legítima y que, a falta de ellos y de testamento, heredan los colaterales. A falta, también, de colaterales, los bienes son entregados al Estado que corresponde, pero de modo alguno la ley contempla derecho hereditario al conviviente.

⁴ MÉNDEZ COSTA, María J., "Los convivientes y la sucesión mortis causa en el derecho proyectado", en CORDOBA, Marcos M., Derecho moderno, Liber Amicorum, Ed. Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2013, t. I, ps. 701 y ss.; LLOVERAS, Nora - ORLANDI, Olga - FARAONI, Fabián, "Uniones convivenciales", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2016, ps. 512/513; IGLESIAS, Mariana B., en SÁNCHEZ GUERRERO, Andrés (dir.), Tratado de derecho civil y comercial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. VIII, ps. 519 y ss.

b) Argumentos que apoyan la inclusión de los convivientes en las sucesiones intestadas.

En forma preliminar, consideramos que, a partir de la sanción del Código Civil y Comercial, la regulación de las uniones convivenciales en el ordenamiento positivo dio el primer paso para el reconocimiento legal del derecho de las familias en sus diferentes conformaciones.

Ahora bien, ese reconocimiento requiere su correspondencia en el derecho sucesorio para respetar y consagrar la protección constitucional y convencional de la familia, que no puede prescindir de una de las formas de conformar una familia, como son las uniones convivenciales.

Al respecto, autores como Francisco Ferrer señalan que ha sido positivo, sin duda, el avance que representa el Código Civil y Comercial al contemplar normativamente la situación de las uniones convivenciales, cuya regulación combina adecuadamente los principios de libertad, solidaridad y seguridad para los terceros. Pero, señala que “nos parece que se debió contemplar también el derecho sucesorio de los convivientes y acordarles derecho hereditario ab-intestato, graduando su concurrencia con descendientes, ascendientes y colaterales, y asignándole toda la herencia a falta de parientes en grado sucesible. Nos parece que se impone esta solución, porque el matrimonio ya dejó de ser el fundamento exclusivo de la familia. Hay diversos modelos de familia: la unión de hecho o convivencial o concubinato entre dos personas es uno de ellos, y si ha adquirido reconocimiento legal, no puede prescindirse del aspecto sucesorio para que su regulación y protección sea completa. Las características y límites de tal regulación serán cuestión de política legislativa, conforme a las valoraciones y condiciones sociales de cada país”⁵.

En similar sentido, Guillermo Borda expresa -en lo que hace a la vocación hereditaria entre convivientes- que atento a lo que viene ocurriendo en nuestro continente y la evolución que ha tenido la familia en este siglo XXI, parece más acorde con estos tiempos reconocerle al conviviente el derecho a heredar; y si bien considera que el conviviente debería participar en la masa hereditaria, cuando menos, en la misma proporción que un heredero forzoso, lo cierto es que admite que se podrá discutir y cuestionar el porcentaje a heredar, porque, en definitiva, con el reconocimiento que nuestra

⁵ FERRER, Francisco A. M., “Sucesión del conviviente”, DFyP 2017 (noviembre), 150 - LA LEY 22/05/2018, 1 - LA LEY 2018-C, 727, Cita online: TR LALEY AR/DOC/2650/2017.

legislación les da a los convivientes, no se corresponde con la negativa a que se hereden mutuamente⁶.

No soslayamos que una parte de la doctrina se opone al reconocimiento de la vocación hereditaria entre convivientes, al sostener como argumento central que “equiparar todos los efectos de la convivencia de pareja al matrimonio no parece ser una postura legislativa correcta desde el prisma constitucional-convencional obligado. Ahora bien, cabe aclarar que no es cierto que los convivientes no tengan derechos hereditarios, pues conforme el que llamamos principio estrella de esta regulación —el principio de autonomía, ahora expresado a través de la conformación de un testamento—, los convivientes podrán estatuir como herederos testamentarios a sus parejas, en un marco donde las porciones legítimas diferidas por ley a los herederos forzosos se han visto reducidas”⁷ y que “el derecho a no casarse incluye la recepción de las diferentes formas familiares en el Cód. Civ. y Com., que evidentemente, no pueden tener los mismos efectos, porque precisamente dejarían de ser diferentes. La unión convivencial, más allá del piso mínimo de regulación, debe estar signada por la autonomía de la voluntad. Por tanto, si la pareja no beneficia a su compañero/a con un testamento, el conviviente no debe tener derechos hereditarios”⁸.

Incluso se ha tachado de inconstitucional la hipotética vocación hereditaria del conviviente al afirmar que “no se ha perseguido en el Cód. Civ. y Com. la equiparación o la igualdad de la unión matrimonial y de la unión convivencial, ya que entendemos que tal solución hipotética no sortearía el test de razonabilidad constitucional, pues no puede la ley obligar a los miembros de la unión convivencial con la misma ley que impone a los miembros de la unión matrimonial”⁹.

En definitiva, a partir de las reseñas indicadas es posible concluir que el argumento central para denegar la vocación sucesoria a los convivientes radica en que la unión matrimonial es la institución adecuada para quienes desean someterse al orden sucesorio intestado actual y que, en las uniones

⁶ BORDA, Guillermo J., “La vocación hereditaria del conviviente. Una reforma legislativa que no admite demora”, LA LEY 17/05/2024 ,1 • LA LEY 2024-B , 530, Cita online: TR LALEY AR/DOC/1206/2024

⁷ DE LA TORRE, Natalia, “Algunas consideraciones en torno a la regulación de las uniones convivenciales”, Infojus, julio de 2015, Id SAIJ: DACF150762

⁸ IGLESIAS, Mariana B., “La transmisión hereditaria en el matrimonio y las uniones convivenciales”, RDF 112 , 117, Cita online: TR LALEY AR/DOC/2311/2023

⁹ LLOVERAS, Nora, “Libertad con responsabilidad y solidaridad: la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial”, Infojus, julio de 2015, Id SAIJ: DACF150401.

convivenciales, queda reservada la posibilidad de beneficiar al conviviente a través de un testamento, proyectándose así la autonomía de la voluntad; pero pensamos que este fundamento carece de suficiente justificación a tenor de las razones que exponemos a continuación.

La primera de ellas es la falta de tradición testamentaria en nuestro país. Como ya señalamos, reiteradamente se ha sostenido que el reconocimiento hereditario al conviviente puede disponerse mediante una disposición testamentaria, o que el disponente podría instituir como heredero de cuota al conviviente si la sucesión se defiere a herederos forzosos, asignándole la porción disponible (un tercio o la mitad conforme lo establecen los arts. 2445 y 2446 del CCCN), mediante la figura del legado, o bien instituyendo heredero universal si el causante carece de herederos forzosos.

Pero lo cierto es que la ausencia de cultura del testamento resta fuerza al referido argumento. Para ilustrar la postura que sostenemos, podemos observar las bases de la Oficina de Informática de la Cámara Nacional en lo Civil (CABA), que arroja una estadística que da cuenta de la poca cultura del testamento en la República Argentina. En efecto, desde el año 2015 al 2023 se iniciaron aproximadamente 124.500 procesos sucesorios intestados y solamente 10.700 testamentarios.

Entonces, es claro que en la realidad, el derecho de conviviente puede quedar desprotegido si el argumento central para reconocerle derechos queda circunscripto a que el disponente cuenta con la facultad de otorgar un testamento, porque lo cierto es que en nuestro país no se termina de incorporar la costumbre de otorgar testamentos -incluso cuando se ha ampliado la porción disponible- y máxime si se repara en uniones de personas jóvenes, centrados principalmente en un proyecto de una vida familiar floreciente, quienes de modo alguno ocupan tiempo en una planificación sucesoria.

En el contexto señalado, coincidimos con Ferrer cuando señala que la sucesión intestada no tiene otra función que remediar la ausencia de voluntad expresada del causante y se funda en su voluntad presumida, conforme a sus afecciones presuntas. En palabras de los romanos, la sucesión intestada constituye el testamento presumido del de cujus¹⁰.

En el mismo sendero, coincidimos con quienes piensan que la exclusión del conviviente del derecho sucesorio es discriminatoria y violatoria del derecho de igualdad porque si el fundamento constitucional de mayor peso con que cuenta la legítima hereditaria es el de 'asegurar la protección integral de la familia' y en este caso lo efectiviza a través del

¹⁰ FERRER, Francisco A. M., Tratado de Sucesiones, T. I, Rubinzal Culzoni, 2022, págs. 140/141

aseguramiento de un resguardo económico, la exclusión de la vocación sucesoria del conviviente supérstite de participar en ese resguardo económico (legítima hereditaria) carece de razonabilidad y fundamentación axiológica e incursiona en una discriminación arbitraria y violatoria del derecho de igualdad.

Las circunstancias previamente descritas evidencian la necesidad de considerar el derecho hereditario intestado entre los convivientes.

Compartimos en este sentido el concepto de entender la solidaridad como una virtud contraria al individualismo que busca el bien común. Su finalidad es intentar solucionar las carencias espirituales o materiales de los demás y se produce como consecuencia de la adhesión a valores comunes que lleva a compartir creencias relacionadas con los aspectos fundamentales de los planteamientos políticos, económicos y jurídicos de los grupos sociales¹¹.

No podemos ignorar que el principio de igualdad y no discriminación se encuentra presente en todos los tratados de derechos humanos y según afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva sobre la propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (OC-4/84), "la noción desigualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad"¹².

Por otra parte, la composición de las nuevas familias que obtuvieron reconocimiento legal en el Código Civil y Comercial de la Nación e incluso la incorporación de nuevas denominaciones tales como referente afectivo, apoyo, progenitor afín, convivientes, entre otros, determina la necesidad de considerar supuestos de vocación sucesoria no previstos por la norma actualmente. Si en nuestro derecho de familia ha receptado la conformación de una familia con libertad bajo las forma de matrimonio, unión convivencial registradas o no, entre personas del mismo o distinto sexo, con progenitores afines o familiares de apoyo y por tanto, esta libertad de elección aumenta estadísticamente las uniones no matrimoniales, el derecho sucesorio debe

¹¹ CORDOBA, Marcos M., "Derecho sucesorio. Normas jurídicas que atiendan a los discapacitados". LA LEY 28/03/2011, 1. LA LEY 2011-B, 872.

¹² MEDINA, Graciela "Principios del derecho de familia". LA LEY 13/04/2016, 1 - LA LEY 2016-B, 1114 - DFyP 2016 (mayo), 3 Cita: TR LALEY AR/DOC/986/2016).

atender el vacío normativo y evitarla inequidad jurídica de no contemplar el derecho sucesorio del conviviente supérstite.

c) La socioafectividad y el derecho sucesorio en las uniones convivenciales.

La convivencia une a las personas que conforman nuevas formas de familia, con lazos afectivos basados en el principio general de la solidaridad que expande sus efectos a toda la sociedad y promueve el cuidado y la asistencia de las personas, con respeto a la libertad, la autonomía de la voluntad y la libre elección de motivación.

La composición de la familia y las normas que la regulan ha ido cambiando con el correr del tiempo, pero el derecho sucesorio continúa inalterable diferenciando el matrimonio y la unión convivencial. Estas nuevas formas de convivencia requieren definiciones legislativas relativas al derecho hereditario.

El derecho hereditario establecido por ley se mantiene exclusivamente como un derecho de la institución matrimonial. Sin embargo, pese a que la costumbre ha ido mutando y se advierten cada vez más formas de conyugalidad, la ausencia de análisis profundo sobre el derecho hereditario del conviviente supérstite en la sucesión intestada del causante puede generar *injusticias*¹³.

Cuando estamos frente a una familia conformada por una unión convivencial, difícilmente pueda justificarse que la ausencia de matrimonio

permita *ab-initio* la exclusión del conviviente, quien ha construido un proyecto de vida común con el causante.

En tal sentido Solari ha dicho que "en verdad, el proyecto de vida compartido por ellos —los convivientes—, y la plena comunidad de vida existente en tales uniones, lleva a presumir, razonablemente que, ante la muerte de uno, el conviviente deba tener derechos hereditarios en la sucesión del causante. En tales circunstancias en la valoración de un orden hereditario, con un criterio de actualidad, se tendría que incluir al conviviente supérstite, interpretando la voluntad presunta del causante. Se podrá discutir si el conviviente podría heredar como si fuera un cónyuge o como un heredero forzoso, pero no hay razón, hoy por hoy,

¹³ FERRER Francisco A. M. "Sucesión del conviviente" Publicado en: DFyP 2017 (noviembre), 150 - LA LEY 22/05/2018, 1 - LA LEY2018-C, 727 Cita: TR LALEY AR/DOC/2650/2017.

denegarle ese derecho, máxime cuando se reconocen otros modelos familiares distintos al matrimonio”.

Sostuvimos en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial de la Nación trasunta principios de solidaridad familiar, equidad, dignidad humana e igualdad, y encuentra fundamento en el reconocimiento y la protección constitucional y convencional de la familia; y que esta se encuentra atravesada por la tensión que se produce entre la autonomía de la voluntad de los convivientes y la protección de orden público que indudablemente merecen todos los tipos de conformaciones familiares.

Esa tensión que se produce entre autonomía de la voluntad y la protección de orden público que merece la conformación familiar convivencial no se ve afectada por la inclusión de la sucesión en el orden intestado; sino que por el contrario, la no inclusión de genera una discriminación que desprotege a la familia basandose únicamente en el tipo de unión familiar que escoge una pareja; de modo tal que se privilegia y se protege con un *plus* de derechos a la unión matrimonial por sobre la convivencial.

d) La vocación sucesoria entre convivientes. Los recaudos.

El Código Civil y Comercial define la unión convivencial como aquella "basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o diferente sexo".

Para que esta unión tenga efectos jurídicos, deben cumplirse los siguientes requisitos: ambos miembros deben ser mayores de edad; no pueden estar unidos por vínculos de parentesco en línea recta ni en la colateral hasta el segundo grado; ni por vínculos de afinidad en línea recta; ni soportar

impedimento de ligamen o tener registrada otra convivencia de forma simultánea; y deben haber convivido durante al menos dos años.

La autonomía de la voluntad de los convivientes puede ejercerse en la posibilidad de diseñar, modificar, rescindir y extinguir los pactos de convivencia que entre ellos celebren (arts. 513 y 516, Cód. Civ. y Com.), aunque se establece un piso mínimo de protección ineludible, que no puede ser dejado sin efecto en los pactos de convivencia, atento los principios de solidaridad familiar, equidad, dignidad humana e igualdad.

Consideramos que debe reconocerse vocación sucesoria como heredero legítimo al conviviente supérstite que al momento del fallecimiento del causante conformó una unión convivencial basada en relaciones afectivas

de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común durante 5 años, sean del mismo o de diferente sexo (conforme lo define el art. 509 del Código Civil y Comercial de la Nación) y que cumplan los requisitos establecidos en el art. 510 del ordenamiento de fondo, con la inscripción en el registro respectivo (conforme art. 511 del Código Civil y Comercial de la Nación).

El derecho sucesorio no puede permanecer inalterable, sino que debe reeditar las fuentes de la solidaridad familiar. No parece razonable que se prive de la sucesión al conviviente que ha tenido un proyecto de vida en común, que ha convivido por largos años, que pierde a su conviviente y, encima, por no haber contraído matrimonio, es excluido de la herencia, máxime si otras ramas del derecho han reconocido el derecho a percibir indemnizaciones, pensiones, alimentos, compensaciones, etc.

En síntesis, si el orden de la sucesión intestada reposa en el afecto presunto del/la causante, no encontramos razones de peso que justifiquen la exclusión de quienes “conviven y comparten un proyecto de vida común” (art.

509 CCCN), lo que obviamente denota que se trata de un lazo genuino de afecto familiar.

3. CONCLUSIÓN

La exposición de motivos de la ponencia que presentamos a lo largo del presente justifica nuestra preocupación por la falta de inclusión de los convivientes en el orden sucesorio intestado actual.

Más allá de las pautas mínimas que aquí se proponen, en definitiva, consideramos que se podrá discutir en qué orden heredará el conviviente, con quien concurrirá, en qué proporción, etc., pero de lo que estamos convencidos es que se requiere de una reforma legislativa urgente en la que la protección constitucional y convencional de la familia se proyecte a las uniones convivenciales en materia sucesoria.

Por ello, DE LEGE FERENDA proponemos contemplar en una futura reforma legislativa la posibilidad de otorgar vocación hereditaria al conviviente supérstite como heredero legítimo cuando acredite 5 años de convivencia registrada, por conformar una familia basada en lazos de afecto y solidaridad con el causante.

VOCACIÓN SUCESORIA, RELACIÓN AFECTIVA Y SOLIDARIDAD

José Miguel Cruz¹ y Ruth Macarena Soto²

I. CONCLUSIONES

De lege lata:

1. Las relaciones afectivas, solo deben ser consideradas como tales, resguardando el reconocimiento de los efectos jurídicos que surgen de los vínculos biológicos y los reconocidos por la ley.
2. La vocación hereditaria solo debe reconocerse a los posibles herederos llamados por ley (en el caso de la sucesión ab intestato) o por voluntad del causante (en el caso de la sucesión testamentaria).
3. Las relaciones afectivas no pueden considerarse como supuesto de llamamiento a la vocación hereditaria.

De lege ferenda:

4. La idea de reconocer que la vocación hereditaria también surja de las relaciones afectivas, pone en riesgo institutos como la legítima. En consecuencia, no se recomienda la acogida amplia del instituto en el derecho sucesorio.

II. FUNDAMENTOS

La presente ponencia pone a consideración la incertidumbre que genera el reconocimiento de las relaciones afectivas en el derecho sucesorio en consideración a sus consecuencias jurídicas.

Bajo esa idea cabe preguntarse por lo que entendemos por “afecto”; en tal sentido, para la RAE, “afecto, afecta” se entiende como: “1. m.

¹ Abogado. Profesor Adjunto de la cátedra “Derecho de los usuarios y consumidores” en la Universidad Católica de Santiago del Estero, Departamento Académico San Salvador de Jujuy (UCSE-DASS), Provincia de Jujuy.

² Abogada matriculada en el Colegio de abogados de la provincia de Jujuy M.P. N° 3753.

Inclinación favorable hacia alguien o algo con los que se crea cierto grado de unión.”. Bajo esa idea, el espectro de posibilidades dentro de la sociedad es muy amplio. Ello así por cuanto las relaciones “socioafectivas” (como podemos llamar a las relaciones afectivas que se dan en la sociedad entre los sujetos de derecho en la vida de relación), se constituyen de diferentes modalidades y no son fáciles de limitar en cuanto a la tipificación de las mismas. Podríamos mencionar relaciones de socio-afectividad que pueden despertar especial atención tales como el caso del padrinazgo, la llamada “adopción de corazón”, los vínculos de amistad, el “noviazgo”, entre otras.

Ya con la reforma legislativa que importó la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015, la necesidad de regular aquellas relaciones jurídicas no regladas en la legislación de fondo hasta entonces vigente y hoy derogada, fue centro de atención de la doctrina especializada y antes de la comisión de reforma desde la presentación del anteproyecto de código civil y comercial. Tal es el caso de las uniones convivenciales, las que constituían justamente un tipo de relación socio-afectiva que hasta ese momento carecía de una específica regulación.

La mencionada reforma, estableció un marco normativo para una de las relaciones jurídicas existentes en la vida social como lo es el caso de las uniones convivenciales, estableciendo una diferencia con las provenientes del matrimonio.

Como luce evidente en los tiempos que corren, el matrimonio y las uniones convivenciales son dos institutos con sus derechos y obligaciones reconocidas por la ley, y si la norma estableció una serie de diferencia entre ellas, es porque el legislador ha optado por mantener un orden en su desarrollo.

A ambos institutos – tanto al matrimonio como a la unión convivencial – se “ingresa” de manera voluntaria, y al interesarse en uno u otro instituto se deben tener presente las consecuencias jurídicas de los mismos. Y ello es esperable del sujeto de derecho previsor en el marco de una relación con otro sujeto

No es ajeno a la realidad que la mayoría de la población adulta opta mayormente por la vida en unión con vivencial, pero el hecho de que así sea no debe empujar a equiparlo con los efectos sucesorios que devienen de un matrimonio.

Este es solo uno de los supuestos posibles de relaciones socioafectivas que han sido objeto de especial atención. Ahora bien, existen

otras realidades que también han despertado la curiosidad de los operadores jurídicos. Entre ellas, por ejemplo, la situación de los cuidadores que compartan un especial afecto como relación con las personas a las que se encuentran cuidando por encontrarse transitando una enfermedad de gravedad.

El caso puntual del cuidador pone en evidencia uno de los riesgos propios del reconocimiento de la afectividad en el derecho sucesorio. La línea entre los intereses económicos y la solidaridad pueden tornarse difusas ante la sola existencia de la posibilidad de reconocer posibles “recompensas” de orden patrimonial a los vínculos socioafectivos.

A aquellas relaciones antes aludidas, cabe agregar otras de las posibles que generan notable incertidumbre en cuanto al impacto que puede generar dentro de la sociedad el reconocimiento de vocación sucesoria basada en la socio-afectividad; tales como el padrinazgo, la llamada “adopción de corazón”, los vínculos de amistad o el “noviazgo”.

En consecuencia, se recomienda con suma prudencia, que los sentimientos propios de las relaciones socioafectivas, no deben poner a temblar los institutos ya establecidos del derecho sucesorio y el orden que deriva del ordenamiento jurídico vigente.

En el derecho argentino ya existen herramientas jurídicas suficientes para prevenir las situaciones en las que existe un vínculo socioafectivo y el fallecimiento de una persona puede dejar en estado de desprotección a quien ha compartido tal vínculo.

Es por lo expuesto que se propicia que la “socio afectividad” como pretendida categoría jurídica sea ponderada con sentido restrictivo especialmente cuando se pretende que a partir de la misma puedan atribuirse derechos o consecuencias jurídicas que importen vocación hereditaria.

PACTO O ESTIPULACIÓN DE HERENCIA FUTURA. TRAZABILIDAD SUCESORIA VEHICULIZADA EN FIDEICOMISOS

Por Marcelo A. David¹

I. CONCLUSIONES

1. El pacto de herencia futura es una importante herramienta a las empresas, para prevenir conflictos y sostener la continuidad de los negocios familiares.

2. La norma prohibitiva receptada por el art. 1670 del CCCN debe ser interpretada conforme la regla general contenida en el art. 1010 del propio CCCN. De manera que el art. 1670 CCCN no es más que la reiteración de la regla general receptada por el art. 1010 CCCN primer párrafo, pero que, sin dudas habilita a sostener y entender legales las excepciones previstas en el segundo párrafo del propio art. 1010 CCCN donde se habilita conforme objeto y finalidad ciertos bienes y derechos como excepción a la regla en el marco de cualquier contrato, incluso y porque no el propio fideicomiso.

3. Los herederos futuro o eventuales podrán disponer de su herencia futura a través del fideicomiso de trazabilidad sucesoria si se adaptan a las excepciones habilitadas por el art. 1010 segundo párrafo del CCCN.

4. Propugnamos la legalidad y pauta beneficiosa de los fideicomisos de trazabilidad sucesoria como herramientas propias de la planificación sucesoria.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

¹ Abogado egresado de la Universidad Nacional de La Plata. Docente adjunto Derecho Privado VI Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata, docente adjunto de Derecho Privado II Facultad de Ciencias Económicas de La Plata, docente adjunto Derecho Empresario Facultad de Ciencias Económicas de La Plata, Universidad Nacional de La Plata. Especialista en Derecho Empresario Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP, Magister en Derecho Empresario Universidad Austral, cursando Maestría en Derecho Civil Universidad Austral.

La nueva codificación unificada del derecho privado en la República Argentina, si bien no ha receptado de un modo expreso y directo la problemática de la empresa familiar, es innegable reafirmar que se han incorporado al nuevo Código herramientas que resultarán de marcado interés para el presente y futuro de las organizaciones económicas familiares, así como para sus descendientes en el futuro, bregando siempre por el mantenimiento de las estructuras económicamente hábiles y socialmente útiles para el desarrollo de la economía en su conjunto.

Una de las visiones preventivas sobre la que se debe detener el operador jurídico y, en su caso, los asesores de estructuras empresariales familiares es en el ámbito de la sucesión de los patrimonios y en su caso en la posibilidad de preestablecer sistemas/modos de distribución sobre bienes y su destino en el futuro que sin dudas traten, en la medida de lo posible, de sostener la operatividad de las empresas familiares, marcando que la regla pase a ser excepción, y de este modo lograr que en el futuro las sucesiones intestadas no sean las principales armas inordinadas de la extinción de sendas estructuras económicas organizadas familiares.

La planificación patrimonial futura y/o trazabilidad es sin dudas uno de los temas que mayor cantidad de capítulos conlleva en los actuales Protocolos de Empresa o sindicatos de accionistas, donde en un momento determinado la organización toma la decisión de incorporar una reglamentación que atienda y pretenda resolver en el presente y en el futuro los diversos inconvenientes que de usual y ordinario intentan trastocar la paz y operatividad de las empresas familiares.

2. EL PACTO DE HERENCIA FUTURA EN EL RÉGIMEN ANTERIOR. ANTECEDENTES DE LA ACTUAL REGULACIÓN.

Vélez, en su Código derogado, establecía en el art. 1175 que los pactos sobre herencia futura o adelantamiento de herencia eran nulos de nulidad absoluta. Repudiando por ende el gran legislador argentino todo intento de avanzar sobre la legítima desde ese tipo de estipulaciones. Así la doctrina entendía que eran nulos por la "inmoralidad de especular sobre la muerte de una persona y aunque se tiende a impedir que se generen convenciones que vulneren el principio democrático de la división

igualitaria entre sucesores y que se realicen estipulaciones usurarias acerca del deceso de una persona"².

A la fecha, si bien la prohibición en sentido genérico se sostiene por el novel legislador en la primera parte del art. 1010 del Cód. Civ. y Com., lo cierto es que existe normada a la fecha excepciones a tal tajante e histórica prohibición y que, no alcanza a las estipulaciones sobre herencia futura que tengan por objeto -mediato e inmediato- una explotación productiva o participaciones societarias de cualquier tipo con claras miras y vinculaciones a enaltecer el principio de conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o resolución de conflictos. La diferencia de concepción, amén de filosófica en torno a la concepción aceptada de la muerte como un hecho de la realidad, no querida pero que se sabe que va a acontecer, abre sendos caminos a la prevención del derecho en el escenario de la transmisibilidad de al menos cierto tipo de bienes y derechos en el devenir de la herencia.

En las estructuras societarias cerradas y en algunos casos familiares, que comprenden el mayor número de las sociedades inscriptas y en actividad en nuestro país, la causal del fallecimiento de los socios no prevista en sus contratos sociales o reglamentos parasocietarios entre los socios fundadores, signa en muchas oportunidades el germen de conflictos que pueden sin dudas resultar un óbice para la continuidad consensuada y pacífica de la operatoria.

3. OBJETO DE LOS PACTOS DE HERENCIA FUTURA

Principia la excepción tratada del art. 1010, Cód. Civ. y Com. diciendo que "los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos...".

Al respecto entendemos que el objeto de las estipulaciones de herencia futura puede representarse en explotaciones productivas de cualquier clase —agropecuaria, industrial, comercial, de servicios, entre otras— al punto que es dable inferir que no existe en el legislador rigor

² MEDINA, Graciela, "Pactos sobre Herencia Futura", LA LEY 2015-E, 1144. FERRER MEDINA, "Código Civil. Comentado. Sucesiones", Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2003, t. II, p. 106.

científico en la expresión, pudiendo emparentarla a la propia empresa. Lo que no aclara el legislador es si en la unidad productiva puede existir un solo grupo familiar o más de un grupo familiar, por cuanto, de extender incluso el objeto a las participaciones sociales, deja entrever que pueden existir unidades de negocios en donde no solo se encuentre en juego el patrimonio del causante, sino varios patrimonios familiares de una organización cerrada que los nuclea. Ese, entendemos, ha sido el espíritu del legislador al generar una apertura a tan histórica prohibición de nuestra cultura jurídica en torno a la organización del patrimonio del causante, la vida.

No creemos que el legislador haya limitado la aplicación del art. 1010, última parte solo a empresas unifamiliares, sino que, por el contrario, la aplicación puede tener por objeto sociedades plurifamiliares. En torno a la estipulación de los destinos de una explotación es dable referir que sobre ella se debe tener situación de control que deberá ser sometido a las decisiones de la estructura de la que estemos tratando, no aplicando dicha situación cuando lo que se estipula afectar o transferir resulten simples participaciones societarias, donde no será necesaria el estatus de controlante del patrimonio del causante.

En torno a las participaciones sociales de cualquier tipo, coincidimos con la doctrina que la norma apunta a participaciones societarias de los tipos regulados en la ley 19.550, denominada a partir de la reforma Ley General de Sociedades debido a la necesaria línea unificadora. Con dicha aseveración claro que se aplica a las sociedades de capital como de interés, así como incluso a las sociedades civiles, ex irregulares, o de hecho instrumentadas, a la fecha conforme la mayoría de la doctrina encausadas en las sociedades de la sección IV de la ley —identificando a este tipo de sociedades como el detonante de una importante crisis del tipo en el marco de la teoría societaria tradicional—; aplica incluso a las Sociedades por Acciones simplificadas creadas por la normativa de emprendedores 27349 (arts. 33 a 62) y a toda estructura societaria regular y no regular que exista o se cree en el futuro. Quedando en principio fuera de aplicación en modo directo al menos los contratos asociativos (arts. 1442 a 1447, Cód. Civ. y Com.), agrupaciones de colaboración (arts. 1453 a 1462), uniones transitorias de empresas (arts. 1463 a 1469), los consorcios de cooperación (1470 a 1478), por tratarse como en muchos otros casos de estructuras contractuales que técnicamente no poseen participaciones societarias no obstante contener plurilateralidad y organización en sus estructuras.

4. LEGITIMADOS PARA CELEBRAR LOS PACTOS

La mayoría de la doctrina comparte el criterio de que los pactos de herencia futura pueden ser celebrados por los herederos forzosos y el causante o por los herederos forzosos solos o por el causante y el cónyuge. Estableciendo que respecto de los sujetos participantes puede darse entre el futuro causante y titular de la o las participaciones sociales o titular de unidad productiva no organizado en forma societaria con uno o con todos sus herederos forzosos³.

Está claro que bregamos por la mayor participación de los herederos forzosos y legatarios en su caso, ello a los fines de evitar los riesgos futuros que sobre ellos pueden producir las acciones de reducción de herencia (art. 2453, Cód. Civ. y Com.), acción de complemento (art. 2451, Cód. Civ. y Com.) y colación (art. 2385, ss. y ccds., Cód. Civ. y Com.); en tanto la estipulación dispuesta afecte la legítima protegida por la ley en clave orden público.

Es dable también remarcar que la actual redacción del Código permite a los futuros y supuestos herederos forzosos que están legitimados a otorgar un pacto de herencia futura, incluso sin la participación del causante, remarcando que en dicho caso claramente estos no podrán perjudicar los derechos del cónyuge ni de los terceros. Pauta que nos permite poner en tela de juicio —en este caso— incluso la postura contractual que en forma pacífica los autores a la fecha sostienen, por cuanto se habilita el pacto sin la anuencia del futuro causante, operando como una oferta de cómo distribuir la herencia (participación privada) sin la anuencia del titular, anuencia que ni siquiera el fallecimiento podrá confirmar. Y en dicho caso estimamos que la naturaleza jurídica precisa del pacto de herencia futura es el de una estipulación unilateral o plurilateral, en su caso que solo dimana su alcance y legalidad con la confirmación de los vínculos parentales, matrimoniales y la no afrenta a la legítima.

Incluso esta visión crítica a la pauta tradicional contractualista del pacto de herencia futura nos hace sostener que en el "pacto de herencia futura" no rige la inhabilidad especial que establece el propio código vigente en el art. 1002, inc. d), Cód. Civ. y Com., donde el legislador inhibe a los cónyuges bajo el régimen de comunidad contratar entre sí en interés propio. Ello por diversas razones que pasamos a exponer: en primer lugar, por

³ LÓPEZ MORENO, Renato, "Las acciones o cuotas sociales y la normativa vigente del derecho sucesorio en el Código Civil y Comercial", RDCO 281, p. 741.

cuanto no estamos de acuerdo con el hecho de sostener que disponer de la herencia futura sea solo un contrato. Pautando que dicha estipulación asigna derechos y hasta titularidad de estos frente al escenario de fallecimiento del titular del patrimonio —lo cual indica disponer de este una vez extinguido el régimen de comunidad 475, Cód. Civ. y Com.—, e incluso este puede no participar de esa estipulación y sin embargo ser válida y oponible; por cuanto dispone de derechos más allá del régimen del matrimonio y de la sociedad conyugal, la que, claramente frente al fallecimiento opera su irremediable liquidación (art. 481 Cód. Civ. y Com. que aplica las reglas de la herencia ante la extinción del régimen de la sociedad conyugal por el sistema de comunidad); por cuanto incluso la estipulación o serie de estas busca incluso tutelar un interés por encima del de los propio cónyuges y herederos que se representa en la conservación de unidades de negocios eminentemente familiares o cerradas con participación innegable de familias.

Por otro lado, la propia redacción del art. 1010 del Cód. Civ. y Com. en tratamiento, dispone que la cónyuge puede o no participar, y si puede participar de pactos de herencia futura qué sentido tendría que lo haga solo por los derechos de los demás y no solo de sus propios derechos en lo que corresponde al fallecimiento de su cónyuge e incluso en lo que respecta a la conservación de unidad o unidades de negocios. Qué sentido tendría en dicho caso una inhabilidad pensada para la vida de los cónyuges, cuando se habla de partición o efectos posteriores al fallecimiento de seguir hablando o analizando si era régimen de comunidad o administración la sociedad conyugal en forma separada por los cónyuges —más allá de la asignación concreta de bienes propios y gananciales que a la postre por el fallecimiento han de generar irremediablemente una cuenta particionaria como lo indican las normas de liquidación de la comunidad por muerte—. Siendo innegable la disolución de la sociedad conyugal por el fallecimiento del cónyuge, en modo alguno debe resultar un óbice a la estipulación de derechos posteriores al fallecimiento por medio de pactos o asignaciones en torno a la herencia futura independientemente si el régimen de la sociedad conyugal extinguida era de comunidad o de administración separada, en tanto se respete en este estadio tan solo el orden público sucesorio (siendo prueba de ello lo establecido en el art. 2308 Cód. Civ. y Com.).

No se sostiene la conjugación de ambas normas en el sentido solo de pensar que el régimen de administración por separado de las unidades productivas o de participaciones societarias gananciales, solo aplique en el régimen de administración los cónyuges entre sí pueden participar de pactos

de herencia futura en interés propio. Sumado al hecho de que el interés de la cónyuge forma parte sustancial del derecho hereditario argentino —siendo ello una de las principales conquistas y adelantos hace 150 años aproximadamente por parte del Dalmacio Vélez Sarsfield⁴— al punto que participa en un 50% de los bienes gananciales, es indudable que habilitar las estipulaciones de herencia futura y decir que el cónyuge no puede participar en los supuestos excluidos de la inhabilidad tratada, sin dudas es una interpretación con la cual no estamos de acuerdo y sostenemos que frente al art. 1010 última parte el cónyuge no posee inhabilitación especial alguna más que el orden público sucesorio y los derechos de terceros que no puede perjudicar. Por cuanto entendemos que la finalidad de la norma en estudio avanza más allá incluso del propio interés del cónyuge, donde la norma permite adentrarse en uno de los principios sustanciales del derecho empresarial moderno (art. 2º Cód. Civ. y Com.) que se identifica con el mantenimiento o conservación de las unidades de negocios útiles y viables en marcha⁵. Siendo ello una de las nuevas y plausibles modificaciones del derecho privado, al poner la mira en la prevención y en la conservación de unidades de negocios empresariales familiares en plena marcha y apostando por su continuidad.

Incluso hay autores que sostienen que del pacto de herencia futura pueden participar todos los herederos forzosos, debido a que este conforma una subespecie de participación privada de la herencia⁶.

5. FORMALIDAD DEL PACTO O ESTIPULACIÓN DE HERENCIA FUTURA

La norma bajo análisis no recepta en torno a su instrumentación forma o formalidad alguna, motivo por la que debemos aplicar las restantes

⁴ FERRER, Francisco A. M., "Aspectos de las sucesiones en el nuevo código", LA LEY del 23/09/2015, LA LEY 2015-E-864 ss. y cc. donde el autor realiza un excelente tratamiento sintético de la evolución del derecho sucesorio argentino.

⁵ MARCOS, Fernando J., "La conservación de la empresa como norte del Derecho concursal", LA LEY del 29/06/2018. Artículo orientado al derecho concursal, que de todos modos valoriza la manera de otorgar trascendencia en el nuevo ordenamiento a los valores jurídicos.

⁶ VAN THIENEN, Pablo A., "Pacto de herencia futura en las empresas familiares ¿Un pacto con poco futuro?", LA LEY del 11/05/2018, LA LEY 2018-B, 1214.

normas del ordenamiento privado para establecer en cada caso el modo en que el pacto o estipulación debe llevarse adelante. Comenzando por establecer que el ordenamiento dispone la libertad de formas de los actos jurídicos y de los contratos en su caso, como primera pauta o tamiz a desandar (art. 284, 286, 287, 288 y en caso de aplicar la teoría contractualista, art. 1015, Cód. Civ. y Com.).

Por ende, el pacto o estipulación puede otorgarse por medio de un instrumento privado, siendo prudente que sea otorgado con sistema de fecha cierta (art. 317, Cód. Civ. y Com.). Entendemos que el pacto de herencia futura no debe ser efectivizado ni canalizado por medio de un testamento, aunque tampoco existe impedimento como para que el art. 1010 analizado se vehiculice por medio de un testamento (sea este ológrafo 2477 o por escritura pública 2479, Cód. Civ. y Com.). Sostenemos ello en función de su particular naturaleza jurídica y siempre y cuando nos encontremos frente al acuerdo que integre participaciones sociales de cualquier especie. Claro que en el escenario de las recomendaciones y a los fines de dotar al pacto o estipulación de la mayor seguridad jurídica, da la impresión de que conviene que sea otorgado por escritura pública, dando cabal cumplimiento con las pautas que establece las normas testamentarias de rigor, ello a los efectos de evitar conflictos en torno a la forma del otorgamiento del acuerdo o estipulación.

Cesaretti⁷ indica no obstante su estirpe de escribano— que "sin lugar a dudas, la elección de la opción de escritura pública estará determinada por la matricidad que implica. La gravitación del pacto de herencia futura de la empresa familiar inclinará a los actores jurídicos por la opción de la escritura notarial. Igualmente dada la naturaleza de los intereses en juego en el pacto de herencia futura", pauta que compartimos pero que entendemos que no es una obligación tasada del legislador, sino una buena dosis de seguridad jurídica en el armado y porvenir del acuerdo o estipulación. Por otro lado, Eduardo Favier Dubois⁸ al referirse sobre el tema ha sostenido que "el pacto es una convección accesorio, vale decir que no podrá ser autónomo, sino que deberá estar dentro o vinculado directamente a un protocolo familiar o pacto

⁷ CESARETTI, María - CESARETTI, Oscar D., "El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación", Revista del Notariado, 918, julio de 2015.

⁸ FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), "La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial", Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Buenos Aires, 21/11/2014.

de sindicación de acciones". Pauta que no compartimos en torno a la autonomía, entendiendo que el pacto podrá estar dotado de espíritu autónomo e incluso convivir con un protocolo o un sindicato de acciones, o vivir sin que los restantes instrumentos citados hayan visto la luz en el escenario de la herencia a tratarse. Sin dudas que se ven en las opiniones de los autores subjetividades de sus pasiones académicas, pero estas no deben atentar contra la autonomía que de principio tiene y asume el pacto o estipulación de herencia futura.

6. DIVERSAS MODALIDADES. FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN CON TRAZABILIDAD SUCESORIA: UN CAMINO ENTRE TANTOS. DISTINCIÓN CON EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.

Existen innumerables modos de articular o de operar el pacto o estipulación de herencia futura, al punto que son inagotables las opciones creativas que se pueden desplegar. Al respecto podemos mencionar: a) la transferencia de la explotación productiva en forma total o parcial; b) los términos y condiciones para perfeccionar una escisión de una sociedad en diversas con destino a cada uno de los herederos forzosos, lo mismo respecto de términos y alcance de una fusión; c) la venta de activos de una unidad productiva para instrumentar recompensas; d) la asignación de preferencias a herederos que explotaban con el causante la unidad de negocios (art. 2380, Cód. Civ. y Com.), la fijación de cláusulas de indivisión sobre la unidad productiva (art. 2331, Cód. Civ. y Com.), mejoras a herederos con discapacidad en torno a los porcentajes de tenencias accionarias (art. 2448 Cód. Civ. y Com.); e) sindicato de acciones; f) protocolo de empresa; g) fideicomiso testamentario; h) fideicomiso de trazabilidad sucesoria. Avanzaremos en el tratamiento de esta última modalidad a renglón seguido.

Ya Aída Kemelmajer de Carlucci⁹ ha dejado entrever sin afirmar que este tipo de fideicomisos encontraba en nuestro sistema dificultades para tornarse operativo y principalmente en la pauta de prohibición de actos de disposición y negocios sobre la herencia futura; en cambio, Carregal¹⁰ afirma ya desde antaño que los referidos fideicomisos se encuentran al

⁹ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Nuevamente sobre el fideicomiso sucesorio y la legítima del heredero", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2001-3, Fideicomiso, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 275 y ss.

¹⁰ CARREGAL, Mario, "El fideicomiso", Ed. Universidad de Buenos Aires, 1982, p. 107.

margen de la restricción, pues no teniendo por objeto una herencia como una universalidad, sino particulares y determinados cuya propiedad o dominio se transmite al fiduciario, mientras no se afecte la legítima, estos fideicomisos no violarían la prohibición.

Ya Gastaldi¹¹ sostenía que nuestro régimen no es tan extremo como aparenta en torno a la prohibición de pactar con significancia y efecto sobre la herencia futura, entendiendo incluso que el modo en que la prohibición de objeto contractual se encontraba regulado en el Código de Vélez era ya una pieza amortizada de museo, mocionando en aquel entonces que nuestro debía sin lugar a dudas morigerar dicha prohibición.

Pero, no obstante los invalorable esfuerzos doctrinarios, en las principales obras se conclusionaba que no se aconsejaba utilizar este tipo de acuerdos en función de las retrogradadas concepciones que poseía nuestro ordenamiento sucesorio en torno a la prohibición de disponer respecto de la herencia futuro como venimos tratando, sumado al hecho de la escasa jurisprudencia en la materia.

Pero parece que los codificadores —entre los cuales gratamente se encuentra la primera de las juristas citada en este acápite— le han dado certificado garantizado de ciudadanía y respaldo legal a su utilización.

Por lo expuesto y por sobre todas las cosas debido a la expresa norma sujeta a análisis, dejamos asentado que es plenamente válido que un fideicomiso de administración con trazabilidad sucesoria o de planificación patrimonial estructure y designe como beneficiarios/fideicomisarios a los herederos o legatarios del futuro causante titular total o parcialmente de una explotación productiva o de participaciones societarias. De este modo el legislador inserta ya conocidos principios societarios y concursalistas que se identifican con la salvaguarda de la empresa en marcha, o con la conservación de la unidad de gestión empresaria útil; y todo ello con la clara finalidad de evitar conflictos patrimoniales que en la escena de la empresa familiar se impregnan y entremezclan con históricos reclamos interpersonales que muchas veces ante de la falta de pautas pre acordadas llevan a los procesos sucesorios a años de indefinición, mayores costos y deterioros.

¹¹ GASTALDI, José M., "Cesión de derechos hereditarios y pactos sobre herencia futura" (sobre la conveniencia de su admisión en nuestro derecho)", Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Civil, Buenos aires.

Sumamos nuestra más rotunda adhesión a tan buena y constructiva pauta legislativa que apunta a los beneficios contractuales encajados en la prevención de conflictos y por sobre todas las cosas en la manutención de explotaciones productivas conformadas o no sobre la base de negocios societarios. Pauta que aunada a un inteligente y previsor contrato de fideicomiso de administración con trazabilidad sucesoria sin dudas tiene sendas y constructivas pautas para sumar a la empresa familiar argentina.

Ello se sustenta en el hecho de que la prohibición normada por el art. 1670 del CCCN no es más que la reiteración del principio general normado por el art. 1010 del propio CCCN, donde establece como regla general que prohíbe el pacto de herencia futura en los contratos, pero que en el párrafo siguiente abre la ventana -o un gran portal- a las excepciones que conforme ciertos objetos enunciados y las causas preventivas de conflictos y de continuidad empresarial si pueden, y se encuentran habilitadas a conformar el objeto de los contratos -incluso el fideicomiso-. Esta es la única interpretación orgánica posible, y la que se entronca con la lógica integrativa del codificador. Las herencias futuras no pueden conformar como regla ningún contrato, salvo, las concretas y expresas excepciones que en la parte general de los contratos el art. 1010 segundo párrafo recepta para el derecho privado patrimonial¹².

Somos incluso defensores y promotores de los negocios fiduciarios en la Argentina, entendiendo que este contrato vincula la mejor manera de afectar el patrimonio con la creación de pautas propias de los derechos reales a través del dominio imperfecto, que sirve de cauce innegable para la canalización y vehiculización del crédito tan necesario en nuestro país, es una pauta generadora de confianza en función de la sectorización de los negocios de un patrimonio sin la necesidad de que la confianza comprenda a su totalidad y, por ende, a la totalidad de los acreedores y sujetos vinculados con él. Exterioriza la posibilidad de que los negocios se acoten a su extensión justa, sumado claro está a su alta maleabilidad, posibilidad de transformación, de registración, de sustitución de sus integrantes de modos ágiles y alejados por ahora de la burocracia —aunque advertimos que en los últimos tiempos la voracidad reglamentarista de algunos organismos se tiente con la posibilidad de atentar contra su funcionalidad lograda—.

¹² Idéntica postura sostiene Juan José Catalán, “Pactos de herencia futura: mitos y verdades. La Ley, martes 20 de Agosto de 2024.

Es indudable que este tipo de decisiones legislativas, en el marco del derecho privado y, más específicamente, en el marco de las empresas familiares, genera una muy buena herramienta de prevención, organización y porque no de subsistencia de las estructuras empresariales con esas características. No es este trabajo el dirigido a enumerar las particularidades de la empresa familiar, pero sin dudas el fallecimiento del abuelo, del creador, del fundador del negocio y porque de su descendencia genera en las mayorías de las estructuras familiares sobre las que se asienta una empresa problemas de tinte comercial, financiero, personales, de celos, de competencia, de beneficios indebidos, que sin dudas atentan en caso de no establecer pautas claras contra la continuidad en paz de la organización, eventos que muchas veces incluso las hace sucumbir en el marco del propio conflicto.

Por ello proponemos que la utilización del fideicomiso de trazabilidad sucesoria puede sin lugar a dudas prevenir los conflictos más usuales en sentido genérico y los particulares de una organización determinada, dando así prevención y claridad en el modo de resolver los posibles conflictos futuros en el marco de la organización.

Previo a avanzar sobre el tema del presente trabajo es dable que nos detengamos en primer lugar a distinguir dos figuras jurídicas que, si bien parecen en su nombre rezar sobre lo mismo, lo cierto y concreto es que ambos difieren concretamente en su tratamiento y efectos.

El fideicomiso testamentario en el nuevo código se encuentra reglado en los arts. 1699 y 1700 respectivamente, remarcando que se trata de un contrato (causa) sujeto a una condición cierta pero indeterminada que es que el fiduciante en un momento de su vida fallezca, o sea, no está destinado a crear un negocio fiduciario actual sino futuro, y se perfeccionará su puesta en funcionamiento a partir del fallecimiento del causante/fiduciante. Para ser más gráficos es dable señalar que en este tipo de contratos se dispone por testamento la conformación de una propiedad fiduciaria donde el fiduciante en vida dispone para su deceso que otra persona —fiduciario— de cumplimiento con el destino de sus bienes en favor de sus herederos y legatarios —beneficiarios/fideicomisarios— incorporados en cumplimiento de las pautas que gobiernan la herencia con altas pautas de corte publicista (porcentajes de libre disponibilidad, legítima, entre otros). Debiendo en dicho caso el contrato dar cumplimiento con lo normado por los artículos 2448 y 2493 del Cód. Civ. y Com. en lo referente a la forma de los testamentos y su contenido.

En cambio, el fideicomiso de trazabilidad sucesoria (finalidad) es un negocio fiduciario actual, donde una persona en vida dispone que, por ejemplo, las acciones de su sociedad familiar sean administradas por un fiduciario por un lapso de tiempo determinado conforme las pautas, condiciones y mandas que establezca su creador en el rol de fiduciante, para que la administración fiduciaria entregue los frutos a sus beneficiarios designados y en el momento de culminar por cumplimiento del plazo o extinguirse el contrato por muerte del fiduciante por ejemplo, los bienes pasen a manos del o los fideicomisarios. En el caso el contrato se hace operativo desde su constitución y no necesita de un hecho futuro como el deceso, pero el fideicomiso con trazabilidad sucesoria puede operar aún incluso en caso de muerte, por cuanto claramente el contrato puede establecer a quien debe transmitir el fiduciario los bienes para el caso de muerte del fiduciante en el futuro. En el ejemplo dado, el negocio fiduciario comienza a surtir efecto desde su constitución y el deceso no es el gatillo de su inicio, sino que en el caso la muerte puede ser un hecho jurídico de posterior incidencia en él, a diferencia de lo que sucede con el fideicomiso testamentario, donde nace la operatividad de este con la muerte y de hecho el plazo del dominio fiduciario se computa desde dicho momento.

El punto de encuentro, si se quiere, de ambas figuras es que en el fideicomiso de trazabilidad sucesoria la muerte debe ser considerada como una posibilidad futura de un contrato ya operativo y en curso. Y nos preguntamos cuál sería el impedimento legal de establecer como beneficiarios y en su caso fideicomisarios a los propios herederos forzosos y legatarios —en su caso— respetando las pautas de la legítima (art. 2444, 2445 Cód. Civ. y Com. —descendientes 2/3, ascendientes 1/2 y cónyuge 1/2—) y disponibilidades libres del nuevo Código (1/3 del patrimonio). En dicho caso la cláusula posible indicaría que en caso de deceso el fiduciario transmitirá los bienes a los fideicomisarios incluidos en el presente contrato, debiendo por ende cumplirse la manda propia de trazabilidad sucesoria.

Como podemos observar claramente, el fideicomiso de trazabilidad sucesoria no se identifica con un pacto sobre herencia futura —pero lo puede contener—, puesto que si bien es cierto que es indudablemente un contrato, este busca desde su creación preservar y administrar el patrimonio actual del fiduciante que claramente como pauta normal de su vida en un futuro y en vigencia del contrato de fideicomiso puede fallecer —posibilidad—, pero reiteramos la muerte no es la causa fundamental ni la finalidad prístina y única de este contrato. El motivo central del fideicomiso de trazabilidad

sucesoria es como expresáramos en la introducción una herramienta para preservar el patrimonio del fiduciante en el marco de una administración organizada tendiente a beneficiar en el caso a la estructura de la empresa familiar en su conjunto. Tampoco por ende se trata de organizar una sucesión futura, sino de planificar el patrimonio en la actualidad siendo en dicho marco el deceso una de las tantas pautas contractuales a tratar el ejemplo de contrato de fideicomiso de acciones, donde incluso se pueden pactar beneficios para los fundadores de la empresa familiar, prever situaciones de subsistencia en caso de capacidades restringidas, rentas vitalicias, profesionalización de la administración, entre muchas otras que conforman este tipo de contratos.

Estamos de acuerdo con Lisoprawski cuando sostiene que “Los pactos de herencia están prohibidos en el Código Civil que todavía nos rige. El nuevo Código Civil y Comercial mantiene el principio tradicional, con algunas excepciones. En consecuencia el contrato de fideicomiso sigue teniendo prohibido —ahora expresamente— los "pactos sobre herencia futura" (art. 1670 CCyC) como objeto. Sin embargo anticipamos que la nueva legislación trae en materia de contratos sucesorios una excepción importante en el segundo párrafo del art. 1010, a la que nos referiremos más adelante. En lo que a la planificación patrimonial respecta esta norma producirá un avance notable, donde el contrato de fiducia jugará un rol importante entre las variantes instrumentales posibles. A ello deberá sumarse indirectamente la mayor amplitud dispositiva que trae el art.2445, en lo que a las porciones legítimas respecta, y la posibilidad de la mejora a favor del heredero con discapacidad (art.2448)”¹³. Ello toda vez que la prohibición de pactar la herencia futura en el marco de los fideicomisos, no se contrapone con las excepciones que el régimen general recepta a modo excepcional, al extremo que incluso la administración de los patrimonios comerciales como acontece en el marco de empresas familiares, no encuentran óbice para su estructuración conforme las propias excepciones previstas por el art. 1010 CCCN.

7. EFECTOS DEL FIDEICOMISO DE TRAZABILIDAD SUCESORIA

¹³ LISOPRAWSKI, Silvio V.FIDEICOMISO DE PLANEACIÓN PATRIMONIAL Y LA PROHIBICIÓN DEL PACTO SOBRE HERENCIA FUTURA Publicado en: DCCyE 2015 (febrero), 119 • LA LEY 03/03/2015, 1 • LA LEY 2015-A, 1085 • DFyP 2015 (octubre), 125 Cita: TR LALEY AR/DOC/201/2015)

Este tipo de contratos tiende, sin dudas, no solo a generar un patrimonio de afectación separado de los patrimonios del fiduciante y fiduciario en el marco del dominio imperfecto, sino que aúnan un importante plafón de acuerdos familiares —de una sola rama familiar o de diversas familias en el marco del mismo negocio— que sin dudas tienen a lograr una:

a) Planificación con fines de partición o división: claramente vislumbrado en el hecho de que el o los titulares de participaciones sociales puedan, mediante un fideicomiso de acciones con trazabilidad sucesoria, no solo asegurar el buen gobierno actual de la unidad de negocios y la equidad para los miembros de la familia, sino que le permite al fiduciante/causante futuro, acordar las pautas de su partición, pautas que serán aceptadas por todos los sujetos participantes y con vida al momento de su otorgamiento. También el Código Civil y Comercial permite a la fecha que en los casos en los que el acervo hereditario esté conformado por un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituya una unidad económica, o partes parciales, cuotas o acciones de una sociedad, el cónyuge supérstite que lo haya conformado puede oponerse a que se incluya esta en la participación salvo que pueda serle adjudicado en lotes, así como en el caso de que el cónyuge no lo haya conformado pero participa activamente en la explotación. Teniendo incluso la cónyuge y/o cualquier heredero que haya participado en la forma indicada, el derecho a que se sostenga la indivisión post hereditaria hasta que esta sobreviva (arts. 2332 y 2333, Cód. Civ. y Com.). Incluso en esta misma línea el art. 2380 del Código establece que el cónyuge sobreviviente o los herederos pueden pedir o que se les pacte en el fideicomiso atribución preferencial en la partición, con cargo de pagar saldos a los restantes herederos en el caso de que así resulte de la atribución de lotes; lo mismo puede establecerse respecto de las participaciones sociales.

b) Planificación con fines de mejorar a un heredero forzoso: permite, sin lugar a dudas, este tipo de fideicomisos incorporar pautas para la vida del fiduciante en lo que hace a su manutención e incluso permite en dichos escenarios mejorar a herederos forzosos para el caso de que sean estos los que efectivamente desplieguen tareas en la administración y desarrollo de la gestión empresarial de la empresa familia, donde no siempre todos los participantes de la familia son los que llevan la gestión de la empresa adelante. Existen incluso en el propio Código Civil y Comercial pautas que permiten mejorar la herencia a favor de herederos discapacitados (persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o

mental, que con relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral), mocionando el propio legislador al fideicomiso como canal o cauce apto para esta pauta de mejoramiento de la legítima legalmente habilitado el fiduciante, pudiendo este último pactar de mejorar a dicho heredero en un tercio de las porciones legítimas (art. 2448, Cód. Civ. y Com.).

c) Planificación con fines de otorgar la administración a favor de un heredero forzoso: pudiendo como explicitamos por medio del fideicomiso de trazabilidad sucesoria erigir como fiduciario al heredero mejor capacitado para administrar desde la constitución el fideicomiso y en su caso dar cumplimiento cabal a las mandas fiduciarias para cuando suceda el deceso del creador de la fiducia.

d) Planificación con fines de beneficiar a un extraño: puede, en el marco del acuerdo fiduciario, conformar beneficios a favor como beneficiarios o como fideicomisarios de personas no herederas conforme lo autoriza la pauta de las porciones disponibles y hasta los límites que estas imponen so perjuicio de avanzarse en forma indebida sobre los derechos inalienables que otorga la legítima en la normativa sucesorio que estos fines venimos tratando.

e) Planificación con fines de creación de instancias eficaces de autocomposición: claro que la pauta del fideicomiso de administración con trazabilidad sucesoria podrá y así aconsejamos prever la creación de medios alternativos de conflictos, de generación de procesos aptos para evitar la judicialización en casos de controversia. Son ejemplo de ellos la conformación de la mediación extrajudicial, los arbitrajes, las pautas de terceros tasadores de renombre o con trayectoria, la designación de remedios preventivos en caso de que el fideicomiso posea dificultades financieras a los fines de evitar su liquidación judicial como primera pauta y medida¹⁴.

f) Planificación con fines de transmisión de la empresa familiar¹⁵, tendiente a concordar una transmisión no conflictiva y muchos menos traumática de los emprendimientos familiares, centrando una interconexión muchas veces entre el derecho societario y el derecho de las sucesiones a los

¹⁴ DAVID, Marcelo A., "Liquidación de patrimonios fideicomitidos en el Código Civil y Comercial", RDCO 275, ps. 1705 a 1715.

¹⁵ BORELLI MARCHI, Roberto, "Fideicomiso de planeamiento familiar", Montevideo, junio de 2008, citado por los autores referenciados en la nota i.

finés de salvaguardar las unidades de negocios tan positivas en su desarrollo para cualquier sistema económico.

g) Lograr ventajas impositivas y de ahorro de costos en la trazabilidad sucesoria.

h) Asegurarse subsistencia para la vejez sin forzar objetos y estatutos societarios.

i) Designar a personas idóneas o las más capacitadas para administrar el patrimonio¹⁶.

8. CONCLUSIÓN

Sin dudas que el art. 1010 del Cód. Civ. y Com. recientemente sancionado morigera la prohibición absoluta que existía en el Código de Vélez respecto de los pactos o estipulaciones que comprendan derechos de herencia futura, entendiéndose que lo receptado por el nuevo codificador es lo que la doctrina nacional y extranjera venía requiriendo y hacia donde los códigos más modernos se venían direccionando. A la fecha esta morigeración pasa a ser una herramienta a nuestro criterio crucial en el escenario posible de evitar los desmembramientos y conflictos que tornan frente a una sucesión no planificada a la empresa familiar a la decadencia, la inviabilidad o cuanto menos al escenario de conflictos entre herederos. Mucho más si nos detenemos en el análisis y particularidades de las denominadas empresas familiares en donde las pautas del derecho de familia, del derecho sucesorio y del derecho societario juegan un partido conjunto que sucumbe sin dudas frente a la no previsión contractual. Por ello mocionamos y entendemos plausibles esta como otras normas que otorgan al operador jurídico que trabaja en el asesoramiento de unidades de negocios familiares una posibilidad muy concreta de conformar intereses actuales para evitar conflictos y batallas judiciales futuras, todo en el escenario de la salvaguarda de las unidades de negocios y, por qué no, de la concordia familiar.

¹⁶ D'ALESSIO Carlos Marcelo, "El Fideicomiso como medio de Planificación Sucesoria", Revista de Derecho Privado y Comunitario 2023-2/Planificación Sucesoria Rubinzal Culzoni. Páginas 45 a 69.

LA VOCACIÓN SUCESORIA DE LOS CONVIVIENTES

Por Juan José De Oliveira¹

I. CONCLUSIONES

1. Los integrantes de una Unión Convivencial deben tener vocación sucesoria intestada.
2. Los mismos deberán contar con legítima sobre los bienes integrantes del acervo hereditario.
3. Los convivientes deberían concurrir en un $\frac{1}{4}$ de la herencia con los descendientes, y concurrir por cabeza con los ascendientes.
4. La legítima de los convivientes deberá ser de un $\frac{1}{3}$ de los bienes, salvo concurrencia donde operará la porción legítima mayor.

II. FUNDAMENTOS

1. LA UNION CONVIVENCIAL SEGÚN LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha incorporado expresamente a las Uniones Convivenciales en el Título III del Libro Segundo, desde el art. 509 hasta el art. 528 del CCCN.

En el art. 509 considera tales a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo. Los requisitos de la misma e

La novedad y la importancia de su inclusión dentro del ecosistema normativo, trajo buenas repercusiones, como también algunas críticas. Institutos como el Derecho Real del Conviviente, la Compensación Económica, el deber de asistencia, los pactos de convivencia, la posibilidad

¹ Docente de grado de Sucesiones, plan 6, a cargo de la comisión 5 de la Catedra 1, en la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de Universidad Nacional de La Plata (anteriormente Civil V -Familia y Sucesiones- plan 5). Docente de postgrado en el Curso de Posgrado de Derecho Sucesorio de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la UNLP Subdirector del Curso mencionado. Docente de la Especialización de Derecho de Familia, en la materia Derecho Sucesorio de la misma Facultad.

de Registrar la Unión Convivencial, entre otros, ha sido recibido con beneplácito.

Empero, se ha denotado desde un primer momento la ausencia del conviviente dentro de los órdenes hereditarios, y de los legitimarios (arts. 2424 y 2444 CCCN) lo que imposibilita que a la muerte de un integrante de la Unión Convivencial el otro tenga vocación sucesoria alguna, siempre que no exista testamento que lo beneficie.

Se considera una oportunidad perdida de avanzar con derechos a los convivientes, favoreciendo un fenómeno social existente y en franco crecimiento en nuestro país.

2. PROPUESTAS

En consideración a la importancia del vínculo, a la fuerza que conlleva su inclusión en el Código; considero que debe incluirse en una reforma la vocación sucesoria de los convivientes.

Si bien el Código quiere dejar en claro, que el cónyuge merece mayor protección jurídica, nada obsta en que deban salvaguardarse los derechos hereditarios del conviviente, y que los mismos no se superponen.

Incluir al integrante de la Unión Convivencial dentro de los ordenes hereditarios, cumple con la premisa de incluir a personas que se encuentren dentro del afecto presunto del causante, y no es cualquier persona, sino que es alguien cuya unión está expresamente regulada por el Código Civil (arts 509, 510 y ss CCCN).

En esa idea, propongo reformar el art 2424, para incluir al conviviente dentro del orden hereditario, excluyendo a los colaterales y concurriendo con descendientes y ascendientes.

Con descendientes recibiendo un $\frac{1}{4}$ del total del saldo partible y con los ascendientes recibiendo la misma cantidad que cada uno de los que tenga vocación sucesoria actual (por cabeza) (propongo incorporación de art. 2437 bis).

Asimismo se propone la reforma del artículo 2444 agregando como legitimario al conviviente, agregándole al art 2445 que la legitima del conviviente es de un tercio. También se sugiere la modificación del art. 2446, para el conviviente que concurra con descendientes o ascendientes, la porción disponible se calcula sobre la legitima mayor.

3. CONSIDERACIONES FINALES

Sin perjuicio de las conclusiones que se arriba en la presente, se debe destacar que el conviviente merece la protección sugerida, no dependiendo de una inclusión en un testamento, de contraer matrimonio para tener derechos hereditarios, el cese del derecho estará basado en el fin de la convivencia, de la indignidad que se pueda plantear (de la desheredación si vuelve a instalarse en nuestro país), etc.

DERECHO REAL DE HABITACIÓN VITALICIO Y GRATUITO AL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE. ATRIBUCIÓN PREFERENCIAL.

Por María José Fernández ¹ y Luis Alejandro Ugarte²

I. CONCLUSIONES

1. Debe reconocerse al conviviente heredero que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes para acceder a ella, el derecho de habitación, de manera vitalicia, gratuita, de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante o de ambos convivientes, que no se encuentre en condominio con terceros y que haya constituido el hogar familiar de los convivientes. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante y se extinguirá en el caso que el conviviente supérstite constituya una nueva unión convivencial, contraiga matrimonio o adquiera una vivienda propia o bienes suficientes para adquirirla.

2. Debe reconocerse el derecho a la atribución preferencial previsto en los arts. 2380 y 2381 CCCN al heredero conviviente sobreviviente. En este sentido, consideramos que debe interpretarse que el derecho de la atribución preferencial debe ejercerse dentro de los treinta días de aprobación del avalúo por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 2372 y ante la falta de una disposición expresa que resuelva la situación.

II. FUNDAMENTOS

1. DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE HEREDERO

Como consecuencia de proponer de lege ferenda la inclusión de la vocación hereditaria del conviviente supérstite, también proponemos modificar la restricción que surge del art. 527 del Código Civil y Comercial que establece un plazo máximo de dos años en el supuesto de atribución de la vivienda por fallecimiento del conviviente, aunque manteniendo las

¹ Profesora Adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones - UBA

² Profesor Titular de Derecho de Familia y Sucesiones - UBA

causas de extinción en los casos de que se contraiga nuevo matrimonio, se constituya nueva unión convivencial, contraiga matrimonio o adquiera un vivienda propia o bienes suficientes para acceder a ella.

Más allá de las posiciones que se sostengan en cuento a los fundamentos del derecho de habitación viudal, consideramos que el desigual tratamiento que se le ha dado en el Código vigente respecto del derecho del cónyuge supérstite previsto en el art. 2383 resulta injustificada frente al conviviente supérstite al que se reconoce actualmente el plazo muy restringido de dos años; máxime cuando la convivencia se ha mantenido durante muchos más años que los previstos en el art. 510 Código Civil y Comercial.

De allí que igualamos el derecho de habitación del conviviente a los caracteres que se le reconocen al cónyuge supérstite;

El inmueble debe haber sido propiedad del causante

El inmueble debe ser habitable

La totalidad del inmueble debe integrar el acervo

El inmueble debe haber constituido el hogar familiar

Concurrencia a la sucesión de otros herederos y legatarios

El artículo vigente no hace referencia a la concurrencia de herederos y legatarios. De todas maneras, en la mayoría de los casos, de no cumplirse este requisito, el derecho de habitación del cónyuge o del conviviente que proponemos carecería de aplicación, ya que, al adquirir el supérstite el dominio exclusivo del inmueble, no tendrá sentido el desmembramiento del dominio que ese derecho supone. El derecho de habitación se puede oponer a los sucesores incapaces que concurren a la sucesión.

No hace mención al valor del inmueble

Como se ha interpretado al comentar el art. art. 2383 CCCN también el juez en el caso del derecho que le reconocemos al supérstite deberá valorar si se cumple el fin asistencial de la ley o, en todo caso, si invocar el derecho de habitación del conviviente constituye un verdadero abuso del derecho, teniendo presente las características del inmueble.

Al igual que se reconoce al cónyuge supérstite proponemos que el derecho de habitación del conviviente sea de pleno derecho, gratuito, vitalicio. No pueda cederse, ni embargarse por los acreedores del habitador. Además que pueda renunciarse.

O sea que el conviviente supérstite puede renunciar a este derecho después de la muerte del causante, en forma expresa o a través de actos incompatibles con el beneficio.

Por último, mantenemos las causales de extinción del derecho de habitación que proponemos en los casos del art. 527 CCCN, diferenciándolo del reconocido al cónyuge supérstite.

2. ATRIBUCIÓN PREFERENCIAL

Proponemos de lege ferenda reconocer el derecho a la atribución preferencial previsto en los arts. 2380 y 2381 CCCN al heredero conviviente sobreviviente. En este sentido, consideramos que debe interpretarse que el derecho de la atribución preferencial debe ejercerse dentro de los treinta días de aprobación del avalúo.

Dado la condición de heredero asignada al conviviente supérstite, consideramos que debe contar con la prerrogativa de la atribución preferencial en la partición, prevista en los arts. 2380 y 2381 CCCN.

Para ello, tomamos como aplicable el plazo previsto para la licitación del art. 2372 CCCN es decir treinta días desde la aprobación de la tasación.

Ello así, pues los arts. 2380 y 2381 no fijan plazo para el ejercicio del pedido de atribución preferencial, por lo que sin utilizar la analogía, resultará de utilidad interpretar aplicable el plazo fijado también en materia de partición, en el caso de licitación, es el que debería tomarse para el ejercicio del derecho de atribución preferencial que proponemos reconocer al conviviente supérstite.

DERECHO SUCESORIO DEL CONVIVIENTE

Por María José Fernández¹ y Luis Alejandro Ugarte²

I. CONCLUSIONES DE LEGE FERENDA

1. Deben otorgarse derechos sucesorios intestados al conviviente supérstite que reúna los requisitos del art. 510 y concordantes del CCCN.

2. Deberá establecerse un nuevo orden hereditario por el cual la o el conviviente supérstite sea heredera legitimaria, bajo las siguientes pautas:

a) si concurre con descendientes y ascendientes tendrá vocación hereditaria únicamente sobre los bienes adquiridos durante la unión. En el primer supuesto tendrá la misma parte que un hijo y en el segundo tendrá derecho a la mitad de los bienes.

b) su legítima será de un quinto sobre los bienes adquiridos durante la unión.

c) a falta de descendientes y ascendientes tendrá vocación hereditaria sobre toda la herencia, excluyendo a los colaterales.

II. FUNDAMENTOS

1. SOBRE LOS DERECHOS HEREDITARIOS DEL CONVIVIENTE. FUNDAMENTOS.

La regulación de las uniones convivenciales que establece el Código Civil y Comercial representa un avance significativo en la protección de estos núcleos familiares. El diseño que ha seguido parte del principio de autonomía de voluntad (arts. 513, 514) con dos importantes limitaciones: a) un conjunto de normas imperativas que establecen el derecho de asistencia durante la convivencia, contribución a las cargas familiares en los mismos términos que el matrimonio, la responsabilidad solidaria por la deudas contraída por uno de los convivientes para atender las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos también con el mismo alcance que el matrimonio, y la protección de la vivienda familiar si la unión

1 Profesora Regular Adjunta de Familia y Sucesiones. UBA.

2 Profesor Regular Titular de familia y Sucesiones. UBA.

ha sido inscripta (arts. 519,520, 521y 522); b) el orden público, el principio de igualdad y los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión (art. 515). Este esquema pretende asegurar un equilibrio entre la libertad y la solidaridad en las relaciones familiares.

Dentro de ese núcleo de derechos indisponibles, materia siempre opinable, consideramos que debe otorgarse vocación hereditaria ab intestato al conviviente supérstite con rango legitimario, en razón de los siguientes fundamentos:

a) Esta forma de organización familiar se halla protegida por la Constitución Nacional y diversos tratados internacionales, como el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, entre otros. El art. 14 bis de la CN no limita la protección constitucional de la familia a la surgida exclusivamente del matrimonio. Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma: "En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio". (Ver *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 24-2-2012; *Forneron e hija vs. Argentina*, 27-4-2012; *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, 28-11-2012).

b) El análisis de la realidad social evidencia un incremento de esta forma de vida familiar, así lo atestigua el censo del 2010 de Población, Hogar y Vivienda. El total de personas casadas y en pareja de 14 años y más es de 16.703.00, de ese universo las personas casadas son un total 10.222.566 (61,20%) y las personas en pareja, un total de 6.480.434 (38,80%). En las Provincias cuyo índice de pobreza e indigencia es más alto, la cantidad de personas que viven en pareja se eleva, incluso en la Provincia de Formosa supera el número de parejas casadas (el 54,49% viven en pareja y 45,52% en matrimonio). El censo poblacional, del año 2022 no abordó la cuestión, no obstante datos de la Provincia de Buenos Aires dan cuenta del avance significativo de las uniones no matrimoniales, sobretudo que la estadística solo refleja las uniones convivenciales inscriptas. Así en el año 2015 el total de matrimonios arrojó la suma de 44.149 y de uniones convivenciales la cantidad de 1.700 y en año 2023 la cantidad de matrimonio fue de 54.127 y de uniones convivenciales 37.049. Este dato de la realidad social en orden a la vocación hereditaria del conviviente supérstite justifica el debate legislativo acerca de su procedencia.

c) La inclusión de la vocación hereditaria del conviviente supérstite dentro del núcleo de derechos indisponibles armonizaría nuestro derecho interno con el sistema regional del MERCOSUR, y otros países de Latinoamérica, fortaleciendo la integración. Los países integrantes del Mercosur, Brasil (art. 1790 del código civil), Paraguay (Ley 1/92, arts. 91 a 93), Uruguay (art. 11 ley 18246/08), Venezuela (art. 77 de la Constitución Nacional) y Bolivia, en proceso de adhesión (art. 1108 del código civil) reconocen derechos hereditarios al conviviente. Se inscriben en la misma línea Perú (arts. 326 y 724 del código civil) y Ecuador (art. 68 de la Constitución Nacional y art. 231 del código civil). Difieren en el régimen de concurrencia con otros órdenes hereditarios y en asignarle el carácter de legitimario, Brasil, Paraguay y Uruguay no le otorgan legítima, en cambio Venezuela, Perú y Bolivia se la conceden en tanto equiparan al conviviente y al cónyuge supérstite.

d) En el derecho de familia ha penetrado con mayor intensidad el afecto de las relaciones familiares, es decir vínculos afectivos que no necesariamente reconocen lazos de parentesco, que a la vez traduce un debilitamiento del elemento biológico o genético en beneficio del elemento afectivo. Diversas disposiciones del CCCN reconocen efectos jurídicos a vínculos cimentados en el afecto, a guisa de ejemplos el derecho de comunicación de quienes justifiquen un interés afectivo legítimo (art. 556), el protagonismo del referente afectivo en el procedimiento de declaración judicial de adoptabilidad (arts. 607 y 608), el derecho a continuar la locación en las condiciones pactadas de quienes acrediten haber recibido del locatario ostensible trato familiar (art. 1190), el consentimiento informado para actos médicos que pueden prestar las personas allegadas al paciente (art. 59), la legitimación activa para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales quienes conviven con el damnificado recibiendo trato familiar ostensible (art. 1741), entre otros.

Pero ha sido, sin duda, desde el ámbito jurisprudencial donde el afecto ha evidenciado un impacto notorio en situaciones complejas. Mediante la apelación a la socioafectividad, que reconoce antecedentes en la posesión de estado, y la aplicación de normas constitucionales/convencionales ha dictado pronunciamientos que reconocen supuestos de triple filiación, cuyo fundamento no es otro que el afecto arraigado.

En función de la íntima vinculación entre el derecho de familia y el sucesorio, en especial en la sucesión intestada y el sistema de legítimas, nos

parece que la socioafectividad debe permear el orden sucesorio de fuente legal.

e) Si bien se han dado diversos fundamentos al fenómeno de la transmisión *mortis causa* en general, en la sucesión intestada no puede prescindirse, atendiendo a los órdenes hereditarios que establece la ley, del afecto presunto del causante. Y ese afecto está presente en la unión convivencial pues desde lo ontológico no hay diferencias entre ésta y el matrimonio.-

f) Es cierto que no existe obstáculo para que el conviviente resulte sucesor "*mortis causa*" por vía de testamento, con las restricciones que resulten de la existencia de herederos legitimarios. Pero es evidente que no es lo mismo ser heredero ab intestato que testamentario. Por lo pronto esta última fuente del llamamiento hereditario requiere de un acto positivo y formal de expresión de voluntad, a diferencia de la sucesión legítima en que basta un no hacer, por cuanto es la ley quien se encarga de atribuir la vocación hereditaria.

Si a ello se aduna la escasa cultura testamentaria en nuestro país, sobretudo en sectores sociales menores recursos, será poco probable la recurrencia al testamento y por lo tanto garantizar adecuadamente el derecho hereditario del conviviente.

g) La solución de la vocación hereditaria del conviviente no puede ser idéntica a la del cónyuge por dos razones: a) si bien ambas formas de organización familiar están precedidas por los principios de libertad y solidaridad, la autonomía de la voluntad es más intensa en la unión convivencial, luego igualarlas conspiraría con dicho principio: b) carecería de sentido legislar dos instituciones familiares con los mismos efectos.

2. RESPECTO DEL ORDEN HEREDITARIO. FUNDAMENTOS.

En cuanto al orden hereditario que proponemos hemos tomado como fuente la solución del Código Civil de Brasil (art. 1790) con modificaciones. Se ha ponderado la proximidad del vínculo afectivo del conviviente y la discriminación con el cónyuge en función de lo afirmado en el apartado anterior. En cuanto a las modificaciones respecto de su fuente nos inclinamos por otorgarle una porción legítima, aunque limitada respecto del cónyuge, tanto en su cuantía como sobre los bienes afectados a su cálculo. Y en cuanto al patrimonio sobre el cual tendrá vocación hereditaria

discriminamos el caso en que concurra con descendientes y ascendientes. supuesto en que se limitará exclusivamente a los bienes adquiridos durante la unión, del caso en que no sobrevivan descendientes ni ascendientes supuesto en que no se atenderá al origen de los bienes y por lo tanto el conviviente tendrá derecho a toda la herencia desplazando a los colaterales.

UNIONES DE HECHO Y VOCACIÓN SUCESORIA

Por Francisco A. M. Ferrer¹

I. CONCLUSIONES

1. Se debe incorporar en la sucesión testada como nuevo orden sucesorio al conviviente supérstite, con derechos equivalentes o similares a los del cónyuge, sobreviviente, con arreglo a los requisitos que establezca la ley.

II. FUNDAMENTOS

1. RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

Sobre el *derecho sucesorio intestado de los convivientes entre sí*, nada dispone el Código Civil y Comercial. En este aspecto la situación se mantiene sin variantes: la ley no reconoce vocación hereditaria recíproca entre los convivientes².

Pero sin duda el conviviente puede ser beneficiado con una disposición testamentaria, pudiendo su compañero/a instituirlo como heredero universal, si carece de herederos forzosos; o, si los tiene, lo puede instituir como heredero de cuota, en cuyo caso podrá disponer de la porción disponible (un tercio o la mitad, si tiene descendientes o ascendientes, respectivamente, arts. 2445 y 2446). También podría constituir un fideicomiso, instituyendo al conviviente como beneficiario o fideicomisario (art. 2493). Por último, también podrá asignarle legados de bienes particulares.

¹ Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Nacional del Litoral (UNL). Doctor en Derecho, de la UNL. Profesor Titular de Derecho Civil VI (Sucesiones), en la UNL y Universidad Católica de Santa Fe. Profesor del curso de postgrado de Derecho de Familia en la UNL.

² MENDEZ COSTA, María J.: Los convivientes y la sucesión *mortis causa* en el derecho proyectado, en la obra *Derecho moderno. Liber Amicorum* Marcos M. Córdoba, Rubinzal Culzoni Ed., Bs.As.-Sta. Fe, 2013, t. I, p. 701 y sgtes.; LLOVERAS-ORLANDI-FARAONI: Uniones convivenciales, Rubinzal Culzoni Ed., Bs.As.-Sta.Fe, 2016, p. 512/513; IGLESIAS, Mariana B. en IGLESIAS-KRASNOW: Derecho de las familias y las sucesiones, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 1064.

El derecho hereditario legal se mantiene como privilegio exclusivo del matrimonio. No obstante la aproximación que se ha producido progresivamente entre las diversas formas de conyugalidad, el derecho sucesorio argentino continúa estableciendo una diferencia esencial entre el matrimonio y la unión convivencial.

La injusticia que esta solución puede presentar cuando se trata de uniones convivenciales de muchísimos años no se cubre invocando la posibilidad de efectuar beneficios económicos dispuestos por testamento y la ampliación de la porción disponible, porque sabido es que en nuestro país no está incorporada a nuestra costumbre con nivel de generalidad la práctica de otorgar testamentos. Por eso era un reclamo de un importante sector de la doctrina que el legislador reglamentara el derecho hereditario intestado entre los convivientes como lo han hecho muchas legislaciones próximas a la nuestra³. Marcelo J. Salomón califica incluso de inconstitucional la omisión de una cuota legitimaria para los miembros de uniones convivenciales, porque se desconoce el mandato constitucional de protección de la familia⁴. Y diversos proyectos de ley argentinos siguieron esa corriente, a título ejemplificativo el proyecto presentado en 1996 por los diputados Elisa M. Carrió, Víctor M.F. Fayad, Federico Storani, y otros, dispone que con cinco años de convivencia se consideran gananciales los bienes adquiridos a título oneroso durante la convivencia y los acrecentamientos de los bienes propios, los cuales se deben dividir por mitades a la muerte de unos de los convivientes. Si no quedan descendientes ni ascendientes los convivientes cuya unión perduró un lapso no inferior a cinco años y ambos con aptitud nupcial, se heredan recíprocamente (arts. 16,17 y 18). Y otro proyecto en el mismo sentido y similar contenido fue presentado en el Senado por la senadora Mónica Perceval. Pero quedaron en proyectos.

2. TENDENCIA LEGISLATIVA EN NUESTRA REGIÓN.

Quedamos, hasta ahora, al margen de la convergencia legislativa que se aprecia en la mayoría de los países de nuestra región sudamericana:

³ Entre otros: ARIANNA, Carlos A.: Uniones de hecho y derecho sucesorio, n° IV y V, Rev. de Derecho Privado y Comunitario 2014-3-385 y ss.; PITRAU, Osvaldo: su disertación en el Congreso sobre “El Derecho de Sucesiones en Argentina”, celebrado en la Universidad Abierta Interamericana, Bs.As., 7/4/2022.

⁴ SALOMON, Marcelo J.: Legítima hereditaria y Constitución Nacional, Alveroni Ed., Córdoba, 2011, p. 470/474 y 525.

a) Uruguay

La ley 18.246/08, art. 11 concede al concubino supérstite con cinco años de convivencia los mismos derechos sucesorios que el art. 1026 del Cód. Civil acuerda al cónyuge, pero carece de la calidad de legitimario, es desplazado por los descendientes, concurre con ascendientes (la mitad de la herencia para el conviviente y la otra mitad para los ascendiente), y excluye a los colaterales. Si existe cónyuge supérstite, integrarán la misma parte, y en proporción a los años de convivencia⁵.

b) Brasil

Siempre que la unión de hecho sea “duradera” (art. 1723), el art. 1790 establece los derechos sucesorios del conviviente respecto de los bienes adquiridos onerosamente durante la vigencia de la unión estable, en concurrencia con hijos comunes, con descendientes sólo del causante, y con otros parientes sucesibles (ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado). No habiendo parientes en grado sucesible, toda la herencia queda para el compañero supérstite, que no obstante no tiene carácter de heredero forzoso⁶.

c) Paraguay

La ley 1/92, asigna derechos sucesorios al concubinario supérstite en concurrencia con hijos y con ascendientes, y a falta de ellos recibe todos los bienes del causante excluyendo a los colaterales (arts. 91/93). Se requiere que la unión estable, singular y notoria dure al menos cuatro años, a menos que hubiesen nacido hijos comunes, y sus integrantes no soporten impedimentos matrimoniales. Esta unión genera una comunidad de gananciales que se dividirá por mitades al disolverse, siendo la muerte de un

⁵ Ver: RIVERO DE ARHANCET, Mabel: Lecciones de derecho sucesorio, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 3ra. ed., 2014, p. 137 y ss; CAROZZI, Emma: Ley de unión concubinaria, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012, p. 127 y ss.

⁶ DE SALVO VENOSA, Silvio: Direito civil. Direito das successoes, Editora Atlas, 11ma.ed., Sao Paulo, 2011, p. 141 y ss.

compañero causal de disolución. El supérstite es heredero, pero no tiene carácter legitimario⁷.

d) Chile

La ley 20.830 de 2015, art. 16, establece que el acuerdo de unión civil otorga a los convivientes el derecho sucesorio intestado recíproco y el supérstite concurrirá a la sucesión de su conviviente de la misma forma que el cónyuge y tendrá sus mismos derechos, siendo heredero legitimario.

e) Perú

Por ley 30.007 de 2013 se modificó el Código Civil (arts. 326, 724, 816 y 2030, inc. 10), acordándose a los integrantes de una unión libres de impedimento matrimonial, el derecho sucesorio intestado del matrimonio, con carácter de herederos legitimarios. Se requieren dos años de convivencia.

f) Ecuador

El artículo 68 de la Constitución de 2008 reconoce a la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que forman un hogar de hecho y que reuniendo las condiciones que determine la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. Los integrantes con dos años de convivencia gozan del derecho sucesorio intestado, pero no son herederos legitimarios (arts. 222, 223, 230, 233 y 332 del Código Civil, reforma de 2015).

g) Colombia

Por ley 54 de 1990, modificada por ley 979 de 2005, se dispone que la unión marital de hecho por dos años produce una sociedad patrimonial entre ambos integrantes de la pareja con todos los bienes adquiridos durante la unión por el trabajo, incluidos sus frutos y rentas, cuyo capital se dividirá por partes iguales al finalizar la unión marital. Si cesa por muerte de alguno de sus integrantes, la partición se hace en el proceso sucesorio con los

⁷ MARTINEZ, Eladio W.: Derecho sucesorio en la legislación paraguaya, 3ra. ed., La Ley Paraguaya, Asunción, 2001, p. 379 y ss.

herederos del conviviente fallecido. No forman parte de la capital de la sociedad los bienes adquiridos antes de iniciar la unión, ni los adquiridos posteriormente por herencia, donación o legado.

3. ESCASOS EFECTOS SUCESORIOS RECONOCIDOS POR EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Algunos mezquinos efectos de carácter sucesorio, no obstante, reconoce el Código Civil y Comercial a la unión convivencial:

a) La compensación económica

Prevista por el art. 524 para cuando cese la convivencia por cualquiera de las causas establecidas en el art. 523, a favor del conviviente que sufra un desmejoramiento de su situación económica por causa de la finalización de la unión convivencial. La muerte es la primera de las causas de cesación de la unión (inc. a, art. 523), que, como ya vimos, habilitaría al sobreviviente a reclamar esta compensación a la sucesión del conviviente fallecido, para lo cual goza de un plazo de seis meses a contar de su deceso (último párrafo, art. 523).

b) Atribución de la vivienda a favor del conviviente supérstite

Cuando carece de vivienda propia habitable o de recursos suficientes que le permitan acceder a ella, por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble propiedad del causante que fue el último hogar familiar y que a la fecha de apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con terceros, según también vimos en el n° 1755.

c) Legitimación del matrimonio in extremis

No se produce la exclusión hereditaria del cónyuge supérstite cuando su consorte fallece dentro de los treinta días de celebrado el matrimonio, de una enfermedad que padecía al momento de la celebración y que era conocida por el contrayente sano, cuando una unión convivencial con las características que establece el art. 510, hubiera precedido a este matrimonio, con lo cual queda convalidado y legitimada la vocación hereditaria del cónyuge supérstite.

d) Continuación de la locación:

En caso de fallecimiento del conviviente locatario, su pareja no locataria tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del plazo, manteniéndose el obligado al pago y las garantías (art. 526). Este derecho también lo contempla el art. 1190 CCC: el conviviente supérstite tiene derecho a continuar la locación de un inmueble destinado a vivienda en caso de abandono o fallecimiento del locatario en las mismas condiciones pactadas y hasta el vencimiento del plazo contractual, a favor “de quien lo habite y acredite haber recibido del locatario ostensible trato familiar durante el año previo al abandono o fallecimiento”. Esta norma legal proviene de un lejano precedente judicial de 1954⁸ cuya doctrina fue receptada por las sucesivas leyes de locaciones urbanas (a partir de la ley 15.775 de 1960), y que la jurisprudencia y la doctrina coincidentemente han interpretado que dicha disposición estaba destinada a proteger a la pareja de hecho del locatario, designada con una perífrasis⁹.

Debe advertirse la diferencia entre las dos normas: el art. 1190 requiere una convivencia de un año previo al fallecimiento. A su vez el art. 526 no establece plazo, pero para que la unión convivencial produzca efectos jurídicos requiere reunir los requisitos del art. 510, entre los cuales se exige una convivencia no inferior a dos años (inc. e). Nos inclinamos por darle preeminencia a la norma específica del régimen de las locaciones, y además la más favorable al conviviente supérstite. O sea, que basta una convivencia de un año previo al fallecimiento de la pareja.

4. DEUDA PENDIENTE DEL LEGISLADOR.

Ha sido positivo, sin duda, el avance que representa el nuevo Código al contemplar normativamente algunos importantes aspectos de las uniones de hecho en el orden de las relaciones de familia (arts. 509 y ss). La libertad de contratar entre ellos sobre aspectos patrimoniales de su relación, ya la gozaban sus integrantes bajo la antigua legislación civil, por el principio de autonomía de la voluntad, pero no era practicada. Ahora está regulada por una normativa legal expresa (art. 513/518), pero tampoco se verifica la

⁸ Cám. Nacional de Paz, en pleno, Capital Federal, 29/6/1954, La Ley 75- 161.

⁹ FERRER, Francisco A.M.: Uniones de hecho, en Méndez Costa-Ferrer-D'Antonio: Derecho de familia, Rubinzal Culzoni Ed., Bs.As.-Sta.Fe, 2009, t. III-B, n° 25 p. 509/510.

difusión de su práctica. Además, se estableció una reglamentación imperativa y básica que en función de la solidaridad y de la equidad contempla el sostenimiento del hogar, la manutención y educación de los hijos, la protección de la vivienda familiar y los intereses de los terceros que contratan con los integrantes de la pareja (arts. 519/522). Combina adecuadamente los principios de libertad, solidaridad y seguridad para los terceros.

No obstante, nos parece que también se debió contemplar el derecho sucesorio de los convivientes, y acordarles vocación hereditaria *ab intestato*, graduando su concurrencia con descendientes, ascendientes y colaterales, y asignándole toda la herencia a falta de parientes en grado sucesible.

Consideramos que se impone esta solución porque el matrimonio ya dejó de ser el fundamento exclusivo de la familia. Si bien continúa siendo base de la familia, ya no es exclusivo como institución fundante de un núcleo familiar. Hay diversos modelos de familia: la unión de hecho o convivencial entre dos personas es uno de ellos, y si ha adquirido reconocimiento legal en el contexto de las relaciones familiares, no puede prescindirse del aspecto sucesorio para que su regulación y protección sea completa. Los requisitos y características de tal regulación será cuestión de política legislativa conforme a las valoraciones y condiciones sociales de nuestro país.

5. SITUACIONES SEMEJANTES.

Rechazando la propuesta que aquí se formula, se sostiene que se trata de situaciones distintas, matrimonio y uniones de hecho, que conllevan regulaciones diferentes¹⁰.

En realidad, para nosotros, las situaciones fácticas son semejantes, En una unión convivencial de personas del mismo o diferente sexo, estable, permanente, notoria, singular, hay comunidad de vida, de afectos y solidaridad, tal cual ocurre en la unión matrimonial. Lo diferente es la situación jurídica derivada de una cuestión formal: en un caso se firmó el acta de matrimonio ante el oficial del registro civil, y en el otro no, La convivencia y los perjuicios que para uno de los integrantes de la pareja pueden derivarse del fallecimiento del otro, son similares, pero en el matrimonio el derecho sucesorio contempla su cobertura, mientras que en la

¹⁰ En este sentido, IGLESIAS, Mariana, en IGLESIAS-KRASNOW: Derecho de las familias y sucesiones, cit., p. 1064.

unión convivencial queda prácticamente desprotegido el conviviente supérstite, padeciendo no pocas veces chocantes injusticias.

6. AFECTIVIDAD Y SOLIDARIDAD COMO FUENTES DE LA VOCACIÓN SUCESORIA.

La radical y rápida evolución y transformación de las instituciones del derecho de familia y la construcción de una pluralidad de formas familiares, ha tenido lógica repercusión en el derecho de sucesiones provocando, entre otras cosas, la necesidad de reflexionar sobre una nueva visión de los fundamentos de la sucesión legal o intestada. Y este nuevo análisis ha llevado a erigir a los vínculos afectivos y a la solidaridad como la verdadera fuente de la vocación sucesoria *ab intestato*, sin que esa afectividad y solidaridad se presuman a partir de un vínculo consanguíneo o jurídico (matrimonio o adopción), sino que la presunción ahora se genera solamente por la convivencia o comunidad de vida.

Las consecuencias de esta nueva noción de los fundamentos de la vocación hereditaria intestada conduce directamente a considerar a la convivencia *more uxorio* como cauce idóneo para fundar la vocación sucesoria del conviviente supérstite¹¹.

Coincidentemente la prestigiosa jurista Graciela Medina ha expresado que hoy se considera que la familia no se encuentra basada en un vínculo jurídico, sino, en uno afectivo; este vínculo afectivo puede tener lugar entre un hombre y una mujer, o entre dos personas del mismo sexo. La repercusión de esta concepción en el derecho sucesorio, concluye la eximia profesora, lleva al otorgamiento de derechos hereditarios a concubinos o a convivientes¹².

¹¹ PEREZ GALLARDO, Leonardo B.: Las nuevas construcciones familiares en la sucesión *ab intestato*...en pos de superar trazos hematólogicos, en El derecho de sucesiones que viene, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020, p. 215 y ss; y en Hacia un nuevo derecho de sucesiones, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2019, p. 327 y ss.; FERRER, Francisco A.M. : Solidaridad y vinculo afectivo como fuente de la vocación sucesoria, Revista Código Civil y Comercial, Bs.As., n° 11, diciembre de 2019, p. 63 y ss; y nuestro Tratado de Sucesiones, Rubinzal Culzoni Ed., Bs.As.-Sta.Fe, 2022, t. I, n° 122.

¹² MEDINA, Graciela: Las uniones de hecho homosexuales en el derecho argentino, en Revista de Derecho Comparado, Rubinzal Culzoni Ed., Buenos Aires, 2004, n° VI, p. 120/121.

La existencia y solidez de los vínculos afectivos que se derivan de la comunidad de vida, es el fundamento del llamamiento hereditario del cónyuge viudo, y esto se demuestra porque precisamente caduca ese llamamiento cuando se ha roto esa comunidad de vida, por la separación de hecho sin voluntad de unirse de los cónyuges (art. 2437 CCC, y art. 3575 del Código derogado). En consecuencia, si esos vínculos afectivos y solidarios también surgen con la misma hondura entre los convivientes de hecho que mantienen una prolongada y pública comunidad de vida de afectos y de intereses económicos, singular y estable, no se justifica, entonces, negarles a éstos la recíproca vocación sucesoria *ab intestato*.

En ambos casos, matrimonio y unión de hecho, se da la identidad de razón para la atribución del derecho hereditario legal, No hacerlo importaría incumplimiento por parte del legislador del mandato constitucional que dispone la protección integral de la familia, es decir, protección social, económica y jurídica, sin discriminación alguna, cualquiera sea su formato, matrimonial o de hecho (art. 14 bis Constitución Nacional), y también incumpliría con la función social y asistencial del derecho a heredar¹³, constitucionalmente protegido¹⁴.

7. NECESIDAD DE REGULAR LA VOCACIÓN SUCESORIA LEGAL DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE

La ínfima protección *post mortem* de uno de los convivientes que contempla nuestro Código Civil y Comercial se revela notoriamente injusta cuando se trata de una unión de hecho de largos años, estable, notoria y singular, cuyos integrantes no tomaron las debidas provisiones testamentarias, lo cual es frecuente en nuestro país¹⁵. Para estos casos se

¹³ Sobre esta función del derecho sucesorio, CORDOBA, Marcos M.: “Utilidad social de la sucesión, asistencia-mejora específica”, en Pérez Gallardo, Leonardo (Coord): El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica, Temis-Ubijus-Reus-Zavalía, Bogotá-México-Madrid-Buenos Aires, 2010, p. 165.

¹⁴ CSJN, 30/6/1941, Fallos 190:159; BIDART CAMPOS, Germán: Tratado de derecho constitucional, Ediar, Bs.As., 1995, t. I, p. 488; BADENI, Gregorio: Instituciones de derecho constitucional, Ad-Hoc, Bs.As., 1997, t. I, 460/461; QUIROGA LAVIE-BENEDETTI-CENICACELAYA: Derecho constitucional argentino, Rubinzal Culzoni Ed., Bs.As.-Sta.Fe, 2001, p. 203.

¹⁵ Conf. LLOVERAS-ORLANDI-FARAONI: “Uniones convivenciales”, Rubinzal Culzoni Ed., Bs.As.-Sta.Fe, 2016, p. 513.

mantiene vigente el postulado de la doctrina y de diversos proyectos de ley¹⁶, en el sentido de que se les atribuya a los integrantes de una pareja del mismo o diferente sexo derechos sucesorios *ab intestato*¹⁷, criterio que compartimos según ya lo manifestáramos¹⁸, pues las situaciones de uniones fácticas que no ofenden la moral y las buenas costumbres, de prolongada convivencia fundadas en el afecto, la solidaridad y la asistencia mutua, crean intereses afectivos y económicos dignos de tutela jurídica sucesoria, resultando arbitrario que los convivientes sean relegados frente a las pretensiones de parientes colaterales o del Estado, y que no puedan concurrir con descendientes y ascendientes en los primeros órdenes de la sucesión *ab intestato*.

El X Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Mendoza, en septiembre de 1998, propició la regulación legal de la convivencia de hecho, y recomendó la inclusión del miembro supérstite de la pareja en un nuevo orden sucesorio¹⁹.

Seguramente debe respetarse la decisión de aquellas parejas que eligieron una opción de vida en la cual el matrimonio no forma parte de su proyecto vital, pero, como bien observa Pérez Gallardo, no por ello merecen

¹⁶ Entre otros: FERRER, Francisco A.M.: “El proyecto de ley sobre uniones de hecho”, J.A. 1997-III-712; CORDOBA-FERRERO-RASTELLINO: “El concubinato y los proyectos de ley”, La Ley 2005-F-883.

¹⁷ Conf.: IÑIGO, D.: “Nuevas formas familiares. Uniones de hecho”, en el Libro de Ponencias al X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, 1998, p. 110; MEDINA, Graciela: “Uniones de hecho. Homosexuales”, Rubinzal y Culzoni, Sta. Fe, 2001, p. 354, y “Las uniones de hecho homosexuales en el derecho argentino”, en Revista de Derecho Comparado, ed. Rubinzal Culzoni, 2004, n° 4, p. 126, y en www.GracielaMedina.com; AZPIRI, Jorge O.: “Uniones de hecho”, Hammurabi, Bs.As., 2003, parág. 27; CORDOBA, Marcos M.: “Por un proyecto inclusivo de uniones”, La Ley 2010-D-1324 (postula la necesidad de regular todo tipo de convivencia, incluyendo las de carácter asistencial, no motivada por el relacionamiento sexual, proveyendo a los conviviente también el derecho sucesorio); ARIANNA, Carlos A.: “Uniones de hecho y derecho sucesorio”, ns. IV y V, Rev. Derecho Privado y Comunitario, 2014-3-385 y ss. *En contra*: PERRINO, Jorge O.: “Derecho de las sucesiones”, Abeledo Perrot, Bs.As., t. III, n° 3201; IGLESIAS, Mariana, en Sanchez Herrero, A. (Dir)-Sanchez Herrero, P. (Coord): “Tratado de derecho civil y comercial”, La Ley, Bs.As., 2016, t. VIII, p. 519.

¹⁸ FERRER, Francisco A.M.: “Sucesión del conviviente”, en Rev. Derecho de Familia y de las Personas, ed. La Ley, Bs.As., noviembre de 2017, p. 150 y ss.

¹⁹ Comisión n° 4, III-3,c, J.A. 1999-I-1033/1034, y en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (Coord): “El derecho de familia y los nuevos paradigmas”, Rubinzal Culzoni Ed., Bs.As.-Sta.Fe, 2000, t. III, p. 306.

menos protección en el orden sucesorio que aquellas personas que optaron por el matrimonio legalmente constituido²⁰, y esto en base al vínculo afectivo y a la solidaridad que se presume debe existir sobre la base de la convivencia estable, permanente, pública y singular, existente en ambas formaciones familiares, y que constituye el fundamento del llamamiento hereditario *ab intestato*.

Tampoco se alcanza a justificar esta discriminación de la unión fáctica argumentando que los convivientes tienen el recurso de la disposición testamentaria, porque, como ya advertimos, en la generalidad de los casos el testamento no aparece por la sencilla razón de que no existe en nuestro país la cultura de testar, según es de público conocimiento, circunstancia que no puede desconocer el legislador, como tampoco la realidad de que el matrimonio no es ya la única formación familiar merecedora de protección jurídica.

8. CONCLUSIÓN

Consideramos que ha llegado el momento en que el legislador ha de prestar atención a las uniones convivenciales, y a la desprotección jurídica en que se encuentran en el marco de las relaciones sucesorias, consagrando la vocación hereditaria recíproca de los convivientes, con arreglo los requisitos y condiciones que se establezcan, y a la armonización con la normativa del Código²¹.

Esta postulación responde al perenne anhelo del hombre de realizar la Justicia a través del Derecho, que se concreta en una permanente labor de perfeccionamiento de las normas legales, impulso que hoy se dirige a la adecuación del derecho de sucesiones a las nuevas realidades familiares, sociales y tecnológicas y al espíritu de los nuevos tiempos del siglo XXI, que exigen un régimen hereditario más flexible, más dinámico, más humano,

²⁰ PEREZ GALLARDO, Leonardo B.: “El Derecho de Sucesiones en cifras: recapitulación y pronósticos”, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2009, n° 39, p. 733 (hay separata), y también “En pos de necesarias reformas al derecho sucesorio en Iberoamérica, la obra dirigida por el mismo autor: “El derecho de sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos”, cit., p. 353.

²¹ Destacamos que la eventual vocación sucesoria legal del conviviente supérstite se superpondría con la compensación económica a favor del mismo en caso de ruptura de la unión convivencial por causa de muerte de uno de ellos (art. 523 inc. a) y 525 último párrafo, CCC).

más justo y equitativo y más respetuoso de los derechos fundamentales de la persona, y en esta moderna visión se inscribe la evolución de los últimos años que viene reconociendo a la afectividad y a la solidaridad familiar como la verdadera causa de la sucesión intestada, con todas sus consecuencias.

CIRCUNVENCIÓN DE INCAPACES, VULNERABILIDAD Y PERJUICIO “A OTRO”

Por Lorena A. Goldín¹

*A la memoria de Alberto Goldín y Miryam Salomón, y a quienes
fueron mis Profesores: Jorge H. Alterini y Carlos A. Gherzi*

I. CONCLUSIONES:

1. La circunvención de Incapaces puede constituir un nuevo vicio de la voluntad.
2. La figura de circunvención, no exige que se esté frente a un incapaz civilmente declarado, bastando que en el momento del hecho padezca una disminución de su inteligencia, voluntad o juicio, que lo incapacite para resguardar debidamente sus intereses económicos.
3. Vulnerabilidad: susceptible de sufrir un daño. Se encuentran real o potencialmente en riesgo: En principio niños y niñas, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75 inc. 23 CN)

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

La presente investigación propone advertir sobre la problemática de la **circunvención de incapaces**. Es decir, cuando la **socioafectividad** se ve disfrazada o solapada. Cuando hay un falso ropaje de socioafectividad.

¹ Abogada (UBA) Escribana Pública, Titular de Registro, por Concurso de Oposición y Antecedentes, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en ejercicio. Posgrado: Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario (UCA Tesis Sobresaliente) Miembro del Instituto de Derecho Procesal del Colegio de Escribanos de CABA. Miembro de la ponencia que representó a la Argentina, en el 28º Congreso Internacional del Notariado, celebrado en París, Francia. TEMA I: «El notario como tercero de confianza» Autora y coautora de publicaciones jurídicas, con Referato y literarias. Libros: Derecho Notarial, Registral, e Inmobiliario Director Jorge Horacio Alterini. Tomo II escribaniagoldin@gmail.com AVAL: Notario Dr. COSOLA, Sebastián Justo. Rector de la Universidad Notarial Argentina. Profesor Titular. Miembro de Número de la Academia Nacional del Notariado. Presidente de la Comisión de Interdisciplina, Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2024.

Especialmente en el marco del otorgamiento de testamento² ológrafo, para lo cual analizaremos el concepto de testador vulnerable, y dolo testamentario. Cuando el afectado es “el otro”; el otro sería quien por vocación hereditaria tiene derecho a esa herencia.

En protección de la autonomía y en resguardo del testador nos propusimos estudiar el criterio jurisprudencial argentino, así como en doctrina comparada. Analizaremos los institutos mencionados, a fin de determinar si la voluntad, puede verse viciada, y cuáles serían las causales.

La metodología empleada será la comparación. Vamos a desarrollar conceptos como captación, vulnerabilidad, circunvención y vicios de la voluntad.

La protección del testador vulnerable, así como a la libertad de testar reconoce su fundamento en la **Constitución Nacional, derecho a la propiedad y a la herencia, así como en los tratados internacionales y convenciones.**

Asimismo, pretendemos aportar conclusiones y usos del certificado médico, exclusivamente cuando estos se emiten en resguardo de la capacidad de una persona, como así también investigar si es el ámbito hospitalario un lugar propicio para otorgar actos jurídicos válidos, y si la voluntad del paciente internado puede verse viciada.

Lograr persuadir al lector de la trascendencia de estudiar los institutos jurídicos a través de la jurisprudencia. Impregnar nuestro aporte de originalidad, poner en palabras **la problemática de la circunvención; un tema preocupante, para instituciones y profesionales.**

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO VARIABLE

Hay factores que hacen permeable la voluntad. Sin adentrarnos en el campo de la psicología, y desde los parámetros abstractos del derecho civil, sabemos que el acto jurídico, es el acto voluntario lícito que tiene por

² Existe una presunción de capacidad natural del testador, esta presunción es especialmente reforzada cuando el testamento es notarial, así lo recepta la doctrina comparada.

fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. Enseña el Dr. Ghersi, que el acto voluntario lícito se materializa a diario, en pequeños contratos: *la compraventa de mercadería*. Celebramos diariamente actos jurídicos, con discernimiento, intención y libertad, en escenarios conocidos.

Cambia el panorama, cuando debido a las circunstancias o padecimientos, la persona se encuentra en un centro de salud. El mero hecho de encontrarse “internado u hospitalizado”, no amerita a poner en duda la validez de un acto. Habrá que ver en cada caso determinado, las condiciones de esa persona, su patología, **su riesgo de vida, la medicación suministrada, el deterioro o no de sus facultades cognitivas.**

a) *Es el ámbito hospitalario, un lugar propicio para otorgar actos jurídicos válidos: “El debilitamiento de la voluntad del paciente internado”*

Como dijimos, el mero hecho de permanecer internado u hospitalizado, no tiñe por sí solo la validez de un acto. Sin embargo, sostenemos –en el marco de ésta investigación y atento las nulidades de las que son pasibles, los actos otorgados en esas circunstancias– que no es un ámbito propicio ni idóneo, para la celebración de actos jurídicos, que comprometan el patrimonio, que impliquen una liberalidad: firmar, obligarse, desapoderarse, contratar, comprar, vender, testar, entre otros actos. **“Lo correcto es dar intervención interdisciplinar**, ante la necesidad de evaluar y dictaminar acerca de la aptitud del paciente, para el caso de extrema solicitud del paciente, de tener que realizar impostergablemente actos administrativos mientras permanece convaleciente.”³.

El encuadre de circunstancias, que conlleva una internación u hospitalización, tornan inadecuado este ámbito para firmar actos jurídicos plenos y eficaces. La medicación, la anestesia, las sondas, los psicotrópicos y opiáceos; y estos en su conjunto. La preparación para ciertos estudios, (*inclusive la advertencia escrita durante la práctica de ciertos estudios: “No tomar decisiones legales”*), y los paliativos de ciertas enfermedades (opioides), podrían debilitar la voluntad, obnubilarla, viciarla. Los opiáceos surten los efectos para los cuales han sido suministrados. En pacientes terminales, resultan ser inductores: entre la vida y la muerte. Y así como en

³ ARANCIBIA, Rodolfo, médico legista, científico. Santa Fe

el marco del derecho penal, se reduce la pena, o la imputación por el uso de drogas o psicofármacos; también en el derecho civil el uso de opioides, podría disminuir o debilitar la capacidad volitiva.

“La edad de un paciente no priva por sí sola de la aptitud mental, pero cuando va articulada y unida a un cuadro de enfermedad que necesita de cuidados intensivos, constituye un agravante del estado que inevitablemente debilitan sensiblemente las funciones psíquicas impidiendo gozar de una perfecta integridad para razonar, pensar, memorizar, atender, comprender e interpretar, todo lo cual condiciona la capacidad –y en muchos casos anula– de decidir con voluntad plena, exponiendo a todo paciente a que ésta última pueda ser sustituida convirtiéndola en presa de todo tipo de influencias, ante la imposibilidad de poder expresarla libremente”⁴.

Por lo dicho entonces para garantizar la perfecta razón y discernimiento de un paciente internado, debe existir en historia clínica un informe que así lo demuestre, es decir avalado por un dictamen escrito destinado a evaluar no solo el estado de vigilia y orientación del paciente, sino particularmente la coherencia en la asociación de sus ideas y juicio, plena conciencia de su situación de enfermedad, sin amnesia, ni hipomnesia (pérdida o disminución de la memoria), ante el sufrimiento vivenciado como vulnerabilidad personal, indefensión y desesperanza, estrés prolongado, entre otros, situación de pandemia⁵. Ahí es cuando se abre la posibilidad, de verse captada la voluntad.

Podemos leer en diversas pericias la opinión de *peritos especializados* en razón: “qué si el paciente sabía que tenía una intervención quirúrgica u otras prácticas médicas, debió designar apoderados a fines tales como cumplir obligaciones, vender, comprar, obligarse”.

“Las personas que ingresan con un cuadro grave, que implica su internación en terapia, cirugía, y/o terapia intensiva, pasan a depender en su asistencia, exclusivamente de la atención de un equipo de salud, y en este contexto **la medicina legal invade la órbita del derecho y el derecho invade la órbita de la medicina legal y podemos decir que el paciente pierde “de algún modo”, su ropaje de derechos civiles**. Por ello, no puede afirmarse la existencia de “perfecta razón” y consecuentemente “perfecto

⁴ ARANCIBIA, Rodolfo

⁵ ARANCIBIA, Rodolfo

discernimiento” en un paciente que cursa una internación institucional por un cuadro de debilitamiento psicofísico agudo, cuyo desarrollo evolutivo es ominoso”⁶.

La terapia intensiva no es un ámbito propicio para otorgar actos jurídicos, los profesionales de la salud, sugieren generar un adentro y un afuera –del alta médica hospitalaria–, respecto de los cuadros de salud que así lo ameriten. **Los profesionales del derecho deben abstenerse de participar de un instrumento público o privado, si se evidencia una notoria falencia de la capacidad de la persona firmante⁷. Existiendo elementos con los que podemos, contar –de asesorarlo a tiempo-; como poderes que prevén ser aptos ante la incapacidad sobreviniente, directivas médicas anticipadas, testamentos previos, otorgados en plena salud de la persona, y demás circunstancias en resguardos de derechos y en protección “de la integridad de la voluntad testamentaria”.**

b) Certificado Médico

Certificado médico respaldatorio de la capacidad del paciente. Cuando hablamos de certificado, extendido para sostener la validez de un acto, para justificar el estado de salud o capacidad de una persona, hay algo que se quiso cubrir o resguardar. Distinta es la prudencia del notario público, al otorgar actos en su protocolo, resguardar su responsabilidad o verificar a ciencia cierta la capacidad de una persona. La mayoría de la doctrina entiende que no es necesario acompañar al protocolo notarial dicho certificado. Adherimos a esta postura, y a la premisa: “ante la duda, abstente”.

La capacidad se presume. Entendemos que de emitirse debe ser emitido por el **médico de cabecera del paciente**, constar en original, no sustentando ninguna entidad el certificado otorgado “por guardia”, “por médicos de otras especialidades”, de la patología que se trate. Consideramos acertada la siguiente jurisprudencia, que citamos a modo de ejemplo: **CAMARA CIVIL - SALA K “J., C. G. c/ J. C., M. E. Y OTROS s/ IMPUGNACION/NULIDAD DE TESTAMENTO” Expediente N° 100951/2012 Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 73 –**

⁶ ARANCIBIA, Rodolfo

⁷ Conf. VIERA, Mauricio, Jornada de Derecho Penal. Colegio de Escribanos CABA, 2023.

23/08/2022 “Cuando se le preguntó (al médico tratante), si de acuerdo a la historia clínica y a cómo se encontraba la paciente... entendía que la señora ... hubiera estado en condiciones de otorgar un acto de última voluntad respondió ... no tengo ni la menor idea, porque puede ser que haya estado lúcida en un momento y que no haya estado lúcida a los diez minutos siguientes..., evidentemente hay momentos en donde ha estado lúcida y hay momentos en que si hay descripto por neurólogos que ella estaba con excitación psicomotriz, tengo que entender que era una paciente que entraba y salía de los estados de lucidez”. **“En un estado general de la testadora tan delicado, no puede asegurarse que haya estado lúcida al momento de testar,** cuando la misma **entraba y salía del estado de lucidez,** lo que estaba en cabeza de los demandados acreditar (art. 377 CPCCN)” La doctrina de este fallo, entiende que todo el lapso de internación, debe considerarse no apto para otorgar actos jurídicos. “En síntesis, las dolencias físicas e intelectuales descriptas, revelan que en el período previo a su fallecimiento la señora J. no se encontraba en un estado de lucidez regular o permanente. A su vez y lo que resulta dirimente es que tampoco se probó que esa fuera su situación al tiempo de suscribir el documento.

3. LA PROBLEMÁTICA DE LA CIRCUNVENCIÓN DE INCAPACES

Enseña el Profesor Caparelli⁸, que la palabra circunvencción tiene algo extraño “que palabra rara...” (sic) Y que utilizamos circunvencción, para explicar esta idea de “**rodear a otro**”. Parte de la doctrina también llama cooptación, a la captación de la voluntad.

“El delito de Circunvencción de Incapaces⁹. Este delito el legislador eligió para criminalizarlo el art. 174, inc 2º, C.P. y prevé una pena de mínima de dos años de prisión. *Y dice que: “El que abusare de las necesidades pasiones o inexperiencia de un menor o un incapaz, declarado o no como tal, para hacerle firmar como tal un documento que importe cualquier efecto jurídico en daño a él o de un tercero, aunque el acto sea civilmente nulo”.*

⁸ Seminario Laureano Moreira, Circunvencción de Incapaces, 2024

⁹ Seguimos a VIERA, Mauricio, Dr., Jornada de Derecho Penal. Colegio de Escribanos CABA, 2023.

El tipo penal, el agravamiento de pena se sustenta con la menor defensa que tiene la víctima en estos casos, **una mayor vulnerabilidad**, el tema de estas Jornadas, se dice que el autor abusa –justamente– de esas debilidades, que tiene la víctima, de la personalidad.

Autor de ese delito puede ser cualquier persona, sujeto pasivo menor, para el Código Civil hoy son los 18 años de edad, o incapaz declarado o no, los dementes obviamente, los sordomudos, pero también cualquier persona **toda persona que por diferentes motivos padezca una disminución ya sea de su inteligencia de su voluntad y de su juicio.** Que le impida resguardar sus intereses patrimoniales económicos debidamente. La víctima, está en una inferioridad de condiciones, para resistirse al autor que la induce a firmar el acto. Pero aparte de estas dos personas: el menor y el incapaz, – hoy– **se habla de que el daño, le puede ocasionar al menor o al incapaz, a esa víctima o “a otro” ahí aparece la posibilidad de otra víctima, “el daño a otro”, hoy se tiene claro, eso, “el otro” sería el heredero legítimo, el heredero testamentario**. Señala el Dr. VIERA, que no siempre fue así pacífica esta idea por eso la Cámara del Crimen en el año 1987, dicta el famoso **fallo plenario "Guichandut"**, Cámara Civil y Comercial, en pleno, N° 19, 9/4/87, donde se entendió que este delito preveía la posibilidad de dos sujetos pasivos. Con el famoso voto del Dr. Zaffaroni, y el resto de los camaristas fueron adhiriendo. ¿Cuál es la acción típica de este delito? Abusar. Abusar de las necesidades pasiones o inexperiencia de un menor o incapaz. Cuando hablamos de abusar, hablamos de aprovechamiento, de utilización de esa situación de debilidad de vulnerabilidad. Explotación, manipulación, esa es la idea de la acción típica. El autor delinque, cuando utiliza estos medios aludidos por la norma, **para hacer firmar a la víctima un documento, que importa un efecto jurídico**, dice la norma que tiene esencia patrimonial. La materialidad de este delito, exige una relación causal entre, el abuso y la suscripción del documento. Aunque ese documento fuera declarado nulo. La doctrina exige que el autor, tenga conocimiento que la víctima es menor o que es incapaz, y a su vez que conozca sus debilidades, sus necesidades, intereses, sus pasiones, su inexperiencia. Abusar de esa condición. Pero además de ese conocimiento, tiene que tener la intención de explotar eso, de abusar de esas circunstancias que mencionamos, para hacerle firmar el documento. La idea central es hacerle firmar el documento. Dice la doctrina en general que **no se requiere que la incapacidad de la víctima sea notoria**, sino que el autor la conozca (no que todo el mundo, no que sea público). En cuanto a la consumación y tentativa, la mayoría de la doctrina, entiende que el delito se consuma con la firma del documento. No

hace falta que haya un daño efectivo. Y en general se entiende este delito, como un delito de peligro. Si el autor intentara hacer firmar ese documento, y no lo puede hacer, sería punible la tentativa.

Doctrina sentada en el plenario "Guichandut", el heredero legítimo o testamentario es el "otro" que puede resultar ofendido por el delito de circunvención de incapaz, en razón de la disminución del acervo hereditario que implica el abuso.

c) Casos concretos para establecer algunas pautas:

Causa: Insúa y otros (Tribunal Oral 24) Objeto del proceso varios casos de circunvención de incapaces, se trató de un geriátrico, incluso abandono seguido de muerte. La Sala Segunda confirmó, e incluso amplió las condenas. La defensa adujo el desconocimiento de la incapacidad de la víctima. Incluso había participado un psiquiatra que consideraba que la persona estaba apta, que también terminó imputado y condenado. Pero resultaron todos condenados* **este fallo resulta de interés para quienes tengan que probar la circunvención de incapaces.**

El estado de incapacidad de la víctima era manifiesto, ostensible, si bien hay claramente una presunción de incapacidad para las personas mayores. Una presunción legal. Algunas pautas del caso: deterioro físico, se alimentaba de una sonda nasogástrica, estado avanzado de enfermedad, claro síntoma de demencia senil.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala V • 12/08/2008 • Insúa, Gladis M. y otros • LA LEY 26/01/2009, 4 • TR LALEY AR/JUR/8126/2008

Corresponde decretar el procesamiento en orden al delito de circunvención de un incapaz — art. 174, inc. 2º C.P.— respecto del profesional y el médico psiquiatra de una residencia geriátrica que participaron en la celebración de un testamento, pues, al momento de confeccionarse el referido instrumento, resultaba evidente, y conocida por aquéllos, la deplorable situación psicofísica en la que se hallaba el anciano testador, en la cual podía ser objeto de captación de su voluntad.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala III • 14/09/1992 • M., J. A. • LA LEY 1993–B, 111 DJ 1993–1, 848 • TR LALEY AR/JUR/1106/1992

La figura de delito circunvención de incapaces no exige que se esté frente a un incapaz civilmente declarado, bastando que en el momento del hecho padezca una disminución de su inteligencia, voluntad o juicio, que lo incapacite para resguardar debidamente sus intereses económicos.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI • 31/05/2021 • U., R. M. y otros s/ Querellante • LA LEY 01/07/2021, 10 SJA 28/07/2021, 84 JA 2021–III RDP 2021–9, 158 • TR LALEY AR/JUR/68552/2021, con el voto de Magdalena Laiño.

La plataforma fáctica descrita en la denuncia, a modo de hipótesis, podría constituir una circunvención de incapaz que, de verificarse, no solo habría perjudicado directamente a la víctima —de 100 años y a quien se habría producido un considerable menoscabo en su patrimonio—, sino también a su sobrina, al verse afectado el acervo que le correspondería de no haber otros con mejor derecho. **Es que el heredero legítimo puede resultar particular ofendido, aun cuando al momento de la comisión del hecho solo tuviera un derecho en expectativa.**

Prescripción: seis años

4. DERECHO COMPARADO

a) *La capacidad para otorgar testamento*¹⁰

Los ordenamientos civiles españoles exigen para otorgar válidamente testamento que el causante se halle en el goce de sus facultades mentales, es decir, que tenga capacidad natural al momento de testar. La falta de capacidad natural determina la nulidad del testamento, y esta es la primera vía que pueden tomar los jueces y tribunales ante la captación de la voluntad del testador vulnerable.

Es cierto que existe una presunción de capacidad natural del testador y que esta presunción es especialmente reforzada cuando el testamento es notarial, pero no es menos cierto que cuando se proporciona prueba suficiente, los tribunales no vacilan en declarar la nulidad. El testador vulnerable no es necesariamente una persona carente de capacidad natural para testar, pero sí su voluntad expresada, por la influencia recibida, no es espontánea y propia, la vía de la nulidad del testamento por falta de

¹⁰ VAQUER ALOY, Antoni,

capacidad testamentaria, es técnicamente la más precisa, para proteger la libertad de testar privando de eficacia al testamento o a sus cláusulas que no son fiel reflejo de la verdadera intención del causante.

b) El testador vulnerable: La influencia sobre el causante que lesiona su libertad de testar

El testador vulnerable es aquella persona de edad avanzada y salud débil que vive solo. Se trata de un sujeto que requiere de una especial protección, porque no hay normas específicas de protección en los ordenamientos jurídicos, ya que frente a ellos no hay engaño, no hay intimidación, tampoco error, ni violencia, es decir, los vicios tradicionales de la voluntad, sino la captación de la voluntad de manera más o menos sibilina¹¹ hasta conseguir que forme y exprese una voluntad testamentaria favorable a quien ha ejercido esa influencia.

Enumera Vaquer Aloy, una serie de factores a tomar en cuenta: el entorno social del testador (si convive con alguien, si dispone de algún cuidador), sus circunstancias sociales (si permanece aislado o tiene contacto con familiares, si está padeciendo algún conflicto, su grado de dependencia del cuidador), factores físicos (enfermedades, discapacidades sensoriales, problemas de comunicación, trastornos de la personalidad) *El aislamiento del causante, ahuyentando las personas que solían visitarle, leyendo su correo, etc.* y las circunstancias en que se ha otorgado el testamento en cuestión, ej. situación de pandemia.

También el autor plantea, y desarrolla la doctrina de la undue influence (influencia indebida) del derecho norteamericano. El ejercicio de influencia sobre el causante que lesiona su libertad testamentaria.

En miras de respetar al máximo la libertad de testar, es cuando resulta de interés analizar los casos de vicio de la voluntad. Se deberá acreditar la merma intelectual o volitiva. La prueba debe ser evidente completa e inequívoca. Por dolo testamentario, se entiende las “maniobras o artificios que llegan a anular la voluntad del testador, como pueden ser la sugestión y la captación, entendida como una modalidad del dolo causal dirigido a excluir a una persona de la sucesión; o bien que se consiga desviar

¹¹ VAQUER ALOY, Antoni, textual del autor.

la voluntad del testador, haciéndole testar en un sentido distinto, como lo hubiera hecho sin intervenir el artificio”.

La posible captación de la voluntad va ligada, a la duda sobre la capacidad testamentaria. La falta de capacidad de obrar, siempre que sea notoria, es decir, vicio cercenador de la capacidad volitiva, o enfermedades que provocan una pérdida sensible de facultades intelectuales, o la combinación de varios elementos. El incumplimiento, aunque sea parcial, de alguna solemnidad con síntomas de merma en la capacidad natural, suele terminar en una estimación de la nulidad.

El papel del notario es fundamental, pues él puede detectar si el testador está sometido, a alguna presión o sugestión; una entrevista a solas con preguntas sobre el contenido de su testamento y las razones de ese contenido pueden aflorar la existencia de una voluntad captada. **Cataluña, España, se prohíbe testar a favor del cuidador, sus allegados,** instituciones que hayan prestado servicios asistenciales al causante, solo pueden ser favorecidos, si la sucesión es ordenada en testamento notarial o en pacto sucesorio.

Los tribunales norteamericanos, son más proclives al reparto igualitario de la herencia y a que los bienes queden para la familia, podría decirse que por la vía de la impugnación del testamento por undue influence garantizan la legítima en un sistema que la desconoce. Mientras que los derechos civiles españoles disponen de suficientes resortes para proteger al testador vulnerable, y los tribunales se muestran dispuestos a aplicar dichos mecanismos en los casos que deben dilucidar. Mostrándose más proclives a aplicar la idea del favor testamenti.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

¿Qué es investigar? Investigar es, buscar un punto de partida, recorrer el tema en cuestión, comparar, explorar, preguntar, describir, analizar, emitir conclusiones. Leer la jurisprudencia a favor y en contra. Indagar en el derecho comparado.

La socioafectividad puede verse disfrazada. La autonomía se quiebra, por vicio: error, dolo, influencia, captación o circunvención¹².

¹² Coincidimos con la doctrina que propone que los casos de nulidad de testamento, por intimidación son los menos.

Teniendo en cuenta el padecimiento del sujeto, su edad, su juicio crítico, las funciones volitivas y afectivas. Si convive con alguien, si dispone de algún cuidador, su idiosincrasia; si permanece aislado, si está padeciendo algún conflicto, su grado de dependencia.

¿Cuáles son los grupos son los más vulnerables y qué factores contribuyen a agravar esa fragilidad?

Nuestra propuesta fue plantear estos temas, como ejes: la vulnerabilidad del paciente internado, la validez y uso del certificado médico. Sumar jurisprudencia para comprender algunas situaciones, y sumarnos al postulado como profesionales, “ante la duda, abstente”. So pena de incurrir en casos que podrían encuadrar en las figuras de circunvención o *participación necesaria*. Problemática qué como profesionales, nos invita a tomar partido, como artífices de este tiempo y su interpretación.

Frente a los casos de nulidad o impugnación de testamento, el derecho norteamericano, es proclive a que los bienes queden dentro del ámbito de la familia, mientras que el europeo pondera la autonomía de la voluntad. Privilegiándose en los ordenamientos jurídicos la intervención notarial, como veedor, garantía y resguardo de la voluntad y –en algunos países– capacidad del testador al momento de testar.

Como conclusión advertimos identificar las situaciones en que la socioafectividad no es tal, está disfrazada y se refleja en la desproporción, que causa un perjuicio a otro en sus bienes y patrimonio. **No es derecho lo extremadamente injusto**¹³.

Proyectos preventivos: poderes con directivas anticipadas, poderes notariales que van a ser válidos aún frente a la propia incapacidad del poderdante, testamento por escritura pública, dar intervención interdisciplinar a profesionales de otras disciplinas para el caso que la capacidad de la persona se vea cuestionada. **Las directivas anticipadas permiten resguardar la voluntad, plasmando en su carnet o credencial de obra social, el haberlas otorgado.**

“¿Cuándo estamos frente a una persona jurídicamente vulnerable? Dice la Dra. Laiño: “Vulnerabilidad, es la cualidad de vulnerable, que es

¹³ ROSATTI, Horacio, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Congreso Mundial Apoyos y Cuidados de Personas Adultas y Mayores, Argentina, 2024

susceptible de ser lastimado o herido ya sea física o moralmente o sufrir un daño, contando con menos herramientas para sobrellevar una situación determinada.

El concepto puede aplicarse a la fragilidad de una persona o a un grupo social según su capacidad para prevenir, resistir y sobreponerse a un impacto. **Se encuentra real o potencialmente en riesgo. En principio niños y niñas, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75 inc. 23 CN)**¹⁴

Con humildad, pero asimismo con energía, consideramos que nuestro trabajo es un aporte a la doctrina, en un tema que en el derecho argentino se está abriendo: el aprovechamiento o abuso del adulto mayor solo.

Las sociedades se definen hoy, conforme como tratan a los vulnerables¹⁵.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, Atilio, Revista Lecciones y Ensayos. Universidad de Buenos Aires

ARANCIBIA, Rodolfo Pedro, Prof., Certificados Médicos Ordinarios, Ediciones Tribunales, 2015

BUIS, Emiliano J. Prof., Redacción de planes y proyectos de investigación jurídica. UBA, Investigación, 2023

CAPPARELLI, Julio César, Circunvención de Incapaces. Seminario Laureano Moreira, 2024

CAPPARELLI, Julio César, Testamento Ológrafo. Seminario Laureano Moreira, 2023

CAPPARELLI, Julio César, Testamentos y jurisprudencia reciente, Módulos I, II y III. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2021

¹⁴ Dra. Magdalena Laiño. Jornada de Derecho Penal. Colegio de Escribanos de la CABA, 2023.

¹⁵ ROSATTI, Horacio, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Congreso Mundial Apoyos y Cuidados de Personas Adultas y Mayores, Argentina, 2024.

CASABÉ, Eleonora R., Seminario Laureano Moreira, Ediciones 2023/ 2024

CIRUZZI, Susana, Circunvención de incapaces y captación de voluntad en la tercera edad. Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 1999

CONSTITUCIÓN NACIONAL, Imprenta del Congreso de la Nación, 2019

CÓRDOBA, Marcos, Congreso Mundial Apoyos y Cuidados de Personas Adultas y Mayores, Argentina, 2024

CUÑAS RODRIGUEZ, Manuel. Tratado de nulidades 2 TOMOS, La Ley Thomson Reuters

GHERSI, Carlos Alberto y colaboradores. Tratado de nulidades 2 TOMOS, La Ley Thomson Reuters

IMPELLIZZERI, Silvia, Testamentos y jurisprudencia reciente, Módulos I, II y III. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2021

LAIÑO, Magdalena, Circunvención de Incapaces. Seminario Laureano Moreira, 2024

LAIÑO, Magdalena, Dra. Jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Salas VI y I –subrogante–. VIERA, Mauricio, Dr., Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, a cargo de la Fiscalía General N° 3 y ot.. Jornada de Derecho Penal. Colegio de Escribanos CABA, 2023

ROSATTI, Horacio, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Congreso Mundial Apoyos y Cuidados de Personas Adultas y Mayores, Argentina, 2024

VAQUER ALOY, Antoni, La protección del testador vulnerable, Iuris Dictio, 2015

VITALE, Angélica. Jornada Práctica de Derecho Procesal, Colegio de Escribanos de la CABA, 2023

AUSENCIA DE RELACIÓN AFECTIVA Y EXCLUSIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

Por Jorgelina Guilisasti¹

I. CONCLUSIONES

1. La exclusión del cónyuge supérstite separado de hecho sin voluntad de unirse o por sentencia tiene como fundamento la inexistencia de relación afectiva lo que deriva en la falta de proyecto de vida en común (de lege lata)
2. La situación fáctica de la separación de hecho por voluntad de uno o de ambos cónyuges presume la falta de afecto y de proyecto de vida en común como regla (de lege lata)
3. La comprobación en el proceso sucesorio de la separación de hecho o por sentencia basada en la falta de afecto y de proyecto de vida en común habilita a no incluir al cónyuge supérstite de la declaratoria de herederos (de lege lata)
4. El cónyuge excluido podrá promover juicio de petición de herencia para demostrar la subsistencia o el restablecimiento del proyecto de vida en común (de lege lata).

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

a) Breves nociones previas.

Para el desarrollo del tema propuesto, se debe partir de la confluencia de una figura típica del derecho sucesorio – la vocación hereditaria - con la

¹ Abogada. Profesora Protitular de Derecho de Familia y Protitular de Derecho Sucesorio de la carrera de Abogacía (Facultad Teresa de Avila – UCA – Sede Paraná). Profesora Adjunta por concurso de Derecho de Familia y Profesora Adjunta por concurso de Derecho Sucesorio de la carrera de Abogacía (FCJS – UNL).

relación afectiva, característica del derecho de familia y la solidaridad, que rige como valor jurídico² o principio general del derecho³.

Zannoni define la vocación hereditaria como “el llamamiento de todos los posibles herederos al momento de la muerte del causante, a suceder a éste, sea ab intestato o testamentariamente”⁴.

En derecho de familia se hace referencia a la socioafectividad como “elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo”⁵.

Graciela Medina y Gabriel Rolleri sostienen que el dinamismo de la solidaridad gira en torno del reconocimiento de las diferencias de hecho entre los humanos, pero brota de la afirmación de igualdad, de una identidad en dignidad de todo ser humano que inspira al sistema jurídico occidental⁶.

b) La afectividad y la vocación hereditaria

La afectividad no es ajena al derecho sucesorio⁷, como lo demuestra la jurisprudencia referida a la vocación testamentaria, principalmente.

En este caso, encontramos numerosos pronunciamientos donde los fundamentos hacen referencia al afecto presunto del testador, como lo

² LORENZETTI, Ricardo L. (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, Tomo I, p. 39

³ CÓRDOBA, Marcos M., “La solidaridad jurídica”, *La Ley*, 16/X/2019

⁴ ZANNONI, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, T I, p. 93

⁵ D'AMICO, Ana Inés, *Adopción de integración: el reconocimiento de la socioafectividad*, Utsupra. REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES NÚMERO 2. OCTUBRE DE 2019. Tema: "Distintos aspectos de la filiación". Director Claudio Belluscio. Coordinadora: Karina A. Bigliardi

⁶ MEDINA, Graciela y ROLLERI, Gabriel, *Derecho de las sucesiones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 7

⁷ Sin embargo, se ha sostenido que la afectividad no ha tenido proyección en el Derecho Sucesorio en el nuevo código (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LLOVERAS, Nora, *Tratado de Derecho de Familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, T I, p. 86)

demuestra un recorrido jurisprudencial acotado, para los fines de esta ponencia.

El conocido caso Bichara⁸ da cuenta de la relevancia de los afectos para los jueces, tanto de la Cámara de apelaciones, como del máximo tribunal provincial, en sentidos encontrados. El tribunal de segunda instancia consideró, por mayoría, que el afecto presunto del causante justificaba reconocer la vocación hereditaria de la hija adoptiva de su hermana, pese a la adopción simple. Entre otros argumentos, el voto de la mayoría invocó a “Constitución de Río Negro, que en su artículo 31 consigna: ‘El Estado protege a la familia, como célula base de la sociedad, establecida, organizada y proyectada a través del afecto, facilitando su constitución y el logro de sus fines culturales, sociales y económicos’”⁹. El Superior Tribunal de Río Negro, en cambio, sostuvo, por mayoría, que si hubiese tenido verdadero afecto por la hija de su hermana, habría testado¹⁰. El Dr. Barotto, vocal a cargo del voto de la mayoría, sostiene: “el afecto presunto del tío adoptivo hacia la Sra. Ester Alejandra Bichara, convertido en sostén de las decisiones arribadas en las instancias anteriores, no es suficiente para otorgarle vocación hereditaria a aquélla” y agrega: “el presumido afecto se encuentra controvertido”, para señalar situaciones expresadas en el proceso que lo ponen en duda.¹¹

Más recientemente, en una sentencia que resuelve sobre un testamento ológrafo sin fecha con el formato de una carta previa al suicidio

⁸ CCCLM, General Roca, Río Negro; “Bichara, Eduardo Pedro s. Sucesión ab intestato”, 12/06/2018; Rubinzal Online; F-2RO-612-C3-15; RC J 4589/18

⁹ Voto de los Dres Gustavo Adrián Martínez y Nelson W. Peña; “Bichara, Eduardo Pedro s. Sucesión ab intestato” CCCLM, General Roca, Río Negro; 12/06/2018; Rubinzal Online; F-2RO-612-C3-15; RC J 4589/18

¹⁰ STRN; F-2RO-612-C2015 - BICHARA EDUARDO PEDRO S / SUCESION AB INTESTATO S/ CASACION (EX- 28603/16); Sentencia 51 - 25/06/2019

¹¹ “Por otra parte, el afecto familiar valorado en las instancias anteriores es puesto en entredicho por la recurrente, cuando señala que María Mafalda Bichara, al adoptar a Ester Alejandra, eligió la adopción simple, con todas las consecuencias sucesorias que ello trae aparejado; también, Eduardo Pedro Bichara, sabiendo que no tenía hijos y que su sobrina no lo heredaría, decidió no otorgarle testamento alguno y que -según los autos “Bichara, María Mafalda s/sucesión”- la propia madre adoptante de Ester Alejandra lega su porción disponible a favor de sus hermanos, reduciendo la herencia de su hija adoptiva a la mínima porción que el ordenamiento jurídico le permite. Con lo cual, existen hechos contrapuestos que, como mínimo, ponen en duda la verificación del citado extremo”. Del voto del Vocal Sergio Mario Barotto

de la causante¹², la alzada tuvo que dirimir sobre la existencia o no de testamento. Para resolver, tuvo en cuenta la falta de afecto hacia su madre, heredera legitimaria, y hacia el resto de la familia, para concluir que se trataba de un testamento ológrafo en el que se disponía a favor de personas a las que la testadora quería beneficiar, desplazando a su madre en esos bienes¹³.

Es decir, determinar sobre la existencia de afecto (o la falta de afecto) es recurso frecuente para interpretar la voluntad del testador y resolver en consecuencia, cuando hay una controversia referida a la vocación hereditaria u otra cuestión testamentaria.

c) La solidaridad y la vocación hereditaria

La solidaridad también ha sido un sostén de resoluciones judiciales, como lo demuestra un fallo de la corte federal, referido a un legado con cargo, donde en definitiva se pretendía excluir a la legataria¹⁴.

En este supuesto, el legado tenía como causa los años de cuidado de la beneficiaria a la testadora y la continuidad de los mismos, que justificaban la liberalidad. Esta larga relación entre ambas se encontraba sostenida por vínculos solidarios que la causante quiso retribuir. Al respecto la Corte considera: “Si la finalidad del cargo era continuar con la asistencia de la causante que venía desarrollando la beneficiaria y que, para facilitar esa prestación, debía construir una casa en los fondos, la causa final era la asistencia y no la construcción, porque esa asistencia no dependía inexorablemente de la aludida construcción, tal como lo demostraba el

¹² Cámara de Apelaciones de Azul - Sala I, 1 - 67287 - 2021 – F. M. L. S/ SUCESION AB-INTESTATO 1-67287-2021 - "F. M. L. S/ SUCESION AB-INTESTATO"; 28/10/2021.

¹³ “Claro está, que la nota no se refiere sólo a la disposición de los bienes, y que no menciona la palabra “heredero o legatario”, más entiendo tal como lo vengo diciendo que ello no impide vislumbrar la voluntad de M. L. de dejar los caballos a A. y J. P., determinando asimismo cuál deja a A. y por otra parte “la parte del campo” a J. P. G., máxime teniendo en cuenta que en la misma nota la causante expresa su enojo con su madre (heredera ab intestato) y su hermana lo cual fundamenta que decida dejar parte de sus bienes a otra persona que además no era ajena a su vida”. Voto de la Dra. Lucrecia Inés Comparato.

¹⁴ CSJN; “Martínez, Amelia c. Kerbs, Claudia Marcela s/ exclusión de herencia”; 16/07/2019; LA LEY 07/08/2019, 07/08/2019, 10 - LA LEY2019-D, 286 - LA LEY 28/08/2019 , 11, P.m.-S; LA LEY 25/11/2019 , 5, Cita Online: AR/JUR/23192/2019

propio testamento al decir “ocuparse de ella como lo ha hecho hasta el momento””.

Por otra parte, el art. 2448 Código Civil y Comercial incorporó la mejora especial a favor del heredero con discapacidad que tiene su fundamento principal en la solidaridad familiar. Esta mejora dispuesta por el causante amplía la libertad para disponer más allá de la porción disponible, a favor del ascendiente o descendiente con discapacidad, en detrimento de los coherederos legitimarios¹⁵.

d) La frustración de la vocación por falta de afecto o solidaridad

Como contrapartida, la ausencia de afecto y de solidaridad también justifican diversas causas legales de exclusión hereditaria.

Esta afirmación se demuestra en algunas de las causales de indignidad establecidas en el art. 2281 CCCN¹⁶, que representan la falta de

¹⁵ Art. 2448 CCCN. Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

¹⁶ Art. 2281 CCCN. Causas de indignidad. Son indignos de suceder: a) los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena; b) los que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria; c) los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal; d) los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de un mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia o de oficio. Esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice; e) los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo; f) el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad; g) el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental; h) los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento; i) los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones.

afecto o de solidaridad de manera explícita. Al respecto, podemos señalar la falta de afecto en la causal de maltrato grave (inc. b) y la falta de solidaridad en la omisión de suministrar los alimentos debidos al cónyuge (inc. e).

Lo mismo sucede con la exclusión del cónyuge supérstite, que será motivo de análisis y fundamento de esta ponencia, si se encuentra separado de hecho al momento de la muerte de su consorte.

2. AUSENCIA DE AFECTO Y EXCLUSIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

a) *La exclusión del cónyuge supérstite*

La exclusión del cónyuge supérstite, tiene como fundamento la interrupción o extinción del proyecto de vida en común, que constituye el pilar de la unión matrimonial.

El art. 2437 CCCN dispone: El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges.

La situación del cónyuge divorciado no se analizará dado que, en realidad, ya no existe el vínculo, que se disolvió con la sentencia de divorcio (art. 435 CCCN).

Por lo tanto, la exclusión se refiere al cónyuge separado de hecho sin voluntad de unirse y al que se encuentra separado por decisión judicial.

En este caso, la frustración del llamamiento del cónyuge tiene como fundamentos la falta de afecto, que es la que impulsa la inexistencia de proyecto de vida en común, que es el pilar de la unión matrimonial¹⁷.

Se advierte que puede subsistir la solidaridad entre los miembros de la pareja, reflejada en la asistencia material a través de una cuota alimentaria (art. 433 CCCN). Sin embargo, esta situación no repercute en la exclusión

En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.

¹⁷ IGLESIAS, Mariana B. y KRASNOW, Adriana N., Derecho de las familias y de las sucesiones, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 1061

hereditaria de los cónyuges separados de hecho, por la fundamentación objetiva de la obligación alimentaria conyugal.¹⁸

Pese a la evolución de la separación de hecho como causa de exclusión del cónyuge supérstite¹⁹, aún se sostiene que la forma de concretarla es la interposición de un proceso ordinario para obtener la sentencia correspondiente, sin distinciones²⁰.

Esta ponencia se refiere a la exclusión del cónyuge supérstite separado como regla, debiendo recaer en éste la carga probatoria de los presupuestos de su vocación, sostenida en la subsistencia del proyecto de vida en común, que presupone el afecto entre los miembros de la pareja²¹.

Por otra parte, ante la presentación de prueba contundente en el proceso sucesorio, no se debe incluir al cónyuge en la declaratoria de herederos, dado que no resulta razonable mantener la vocación por un título de estado formal.

b) Un fallo esclarecedor

¹⁸ La fundamentación objetiva surge del art. 433 CCCN: Pautas para la fijación de los alimentos. Durante la vida en común y la separación de hecho, para la cuantificación de los alimentos se deben tener en consideración, entre otras, las siguientes pautas: a) el trabajo dentro del hogar, la dedicación a la crianza y educación de los hijos y sus edades; b) la edad y el estado de salud de ambos cónyuges; c) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos; d) la colaboración de un cónyuge en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; e) la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar; f) el carácter ganancial, propio o de un tercero del inmueble sede de esa vivienda. En caso de ser arrendada, si el alquiler es abonado por uno de los cónyuges u otra persona; g) si los cónyuges conviven, el tiempo de la unión matrimonial; h) si los cónyuges están separados de hecho, el tiempo de la unión matrimonial y de la separación; i) la situación patrimonial de ambos cónyuges durante la convivencia y durante la separación de hecho. El derecho alimentario cesa si desaparece la causa que lo motivó, el cónyuge alimentado inicia una unión convivencial, o incurre en alguna de las causales de indignidad.

¹⁹ GUILISASTI, Jorgelina; Ponencia presentada en las XXV JNDC, Bahía Blanca en la Comisión N° 7 Sucesiones: Exclusión de la vocación hereditaria. – “La exclusión del cónyuge supérstite a partir de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”

²⁰ FERRER, Francisco. A.M. “Tratado de Sucesiones”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2023, T IV, p.170

²¹ MEDINA, Graciela y ROLLERI, Gabriel, Derecho de las sucesiones, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 552

La procedencia de la invocación de la exclusión del cónyuge separado de hecho se admitió en un proceso sucesorio promovido por la esposa del causante, por los ascendientes de este último.

En la causa “*M SANTIAGO JORGE S/SUCESION AB-INTESTATO*”²², la alzada tuvo que dirimir sobre la legitimación para promover el proceso sucesorio de la cónyuge supérstite, pese a la petición bilateral de divorcio presentada antes del fallecimiento del causante.

Este fallo admite la falta de vocación del cónyuge, por encontrarse separado de hecho, con los siguientes fundamentos:

“Las modificaciones del Código Civil y Comercial de la Nación, en materia de relaciones familiares eliminan la separación personal y lo referente al análisis de la culpa en la ruptura de la relación matrimonial, como causal para el divorcio vincular (art. 435 del ordenamiento legal citado); ello repercute notablemente en el ámbito del derecho sucesorio y más específicamente en la sucesión del cónyuge, simplificando el régimen y evitando las discusiones doctrinarias que se habían suscitado en relación a la interpretación al art. 3575 del Código Civil derogado (texto según ley 23.264)”.

La Cámara remarca que en el ordenamiento legal, no se puede invocar ni analizar la culpabilidad, sea cual fuere la causa de la separación, por lo que la exclusión deriva de una apreciación objetiva.

En el caso particular a resolver, sostiene que la aplicación del actual art. 2437 CCCN remite a la primera parte del art. 3575 del Código Civil derogado, que se refiere a la separación de hecho como causal de exclusión.

Asimismo, integra la norma mencionada con la noción de matrimonio en el Código unificado y destaca que el fundamento de la exclusión se encuentra ligado al compromiso de desarrollar un proyecto de vida en común (art. 431 CCCN), cuyo quiebre motiva la disolución del matrimonio si cualquiera solicita el divorcio (art. 437 CCCN).

En este sentido sostiene: “Es suficiente que la voluntad de uno de los cónyuges falte para que el proyecto de vida en común no pueda llevarse adelante y como consecuencia de ello se produzca la exclusión de la

²² Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala 1ª; “*M SANTIAGO JORGE S/SUCESION ABINTESTATO*” Expte.: SI-40535-2015 (J. 15) Registro N° 420; 13/09/2016

vocación hereditaria de los cónyuges; la pérdida de vocación es de ambos, porque resulta absolutamente irrelevante las causas que llevaron a esa separación, así como cuál de ellos tenía voluntad de unirse y cuál no la poseía”²³.

En cuanto a la relación entre el afecto y la vocación, el argumento es contundente: “El eje para la interpretación acertada es evaluar si en el caso concreto existe o no un proyecto de vida en común. La separación de hecho indica la falta de afecto presunto entre los cónyuges, el que configura un presupuesto del derecho hereditario conyugal que explica claramente que, ante tal hipótesis de quiebre de la unión matrimonial, no opere el llamamiento hereditario”²⁴.

Es decir, la falta de afecto, que frustra el proyecto de vida en común, elemento esencial de la continuidad del matrimonio, implica la pérdida de vocación sucesoria.

La evidencia, en el caso citado, surge de la promoción del divorcio bilateral, que refleja la falta de voluntad de ambos cónyuges de continuar con la unión matrimonial, por lo que no se puede admitir la vocación formal de la supérstite, como lo hizo el juez de grado. Esta admisión implica exigir la promoción de un proceso ordinario de exclusión del cónyuge supérstite para demostrar la inexistencia de vocación, por parte de los ascendientes del causante.

Esta postura se encuentra también en un fallo reciente referido a la renuncia a la herencia por el transcurso del plazo para ejercer el derecho de opción²⁵, en el que la alzada revoca la ampliación de la declaratoria de herederos dispuesta en primera instancia y considera renunciante al heredero.

c) Presupuestos para la exclusión

²³ Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala 1ª; "M SANTIAGO JORGE S/SUCESION ABINTESTATO" Expte.: SI-40535-2015 (J. 15) Registro N° 420; 13/09/2016

²⁴ Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala 1ª; "M SANTIAGO JORGE S/SUCESION ABINTESTATO" Expte.: SI-40535-2015 (J. 15) Registro N° 420; 13/09/2016

²⁵ CNCiv., sala D, M., E. A. s/ sucesión ab intestato. Buenos Aires, ... de diciembre de 2023 [sic] 62.057 –febrero ; El Derecho, 7 de agosto de 2024, N° 15799

En definitiva, lo que se pretende en esta ponencia es el reconocimiento de que la separación de hecho, en general, tiene como causa la falta de afecto, que conlleva a la ausencia de proyecto de vida en común, por lo que se debe presumir la falta de vocación hereditaria del supérstite que se encontraba en esa situación.

La ausencia de vocación del cónyuge supérstite por esa causa debe ser admitida en el proceso sucesorio, lo que implica no incluirlo en la declaratoria de herederos.

Esta situación fáctica acompañada por la falta de afecto de la pareja, o de uno de ellos, implica la inexistencia del proyecto de vida en común, eje de la unión matrimonial, como lo establece el art. 431 CCCN²⁶.

No es razonable, ante la evidencia de la separación de hecho voluntaria, presumir que subsiste el vínculo afectivo, sobre todo si surge de situaciones fácticas contundentes.

En ciertos casos, no puede incluirse al cónyuge sobreviviente por el sólo hecho de mantener un vínculo formal y obligar a los herederos a promover un juicio ordinario contra el supérstite o peor aún, contra sus herederos, si ha fallecido luego del causante, para obtener la sentencia de exclusión

Esto puede suceder en circunstancias como la del fallo transcripto - promoción de la petición de divorcio bilateral-, como también en otras que conducen a la misma resolución.

Sólo para ejemplificar, se describen otros supuestos donde la separación de hecho debe ser admitida en el proceso sucesorio para desconocer la vocación del supérstite.

- Si al supérstite se le denegó la pensión derivada del causante (trabajador, empleado público o jubilado) por la separación
- Si había un convenio -homologado o no- entre los cónyuges en virtud de la separación de hecho para regular el plan de parentalidad o alimentos a favor de los hijos, el uso o administración de los bienes de los cónyuges (gananciales,

²⁶ Art. 431 CCCN: Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.

propios o personales) o la administración de los bienes de los hijos menores de edad

- Si uno de los cónyuges paga alimentos al otro por convenio o por sentencia judicial
- Si uno de los cónyuges promovió una acción contra el otro motivada en la separación de hecho, o donde se refiera a esta situación fáctica, aunque no haya obtenido sentencia. Estas acciones pueden referirse a los hijos (alimentos, cuidado personal de los hijos, privación o suspensión de la responsabilidad parental, venia para salir del país con los hijos menores en común, etc.) o a los cónyuges (alimentos, medidas cautelares referidas a los bienes, venia para actos de disposición que requiera el asentimiento, etc.)
- Si se encuentra separado de hecho desde hace décadas, de manera tal que ni los hijos en común conocen a su progenitor o progenitora por haberse criado sin su presencia.

En estos casos, no puede incluirse a un cónyuge en la declaratoria de herederos del causante, pese a estar casado, por forzar su voluntad presunta, ante la inexistencia de vínculo afectivo.

Sólo para abundar los argumentos referidos a esta postura, se menciona una sentencia de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones²⁷, en la que se rechaza la apelación de la cónyuge que había contraído matrimonio en 1999 con el causante en Nueva York, para obtener la ciudadanía, sin haber convivido ni mantenido relación alguna. Es más, el causante había mudado de residencia a Brasil y luego a la Argentina, en el año 2011, sin su cónyuge, donde falleció en 2016. Sin embargo, se incluyó a la cónyuge en la Declaratoria de herederos y luego del proceso ordinario por la causal del art. 2437, admitida en primera y en segunda instancia, la hermana pudo excluir a la cónyuge supérstite.

Este innecesario despliegue judicial, que sobrecarga a los herederos frente a situaciones reconocidas por el propio supérstite, contradice el principio de realidad, por lo que debe ser revisado y sostenerse lo contrario.

²⁷ CNCivil, Sala E; “D. S. A. c/ D. M., S. Y OTRO S/PERDIDA DE LA VOCACIÓN HEREDITARIA N° 70537/2017-JUZ-95, noviembre de 2019

Opera la exclusión por la separación de hecho, como regla, cuando se puede demostrar en el mismo proceso sucesorio²⁸.

El supérstite, para revertir esta exclusión, puede promover un proceso de petición de herencia donde deberá probar que el proyecto de vida en común subsistía o se había reestablecido antes de la muerte del causante, ante la situación tan contundente que acredita lo contrario.

3. FALTA DE AFECTO Y SEPARACIÓN POR SENTENCIA JUDICIAL

a) *La separación por sentencia judicial*

En las XXV JNDC de Bahía Blanca se aprobó por unanimidad la conclusión que sostenía que esta causal era independiente a la separación de hecho sin voluntad de unirse.

Al respecto, la Comisión N° 7, de *lege lata*, redactó la siguiente conclusión: “D. Decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia 1.La causal de cese de la convivencia por una decisión judicial de cualquier tipo constituye una causal autónoma de exclusión”

b) *Procedencia de la exclusión como regla*

Consideramos que, salvo que se demuestre que subsiste el proyecto de vida en común, si la sentencia involucra una situación que demuestra la ausencia de afectividad, la vocación también se pierde.

Si bien esta interpretación de la norma puede resultar contraria a opiniones que no admiten la exclusión de la cónyuge víctima de violencia de género, lo cierto es que, si la separación se produjo por una resolución judicial dentro del marco de la ley 26845, no puede subsistir la vocación hereditaria.²⁹

Sostener la subsistencia de la vocación a favor de la cónyuge supérstite implica introducir la culpa o la inocencia en la causa de la separación, calificación que ha sido eliminada como elemento de conservación o pérdida de la vocación hereditaria.

²⁸ Esta prueba debe ser documental o instrumental, porque no puede generar una apertura similar a los procesos contenciosos.

²⁹ FERRER, Francisco. A.M. “Tratado de Sucesiones”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2023, T IV, p.166

De todas maneras, si fue una situación temporaria y el proyecto de vida en común fundado en el afecto se restableció, por haber superado las dificultades de la pareja, la vocación hereditaria subsiste³⁰.

³⁰ IGLESIAS, Mariana B. y KRASNOW, Adriana N., *Derecho de las familias y de las sucesiones*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 1063

NUEVA REGULACIÓN PARA EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE

Por Esteban Matías Gutiérrez Dalla Fontana¹

I. CONCLUSIONES

1. Es conveniente, justo y razonable promover una nueva regulación legal del derecho de habitación del conviviente supérstite, conforme los postulados de la equidad, solidaridad familiar, los derechos fundamentales de los involucrados y el fin tuitivo de la institución, dado que la norma del art. 527 del CCC no atiende integralmente a ellos.

II. ANTECEDENTES

Los antecedentes de la figura del derecho real de habitación los encontramos en el Código Civil para el cónyuge supérstite con la incorporación de la norma del art. 3573 bis (Ley 20.798).

Se trata de un derecho de habitación que nace en cabeza del cónyuge sobreviviente de *iure proprio*² y no como consecuencia de su carácter de heredero (*iure hereditatis*). Es decir, lo adquiere en forma originaria y no derivada, se trata de un derecho especial³.

Dice Pérez Lasala que la ley le concede al cónyuge sobreviviente un derecho de habitación “*vitalicio*”⁴. El derecho de habitarlo de por vida que

¹ Abogado, Especialista en D. Administrativo (UNL, 2011); Especialista en D. Sucesorio (UNR, 2015); Doctor en Ciencia Jurídica (UCSF, 2020), Diplomado en persona humana y relaciones familiares (U. Austral, 2022). Autor del libro “La Legítima hereditaria. Medio de protección de la familia”, (Ed. UCSF, 2022) y de artículos en revistas de la especialidad. Co autor de diversas obras jurídicas. Profesor Adjunto de Derecho Civil VI - Sucesiones, Universidad Católica de Santa Fe. Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Civil VI - Sucesiones, Universidad Nacional del Litoral

² PEREZ LASALA, José Luis. *Tratado de Sucesiones – Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26994*. Tomo II. Parte especial. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 126.

³ HERNANDEZ, Lidia B. – UGARTE, Luis A. “Sucesión del Cónyuge”. Ed. Universidad, Bs. As. 1996. P. 187.

⁴ PEREZ LASALA, José Luis. “Curso de derecho sucesorio”. Lexis Nexis, Bs. As.

tiene el cónyuge que sobrevive, es un derecho que el *de cuius* no tenía en vida ni transmitió a sus herederos.

Sin embargo, no existen antecedentes respecto del integrante de la unión convivencial, denominación acuñada por el legislador del 2015, que sobrevive a su concubino o concubina.

III. FUNDAMENTOS

1. No obstante la inexistencia de antecedentes corresponde atender la situación del conviviente supérstite y su derecho de habitación de forma que observe los derechos fundamentales del mismo y del grupo familiar.

2. En los fundamentos del Código Civil y Comercial se manifiesta que se legisla para una sociedad multicultural, adoptando en materia de familia decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar.

Entre ellas cabe mencionar la decisión de las personas de no casarse y, sin embargo, convivir desarrollando un proyecto de vida común, con lo que ello implica. Se destaca que constituye un *“fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina”* y que el objetivo es regular una serie de opciones de vida propias de una sociedad pluralista, sin incurrir en valoraciones hermenéuticas respecto de las mismas.

3. Se afirma que la vivienda de la unión convivencial se protege de manera diferente a la del matrimonio, justamente por la decisión de vivir de aquella manera. No lo compartimos.

En lo que nos interesa, la regulación establece que, si fallece uno de los convivientes y el supérstite carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que le aseguren el acceso a una, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por el plazo máximo de 2 años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encuentre en condominio con terceros. Este derecho se extingue si el supérstite conforma una nueva unión convivencial,

contrae matrimonio o adquiere una vivienda habitable o bienes suficientes para acceder a una.

Así el conviviente encuentra protección, pero limitado a dos años.

4. De este modo, el conviviente tiene protegida la vivienda, pero su derecho es mucho más débil que el derecho real de habitación gratuito reconocido al cónyuge superviviente, distinción que encuentra su justificación en la necesidad de compatibilizar la autonomía de la voluntad con el deber de solidaridad familiar, como lo justifican los legisladores en sus fundamentos.

5. Recordemos que existen diversos tipos de familia o de conformaciones familiares⁵, de acuerdo al ejercicio que cada persona haga de su libertad y de su autonomía.

Se pueden distinguir por su origen, su constitución, sus integrantes, así como por los derechos y deberes que derivan de la decisión voluntaria y consciente formulada por la persona al elegir un tipo familiar.

Si bien consideramos que debe hacerse hincapié en el ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad de las personas, entendemos que hay aspectos atinentes a tal decisión que la exceden y afectan derechos, situaciones y circunstancias que deben ser atendidas y tuteladas por el legislador, como el caso de la vivienda familiar.

6. No desconocemos que existe normativa vigente que protege la vivienda de la familia de origen convivencial, sea que se opte por el régimen de protección (art. 244 y ss. CCC), o que se haga aplicación de las normas que la tutelan (art. 522 y ss. CCC), como una suerte de régimen primario, o

⁵ FANZOLATO, Eduardo Ignacio “El concepto de familia en el derecho latino” en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año académico 2000-I, Córdoba, 2001, p. 324/329. Destacó el autor, la existencia de la familia posmoderna en el mundo latino que se presentaba en los umbrales de este siglo de diversas maneras. Como la familia patriarcal, que involucraba padres, hijos, nietos, etc. y sus respectivos cónyuges; como la familia nuclear matrimonial, conformada por el matrimonio que convive con sus hijos comunes; también como un matrimonio, que convive con sus hijos comunes, a los que suma los habidos de otras relaciones precedentes (familias ensambladas recompuestas); como un matrimonio sin hijos; como una unión convivencial sin hijos; como una unión convivencial con hijos comunes; como una unión convivencial con hijos comunes, con más los nacidos con anterioridad de otras relaciones; como una unión de hecho – aquella que no reúne los requisitos de la unión convivencial – sin hijos, con hijos comunes o con éstos y otros de anteriores relaciones; como un progenitor biológico que convive con sus hijos (familia monoparental).

se opte por la celebración de pactos de convivencia (art. 513 y ss. CCC), o por la figura del testamento, con el múltiple contenido que este puede llegar a abordar.

7. Lo cierto es que el derecho real de habitación previsto, para el conviviente luce limitado, injusto y claramente irrazonable.

Recordemos que el art. 527.- establece bajo el título: “Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes”: *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.*

PRIMERA CRÍTICA: solo se otorga por el plazo máximo de dos años.

Este plazo es claramente exiguo, pues no se considera, como sí en otras normas que buscan paliar la situación derivada del cese de la convivencia (art. 524 CCC), la cantidad de tiempo que duró esa unión, la cual puede ser y seguramente lo sea superior al plazo de dos años.

Entonces resulta claro que, si la unión duró una cantidad de años superior al término fijado en la norma, debería ser dado tal beneficio tuitivo de la situación de carencia, como mínimo, por tal plazo y no por el indicado actualmente en la norma.

SEGUNDA CRÍTICA: Coloca al conviviente en una situación de grave inestabilidad habitacional frente a la existencia de herederos del causante, sin considerar la duración de la convivencia y la intensidad del vínculo entre los convivientes. La norma no tiene en cuenta el vínculo afectivo que unía los convivientes. Desecha cualquier otro elemento.

Solo tiene en cuenta para su otorgamiento, la acreditación de la existencia de la unión convivencial, la carencia de vivienda o recursos y la situación registral del inmueble (propiedad del causante). No tiene relevancia la duración de la misma, la del conviviente supérstite, la existencia de hijos de la unión convivencial, entre otros elementos.

TERCERA CRÍTICA: A diferencia del cónyuge sobreviviente, que lo tiene de pleno derecho, el conviviente deberá requerir la constitución de este derecho real de habitación judicialmente. Sin embargo, cabe considerar que su tramitación puede durar por el plazo de asignación, lo cual hará que se transforme en una cuestión meramente abstracta.

CUARTA CRÍTICA: También en sentido disímil al asignado al cónyuge sobreviviente, establece causales de cese, cuales son la nueva unión convivencial, el matrimonio, la adquisición de una vivienda o bienes suficientes para acceder a ella.

A mi entender, las dos primeras causales de cese limitan la libertad del beneficiado por la norma, ya que le impiden desarrollar y rehacer su vida personal, atentando contra el principio de reserva previsto en el art. 19 de la Constitución Nacional.

8. En definitiva, el legislador protegió de manera diferente al conviviente y al cónyuge, pues consideró que el ejercicio de la autonomía de la voluntad los coloca en situaciones disímiles.

Sin embargo, en este aspecto considero que debe primar la equidad y la solidaridad familiar en forma ultra activa, es decir más allá de la vigencia de la unión convivencial, pues son muchas las situaciones que quedan fuera de la norma del art. 527 CCC, el cual debería ser modificado atendiendo a los derechos fundamentales de las personas involucradas, las cuales se encuentran abarcadas por la norma del art. 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional.

Cuando el juez debe fallar un caso regido por una disciplina legal insuficiente o deficiente debe realizar una labor interpretativa de integración de esa reglamentación, y cumplir las exigencias de una solución justa del caso dudoso. Para ello, para integrar la disciplina legal con lagunas, el juez debe recurrir a los principios generales del derecho, y apreciar los hechos según el principio basilar de la interpretación legal, que es la equidad.

Ante la insuficiencia de la ley, la hermenéutica jurídica ha de atender al fin general del ordenamiento legal, que es la justicia, en relación con las particularidades del caso de que se trate, según la idea de equidad. Por ello,

la equidad, que es la justicia del caso concreto, cumple una función decisiva en el terreno de la integración del Derecho⁶.

La equidad se puede invocar no sólo en los casos de silencio de la ley, sino también constituye un precioso auxiliar de la hermenéutica legal: suaviza la dureza de las disposiciones, insinúa una solución más tolerante, más benigna y más humana; ayuda a interpretar una norma legal de modo compatible con el progreso social y la solidaridad humana. Y a veces, aunque no se aluda expresamente a ella, el razonamiento analizado –como el de este caso– se basa con la mayor evidencia en el gran principio universal: *jus est ars boni et aequi* (el Derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo, según Celso)⁷.

⁶ CASTAN TOBEÑAS, José: “Teoría de la aplicación e investigación del Derecho”, Editorial Reus, Madrid, 1947, págs. 243/244 y 313.

⁷ MAXIMILIANO, Carlos: “Hermenéutica e applicacao do direito”, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1957, págs. 218/221.

MEJORA PROPIA EN FAVOR DEL HEREDERO LEGITIMARIO

INDICADO

Por Gerónimo José Martínez¹

I. CONCLUSIONES

1. Se debe ampliar la posibilidad de otorgar una mejora propia a todos los legitimarios y no sólo ante una situación de discapacidad sino también en los supuestos en donde el testador considere que por cuestiones de merecimientos le desee otorgar una mayor porción a quien ha sido más solidario para con él, a quien ha estado más presente en su vida, y a quien en definitiva él quiera indicar como beneficiario de una mayor porción.

2. En virtud de ello es que propongo de lege ferenda realizar una reforma al actual artículo 2448 del Código Civil y Comercial en virtud de la cual se pueda otorgar, además de la porción disponible, un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a favor de los descendientes, los ascendientes y el cónyuge; y que dicha mejora se pueda fundar no sólo por cuestiones de discapacidad, sino también por razones de solidaridad familiar, afecto y/o gratitud.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Tanto en el Código de Vélez Sarsfield como en el actual Código Civil y Comercial, se ha regulado el derecho a la legítima hereditaria,

¹ Abogado. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Sucesorio. Director de la carrera de abogacía de la Universidad Abierta Interamericana Sede Rosario. Director de la comisión de Derecho Civil de la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Presidente de la comisión de asuntos inherentes a la Oficina de Procesos Sucesorios del Colegio de Abogados de Rosario. Profesor Universitario. Mediador. Docente de Derecho Sucesorio en grado y posgrado en distintas universidades del país. Autor de publicaciones en revistas jurídicas. Disertante en Congresos y Jornadas nacionales e internacionales. Tutor de tesis de grado y posgrado. Profesor asociado de Derecho Sucesorio, Universidad Abierta Interamericana. Profesor adjunto de Derecho Sucesorio, Pontificia Universidad Católica Argentina.

resguardándose en favor de determinada categoría de herederos una determinada porción de la cual no pueden ser privado sin justa causa de exclusión a la herencia.

En la actual regulación se ha producido, en relación al código velezano, una ampliación de la libertad de disponer mediante liberalidades, tanto en vida como por actos de última voluntad, la cual se ha visto reflejada en las disminuciones de las porciones legítimas tanto para descendientes como para ascendientes y en la incorporación de la mejora propia en favor del heredero con discapacidad.

Si bien estas modificaciones son beneficiosas, entiendo que el sistema requiere un nuevo ajuste para fortalecer la igualdad entre herederos conforme así lo considere el causante siguiendo sus afectos más próximos, para lo cual realizaré una propuesta de ley ferenda que cumpla con dicho objetivo.

Sin duda alguna la evolución social debe ser acompañada por una adecuada regulación normativa, y en este sentido pienso que debe darse la posibilidad para que quien va a disponer de sus bienes mediante liberalidades pueda hacerlo dándole a quien más lo merezca no sólo porción disponible sino también una porción más que sea detrída de la legítima hereditaria, y que ésta última mejora no sólo pueda ser dirigida en favor de un heredero con discapacidad tal cual hoy lo establece el artículo 2448 del Código Civil y Comercial, sino también que pueda direccionarse en beneficio de aquel heredero legitimario que ha sido más solidario para con el causante, porque por ejemplo es el que más lo ha cuidado, se ha ocupado de sus necesidades, le ha brindado afecto y que en síntesis más cercano se encuentra de quien así quiera disponer en su beneficio.

Con el fin de ordenar esta exposición, las cuestiones que seguidamente trataré serán las siguientes:

En primer lugar, voy a conceptualizar la legítima hereditaria y mencionaré los distintos sistemas en el derecho comparado en relación a la libertad de disponer mediante liberalidades, y procederé a distinguir la mejora impropia de la mejora propia.

Luego, realizaré un análisis de la socioafectividad en relación al derecho sucesorio para determinar en qué casos debería ser tenida en cuenta como fuente complementaria de la vocación hereditaria.

Posteriormente, realizaré un análisis crítico del actual artículo 2448 del Código Civil y Comercial y realizaré de lege ferenda, una propuesta de modificación al mismo teniendo presente la socioafectividad y la posibilidad de otorgar una mejora propia en favor del heredero legitimario que se indique teniendo presente para su otorgamiento no necesariamente su discapacidad sino el mayor afecto y dedicación que el legitimario haya tenido para con el causante.

2. LEGÍTIMA HEREDITARIA

El Código de Vélez Sarsfield expresa que la legítima es una parte de la herencia (art. 3591), cuando en rigor de verdad, el concepto es más amplio, porque para calcularla no se considera únicamente el patrimonio dejado al fallecer, sino también los bienes donados en vida por el causante. Por lo tanto, los herederos forzosos no sólo pueden atacar el testamento que ha afectado su porción legítima, sino también las donaciones.

La definición legal que nos diera Vélez la encontramos en el artículo 3591 el cual expresa: "La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos".

Dicha norma se complementa con lo dispuesto por el artículo 3592 del Código, al expresar que "Tienen una porción legítima, todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del título anterior", que nos pone en contacto con los herederos con "llamamiento imperativo"; es decir, los herederos forzosos, o legitimarios.

En vigencia del Código de Vélez Sarsfield, la doctrina elaboró diversas definiciones, de tal manera se expuso:

La legítima es una parte del patrimonio del causante que la ley adjudica a determinada categoría de herederos, muy próximos a él, y de la cual no van a ser privados sin justa causa de desheredación. Cuando una persona tiene hijos, padres o cónyuge, la ley le restringe la facultad de hacer

liberalidades: de donar sus bienes o de hacer legados, no permitiéndole beneficiar a extraños sino dentro de cierta medida o de cierta cuota²

La legítima es una limitación legal y relativa a la libertad de disponer por testamento o donación, que lleva como consecuencia la reserva de una porción de la herencia o de bienes a favor de los denominados legitimarios, de cuya porción pueden ser privados por justa causa de desheredación invocada en el testamento³

La legítima es la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por actos a título gratuito⁴

La legítima es la porción de la herencia de la cual no pueden ser privados los herederos forzosos, salvo justa causa de desheredación⁵

Escogimos algunas definiciones de la doctrina a fin de evidenciar que previa a la sanción del Código Civil y Comercial, los autores hacían referencia a que la legítima era un derecho que no se los podía privar a los legitimarios salvo “justa causa de desheredación”

Es el caso que, con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, ha quedado derogado el instituto de la desheredación, y en sus normas no surge una definición de legítima, sino que se limita a determinar quiénes son los legitimarios, cuáles son las porciones que se les debe respetar y cómo debe realizarse el cálculo para su protección, entre otras cuestiones atinente a la misma.

En virtud de lo expuesto es que considero apropiado replantear la definición de legítima hereditaria, teniendo en cuenta el actual contexto normativo.

Según el Dr. Marcos M. Córdoba: “La legítima es una institución del derecho sucesorio que reconoce a los parientes más próximos al causante y

2 MARTINEZ LEDESMA, Dido, “*Nociones de Derecho Sucesorio*” Ed. Universidad Nacional Rosario, 2010. Pag. 332.

3 PEREZ LASALA, José Luis, *Derecho de sucesiones*, Buenos Aires, 1981, vol. II, pág.792.

4 BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Sucesiones*. V.2, 9ª ed., Buenos Aires: La Ley, 2008. ⁴AZPIRI, Jorge O., *Derecho Sucesorio*, 4ª ed., Hammurabi, 2006.

⁵ AZPIRI, Jorge O., *Derecho Sucesorio*, 4ª ed., Hammurabi, 2006.

al cónyuge, el derecho a parte variable de la herencia, que queda a cubierto de las liberalidades del causante. Variable por cuanto su extensión resulta de quienes sean aquellos herederos, de los mencionados, que actualicen su llamamiento hereditario”⁶

El Dr. Francisco A. M. Ferrer al referirse a la legítima hereditaria expresa: “podemos conceptualarla objetivamente como la porción de la herencia del causante de la cual determinados herederos no pueden ser privados por actos gratuitos del causante, excepto sanción de indignidad”⁷

Finalmente concluyo que, la legítima es aquella porción del patrimonio del causante de la cual no puede ser privada determinada categoría de herederos –descendientes, ascendientes y cónyuge- dada su proximidad con el mismo, salvo justa causa de exclusión hereditaria; para su determinación, se deberá adicionar a los bienes transmisibles que ha dejado el causante a su muerte, las liberalidades que ha realizado en vida.

La consagración de este derecho –la legítima- como de orden público, encuentra su plena justificación en la solidaridad familiar que nuestra carta magna exige, pues, la familia requiere su protección y esta cuestión no puede ser dejada a la libre disponibilidad de las personas.

Enseña el Dr. Esteban Gutierrez Dalla Fontana: “La legítima hereditaria es uno de los instrumentos de protección de la familia”⁸

Conforme el valor que se le otorgue a la institución familiar, a la propiedad y al derecho sucesorio, es que se aceptará o rechazará la legítima hereditaria, otorgándose o no libertad para testar.

3. LIBERTAD DE DISPONER MEDIANTE LIBERALIDADES. DISTINTOS SISTEMAS EN EL DERECHO COMPARADO.

⁶ CORDOBA, Marcos M. “Sucesiones”, Ed. Eudeba y Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, junio de 2016, pág. 346

⁷ FERRER, Francisco A. M. “Tratado de Sucesiones”, Tomo IV, 1ra. Edición. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2023, pág. 237

⁸ GUTIERREZ DALLA FONTANA, Esteban. “La legítima hereditaria. Medio de protección de la familia” Ed. Universidad Católica de Santa Fe, 1ra. Edición. Santa Fe, 2022, pág. 190.

Regularmente el tema es tratado como “libertad de testar”, pero entendemos que va más allá, pues lo que se cuestiona en realidad es si las personas pueden realizar liberalidades, es decir disposiciones a título gratuito, con absoluta libertad o bien si deben respetar una porción en favor de determinadas personas a las cuales se las protege por su íntima proximidad con el causante -descendiente, ascendiente y cónyuge-, a quienes se los denomina “herederos legitimarios” o también “herederos forzosos”.

Es decir que, en rigor de verdad, el tema trasciende la mera “libertad testamentaria”, siendo más amplia, pues su regulación atiende a la “libertad para realizar liberalidades” tanto en vida como por testamento.

Hecha dicha aclaración, los distintos ordenamientos jurídicos regulan la transmisión hereditaria en base a dos grandes regímenes, admitiéndose matices.

Uno de esos regímenes es el que establece que la ley actúa en forma supletoria, es decir que, ante la falta de disposiciones testamentarias, la ley organiza un sistema que establece quienes tienen vocación hereditaria, quienes concurren a la sucesión y quienes son excluidos de ella, este sistema es el denominado “sucesión intestada” y también como “sucesión ab intestato”.

El otro régimen es aquel que la transmisión hereditaria está expresamente establecida por voluntad del testador, mediante un testamento conforme a las solemnidades expresamente establecidas, es decir que el testamento debe ser válido, dicho sistema es llamado “sucesión testamentaria”.

Tanto el sistema adoptado por el Código Civil de Vélez Sarsfield, como el actual sistema adoptado por el Código Civil y Comercial Argentino, ambos admiten que una persona humana pueda transmitir sus bienes a su muerte parte por su propia voluntad y parte por disposición de la ley, pues al admitirse la “legítima hereditaria” ella comulga con ambos sistemas y se entrelaza para permitir la existencia de una porción disponible, la cual el causante podrá utilizar tanto por actos entre vivos como por disposiciones testamentarias a favor de quien crea conveniente.

La legítima hereditaria impone una limitación a la libertad de disponer mediante liberalidades, y por lo tanto restringe la libertad testamentaria, es decir, la transmisión de bienes muestra dos caras, una es la porción legítima y la otra es la porción disponible.

En cuanto a dicha libertad de disponer mediante liberalidades, en el derecho comparado encontramos el tema tratado como libertad de testar, existiendo 3 grandes sistemas legislativos:

a) Sistemas legislativos que admiten la libertad de testar:

En estos sistemas, seguidos tradicionalmente por el derecho anglosajón, cabe destacar que se acuerda al mismo tiempo a determinados parientes y al cónyuge el derecho a obtener alimentos cualquiera sea la disposición del testador.

Ejemplo de ello, es lo que ocurre en Inglaterra, en donde aquellas personas que durante la vida del causante hubieren dependido de alimentos de su parte tienen derecho a lo que podríamos traducir como una renta razonable, en el supuesto que el causante no lo haya previsto.

El sistema de libertad de testar es seguido en Inglaterra, Canadá, la mayoría de los Estados de los Estados Unidos.

En Latinoamérica adopta este sistema, el código civil Mexicano, que admite la libertad de testar, pero aquí también se obliga al causante a dejar una pensión de alimentos al cónyuge, y a ciertos parientes consanguíneos en líneas recta, e incluso a la concubina. En el mismo orden de ideas siguen este sistema los códigos civiles de Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.

b) Sistemas legislativos que establecen una porción legítima de carácter forzoso a favor de ciertos herederos:

Estos sistemas prevén que una porción del patrimonio del causante, se encuentre reservada a favor de ciertos herederos muy próximos a él, y dichos herederos no pueden ser privados de tal porción, sin justa causa de desheredación. Cuando estamos frente a este tipo de herederos el causante sólo puede disponer de lo que excede de dicha cuota, y esa porción es llamada de libre disposición o porción disponible.

Dentro de este sistema que establece una porción de libre disposición y una porción de legítimas hereditarias, podemos distinguir a su vez, dos subsistemas:

b.1) Los que establecen una porción fija e invariable, sin atender a la cantidad de herederos que concurren. Es el caso de Uruguay, Chile, Cuba,

Bolivia, Paraguay, Brasil, Perú, Puerto Rico, en este sistema se enrola el derecho Argentino.

b.2) Los que determinan una porción que varía según el número de herederos que concurran, los cuales establecen que a mayor cantidad de legitimarios, mayor será la legítima hereditaria que deberá respetarse. Ejemplo de este sistema es el que establece el Código Civil Francés y el Italiano.

c) Aquellos que establecen una porción legítima, fija e invariable, de carácter forzoso a favor de ciertos herederos, y dan al causante el derecho de mejorar con una cuota de ella a los descendientes.

Este es el sistema llamado de mejora de neta tradición hispánica.

Este sistema es seguido por el Código civil español, en el cual, la porción legítima representa las dos terceras partes del caudal hereditario, pudiendo el causante disponer, a favor de alguno o algunos de sus descendientes, de la mitad de dicha porción legítima, o sea un tercio del total de la herencia, de lo que se desprende que la porción disponible será también de un tercio.

4. MEJORA IMPROPIA Y MEJORA PROPIA

El actual Código Civil y Comercial admite dos tipos de mejoras: una es la mejora impropia que se detrae de la porción disponible, y la otra es la mejora propia, la cual se descuenta de la porción legítima.

Con relación a la mejora impropia, se ha reducido las porciones legítimas de los descendientes y de los ascendientes, lo cual trae como lógica consecuencia la ampliación de la porción disponible, pues porción legítima y disponible, son dos caras de una misma moneda.

De tal forma que cuando se trate de la mejora impropia, se podrá disponer de la contracara de la legítima, esto significa que en caso de tener descendientes se podrá disponer de hasta $1/3$, en caso de tener ascendientes o cónyuge se podrá disponer de $1/2$ para realizar este tipo de mejora.

El Código Civil y Comercial innova al regular en su artículo 2448 la mejora a favor de heredero con discapacidad: “El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio ($1/3$) de las porciones legítimas

para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.”

Enseña la Dra. Graciela Medina que “el Código Civil y Comercial Unificado se hizo eco de los reclamos generalizados de la comunidad jurídica y optó por una posición equilibrada de disminución del régimen de legítimas, sin aceptar una incorporación de la mejora similar a la del sistema español. Solo admite la mejora para la protección de los ascendientes y descendientes con discapacidad artículo 2448

El Código Civil y Comercial adopta una posición de equilibrio en este tema, (como en muchos otros donde las posiciones eran absolutamente extremas) y se inclina por una posición intermedia, que satisface los reclamos individuales, respeta la tradición jurídica argentina y procura la satisfacción de la solidaridad familiar.

No acepta una absoluta libertad de testar ajena a nuestras costumbres, ni tampoco un sistema legitimario asfixiante que impida la libre disposición de los bienes para después de la muerte y obligue al fraude como única manera de que el causante disponga de sus bienes a favor del heredero que más lo necesita. Impone una distribución igualitaria de una parte de la herencia entre determinados parientes, pero disminuye el porcentaje de atribución forzosa. Pensamos que de esta forma la comisión ha pretendido afianzar los deberes naturales de los miembros de la familia, evitar el posible abuso del testador y flexibilizar la posibilidad de disponer de los bienes para después de la muerte a favor de quien más lo necesita.”⁹

Entiendo que artículo 2448 del CCyC requiere ser reformado, teniéndose en cuenta que no se ha incluido en el mismo al cónyuge supérstite y además adelanto que considero que la discapacidad no debe ser el único fundamento posible para otorgar una mejora propia, en relación a esto último lo abordaré en concreto en el punto VI del presente trabajo.

5. SOCIOAFECTIVIDAD Y DERECHO SUCESORIO

⁹ MEDINA, Graciela. *El derecho de sucesiones y los principios del Código Civil y Comercial*. Publicado en: DFyP 2015 (septiembre), 03/09/2015, 101. Cita Online: AR/DOC/2513/2015

En relación a qué debe entenderse por socioafectividad, la Dra. Marisa Herrera expresa que: “Socioafectividad es la conjunción de dos elementos que lo integran y que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social; y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos. A la vez, ambas ideas interactúan entre sí. Si bien en un principio el concepto de socioafectividad se abrió camino dentro del campo de la filiación, priorizándose el afecto por sobre la biología, después se fue ampliando a otros ámbitos”¹⁰

Surge la pregunta de si la socioafectividad puede ser fuente de vocación hereditaria y de ser así cual sería la forma en que la legislación pueda receptarla sin que se afecte el orden público sucesorio.

Sin lugar a duda el testador puede, dentro de su porción disponible, realizar las disposiciones que estime conveniente y en concreto otorgar beneficios en favor de aquellos que por socioafectividad se encuentran vinculados al mismo.

El tema es si la socioafectividad puede ser fuente autónoma de llamamiento a la herencia, es decir si se le puede otorgar un llamamiento legal por ejemplo a un conviviente o bien a un hijo afín.

Entiendo que, conforme nuestra legislación actual, no es suficiente el sólo afecto existente entre los convivientes o bien entre aquel padre o madre afín que ha cuidado, criado, educado y asistido al hijo biológico de su cónyuge o conviviente para otorgarles llamamiento a la herencia, pues ello generaría postulaciones en justicia que acarrearían inseguridad jurídica, ante planteos de si se ha generado o no el vínculo filial afectivo suficiente para el reconocimiento de tal vocación hereditaria.

Sabemos que el llamamiento sucesorio presume afectos, y en este sentido existe un orden sucesorio en donde la ley actúa en forma imperativa.

Siguiendo esta lógica entiendo que debe surgir de la propia ley la posibilidad de que por una cuestión de solidaridad familiar y con el objetivo de ser justo y equitativo entre quienes tienen efectivo llamamiento a la herencia se permita, a quien desee planificar su sucesión, una mayor libertad

¹⁰ HERRERA, Marisa. La noción de socioafectividad como elemento “rupturista” del Derecho de Familia contemporáneo, en RDF n° 66, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014.

de disposición, y dársele no sólo la posibilidad de utilizar la porción disponible sino también de poder tomar un plus a ser detráido de la porción legítima para favorecer aún más a quien él indique, bien sea porque ha sido más afectuoso para con él o bien porque se ha encargado de su cuidado, de su asistencia, de su salud, etc.

6. PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA

Conforme lo desarrollado, seguidamente realizo una propuesta de reforma legislativa en virtud de la cual se permita otorgar una mejora propia en favor de aquél heredero que el testador indique fundando la misma en cuestiones de solidaridad familiar, afecto y/o gratitud.

En concreto, y teniendo de base el artículo 2448 del Código Civil y Comercial que prevé la mejora en favor del heredero con discapacidad, propongo su reformulación incorporando como beneficiarios de la misma al heredero legítimo que el testador indique fundando su designación por motivos de solidaridad familiar, afecto y/o gratitud.

Propongo de lege ferenda la redacción del artículo 2448 del Código Civil y Comercial de la siguiente forma:

Artículo 2448.- Mejora a favor del heredero legítimo indicado. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a favor de los descendientes, los ascendientes y el cónyuge.

Dicha mejora se podrá fundar por razones de solidaridad familiar, afecto y/o gratitud, o bien por razones de discapacidad, y a estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

LA RELACIÓN AFECTIVA Y LA SOLIDARIDAD SÓLO TIENEN CABIDA EN EL ÁMBITO DE LAS SUCESIONES TESTAMENTARIAS

Por Jorge A. M. Mazzinghi¹

I. CONCLUSIÓN

Las sucesiones intestadas sólo favorecen a los parientes legales, a los que tienen un vínculo jurídico formal y establecido con el causante. Las relaciones informales que dan cuenta de una proximidad afectiva o emocional, pero que no constituyen un vínculo jurídico ni dan lugar a un parentesco, no tienen cabida en el marco de las sucesiones intestadas. Estas personas que sólo tienen con el causante una proximidad de hecho, sólo pueden concurrir a la herencia si el causante las convoca a través de un testamento ajustado a las formas legales y que se baste a sí mismo.

II. FUNDAMENTOS

Las sucesiones pueden ser intestadas o testamentarias.

El Código Civil y Comercial las regula en forma separada, las intestadas en los títulos IX y X del Libro Quinto, y las testamentarias en el título XI del mismo Libro Quinto.

En las sucesiones intestadas, la herencia se defiere por la ley a los parientes más cercanos del causante. El artículo 2424 del Código Civil y Comercial alude a los herederos legítimos, -designados por la ley-, entre los que están los descendientes, los ascendientes, el cónyuge, y los parientes colaterales hasta el cuarto grado. A falta de todos ellos, la herencia se declara vacante y los bienes pasan al Estado Nacional, o Provincial, o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En las sucesiones testamentarias, la atribución de la herencia depende de la voluntad del testador. Por eso, el artículo 2462 del Código Civil y Comercial refiere que “las personas humanas pueden disponer

¹ Profesor Titular Ordinario de derecho de Familia y de Derecho de las Sucesiones, Universidad Católica Argentina.

libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas”.

En las sucesiones intestadas, la atribución de la herencia es fija y deriva de la ley, y en las sucesiones testamentarias, la atribución de la herencia es libre, depende de la voluntad del testador, y sólo está limitada por las porciones legítimas.

En las sucesiones intestadas rigen las normas que regulan el parentesco, y deben aplicarse las disposiciones del título IV del Libro Segundo que definen y organizan el parentesco legal.

En las sucesiones testamentarias, el causante sin descendientes, ni ascendientes vivos, ni cónyuge, -a los que se denomina herederos forzosos, puede otorgar la herencia a quien desee. Si tiene herederos forzosos, sólo puede designar sucesores en el marco de la porción disponible. Esta porción disponible es de un tercio del total de la herencia si el causante posee descendientes, y de un medio si el causante tiene ascendientes vivos o cónyuge.

Las personas que no tienen vínculo de parentesco con el causante, y que sólo están ligadas a él por una relación afectiva o una corriente de solidaridad, no tienen cabida ni están llamadas por la ley a recibir la herencia intestada. Estas personas sólo pueden suceder al causante en el ámbito de una sucesión testamentaria, y siempre que el testamento los incluya como herederos o legatarios.

En el marco de la sucesión testamentaria, las personas ligadas por una relación afectiva con el causante, o por una corriente de apoyo basada en la solidaridad, no pueden afectar ni limitar la integridad de las porciones legítimas.

En síntesis, las sucesiones intestadas sólo favorecen a los parientes legales, a los que tienen un vínculo jurídico formal y establecido con el causante. El artículo 529 del Código Civil y Comercial, al brindar el concepto de parentesco, se refiere a un “vínculo jurídico”.

Las relaciones informales que dan cuenta de una proximidad afectiva o emocional, pero que no constituyen un vínculo jurídico ni dan lugar a un parentesco, no tienen cabida en el marco de las sucesiones intestadas.

Estas personas que sólo tienen con el causante una proximidad de hecho, sólo pueden concurrir a la herencia si el causante las convoca a través de un testamento ajustado a las formas legales y que se baste a sí mismo.

Al respecto, viene al caso lo que establece el artículo 2484 del Código Civil y Comercial: “La institución de herederos y legatarios sólo puede ser hecha en el testamento y no debe dejar dudas sobre la identidad de la persona instituida”.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SOLIDARIDAD FAMILIAR
REDUCCIÓN DE LA LEGÍTIMA – AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD
DEL TESTADOR

Por Carla Beatriz Modi¹

I. CONCLUSIONES

1. De *Lege ferenda*, se propone las siguientes modificaciones: Incorpórese el art. 2445 bis: Reducción de la legítima activada por la autonomía de la voluntad del testador: a) Podrá reducirse la porción legítima de los descendientes a un medio, cuando el causante por testamento, disponga declarar heredera a su conviviente supérstite. b) Podrá reducirse la porción legítima individual de los descendientes, cuando el causante por testamento disponga incluir a su hijo/a afín, en iguales condiciones que sus descendientes, como si fuera uno más, siempre que haya sido criado por el causante, y adquirido el estado de hijo dentro del seno familiar.

II. FUNDAMENTOS

1. ANALISIS PRELIMINAR:

La propuesta de modificación normativa plantea reducir la porción legítima de los descendientes en ciertos casos específicos (conviviente supérstite e hijo/a afín), lo que abre un debate sobre el equilibrio entre la

¹ Abogada recibida en la UNLZ. Doctoranda en Ciencias Jurídicas de la UCA. Cursando la Carrera de Especialización en Derecho de Familia UCALP. Profesora JTP de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Adscripta UCA – Derecho de las Sucesiones, Cátedra Úrsula Basset. Investigadora Graduada en los Proyectos IUS 2016-2018 “Vulnerabilidad y solidaridad interindividual, familiar y social de las personas en su vejez: entre la responsabilidad pública y privada”; y 2019-2021 “Discriminaciones directas e indirectas contra la mujer en el derecho privado de familia y sucesiones argentino”. Investigadora graduada proyecto de investigación DECYT 2020-2022 – Código DCT2007 “Niñez sin cuidados parentales” (UBA). Integrante del proyecto de investigación "Discriminación estructural y violencia simbólica contra la mujer", Facultad de Derecho, UCA, 2022-actualidad. Integrante del proyecto de investigación "Modelos explicativos de la violencia", Facultad de Derecho, UCA, 2022-actualidad. De acuerdo con el art. 6° del Reglamento de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la presente ponencia se presenta con el aval de la Dra. Úrsula C. Basset.

libertad de testar, la protección de la familia y el principio de proporcionalidad.

Conforme el art. 2444 (Legitimarios), art. 2445 (porciones legítimas), art. 2447 (Protección – inviolabilidad – orden público), se establece que los descendientes, ascendientes y cónyuge poseen una porción legítima de la que no pueden ser privados por ningún acto del causante en vida o testamento, estableciendo cuales son dichas porciones, y determinando la inviolabilidad de dicha legítima, salvo determinadas excepciones (art. 256, 2330, 2332, 2333, 2448, 2383, 5270)².

“Legítima es la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por actos a título gratuito”³. En el nuevo ordenamiento legal no hay una definición de legítima, limitándose a designar a los herederos que denomina legitimarios y que se limitan a los descendientes, los ascendientes y el cónyuge.

La discusión dada desde el inicio entre todos los autores, los de antes y los de ahora, referida al derecho de propiedad consagrado en la CN y la concepción de familia como base fundamental de toda sociedad, pujando unos hacia la protección de la legítima y otros hacia la libertad de testar, dependiendo de lugar donde se ubiquen, hoy debe ser analizada a la luz del contexto socio –cultural y económico de la sociedad actual⁴, debiendo existir una mayor flexibilidad, en la aplicación del instituto de la legítima, donde en casos puntuales su aplicación estricta podría derivar en graves injusticias para los individuos que se supone la ley dice proteger.

Como bien dice Perrino “el valor que se le otorgue a la institución familiar, a la propiedad, y al derecho sucesorio incide de manera decisiva en la libertad de testar, y consecuentemente, en la aceptación o rechazo de la

² Ferrer, Francisco A., Santarelli, M., Soto, F. Germán, Dirs. “Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético”, ALTERINI, Jorge H. Director general, 1° ed., La Ley Ciudad de Buenos Aires, 2015, Tomo XI, pág. 579.

³ BORDA, Guillermo A.: Tratado de Derecho Civil – Sucesiones- Tomo II, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2003, pág.78.

⁴ AZPIRI, Jorge O. “Derecho Sucesorio”, 4° ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pág. 596.

legítima hereditaria”.⁵ Por lo pronto para comenzar el análisis de la cuestión a tratar debería adentrarme a analizar dichos institutos, tanto en nuestro derecho, como su evolución histórica y legislación comparada, lo que excedería en gran medida el presente trabajo.

Sin embargo, no puedo dejar de mencionar, que claramente el concepto de familia tradicional, no es el concepto actual y es lo que nos trae aparejadas una variedad de interrogantes sobre el caso particular. Entonces así lo deslumbraba ya en su tesis el Dr. Aquiles Horacio Guaglianone en el año 1940, al decir “Todo ensayo, en conclusión, sobre la legítima debe abordar, como peldaño de sus inducciones, el problema del cuerpo social, no ya en la amplitud de los derechos específicamente determinados que le constituyen, sino en la abstracción del núcleo último que lo caracteriza en las sucesivas etapas de su historia... tiempo queda para seguir a los fenómenos sociales en el devenir que les lleve, desde la genuina concepción que les dio vida, hasta el depurado criterio de justicia que fundamente su eternidad. En tanto, el acertado método científico brindará nuevas soluciones para los problemas que sin cesar se suscitan”⁶.

En el derecho romano existió una amplia libertad de testar, y luego fue sufriendo restricciones, hasta la época de Justiniano, donde se plasmó la legítima, similar a como es en la actualidad. En el derecho medieval, la legítima, resulta importante para concretar el patrimonio de los señores feudales al asegurar la conservación íntegra de los bienes inmuebles dentro de la familia, para continuar prevaleciendo en el aspecto político, económico y social. Sin embargo por distintos motivos, los emperadores y la Iglesia Católica fueron partidarios de la libertad para testar, los primeros para disminuir el poder de los señores feudales y los segundos para permitir las disposición de bienes a favor del alma del testador y de la iglesia⁷.

En cada época, por las razones que fuera, se tuvo intereses diferentes, y dichos intereses, han ido modificando la legislación de un lado o del otro, es decir establecer cuál es el bien jurídico a proteger por la norma, que es lo

⁵ PERRINO, Jorge O. “Derecho de las Sucesiones” 1ª ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011. Vol. 2, pág. 1780.

⁶ GUAGLIANONE, Aquiles Horacio “Historia y Legislación de la Legítima” Fuentes Antiguas – Tesis laureada con el Premio Eduardo Prayones y recomendada al Premio Facultad (1939). Buenos Aires, 1940. Pág. 18/19.

⁷ AZPIRI, Jorge O. “Derecho Sucesorio”, 4º ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pág. 596.

mejor para la familia como célula fundamental de la sociedad, lleva a colegir que tipo de norma vamos a preferir por sobre otra, y que consecuencias trae aparejadas para la sociedad el tipo de norma de que se trate.

Nuestro derecho limita la voluntad del causante, a disponer libremente de su propiedad al momento de su muerte, o a título gratuito durante su vida, en protección de la comunidad, ya que la familia es el sustento de dicha comunidad. Y así establece una serie de normas tanto a los fines de evitar que disponga por testamento libremente (art. 2447), inviolabilidad de la legítima, como una serie de remedios procesales para el caso que haya dispuesto de ellos en vida a título gratuito.

Por último y previo a adentrarnos en el desarrollo, es importante tener claros ciertos conceptos para un mejor análisis:

Sucesión legítima: Es aquella que se difiere conforme a la ley cuando el causante no ha dejado escrita su última voluntad, es la ley quien determinará quienes y como sucederán al causante.

Legítima: Es la porción que deben recibir los herederos forzosos protegidos por la ley, y que el causante no puede afectar ni por actos de última voluntad, ni por actos entre vivos a título gratuito.

Es añejo el debate sobre el alcance de las cuotas de legítima establecidas en el Código Civil, considerándose la necesidad de su adecuación a porcentajes menores. En los países que admiten la legítima, las cuotas son variables, y en este aspecto las establecidas en el Código Civil son las más elevadas en el derecho comparado⁸.

2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SOLIDARIDAD FAMILIAR.

La legítima es una institución de orden público, pues ha sido acogida, no en miras del interés individual del heredero forzoso, sino en miras de un interés general, que radica en la consolidación, permanencia y solidaridad familiar, como institución del derecho natural básica de nuestra sociedad, su interés está por encima del individuo⁹.

⁸ BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil – Sucesiones”, Tomo II, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2003, pág.83.

⁹ PERRINO, Jorge O., “Derecho de las Sucesiones” 1ª ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011. Vol. 2, pág. 1876.

En el nuevo código, la legítima sigue manteniendo las características de inviolabilidad, irrenunciabilidad, y orden público, ya que, si bien se han morigerado las porciones legítimas, y establecido excepciones, no se han afectado las mismas.

Actualmente dicha norma posee conforme se expone en el Código Civil y Comercial comentado Tratado Exegético del Dr. Jorge H. Alterini, las siguientes excepciones: a) Art. 256, la constitución del bien de familia afecta al inmueble y limita la libre disposición del mismo y se trasmite a los herederos; b) Art. 2330, la indivisión forzosa que puede disponer el causante por testamento por un plazo de 10 años; c) Art. 2332, la indivisión que puede imponer el cónyuge supérstite sobre un establecimiento que constituya unidad económica, o sobre cuotas o acciones sociales, siendo este el principal socio o accionista, por un plazo máximo de 10 años, siempre que haya adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que haya participado activamente en su explotación, correspondiéndole la administración del establecimiento de las cuotas acciones sociales por todo el término que dure la indivisión, y dicha indivisión puede prorrogarla judicialmente hasta su muerte; d) Art. 2333, el mismo caso anterior, pero quien puede imponer la indivisión es cualquier heredero, que cumpla con iguales condiciones; e) art.2448, la mejora especial a un ascendiente o descendiente con discapacidad, consistente en dejarle por el medio que estime más conveniente el causante, no solo la cuota libre de disposición, sino también un tercio de la porción legítima. Este es un avance importante sobre la legítima que se justifica por la vulnerabilidad en la que se encuentra una persona incapaz; f) Art. 1668 y 2493, en la misma línea anterior, el fideicomiso testamentario en el cual el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, en cuyo supuesto puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad, o hasta su muerte, aun cuando esos acontecimientos se produzcan más allá del plazo máximo de treinta años del fideicomiso; g) Art. 2383 y 527, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite vitalicio, gratuito, que opera de pleno derecho sobre el inmueble propiedad del causante, que no se debe encontrar en condominio con terceros a la fecha de la apertura de la sucesión, y que haya constituido el último hogar conyugal, asimismo se establece este derecho a favor del conviviente supérstite, que carezca de vivienda propia y sin recursos suficientes, por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble propiedad

del causante que constituyó el último hogar familiar y que no se encuentra en condominio con terceros a la fecha de la muerte del causante¹⁰.

Como podemos ver a primera vista, estas excepciones algunas se basan en principios de solidaridad familiar, en otros casos en protección de los más vulnerables, o en la autonomía de la voluntad del causante, y hasta en la voluntad del cónyuge superviviente.

Doctrinaria y jurisprudencialmente se dice que el instituto de la legítima conforme se encuentra regulado actualmente, se basa en una tradición jurídica, en los usos y costumbres de nuestra sociedad, y en una necesidad de proteger económicamente a la familia.

Si volvemos a la historia de la legítima en el Derecho Romano, se puede observar que lo que estuvo en juego siempre fue el interés familiar, ya sea en los tiempos antiguos (familia monolítica), como posteriormente en la que se trató de conjugar el interés integral de la institución, con los intereses individuales de los familiares más próximos, en este sentido los romanos, siempre fueron consecuentes con la consideración socio – económicas de la familia en cada una de las épocas.¹¹

Ahora es importante conjugar todo ello con el principio de proporcionalidad, siendo esencial para asegurar que las decisiones en el ámbito del derecho de familia sean justas, razonables y equilibradas, protegiendo los derechos fundamentales de todos los involucrados.

Dentro del ámbito familiar, donde las partes se nutren de los lazos afectivos, y teniendo en cuenta lo expuesto, es razonable la búsqueda de normas que incluyan a todos los integrantes de la familia, que les reconozca derechos a todos los hijos, considerado como tales por el causante.

Este principio constitucional nos exige que la norma al ser aplicada no discrimine entre unos u otros integrantes del grupo familiar, y menos aun cuando es voluntad del causante que todos sean incluidos como una familia.

¹⁰ Ferrer, Francisco A., Santarelli, M., Soto, F. Germán, Dirs. “Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético”, ALTERINI, Jorge H. Director general, 1° ed., La Ley Ciudad de Buenos Aires, 2015, Tomo XI, pág. 578 y 579.

¹¹ DI PIETRO, Alfredo, “La legítima en el Derecho Romano”, Prudentia Iuris N° 44, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Sep. 1977, pág. 207.

El principio de proporcionalidad ayuda a guiar el proceso de cómo se pasa de la norma ya establecida (la ley) a una interpretación o aplicación concreta de esa norma (la norma adscrita). El principio de proporcionalidad es clave para asegurarse de que esta aplicación sea justa y adecuada en relación con los derechos fundamentales involucrados¹². Es decir, actúa como una guía para interpretar y aplicar una norma de manera que sea adecuada y razonable, especialmente cuando esa norma afecta derechos fundamentales.

3. VOCACIÓN SUCESORIA Y SOCIOAFECTIVIDAD

Varias son las definiciones que podemos encontrar sobre socioafectividad, aunque continúa siendo un término ambiguo, que no podemos desconocer que se basa en el amor, y eso nos lleva a preguntarnos, puede el derecho de familia basarse en el amor, desde una perspectiva personal, diría que sí, pues no existe fuerza más inconmensurable que el amor, ahora desde una perspectiva racional, sabiendo que no cualquier amor siempre es bueno, pues todo en exceso puede ser perjudicial, claramente no es lo único que debe ser evaluado al momento de resolver una cuestión de filiación basada en la socioafectividad. En definitiva, cuando el derecho habla de la dignidad humana, los derechos humanos, el respeto mutuo, la buena fe, y en consiguiente el respeto a los derechos fundamentales y personalísimos, podemos ver su relación con el amor y el respeto a la persona humana.

Más que socioafectividad, debería referirme al término jurídico relevante y configurativo, "vida privada familiar", estándar que aparece en los Tratados Internacionales, y que permite fundamentar el razonamiento jurídico, como lo hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Art.

¹² “El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el paso que se recorre desde la norma directamente estatuida hasta la concreción y la fundamentación de una norma adscrita. En otras palabras, el principio de proporcionalidad se aplica, cuando se debe concretar y fundamentar una norma adscrita de derecho fundamental”, Carlos Bernal “La función del principio de proporcionalidad” pág. 138,

11, inc. 2, CADH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Art. 8.1. CEDH)¹³.

“en el ámbito de los derechos fundamentales donde más claramente aparece la complementariedad entre el Derecho y el amor, porque se regulan jurídicamente ideales que expresan la dignidad humana, que son expresión del valor moral de cada persona, fin en sí, y del respeto y la fraternidad con el otro. Son ideales de justicia inspirados por el amor, por lo que no se puede, a mi juicio, sostener, como lo hace Aristóteles, la incompatibilidad entre la amistad --que es una forma del amor- y la justicia. A través de los derechos fundamentales, en todas sus facetas individuales, políticas, económicas, sociales y culturales, se tiende a favorecer por medio del Derecho el desarrollo integral de la persona, y esa colaboración del Derecho con el esfuerzo ético tendente a conquistar la libertad moral, la libertad autonomía, la libertas maior de los clásicos, es obra a su vez de una relación de apoyo mutuo entre el Derecho y el amor”¹⁴.

En el caso de los hijos afines, si bien el código habla de progenitor afín, indefectiblemente surge la figura del hijo afín, ya que la relación es recíproca¹⁵, el art. 620 del CCyCN ha regulado la adopción por integración mediante la cual el progenitor afín puede adoptar al hijo del cónyuge o del conviviente, pero si por la causa que fuera así no lo hiciera ese hijo que ha sido criado desde la primera infancia y posee estado de hijo dentro del seno familiar, no tiene ningún derecho a la sucesión de quien en vida fuera como su padre, y ahí es donde propongo que el causante pueda disponer por testamento de manera tal que reciba lo mismo que sus descendientes, si así lo deseara.

Igual solución debería adoptarse para el conviviente supérstite, quien se encuentra en total desprotección ante la muerte de su compañero, donde si bien la ley le otorga el derecho real de habitación, solo lo hace por dos

¹³ BASSET, U.C., “Multiparentalidad y el deber de garantía del interés del niño. Cómo evitar una deriva adultocéntrica”, LA LEY 22/03/2023, 3, TR LALEY AR/DOC/594/2023.

¹⁴ PECES-BARBA MARTINEZ, G. “El Derecho y el amor: sus modelos de relación”, artículo de una conferencia prevista para el verano de 1982, en la Universidad Menéndez Pelayo de Santander, y que no tuvo lugar por enfermedad del autor, pág. 78.

¹⁵ AZPIRI, Jorge O., “Incidencias del Código Civil y Comercial - Derecho de Familia”, 1ª ed., 8º reimpr., Buenos Aires, Hammurabi, 2016, pág. 272.

años, y es así que el causante debería poder disponer si así lo deseara que reciba una porción igual a la que recibiría si fuera su cónyuge supérstite.

Si bien la sucesión legítima, como tradicionalmente la conocemos, se basa en los lazos de sangre, o como el caso del cónyuge, del matrimonio, también es cierto que las familias modernas están conformadas en muchas oportunidades como las descritas por lazos puramente de amor, donde ni la ley ni la naturaleza han intervenido y no por ello dejan de ser familias.

“...forman parte del complejo axiológico propuesto principalmente la utilidad y el amor (como personalización de unos por la personalización de otros). La sucesión participa de esa complejidad axiológica. Si bien toda ella se refiere a la justicia y tiene importantes despliegues de amor y utilidad, la sucesión testamentaria, la ab intestato y la legítima poseen distintos sentidos de utilidad. La sucesión testamentaria deja más espacio al amor y la utilidad como los entienda el testador; en la sucesión legítima imperan los criterios de amor y utilidad que establece el legislador”¹⁶.

4. CONCLUSIÓN

Históricamente, la legítima ha sido una herramienta jurídica destinada a asegurar que ciertos parientes no sean privados de su parte en la herencia, garantizando así la estabilidad económica de la familia. Sin embargo, el concepto de familia ha evolucionado con el tiempo, y la rigidez de las normas sobre la legítima puede resultar en situaciones injustas en el contexto actual. La propuesta busca adaptar la legislación a estas nuevas realidades, permitiendo que convivientes e hijos afines reciban una mayor protección sucesoria en reconocimiento de los lazos afectivos y familiares que comparten con el causante.

Teniendo presente los principios de proporcionalidad y solidaridad familiar, el derecho sucesorio debe evolucionar para reflejar la complejidad y diversidad de las familias modernas. Esto implica una mayor flexibilidad en la normativa para asegurar que todos los miembros de una familia, no solo aquellos vinculados por lazos de sangre o matrimonio, puedan ser protegidos adecuadamente.

¹⁶ CIURO CALDANI, Miguel A., “Aportes Integrativistas del Derecho de Sucesiones”, ISSN 1851-2844, www.centrodefilosofia.org.ar, Investigación y Docencia N° 40, pág. 29.

En conclusión, la modificación propuesta responde a una necesidad de modernización del derecho sucesorio, buscando un equilibrio entre el respeto a la voluntad del testador y la protección de los derechos fundamentales de los integrantes de la familia, especialmente en situaciones donde los lazos afectivos prevalecen sobre los vínculos tradicionales.

Por ello se propone De *Lege ferenda*, las siguientes modificaciones:

Incorpórese el art. 2445 bis: Reducción de la legítima activada por la autonomía de la voluntad del testador: a) Podrá reducirse la porción legítima de los descendientes a un medio, cuando el causante por testamento, disponga declarar heredera a su conviviente supérstite. b) Podrá reducirse la porción legítima individual de los descendientes, cuando el causante por testamento disponga incluir a su hijo/a afín, en iguales condiciones que sus descendientes, como si fuera uno más, siempre que haya sido criado por el causante, y adquirido el estado de hijo dentro del seno familiar.

EL PRINCIPIO DE SOCIOAFECTIVIDAD COMO FUENTE DE VOCACIÓN SUCESORIA

Por Liliana Alicia Moreda¹

I. CONCLUSIONES

1. Tal como ha sido incorporado el concepto de socioafectividad en el derecho de familia y en otros derechos dentro del Código Civil y Comercial, así también basada en vínculos de amor, cuidado, responsabilidad y cercanía, podemos proponer que la norma teniendo en cuenta los principios convencionales y constitucionales llevados a las sentencias dictadas, tenga en cuenta para el llamamiento sucesorio, sin dejar de respetar la seguridad jurídica, y los llamamientos de ley y testamentario, un llamamiento socioafectivo, no solo respecto a la filiación sino a personas cercanas que sin vínculo biológico cumplan con las características que el legislador tuvo en cuenta al momento de hacer el llamamiento legal, OTORGANDOLES UNA LEGITIMA DIFERENCIADA.

2. La ausencia de regulación no justifica ni se traduce en ausencia de protección jurídica. Identificada la persona con base en la socioafectividad es necesario reconocer la existencia de la posible vocación hereditaria de aquellos que han estado afectivamente al lado del causante, cumpliendo un rol fundamental de cercanía y afecto, teniendo en cuenta cada caso particular, y donde se pruebe que realmente se justifica el vínculo afectivo y no cualquier acercamiento.

II. FUNDAMENTOS

1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Aludir a la constitucionalización del derecho sucesorio supone ahondar en los fundamentos constitucionales de los derechos resultantes de

¹ Abogada, Mediadora, Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones, Asociada de la UAI (Universidad Abierta Interamericana) y la UB (Universidad de Belgrano).

la apertura de una sucesión, y en particular meritar los derechos humanos o fundamentales que podrían verse implicados en una relación sucesoria en concreto y, además, cuando participen de ella sujetos vulnerables y otros a los cuales aún la ley no ha contemplado en su llamamiento.

El esquema de fuentes que plantea el art. 1º del Cód. Civ. y Com. en cuanto dispone: "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte", nos demuestra que el derecho privado gira en torno a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos.

El Código Civil italiano como han comentado notables juristas, ha perdido su centralidad, como única fuente de derecho complementándose con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos. De esta manera, el operador jurídico, ya sea investigador, abogado, juez, debe construir una respuesta jurídica del caso concreto, tomando en cuenta el cambio de la sociedad, y basándose en la debida ponderación de las normas fundamentales implicadas.

Muchas veces el nombrado "Diálogo de fuentes" "la parte preliminar del Código Civil y Comercial argentino, es tomado para solucionar problemas judiciales concretos que la ley en forma exclusiva, a través de su articulado, no puede dar solución, y otras ante el vacío legal.

Esta situación es de fundamental aplicación en la transmisión mortis causa, donde la tutela de la propiedad privada es exclusivamente protegida por la norma. Sin embargo, hay numerosas situaciones donde la solución la dan otras como pactos de familia a la indivisión de la empresa familiar, la atribución de un establecimiento en particular para evitar la pérdida del patrimonio económico del causante dando no solo mano a la norma sino teniendo en cuenta motivaciones personales y la continuación del patrimonio familiar.

La comprensión del impacto metodológico ante las diferentes formas de vincularse, requiere, además, dos perspectivas que no tienen que ver solamente con la herencia, sino con cuestiones humanas, solidarias y socioafectivas hacia aquellas personas que hicieron que esa determinada empresa prosperara, como lo son los puestos laborales, y no solamente el interés de los herederos, y en otros casos la indivisión de determinados

bienes por el plazo determinado por la ley, hace que se valoren otros aspectos que incluyen el económico pero no de manera exclusiva².

En la misma dirección, y habiendo debatido la discriminación que se efectúa a través de la norma sobre los hijos menores de un/una conviviente supérstite y un cónyuge supérstite, respecto a la protección de la vivienda, cuando por un lado es un derecho real de habitación que difiere en los tiempos, y también en el derecho sucesorio cuando se otorga en forma vitalicia la vivienda al cónyuge y vocación hereditario y solo por dos años al conviviente, y sin vocación hereditaria.

En ambos supuestos, el instituto mencionado los resguarda frente a los herederos del cónyuge o conviviente fallecido, que verán suspendidos sus derechos hereditarios en el tiempo de diferente modo. En este caso los hijos menores del conviviente no tendrá la protección legal hasta la mayoría de edad, mientras los matrimoniales obviamente sí. Por eso nos preguntamos, es tiempo que la norma y no la jurisprudencia evite estas diferencias, que son en contra de todas las Convenciones sobre los Niños, Niñas y Adolescentes, y que en algunos casos se ha dado la extensión por los jueces de la no disponibilidad del inmueble hasta la mayoría de edad de los hijos del conviviente. Podríamos solucionar el tema o mejorar las posibilidades de los mismos, dándole una porción hereditaria al supérstite conviviente y tener en cuenta la minoridad de los hijos para no exigir la vivienda a los dos años

Es decir que hay muchos vulnerables que hay que resguardar, como lo ha hecho nuestro Código incorporado a través del principio de solidaridad familiar, en el caso de las personas con discapacidad, en la cual el derecho sucesorio otorga una legítima estricta, además de la mejora a través de la porción disponible, y de su propia porción hereditaria, situación que implica la apertura o amplitud de la norma, a fin de no malograr los propósitos del constituyente, del derecho comparado y de las Convenciones Internacionales recogidas a través de nuestra Ley Suprema, y su artículo 75. El derecho va humanizando su articulado para una mejor convivencia social y ayuda a los vulnerables³

² Ciuro Caldani M. (1976). *Aporte para una teoría de las respuestas jurídicas*, Consejo de Investigaciones, Universidad Nacional de Rosario, Rosario – Santa Fe.

³ Revista de Estudios Europeos, N° Extraordinario monográfico 2 (2023): 236-270-ISSN 2530-9854.

Lo mismo podemos decir respecto de la obligación de los herederos del alimentante en el supuesto de los alimentos post divorcio derivados de la enfermedad, el art. 434, inc. a) del Cód. Civ. y Com. que, ante el fallecimiento del alimentante, convierten esa obligación en carga del sucesorio, o el derecho del niño a ser escuchado en aquellos casos donde es parte y tener en cuenta al momento de fallar, su decisión o a nombrar su propio abogado, sobre todo cuando asistimos a claras incompatibilidades de intereses entre el padre/madre, heredero/a o socio de la comunidad y su hijo/a como coheredero de la misma sucesión.

2. PERSPECTIVA DE VULNERABILIDAD.

Difícil sería brindar una definición exacta respecto del significado de la palabra vulnerabilidad. No obstante, aquello podríamos mencionar algunos sinónimos que nos acerquen a comprender el significado de dicha palabra, entre los que podríamos mencionar: debilidad, fragilidad, inseguridad, flaqueza. Es que la vulnerabilidad puede suscitarse en distintas áreas, bajo distintas circunstancias, en una o varias personas, en determinados momentos y bajo distintos contextos.

Dicha perspectiva, se aplica por ejemplo en un juicio de desalojo cuando, previo a desalojar a la parte demandada, quien convive con sus hijos menores de edad, se oficia a determinadas oficinas o instituciones competentes, a los fines que las mismas dispongan las medidas adecuadas para que los NNA tengan un hogar a donde vivir.

También se aplica cuando, producido el cese de una unión convivencial, se atribuye por ejemplo el uso de la vivienda a la parte que tiene a su cargo el cuidado del hijo menor de edad de la ex pareja con capacidad restringida, hasta que el mismo adquiera la mayoría de edad, a pesar de lo previsto por el art. 526 del CCyC.

Pero dichas perspectivas, no solamente se aplican en una sentencia judicial, sino también al momento del efectivo acceso a la justicia del demandante- víctima; a la hora de invertir la carga probatoria por ejemplo en un juicio de mala praxis - durante el parto - en contra de un nosocomio, donde se presume que dicha institución estaría en mejores condiciones de probar lo suscitado que la propia parte demandante, siempre teniendo en cuenta la solidaridad, equidad, y los derechos humanos.

Tomando en cuenta estos ejemplos lo hacemos extensivos al Derecho Sucesorio, a la transmisión mortis causa, donde tanto hijos afines, padres y madres de crianza, convivientes, o aquellos que, sin tener un vínculo biológico o amoroso, han estado con el causante comportándose como tal.

Sirviéndonos de los valiosos aportes que sobre el particular nos brindó Grosman, el concepto de interés superior se vincula con el ejercicio de un derecho. En cuanto a la calificación como "superior", sostiene que "Fundamentalmente se ha querido poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales. Simboliza la idea de que ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y ese lugar debe ser respetado

En materia sucesoria, también corresponderá la aplicación de este principio a diferentes relaciones jurídicas de las que participen los NNA debido a que se trata de un principio cardinal, del que se derivarán otros tales como la capacidad progresiva, el derecho a ser escuchado, a ser informado/a de las causas en las que participa, entre otros⁴

Esa situación de vulnerabilidad, que requiere de la aplicación del principio en estudio y que solo en este trabajo, analizaremos con relación al derecho sucesorio, resultará un instrumento de utilidad, para que el/la juez/a pueda garantizar el ejercicio de sus derechos recurriendo en caso de ser necesario, a la integración de normas a fin de brindarle una respuesta a su planteo hereditario.

En concreto, pensamos que el principio del interés superior del niño podría aplicarse con la finalidad de lograr que, a partir de un vínculo filiatorio socioafectivo, un NNA pueda heredar a su padre o madre de crianza, o a sus hermanos de crianza, o

⁴ María Berenice Dias (2009). *Filiación Socioafectiva: Nuevo Paradigma de los Vínculos Parentales*. Revista Jurídica de Derecho Privado, UCES, 2009, pág. 84 y ss.

afines, lo que seguramente impactará, en la protección de sus derechos humanos, tales como sus alimentos, mantener una vivienda, acceder a una educación, salud, esparcimiento.

Por último, resultará también de aplicación analógica el art. 706 del Cód. Civ. y Com. a los procesos en los que se disputen derechos sucesorios y participen de ellos un NNA.

3. SOCIOAFECTIVIDAD Y VOCACIÓN SUCESORIA

Muchos autores han definido el término socioafectividad, algunos de ellos lo definen de esta manera: "Socio-afectividad es la conjunción de dos elementos que lo integran y que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social; y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos. A la vez, ambas ideas interactúan entre sí. Si bien en un principio el concepto de socio-afectividad se abrió camino dentro del campo de la filiación, priorizándose el afecto por sobre la biología, después se fue ampliando a otros ámbitos", como por ejemplo la vivienda, la previsión social, y nos planteamos como posibilidad, la vocación sucesoria.

Tenemos en cuenta que los principios como la solidaridad familiar, el principio del mejor interés del niño, el de equidad, el de igualdad y no discriminación, importan un nuevo paradigma al cual darles efectos jurídicos, así también como la socioafectividad. De hecho, en muchos supuestos, es la propia norma la que regula la realidad socio-afectiva o remite a la afectividad para resolver numerosos casos.

Así, la norma jurídica recurre a la afectividad como categoría jurídica con el objetivo de definir vínculos o establecer derechos o producir efectos o consecuencias jurídicas. Buen ejemplo de ello es la regulación de los deberes de los hijos y progenitores afines o de la unión convivencial, en la que el art. 509 del Cód. Civ. y Com., especifica que: "Las disposiciones de este título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo". Es la norma la que expresamente recurre a los vocablos "relaciones afectivas". Otro supuesto en el que la norma refiere a la socio-afectividad es el art. 646, Cód. Civ. y Com., inc. e), en donde impone como deber a los progenitores el respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener

relaciones personales, entre otras, con personas con las cuales tenga un vínculo afectivo. O también en materia de adopción donde el art. 608 habilita al Juez a escuchar al referente socio-afectivo del niño, o el derecho de comunicación que pueden gozar quienes justifiquen un interés afectivo legítimo con el niño o niña⁵

No son pocos los ejemplos que dan cuenta de la importancia que el Código Civil y Comercial le atribuye a la socio-afectividad.

La realidad socio-afectiva surge de la propia vida de la persona, de la situación fáctica. Es atribuir una enorme importancia a los hechos que son los que la determinan y le dan nacimiento.

María Berenice Dias refiriéndose a la filiación socio-afectiva explica que como soporte fáctico suficiente: " el hecho de que uno se comportara como padre y el otro como hijo... El padre afectivo ejerce, en la vida del hijo, la función de padre... Pero el parentesco ha dejado de mantener, necesariamente, correspondencia con el vínculo consanguíneo. Si aquel que genera no es quien desempeña las funciones paternas, surge la figura del padre distinta de la persona del genitor. En esta hipótesis es que cabe investigar la parentalidad más allá de la realidad natural... La paternidad no es solo un acto físico, sino, principalmente, un hecho de opción, sobrepasando los aspectos meramente biológicos, o presumidamente biológicos, para adentrar con fuerza y vehemencia en el área afectiva... La filiación socioafectiva resulta de la libre voluntad de asumir las funciones parentales. El vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera ser su padre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar. La posesión de estado, como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas en que la voluntad y el afecto son los únicos elementos —y para eso el ejemplo más evidente es la adopción—... De este modo, en nada se distingue la filiación socioafectiva y la adopción, una vez que ambas son fruto del deseo de asumir la paternidad... La filiación socioafectiva es un instituto jurídico creado para atender situaciones consolidadas, aunque, muchas veces al margen de la ley. Necesita ser prestigiada como expresión del amor, del afecto y de la solidaridad, en afirmación del derecho a la convivencia

⁵ Iglesias, M (2021) "*Socioafectividad, interés superior del NNA y derecho sucesorio*", Revista Derecho de Familia, 98, 57. LA LEY AR/DOC/61/202.

familiar e independiente de la existencia o no de vínculo por documentos... cuando existen vínculos fraternos, estos deben ser preservados, por componer su núcleo familiar...".

Esa preservación de los vínculos de los que habla la autora Dias, y la protección a la persona y en especial a los NNA, nos llevan a pensar el modo en que también le alcance para poder heredar.

Es ante esta situación fáctica que proponemos se analice la posibilidad de legislar como fuente de sucesión hereditaria, la socioafectividad con el causante para poder suplir la falta de posibilidades por no haberse efectuado testamento con la porción disponible de acuerdo al orden sucesorio que se presente.

Siguiendo con este razonamiento, la pregunta que se impone es ¿Cuándo un vínculo socio-afectivo de connotaciones fácticas filiales podría convertirse en fuente de vocación hereditaria?

Podríamos pensar que es cuando esa afectividad sea de tal envergadura que haya alcanzado una naturaleza filiatoria, tal como explica María Berenice Dias.

De allí que resulta de vital importancia el análisis del "afecto" en el caso concreto.

Es decir, que estaremos frente a un padre afectivo o madre afectiva, cuando estas personas funcionen como verdaderos padres o madres en el sentido de educar, proteger, alimentar, realizar los cuidados propios de los hijos acorde con la edad, acompañarlos en sus decisiones, aconsejarlos; en fin, que realicen todo aquello que resulta esperable o compatible con la función de un padre o de una madre.

En síntesis, es válido decir que no es el simple "afecto" "el cariño" "el respeto" o la "convivencia" lo que generaría la vocación hereditaria, sino el afecto que logra construir un vínculo paterno/materno filial el que la habilitaría⁶

En este estudio coincidimos con otra postura como la de Magín Ferrer, con una mirada más amplia o flexible si se quiere. Así refiriéndose al tema explica que: "... La vocación hereditaria intestada entre

⁶ Ciuro Caldani, M. *"Aportes integrativistas al Derecho de Sucesiones. (La Sucesión como hora de la verdad de la persona física)"*, Investigación y Docencia N°40

los progenitores y los hijos afines no fue objeto de atención por el legislador... Y si, como sostiene la doctrina, el llamado legal a recibir la herencia a favor de los parientes consanguíneos se funda en razones de solidaridad familiar, en deberes de asistencia y en una presunción de afectos, y si la sucesión legítima tiende a proteger el orden natural o regular de los afectos humanos, entonces, nos parece que resulta indiscutible que en ese 'orden regular de afectos humanos' han de poder encontrarse los padres, madres y los hijos afines, por razones de solidaridad familiar y deber de asistencia, para atribuirles vocación sucesoria ab intestato, computando, desde luego, la estabilidad o duración del matrimonio o de la unión convivencial que dio origen a esa familia.

“Si el padre afín ha criado, educado, asistido y alimentado desde pequeño al hijo de su actual esposa o compañera, con el cual ha convivido armónicamente por más de quince años, ¿no es posible y justo presumir un vínculo afectivo arraigado en la comunidad de vida que justifique la vocación hereditaria ab intestato de ese hijastro en la sucesión de su padre afín? Es cierto que el padre afín podría testar o adoptar al hijo/a afín (arts. 630 y ss., Cód. Civ. y Com. argentino), pero si por el motivo que fuere no se han dado alguna de esas alternativas, tendría que operar la vocación sucesoria ab intestato. Posiblemente, no corresponda atribuir la misma porción hereditaria que corresponde al hijo biológico, pero tampoco, es justo que, si el fallecido no testó, ni adoptó al hijo o hija del cónyuge, este no reciba ninguna cuota del acervo sucesorio. Esta aspiración exige superar el basamento tradicional de la sucesión ab intestato constituido por los vínculos consanguíneos, y admitir que también la comunidad de vida, la afectividad y la solidaridad pueden constituir la razón justificante del llamamiento hereditario. Se trata de admitir y reconocer la realidad vital de los vínculos afectivos generados en el núcleo íntimo de la familia ensamblada o recompuesta, o de la pareja conviviente de hecho, realidades que no pueden pasar desapercibidas para el Derecho sin cometer una grave injusticia”⁷.

Aunque existen puntos de convergencia entre la postura del Profesor Ferrer y la que aquí defendemos identificamos varios matices de divergencias. Lo que interesa a nuestro modo de ver, es si se construyó o

⁷ Kemelmajer de Carlucci Aida, Marisa Herrera y Nora Lloveras (2014). *Tratado de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores.

no, una relación paterno/materno filial, pese a que pudiera existir el afecto entre ellos.

Y tanto es así, que al sostener Ferrer que es justo que el hijo/a afín tenga derechos hereditarios solo por ser tal, sin detenerse en la comprobación de la existencia de un vínculo filial afectivo, inmediatamente la injusticia se le impone, motivo por el cual sugiere que quizás deban tomar una porción menor que la de los hijos biológicos. Y allí para nosotros, está el meollo de la cuestión. Es que el hijo afín (o el de crianza) cuando construye un vínculo filial afectivo debe ser considerado con iguales derechos que un hijo biológico o adoptivo sin distinción, como consecuencia del principio de igualdad y no discriminación. Pero si no logró el vínculo y solo hay afecto, directamente no debe tener derechos hereditarios, ni siquiera en menor cuantía, salvo claro está mediante testamento.

De hecho, esto sucedió en el fallo de Formosa, en la que la hija obtiene derechos sucesorios de su madre de crianza, pero no respecto de su padre de crianza.

En más de una oportunidad hemos conocido casos de hijos de crianza donde verdaderamente no sería justo que participen de la sucesión de los padres de crianza, más allá de poseer un vínculo que habilitaría para ello. Por ejemplo, en uno de ellos, se presenta la situación de dos socios dueños de una importante empresa, en el que uno de los dos fallece junto con su esposa en un accidente de tránsito. El otro sin dudarlo, se ocupa de la crianza de los hijos del matrimonio fallecido, desde muy temprana edad. Siempre fueron tratados como hijos. No caben dudas del vínculo filial socio-afectivo existente dentro de la familia, en el que funcionan todos sus integrantes como padres e hijos y como hermanos sin distinción. Pero estos hijos de crianza tienen un patrimonio importante heredado de sus progenitores fallecidos, con lo que si bien el vínculo socio-afectivo podría habilitar la sucesión, no sería justo reclamar la herencia de los padres afectivos, en perjuicio de sus hermanos afectivos.

En conclusión, no solo debe atenderse a la realidad socioafectiva sino, además, a la justicia del caso, porque son precisamente la justicia del caso junto con la afectividad, las que deberán convencer al juzgador sobre la posibilidad, o no de heredar. Es que si la socio-afectividad funcionara sin más en realidades como la que recién presentamos, probablemente desalentaría estos despliegues de solidaridad y amor por temor a la afectación de los derechos de sus propios hijos.

De lo expuesto se concluye que ante la ausencia de norma jurídica expresa que indique a la socioafectividad como fuente de la vocación hereditaria, el juez deberá valerse de la equidad, de los Tratados de Derechos Humanos y de los principios y valores jurídicos para resolver el caso. ⁸.

Por lo que sostenemos que los principios permitirían, aun en el caso de carencia de norma jurídica expresa, que el afecto se convierta en fuente de vocación hereditaria.

En síntesis, valiéndonos de las herramientas analizadas y mediante la integración e interpretación de las normas jurídicas es posible flexibilizar las fuentes de la vocación sucesoria (art.2277, Cód. Civ. y Com.) y/o el orden sucesorio ab intestato y/o las que regulan la sucesión testamentaria, de modo que, fundándonos en los derechos humanos, que protegen a las diversas formas familiares, pueda erigirse la filiación socioafectiva, probada como vínculo, ya sea filiatorio o de la persona más allegada al causante, con afectividad, cercanía y compromiso de parentesco no biológico ni colateral, como fuente de vocación hereditaria, atendiendo al caso concreto y sin generalización, permitiendo heredar —con base en el afecto— a quien no fue llamado a suceder por ley o testamento. Esta propuesta, también se fundamenta en los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial en el que sus autores explicitaban que es "... necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no solo de reglas, sino también de principios y valores. En el sistema jurídico argentino vigente no hay un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes, ni con relación a la interpretación de estas"

Es evidente que ello, impone un enorme esfuerzo y labor de interpretación e integración de normas, en la búsqueda de soluciones justas dentro de un derecho humanizado.

Otro aspecto a tener en cuenta, se relaciona con la forma de canalizar esta pretensión en el sistema judicial. Si se otorgara una porción de legítima al llamado a la herencia socio-afectivo, se presentaría, luego de tramitar a través de un incidente en el juzgado del sucesorio, a los fines de demostrar el vínculo socioafectivo y ser integrado en la declaratoria de herederos. Es

⁸ Herrera Marisa (2014). La Noción de Socioafectividad como elemento "rupturista" del Derecho de Familias Contemporáneo. Revista de Derecho de Familia N°66. Abeledo Perrot (2019).

una aspiración de máxima, comprendiendo la solemnidad formal del derecho que nos invoca, que se muestra muy moderna y pretensiosa, pero que podría ejecutarse a través de una petición de herencia.

4. CONCLUSIÓN

La tecnología, la ciencia, y la era digital, han revolucionado el mundo moderno, desde comienzo de este Siglo, por lo que, aun haciendo uso de los mismos avances dentro del campo jurídico, los operadores del Derecho deben proteger las nuevas formas de relación entre las personas, las diferentes familias, y proteger con sus normas los principios de humanidad, solidaridad, vulnerabilidad y SOCIOAFECTIVIDAD.

El derecho sucesorio no es ajeno a estos cambios, dado que su entramado, se realiza acorde a los vínculos, en principio biológicos, testamentarios, y entendemos que debemos agregar los socioafectivos, haciendo mano de las herramientas que el derecho nos otorga a través de su libro preliminar en el Código Civil y Comercial para incorporar convenciones sobre los derechos humanos que hagan más equilibrado y siguiendo un principio de equidad las relaciones humanas respecto a la sucesión de la herencia, protegiendo no solo a los NNA sino a todos los seres vulnerables que lo necesiten.

LA SOCIOAFECTIVIDAD COMO PRESUPUESTO PARA EL RECONOCIMIENTO DEL HEREDERO SOLIDARIO

Por Ana M. Ortelli¹ y María Cristina Mourelle de Tamborenea²

I. CONCLUSIONES

1. No existe consenso respecto a qué debe entenderse por socioafectividad. Según se desprende de la jurisprudencia y doctrina que alude al término, no se registran diferencias relevantes entre la socioafectividad y relación afectiva.

2. Toda vez que el Código Civil y Comercial reconoce consecuencias jurídicas a ciertas relaciones basadas en el afecto (conf. arts. 107, 556, 607 y 608, entre otros) consideramos que resulta indispensable actuar con cautela a la hora de pretender establecer vínculos jurídicos de familia basados en el afecto, debiendo respetarse previamente las instituciones actualmente contempladas en el ordenamiento jurídico argentino.

3. Atento a los cambios socioculturales y al reconocimiento e importancia que se ha dado en las relaciones familiares a las tareas de cuidado y al principio de solidaridad familiar en el ordenamiento jurídico consideramos apropiado que se reconozca la posibilidad de otorgar una mejora estricta a favor del heredero solidario y del conviviente solidario, en su caso.

¹ Abogada por la Universidad Católica Argentina. Máster en Matrimonio y Familia por la Universidad de Navarra. Profesora de Derecho de Familia y Derecho de las Sucesiones en la Pontificia Universidad Católica Argentina, Universidad Austral y Universidad del Salvador. Profesora de Posgrado en UBA, Universidad Austral y Universidad Católica Argentina. Autora de artículos en la materia y coautora de varios libros en Derecho de Familia y de las Sucesiones. Ejercicio profesional: Abogada asociada Allende & Brea 1984-1990. Socia Estudio de Jauregui & Ortelli 1997-2004. Socia Estudio Biscotti & Ortelli 2004 a la actualidad.

² Abogada. Doctora en Notarial. Especialista en Derecho de Familia. Profesor consulto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Coordinadora del Posgrado en Derecho de Familia, minoridad y adolescencia de la Facultad de Derecho de la UBA y del Colegio de Abogados de San Isidro. Directora de la Diplomatura en Planificación Sucesoria de la Universidad Notarial Argentina. Autora y coautora de libros y publicaciones.

4. Proponemos la reforma del Artículo 2448 en los siguientes términos:

Artículo 2448 bis. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, del 10 % de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a los descendientes que hayan realizado tareas de cuidado en desmedro de su desarrollo personal.

Artículo 2448 ter El causante también podrá disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, del 10 % de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta al conviviente haya realizado tareas de cuidado en desmedro de su desarrollo personal.

II. FUNDAMENTOS

1. EL CONCEPTO DE SOCIOAFECTIVIDAD

El Código Civil y Comercial se refiere únicamente a los referentes afectivos o al interés afectivo legítimo en las distintas instituciones del derecho de familia en las que ha reconocido la posibilidad de que esa corriente de sentimientos pueda producir efectos jurídicos, como ser el derecho de comunicación entre allegados (art. 556); la posibilidad de otorgar la tutela a la persona más idónea, quien puede ser un referente afectivo del niño, niña o adolescente (art. 107); el deber del juez de considerar la presencia de referentes afectivos dispuestos a asumir la guarda o tutela del niño, niña o adolescente antes de declarar su situación de adoptabilidad (art. 607); y posibilidad de oír al referente afectivo en el proceso de declaración judicial de adoptabilidad (art. 608). Sin embargo, es dable destacar que el CCCN a diferencia del Código Civil regula también las relaciones de hecho a través de las normas que reconocen efectos jurídicos a las uniones convivenciales (Arts.509 a 528).

Conforme surge de la lectura de los mencionados artículos nos encontramos frente a situaciones en las cuales se contempla vinculaciones cercanas y directas entre los sujetos involucrados, que se analogan a otra relación jurídico familiar, general pero no necesariamente, vacante o desierta.

2. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR

La solidaridad constituye un principio general del derecho de familia en especial en atención a la protección de las personas vulnerables y a las necesidades de salvaguarda de ciertos sujetos dentro de la familia.

En la actualidad existe una concepción que valora como positivo el comportamiento solidario entre sus miembros, es decir se considera que la solidaridad tiene un valor moral elevado en la sociedad argentina.

Como señala el Dr. Córdoba, el antecedente de la solidaridad lo encontramos en la “*pietas*” romanas, instituto que consistía en cumplir los deberes con los dioses y con la patria, como así también con los mayores, los familiares y con todos aquellos a quienes estamos unidos con un vínculo de la sangre. El citado autor, también considera que la solidaridad es una virtud contraria al individualismo que busca el bien común y su finalidad es intentar solucionar las carencias espirituales o materiales de los demás. Es consecuencia de la adhesión a valores comunes. El dinamismo de esta virtud gira en torno al reconocimiento de las diferencias existente entre los humanos y postula la universalidad de sus derechos esenciales, protegiendo primariamente hacia quienes sufren carencias.³

Por otra parte, el Dr. Laje sostiene que la solidaridad es una experiencia humana básica que permite sentirnos más protegidos. Los niños, los débiles, los enfermos, los pobres, los ancianos, siempre dependieron de la solidaridad de la familia inmediata o de la extendida y de sus vecinos para subsistir. Asimismo, la solidaridad ha sido la respuesta recurrente ante peligros compartidos por los miembros de una comunidad⁴.

El principio de solidaridad familiar, si bien no está expresamente conceptualizado en nuestro ordenamiento jurídico, podemos observar su reconocimiento implícito en diversos institutos del derecho de familia inspirados en la asistencia recíproca. En esta línea de pensamiento la Dra. Basset sostiene que el legislador ha regulado un nuevo tipo de matrimonio que reconoce expresamente la igualdad de los cónyuges y su libertad pero

³ CORDOBA, Marcos M., “La solidaridad es un principio general aún no positivizado en el derecho argentino”, Jurisprudencia Argentina, 2016-II, Buenos Aires, 01/06/2016.

⁴ LAJE, Alejandro, “La Solidaridad como factor de unidad del derecho y de la sociedad”, Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho de Familia y las Personas, Universidad Católica del Uruguay, 4 de noviembre de 2015.

también solidarios que, “*configura una sola trama para la justicia de las relaciones de familia.*”⁵

Es así que podemos concluir que el concepto de socioafectividad conlleva necesariamente a la solidaridad familiar que penetra en algunas instituciones tales como el reconocimiento de la igualdad entre cónyuges o convivientes, otorgando una protección especial a favor de aquellos integrantes de la familia que sacrifican sus proyectos personales para priorizar el cuidado de alguno de sus miembros, (Conf. Artículos 441 y 524), como así también el reconocimiento de obligación alimentaria excepcional al finalizar el matrimonio. (Conf. Artículo 434).

3. RECONOCIMIENTO DEL HEREDERO “SOLIDARIO”

El derecho es una ciencia viva que debe dar respuesta a las distintas realidades sociales, normativas y valorativas.

Dentro de las familias, las distintas generaciones sostienen vínculos que comportan un intercambio de servicios, afecto y bienes marcados por la responsabilidad, el amor y el conflicto. En términos generales, se entiende por relaciones intergeneracionales a los vínculos entre los distintos miembros de una familia, entre los que se presentan distintas necesidades a atender conforme los distintos momentos del ciclo familiar.

El aumento de la esperanza de vida y su consiguiente prolongación, nos replantea nuevos desafíos frente a las necesidades de los adultos mayores, personas que suelen ser vulnerables en ese estadio de su vida. Ello exige de sus parientes tareas de cuidado y la asistencia necesaria para su subsistencia. En muchos casos se ven obligados a dejar de lado sus proyectos personales sin recibir –por parte de la ley-, ningún reconocimiento respecto del resto de los herederos, que no han colaborado en el cuidado y protección del causante.

Consideramos que es necesario y equitativo pensar en la creación de una mejora hereditaria a favor de aquel heredero legitimario que postergó su

⁵ Citado por MICELI, Marilina, *Pietas* y solidaridad familiar en el nuevo código civil y comercial de la república argentina: la mejora a favor del heredero con discapacidad, en Revista digital de Pensamiento Civil, <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/4029-pietas-y-solidaridad-familiar-nuevo-codigo-civil-y-comercial-republica>

capacidad productiva en miras a haber brindado el cuidado, asistencia y atención que requería el causante.

De esta manera el reconocimiento de una mejora estricta a favor de este heredero, aparece como un elemento equitativo en miras a reconocer a quien dedicó su tiempo y asistencia al cuidado del causante en desmedro de su pleno desarrollo y reconocer el equilibrio patrimonio, si fuere menester.

En esta línea de pensamiento postulamos una reforma al Artículo 2448 en los siguientes términos:

Artículo 2448 bis. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, del 10 % de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a los descendientes que hayan realizado tareas de cuidado en desmedro de su desarrollo personal.”

4. RECONOCIMIENTO DEL CONVIVIENTE COMO HEREDERO SOLIDARIO

Coincidimos con la Dra. Lloveras⁶, en que el incremento del número de personas que eligen una forma de convivencia diferente a la forma matrimonial tradicional resulta ser una realidad insoslayable en la sociedad argentina de nuestros días.

Nuestro ordenamiento jurídico actual reconoce nuevas formas familiares al regular las uniones convivenciales sin que ello implique otorgarles un estatuto igualitario al que detenta el matrimonio.

El Código Civil y Comercial otorgó legalidad a éste nuevo modelo familiar, en cohesión con la Constitución Nacional en cuyo artículo 14 bis consagra la protección integral de la familia, y los Tratados de Derechos Humanos a través del principio de solidaridad familiar, no discriminación, igualdad, libertad, plena autonomía para decidir contraer o no matrimonio.

Coincidimos con la Dra. Herrera⁷, al sostener que la socioafectividad se construye sobre la base de un componente social y

⁶ LLOVERAS, Nora, Libertad con responsabilidad y solidaridad: la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial, 15 de Julio de 2015, www.infojus.gov.ar, Infojus, Id SAIJ: DACF150401

⁷ HERRERA, Marisa, La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del Derecho de Familias contemporáneo. Revista de Derecho de Familia N°66, AbeledoPerrot, 2014.

afectivo, de carácter permanente y comprometido ajeno a la hipótesis del parentesco.

La doctrina entiende que su desarrollo responde a la receptividad de manifestaciones de vivir en familia que encuentran su cauce en vínculos de apego significativos para las personas que conviven. A modo de ejemplo podemos mencionar el vínculo entre el progenitor afín y el hijo del conviviente afín sin existir entre ellos parentesco por afinidad por ausencia de matrimonio; vínculo entre el hijo adoptado por adopción simple o de integración con los parientes y referentes afectivos del o los adoptantes, entre otros.

Desde el derecho sucesorio, debe reconocerse al conviviente cuidador que sacrifica sus proyectos personales, su capacidad productiva, a fin de atender a su conviviente en cumplimiento de su proyecto de vida en común.

Por ello, se propone impulsar una norma de derecho positivo que recompense a quien, en ejercicio de su compromiso solidario sacrifica su proyecto de vida tanto en lo patrimonial como extrapatrimonial. La creación de una mejora hereditaria para el heredero solidario-conviviente- es el resultado del reconocimiento de la función social de la herencia como equiparadora de posibilidades. Resulta un instrumento efectivo para restaurar la situación patrimonial de la persona que dedicó su tiempo y asistencia como ya dijéramos.

Con fundamento en la solidaridad, aun existiendo herederos forzosos, consideramos necesario flexibilizar los límites de las porciones legítimas reconociendo una mejora estricta para este caso concreto.

En esta línea de pensamiento postulamos una reforma al Artículo 2448 ter en los siguientes términos:

Artículo 2448 ter El causante también podrá disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, del 10 % de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a conviviente haya realizado tareas de cuidado en desmedro de su desarrollo personal.

5. EL HEREDERO SOLIDARIO COMO ACREEDOR DE LA SUCESIÓN

Consideramos que para el caso que el causante no haya otorgado testamento o dispuesto por otro medio de la mejora estricta señalada en los

acápites anteriores, se debería reconocer al heredero o conviviente que haya realizado tareas de cuidado a favor de aquel pueda solicitar al juez del sucesorio que se le reconozca un porcentaje de la sucesión, en su carácter de heredero solidario.

Dicho porcentaje deberá ser justipreciado en el caso concreto atendiendo a las tareas realizadas, el tiempo de dedicación, el patrimonio del causante, la edad del heredero solidario, entre otros parámetros.

A fin de no afectar los institutos regulados en el CCCN el monto a determinar no debería exceder la mejora estricta reconocida en los acápites anteriores.

LA SOCIO AFECTIVIDAD Y LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

Por Fernando Pérez Lasala¹

I. CONCLUSIONES DE LEGE FERENDA

1. Creemos que es necesario que se amplíe la libertad de disponer, en desmedro de la porción legítima que actualmente rige en el Código Civil y Comercial, a fin de que el causante, por vía testamentaria, pueda incorporar a aquellas personas que por afecto o solidaridad entiende que pueden recibir una porción de sus bienes. En tal sentido, se propone que la porción de legítima se unifique en un medio para todos los herederos con derecho a ella.

2. El artículo quedaría redactado de al siguiente manera: “Artículo 2445.- Porciones legítimas. La porción legítima de los descendientes, ascendientes y cónyuge será de un medio. Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación”.

II. FUNDAMENTOS

Actualmente, el sistema subjetivo que rige la sucesión intestada en nuestro país se denomina “cognaticio”, y se basa en el vínculo de sangre que une a las personas de un tronco común y que puede darse tanto en la línea masculina como en la femenina. El concepto de cognación, basado en los vínculos de sangre (cognación natural –actualmente ADN-), se puede hacer extensivo al vínculo adoptivo (cognación civil).

El sistema subjetivo cognaticio de la sucesión intestada no es igual en los distintos países, aunque siempre tuvo su origen en el presunto afecto que el causante tenía; primero hacia los descendientes, luego hacia los ascendientes y por último hacia los colaterales. Actualmente, los cambios sociales han hecho que en varias legislaciones puedan existir derechos

¹ Abogado. Doctor en Derecho. Profesor titular efectivo de Derecho Sucesorio Fac. de Derecho UNCuyo. Miembro fundador de la Academia Internacional de Derecho Sucesorio. Decano de la Fac. de Derecho UNCuyo 2018/2026.

hereditarios a favor de ciertas personas que no se encuentran vinculados al causante por el vínculo sanguíneo sino por otros motivos, como es la relación afectiva y solidaria.

Todos tenemos claro que la sociedad no es la misma que hace 20 años, y menos aún la familia que existía cuando Vélez Sarsfield redactó el Código civil. Siguiendo a Susana Torrado², con sólo pensar que en la época de la redacción del Código Civil, el promedio de la esperanza de vida de las personas era de 32,9 años y que el promedio de la descendencia era de 7 hijos, podremos comprender que muchas de las instituciones que hoy perduran en nuestra legislación sucesoria no responden a la realidad sociológica que imperaba en aquella época.

Todos coinciden que el derecho sucesorio tiene su base en el Derecho de Familia, pero la familia que hoy conocemos no es la familia nuclear matrimonial en la que aún se basa nuestro derecho sucesorio.

Hoy podemos hablar de derecho de “las familias”, en donde encontramos las familias extendidas, las nucleares, las monoparentales, las hereroafectivas, las homoafectivas, ensambladas, poliafectivas, anaparentales, las convivenciales afectivas y las matrimoniales. Estas familias se estructuran y se reconocen a través del afecto como elemento fundante, y es precisamente la existencia de ese afecto que luego lleva a la creación de la norma protectora.

Ahora, es cierto que estos nuevos modelos de familia no se encuentran vinculados con el derecho sucesorio, porque el derecho sucesorio no se encuentra vinculado con lo afectivo sino con lo biológico.

Es entonces donde nos preguntamos; en nuestro país ¿corresponde tener en cuenta estos tipos de familia y la socioafectividad a los fines de otorgar derechos sucesorios?

¿Corresponde otorgar derechos sucesorios a favor de los convivientes, de los progenitores a los hijos afines o viceversa, de los padrinos y ahijados no parientes, de los abuelos y sus nietos existiendo los padres, de los ancianos y sus cuidadores etc., cuando el régimen sucesorio se fundamenta casi exclusivamente en vínculos sanguíneos?.

2 TORRADO Susana, “Historia de la Familia en la Argentina Moderna (1870-2000)”, Edic. De la Flor, Bs. As. 2003, pág. 89 y 326.

Pareciera que mientras existe socio afectividad en la vida familiar de quienes la integran, esto es muy bien visto y hay casi unidad de criterio al momento del reconocimiento de esa relación; pero el problema se presenta al momento del fallecimiento. Quien antes era conviviente y estaba aceptado familiarmente, a la muerte de uno de estos convivientes muchas veces los hijos del causante se olvidan de esa relación afectiva y solidaria que existía hasta ese momento, cuando hay bienes de por medio. Entonces se observa un discurso para cuando las personas relacionadas por afecto están con vida y otro diferente cuando acaece la muerte para uno de ellos y el causante no dejó una disposición de última voluntad manifestada en un testamento.

1. SOCIO AFECTIVIDAD Y SUCESIÓN TESTAMENTARIA

Actualmente algunos podrán decir que con la sucesión testamentaria, existiendo socio afectividad estaría resuelto el problema de recibir bienes en la herencia, porque siempre hay un porcentaje de libre disposición que se puede entregar a quien nos unimos afectiva y solidariamente. Así entonces, si tenemos hijos, podemos hacer un testamento o una donación en vida hacia esa persona unida por el afecto, cuyo valor no supere la porción de $\frac{1}{3}$ de libre disposición y de $\frac{1}{2}$ si tenemos cónyuge o ascendientes.

Ahora nos preguntamos; ¿está bien que esto sea así?; ¿alcanza el porcentaje de $\frac{1}{3}$ para proteger al conviviente que lleva muchos años en esa relación, y todo el patrimonio que lograron hacer con el conviviente fallecido se había puesto a nombre de este último? El afecto hacia el conviviente, si le intentáramos colocar un número, ¿puede tener como tope ese $\frac{1}{3}$ del patrimonio?

Quienes entienden que las uniones convivenciales deberían tener los mismos efectos que el matrimonio en materia sucesoria, creen que los derechos sucesorios del conviviente deberían ser iguales a los que tiene el cónyuge; un derecho a la mitad de los bienes que se hicieron durante la unión convivencial, y así debería hacerse no sólo en la sucesión intestada sino también en la testamentaria.

Otros dicen que si se hiciera un cambio legislativo por el cual la legítima de los descendientes se disminuyera a $\frac{1}{2}$ (equiparándola a la de los ascendientes y cónyuge), en la sucesión testamentaria habría un mayor margen que podría utilizar el testador, pero el conviviente no sería legitimario. Quizá esta sería una postura que permitiría conjugar la posición de que el conviviente no tiene derechos hereditarios, pero puede recibir por

testamento hasta un 50% del caudal hereditario utilizando la libre disposición, de aceptarse esta reforma. Seguramente, esto llevaría no sólo a pensar en la muerte sino a fomentar el otorgamiento de un mayor número de testamento, si es que el testador -titular de los bienes- quiere dejar protegido al conviviente.

Esto mismo podría ocurrir con los hijos o progenitores afines, los padrinos y ahijados no parientes, los ancianos y sus cuidadores etc.. Ni qué hablar de los abuelos con relación a sus nietos, existiendo los padres. Cuántas veces escuchamos la pregunta acerca de si podemos dejarle bienes a los nietos, existiendo hijos. Un mayor porcentaje de libre disposición, cuando se tienen hijos, abriría la posibilidad a que las personas, futuro causante, pudieran distribuir, para el caso que así lo quisieran, entre personas vinculadas por uniones socio afectivas. De este modo se respetaría la voluntad del causante quien, seguramente hará una mejor justicia a su entender, que la que la ley presume e impone cuando no se hace testamento.

Quizá sea el momento de que los legisladores se planteen si las legítimas que regulan nuestra legislación son adecuadas a los momentos sociales.

LA SOCIO AFECTIVIDAD Y EL DERECHO SUCESORIO INTESADO

Por Fernando Pérez Lasala¹

I. CONCLUSIONES DE LEGE FERENDA

1. Respecto de los convivientes: Creemos que la legislación debería reconocerles derechos hereditarios bajo determinadas circunstancias; entre ellos, una cantidad no menor a cuatro años de convivencia y que esa unión subsista el momento de la muerte; que hayan adquirido bienes durante la convivencia y que se encuentren a nombre del causante. En este caso, entiendo que sería justo que se le otorgara el 50% de los bienes adquiridos durante la unión convivencial. En esta propuesta, el conviviente excluiría a los colaterales y no le daría el carácter de legitimario. El conviviente no tendría derechos sobre los bienes que el causante tenía antes de la unión convivencial o hubiese recibido por herencia, legado o donación.

2. Respecto de las demás personas unidas por un vínculo socio afectivo, entendemos que se podría otorgar una mejora a favor no sólo de un descendiente (hijos, nietos, bisnietos) o ascendiente con discapacidad (art. 2448CCC) sino también a favor de una persona unida por socio afectividad, aún con una porción de mejora más pequeña que la que actualmente tiene nuestro Código Civil y Comercial (1/3 de la legítima) como por ejemplo 1/5 de la porción legítima.

II. FUNDAMENTOS

Todos tenemos claro que la sociedad no es la misma que hace 20 años, y menos aún la familia que existía cuando Vélez Sarsfield redactó el Código civil. Siguiendo a Susana Torrado², con sólo pensar que en la época de la redacción del Código Civil, el promedio de la esperanza de vida de las

¹ PEREZ LASALA, Fernando. Abogado. Doctor en Derecho. Profesor titular efectivo de Derecho Sucesorio Fac. de Derecho UNCuyo. Miembro fundador de la Academia Internacional de Derecho Sucesorio. Decano de la Fac. de Derecho UNCuyo 2018/2026.

² TORRADO Susana, "Historia de la Familia en la Argentina Moderna (1870-2000)", Edic. De la Flor, Bs. As. 2003, pág. 89 y 326.

personas era de 32,9 años y que el promedio de la descendencia era de 7 hijos, podremos comprender que muchas de las instituciones que hoy perduran en nuestra legislación sucesoria no responden a la realidad sociológica que imperaba en aquella época.

Todos coinciden que el derecho sucesorio tiene su base en el Derecho de Familia, pero la familia que hoy conocemos no es la familia nuclear matrimonial en la que aún se basa nuestro derecho sucesorio.

Hoy podemos hablar de derecho de “las familias. Estas familias se estructuran y se reconocen a través del afecto como elemento fundante, y es precisamente la existencia de ese afecto que luego lleva a la creación de la norma protectora.

Ahora, es cierto que estos nuevos modelos de familia no se encuentran vinculados con el derecho sucesorio, porque **el derecho sucesorio no se encuentra vinculado con lo afectivo sino con lo biológico.**

Es entonces donde nos preguntamos; en nuestro país ¿corresponde tener en cuenta estos tipos de familia y la socioafectividad a los fines de otorgar derechos sucesorios?

¿Corresponde otorgar derechos sucesorios a favor de los convivientes, de los progenitores a los hijos afines o viceversa, de los padrinos y ahijados no parientes, de los abuelos y sus nietos existiendo los padres, de los ancianos y sus cuidadores etc., cuando el régimen sucesorio se fundamenta casi exclusivamente en vínculos sanguíneos?.

Pareciera que mientras existe socio afectividad en la vida familiar de quienes la integran, esto es muy bien visto y hay casi unidad de criterio al momento del reconocimiento de esa relación; pero el problema se presenta al momento del fallecimiento. Quien antes era conviviente y estaba aceptado familiarmente, a la muerte de uno de estos convivientes muchas veces los hijos del causante se olvidan de esa relación afectiva y solidaria que existía hasta ese momento, cuando hay bienes de por medio. Entonces se observa un discurso para cuando las personas relacionadas por afecto están con vida y otro diferente cuando acaece la muerte para uno de ellos y el causante no dejó una disposición de última voluntad manifestada en un testamento.

1. SOCIO AFECTIVIDAD Y SUCESIÓN INTESADA

¿Qué ocurre cuando el conviviente o persona unida por socio afectividad no hace un testamento?.

¿Se le deberían otorgar derechos hereditarios?

En relación a los convivientes, todos tenemos claro que no existe un único proyecto de vida y que es necesario dar respuesta a las diferentes relaciones familiares. Es cierto que el matrimonio y la unión convivencial no son lo mismo, pero ¿es necesario unificar ambas figuras en materia sucesoria?

En la sociedad actual, vemos como muchas personas mayores renuevan lazos afectivos al existir una mayor expectativa de vida y, entendemos que así como el derecho de familia prevé un cierre cuando se disuelve un matrimonio o una unión convivencial, el derecho sucesorio también debería prever el modo como se cierra una unión convivencial al momento de la muerte de uno de ellos, sin que se tenga testamento.

2. UNIONES CONVIVENCIALES

Muchos países equiparan la unión convivencial al matrimonio (Bolivia, Brasil, Guatemala –más de tres años-, Uruguay –más de cinco años-; Colombia –más de dos años-), otros otorgan derechos hereditarios a casi todas las uniones socio afectivas (Cuba); un tercer grupo otorga determinados derechos (Perú, Uruguay, Paraguay y Ecuador –aunque no lo consideran legitimario-), y un cuarto grupo no otorga ningún tipo de derechos hereditarios (Chile, Francia, España –sí lo hacen los códigos forales- y Argentina).

¿Deberían tener Derechos hereditarios los convivientes en la sucesión intestada?. Personalmente creo que la legislación debería reconocerles derechos hereditarios bajo determinadas circunstancias; entre ellos, una cantidad no menor a cuatro años de convivencia y que esa unión subsista el momento de la muerte; que hayan adquirido bienes durante la convivencia y que se encuentren a nombre del causante. En este caso, entiendo que sería justo que se le otorgara el 50% de los bienes adquiridos durante la unión convivencial. En esta propuesta, el conviviente excluiría a los colaterales y no le daría el carácter de legitimario.

El motivo de tal propuesta es por el hecho de que el conviviente fue el compañero en los últimos años, donde se presume la afectividad y ambos han decidido no regular su unión por los principios del matrimonio. Por ello, el conviviente no tendría derechos sobre los bienes que el causante tenía antes de la unión convivencial o hubiese recibido por herencia, legado o donación. En este caso, si el conviviente causante quiere proteger a su pareja,

debe hacerlo mediante el testamento (hasta un 50% si se admitiera la propuesta formulada anteriormente).

3. DEMÁS PERSONAS UNIDAS POR VÍNCULOS SOCIO AFECTIVOS

Pareciera que en el campo jurídico, la afectividad que otorga derechos es difícil de probar. Si uno piensa en el afecto hacia el hijo del cónyuge; ¿es equiparable al afecto que se tiene con el hijo propio?; quizás sí, quizás no. ¿Podría ser una fuente de derecho esa posibilidad de que exista afecto? Creemos que a veces se construyen vínculos y otras no, por lo que resulta muy difícil sacar una regla.

Quizá sea más fácil pensar en este menor y sus derechos alimentarios a cargo de los herederos del padre afín, que no es lo mismo que pensar en sus derechos hereditarios; quizá es más fácil pensar en los derechos de una persona con discapacidad ante el fallecimiento de su padre afín; pero esto viene de la mano de la solidaridad familiar y no del derecho sucesorio. Quizá no sería complejo otorgar derechos alimentarios a los hijos afines menores o con discapacidad ante el fallecimiento de su padre/madre afín, pero me resulta difícil pensar en otorgar derechos hereditarios a partir de un vínculo socio afectivo que es necesario probar, o que se otorgue sin necesidad de probar nada, sino por el sólo hecho de ser el hijo afín.

¿Alguien duda del afecto del abuelo a sus nietos, aun existiendo el hijo?. De acuerdo al sistema de órdenes y grados sucesorios vigentes, los nietos no pueden heredar a sus abuelos en la sucesión intestada porque son de segundo grado y, mientras existan del primer grado, no heredan los del segundo porque los grados son excluyentes (salvo el derecho de representación). En este caso, al abuelo/a sólo le queda utilizar la libre disposición de 1/3 para beneficiar económicamente a su nieto/a.

Quizás, y sólo quizás, se podría pensar, si no estamos dispuestos a ampliar la libre disposición cuando se tienen descendientes, a otorgar una mejora a favor no sólo de un descendiente (hijos, nietos, bisnietos) o ascendiente con discapacidad (art. 2448CCC) sino también a favor de una persona unida por socio afectividad, aún con una porción de mejora más pequeña que la que actualmente tiene nuestro Código Civil y Comercial (1/3 de la legítima) como por ejemplo 1/5 de la porción legítima.

Por supuesto, ante esta circunstancia y el derecho del Estado a recibir los bienes vacantes, optaría, sin duda alguna, en otorgar derechos hereditarios de los hijos afines y a las demás personas unidas por un vínculo

socio afectivo antes que el derecho del Estado a recibir la herencia. Lo mismo haría si tuviese que optar entre los derechos hereditarios de una persona unida por un vínculo socio afectivo antes que los derechos que tienen de tercer o cuarto grado, si realmente existió convivencia durante la menor edad del hijo afín.

Quizás es hora de pensar si estos nuevos actores de la vida afectiva familiar pueden ser tenidos en cuenta, por la voluntad del causante, en los llamamientos sucesorios.

FAMILIAS CON ESPACIOS VACÍOS

Por Marisa de Luján Pierucci¹

I. CONCLUSIONES

1. Lo primero que he de concluir es que la figura de las uniones convivenciales en los procesos de la vocación hereditaria, tiene el fundamento en el principio de solidaridad familiar, se acopla al paradigma constitucional-convencional respetuoso de la igualdad y no discriminación, libertad, pluralismo, y autonomía personal de las familias, que reconoce el derecho de las personas a vivir en unión convivencial.

2. En el derecho sucesorio estamos en presencia de una familia con espacios vacíos que se reduce a una planificación legislativa con precisión quirúrgica de quienes son llamados a la sucesión.

3. Resulta necesario mapear los espacios compartidos con el derecho de familia y otorgarle al conviviente los derechos institucionalmente arraigados capaces de sostenerlo en el lugar que hoy la sociedad le reconoce.

4. Como operadora jurídica sé que existe la posibilidad de subsanar el defecto que señalo en la norma a través de la vía de la inaplicabilidad, inconveniencia o de la declaración de inconstitucionalidad. Asimismo, en el plano legislativo se debería proponer la modificación de dicha disposición la cual sugiero que se redacte de la siguiente manera: *ART 2424 CCC. - Heredero legítimo. Las sucesiones intestadas se defieren a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, al conviviente supérstite según lo normado en el Título III, capítulo 1º del Libro Segundo de este Código y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código.*

¹ Abogada. Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos – Alma Mater Studiorum Universita Di Bologna. AVAL: Ab. Andrea F. Anselmo, Doctoranda de “Familias del Siglo 21”, Univ. de Cuyo; docente (Titular experta) en Universidad Siglo 21. AVAL: Ab. Gabriela Nucciarone Docente Adjunta regular de Contratos Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho UBA

II. FUNDAMENTOS

1. CONCEPTO DE FAMILIA

a) Evolución. Visibilización de derechos y obligaciones.

Para hablar de vocación sucesoria debemos partir de la definición de familia, su evolución y el reconocimiento dado a la misma a través del ordenamiento jurídico que implico el reconocimiento de derechos y la visibilización de una realidad social que no contempla en el plexo normativo la vocación sucesoria del conviviente.

Partimos del concepto de familia definido como un grupo de personas unidas por el parentesco, esta unión se puede conformar por vínculos consanguíneos o por un vínculo constituido; reconocido legal y socialmente.

Este concepto de familia ha ido sufriendo transformaciones conforme a los cambios en la sociedad según las costumbres, cultura, religión y el derecho de nuestro país. Durante mucho tiempo se definió como familia al grupo de personas conformadas por una madre, un padre y los hijos e hijas que nacen a raíz de esta relación, pero esta clasificación ha quedado desactualizada en los tiempos modernos, ya que actualmente existen varios modelos de familia.

b) Reconocimiento

Hoy la familia se entiende ampliamente como el ámbito donde el individuo se siente cuidado, sin necesidad de tener vínculos o relación de parentesco directa y así encontramos familias monoparentales, familias ensambladas, familias biparentales, heteroparentales, homoparentales y familia de acogida.

La definición de familia que propicia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la causa “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, es un concepto abierto y amplio que abarca todos los modelos de lazo familiares la cual ha resuelto que el concepto de vida familiar no está reducido

únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.²

Este reconocimiento implicó su regulación en el derecho de la familia a través de los institutos jurídicos y así en el CCC podemos encontrar el referente afectivo - art 607 in fine³- y los art. 555/556⁴ -régimen comunicacional-, el progenitor e hijo afín art 672⁵, y la Ley 26061 en su art. 7.⁶

2 “La Corte observó que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio, “Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012

3 ARTÍCULO 607.- Supuestos. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si: a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada ;b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento; c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste. El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días

4 ARTÍCULO 555.- Legitimados. Oposición. Los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado. Si se deduce oposición fundada en posibles perjuicios a la salud mental o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias ARTÍCULO 556.- Otros Beneficiarios. Las disposiciones del artículo 555 se aplican en favor de quienes justifiquen un interés afectivo legítimo

5 ARTÍCULO 672.- Progenitor afín. Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente.

6 ARTICULO 7° — RESPONSABILIDAD FAMILIAR. La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado,

Cuando hablamos de la vocación sucesoria del conviviente hoy debemos preguntarnos qué visión tenemos del derecho, lo que el derecho es, su modo de expresión y su proceso de formación que incide directamente en las respuestas que el mismo da a esta situación concreta.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES

a) *Igualdad ante la ley*

Ponderamos que el conviviente es un ser humano dotado de derechos humanos y carente de derechos en un sistema legislativo parcelado, no sufre porque no es igual ante la ley sino porque no hay ley que se aplique a ellos en el derecho sucesorio argentino.

A lo largo de la historia, la evolución y consagración de los derechos fundamentales, con una vida social múltiple, variable, incesantemente renovada que determina la transmutación activa de los juicios de valor que en cada momento y lugar constituyen las normas de la moralidad real; el bien y la virtud de ayer pueden no ser el del mañana; y con ello las consecuencias directas que tienen en el reconocimiento de los derechos fundamentales.

Todos los esfuerzos de los filósofos para construir una moral teórica racional han carecido de función eficaz, son actitudes individualistas y en la sociedad no se pueden destruir creencias fundadas en seculares sentimientos y en intereses individuales.

Estos derechos como bien refiere Locke “derechos a la vida, la libertad y a la propiedad,”⁷ base y cimiento del cual se desglosaran a lo largo de la historia los demás derechos que hoy el ordenamiento jurídico define como derechos humanos, son derechos inalienables de la persona humana, y que lo posee por el solo hecho de ser persona; y no le pueden ser negados ni arrebatados ni perturbados ni limitados.

desarrollo y educación integral de sus hijos. Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.

⁷ John Locke Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil Un Ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil (Editorial Tecno Bogotá Página 97).

Dentro de estos derechos visibilizados en el texto constitucional encontramos los derechos humanos cuya definición expresada por Pérez Luño considero que es la que más se acerca a la realidad actual “*un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deber ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*”⁸.

La protección de estos derechos plantea desafíos conceptuales y prácticos que tienen que ver con la delimitación del contenido, la identificación de sus características, la superación de la dispersión o fragmentación normativa, el objetivo es conseguir una plena y real efectividad en el ámbito de las relaciones familiares junto a las garantías necesarias para su ejercicio.

Partimos del derecho a la igualdad ante la ley, pero bajo la figura de familia conceptualizada por la legislación -derecho sucesorio-, matrimonio y filiación, esta igualdad del conviviente se ve cercenada.

El matrimonio y la filiación son la única fuente de los vínculos familiares en el derecho sucesorio, el matrimonio crea la condición de cónyuges y la filiación origina la calidad de parientes, únicos llamados a la vocación sucesoria. No así el conviviente.

Por ende, entiendo que existe una franca colisión entre el derecho de las familias y el derecho sucesorio, reconociendo el primero la existencia del conviviente, el progenitor afín, el hijo afín el referente afectivo, y el segundo dándole un claro desconocimiento de sus existencia, resultando un trato discriminatorio.

b) Marco normativo convencional constitucional

Para la fundamentación que me permite resolver la prevalencia de los derechos en pugna y la improcedencia del art. 2424 del CCC⁹, parto del

⁸ Pérez Luño, Los derechos humanos significación, estatuto jurídico y sistema” (Publicaciones de la Universidad de Sevilla 1979 p. 43).

⁹ ARTÍCULO 2424.- Heredero legítimo. Las sucesiones intestadas se defieren a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, y a los parientes

estudio de nuestro ordenamiento jurídico convencional- constitucional y de la incorporación del reconocimiento de la unión convivencial.

Nuestra Constitución Nacional en su art. 14 bis¹⁰ otorga protección a la familia como núcleo básico y primigenio de la sociedad.

En este orden los tratados internacionales de jerarquía constitucional, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;¹¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos;¹² la Convención Americana Sobre Derechos Humanos¹³; el Pacto de Derechos

colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código. A falta de herederos, los bienes corresponden al Estado nacional, provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el lugar en que están situados.

10 Art. 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. 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.

11 Artículo VI. – Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

12 Artículo 16. – 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

13 Artículo 17 Protección a la familia La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

Económicos, Sociales y Culturales¹⁴; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención sobre los Derechos del niño le dan contenido legislativo supranacional a la protección de las familias.

Se suma a los Tratados internacionales lo ya dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sostuvo la prohibición de la discriminación forma parte del jus cogens. En consecuencia, estimó que cualquier trato discriminatorio genera responsabilidad internacional.¹⁵ Es por eso que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.

El artículo 16 de la Constitución Nacional ha quedado completado con disposiciones de los tratados sobre derechos humanos. Sentando el principio general de la igualdad.¹⁶

c) Marco normativo interno. La ausencia de vocación hereditaria del conviviente supérstite

Deben abandonarse los sentidos limitados en que se toma el concepto de familia EN EL DERECHO SUCESORIO que reducen lo que es familia

-
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno conocimiento de los contrayentes.
 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

14 Artículo 10 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

15 Cfr. Comité de Derechos Humanos, observación General Nro 18

16 Art. 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

a la medida o extensión en que la ley reconoce el vínculo, y como consecuencia solo ellos con vocación sucesoria.

ART 2424 CCC. - Heredero legítimo. Las sucesiones intestadas se defieren a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código.

Pretendo que se amplíe el Art. 2424, en lo referente a los legitimados activos, para peticionar la sucesión que es un proceso de carácter voluntario cuyo marco natural no puede ir más allá de la determinación de los bienes dejados por la persona fallecida y la verificación de las personas llamadas a recoger la herencia que hayan comparecido y probado el vínculo en las condiciones que determinan las leyes de forma y fondo.

Dentro de ella, nos encontramos con la sucesión intestada, que es aquella en que la trasmisión se produce en virtud del llamamiento efectuada por la ley, independientemente de la voluntad del fallecido. En tal sentido, la ley llama a los familiares del causante a recibir la sucesión en el siguiente orden: descendientes, ascendientes, cónyuge, colaterales dentro del cuarto grado inclusive, y a falta de éstos o de sucesores designados por el causante, al Estado (cfr. art. 2424, Código Civil y Comercial).

Ello determina que la legitimación para iniciar la sucesión y para intervenir en ella recae, en principio, sobre aquellos, los que se agrupan en base a las relaciones jurídicas familiares que los vinculan con el causante: parentesco y matrimonio, quedando fuera de estas previsiones los vínculos relativos a las uniones convivenciales.

En primer lugar, expreso que existe consenso mayoritario en doctrina al criticar que se haya omitido enumerar al conviviente supérstite dentro del listado de herederos legítimos del art. 2424 del CCC, circunstancia duramente cuestionada en tanto se dejó pasar la oportunidad de incorporar al cuerpo normativo el reconocimiento de derechos hereditarios para aquellas personas que deciden no casarse pero, aun así, conviven y comparten un proyecto de vida en común.

Que tal situación resulta llamativa si se tiene en cuenta que la regulación de las uniones convivenciales dentro del Código Civil trajo aparejado el reconocimiento de un piso mínimo de derechos y obligaciones para sus integrantes, que no difiere en gran medida de las contempladas para el matrimonio, los cuales incluyen el derecho-deber de asistencia, la contribución a los gastos del hogar, la responsabilidad solidaria frente a

terceros por determinadas deudas, e incluso la protección de la vivienda familiar.

La exclusión de la vocación sucesoria del conviviente podría ser declarada inconstitucional en términos genéricos, porque es en sí misma irrazonable, no sólo en atención a un caso concreto, sino con respecto a la protección genérica de las familias, implicando un gravamen irreparable a la esencia o sustancia de derechos constitucionales.

En suma, si el legislador a través del mecanismo de distribución forzosa del patrimonio -legítima sucesoria- pretendió la protección de los vínculos familiares del causante, debió asegurar un llamamiento similar para el conviviente sobreviviente, sin introducir supresiones arbitrarias, por lo cual, dicha supresión conlleva una discriminación arbitraria y violatoria del derecho de igualdad y, en consecuencia, devendría inconstitucional.

Sostengo que no puede desconocerse que la redacción del Código ha extendido en gran medida la protección del conviviente, describiendo una serie de derechos detallados entre los art. 509¹⁷ y 528¹⁸ del CCC, pero sin regular sus derechos sucesorios, elemento indispensable que permitiría reconocer una realidad cada vez más habitual y brindar seguridad jurídica a la familia en las distintas conformaciones que puede asumir.

Reitero que, si bien la reforma del CCC avanzó en otros temas, omitió incluir a los mismos dentro del derecho sucesorio, continuando con el esquema subjetivo y patriarcal al impedir a quien compartió los últimos años de vida con el fallecido conviviente a reclamar -iure hereditatis-, a diferencia del derecho comparado en donde legalmente se prevé el derecho del conviviente supérstite a heredar a falta de descendientes y/o ascendientes, en flagrante violación al principio y garantía constitucional de la protección integral de la familia.

17 ARTÍCULO 509.- Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

18 ARTÍCULO 528.- Distribución de los bienes. A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder.

En el caso de ratificarse la postura relativa a la ausencia de vocación hereditaria de los convivientes, ello no implica que deba desconocerse la legitimidad para dar inicio al sucesorio.

Ello, por cuanto el proceso constituye un paso previo ineludible a fin de poder encaminar en forma efectiva los derechos que la normativa vigente le otorga a la conviviente, los cuales no sólo incluyen la compensación económica por cese de la unión convivencial, sino también la facultad para ejercer la acción de división de la sociedad de hecho conformada con el conviviente fallecido, o para reclamar la indemnización por daños no patrimoniales (art. 1741 CCC)¹⁹ y por fallecimiento (art. 1745 CCC)²⁰, teniéndose en cuenta en la mayoría de estos casos la contribución de ambos en los gastos del hogar y el empeoramiento de la situación económica ante el cese de la unión.

También destaco que, en el ámbito laboral, se ha reconocido al conviviente supérstite el derecho a exigir la indemnización por muerte del trabajador prevista en el art. 248 LCT²¹, y en materia previsional, el derecho a solicitar la pensión por fallecimiento del conviviente.

19 ARTÍCULO 1741.- Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

20 ARTÍCULO 1745.- Indemnización por fallecimiento. En caso de muerte, la indemnización debe consistir en: a. los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal; b. lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes; c. la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido.

21 Art 248 LCT En caso de muerte del trabajador, las personas enumeradas en el artículo 38 del Decreto-Ley 18.037/69 (t.o. 1974) tendrán derecho, mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación allí establecido, a percibir una indemnización igual a la prevista en el artículo 247 de esta Ley. A los efectos indicados, queda equiparada a la viuda, para cuando el trabajador fallecido fuere soltero o viudo, la

Lo que se pretende es otorgar al conviviente que reúne los requisitos formales como lo define el art 509 y 510 del CCC la vocación sucesoria.

3. DOCTRINA

a) Posiciones doctrinarias diferentes

Entiendo que parte de la doctrina, está a favor de la constitucionalidad de la norma cuestionada, con fundamento en que la voluntad del legislador ha sido, a efectos de resolver la tensión entre la autonomía de la voluntad (derecho a no contraer matrimonio) y el orden público, reconocer efectos jurídicos a la convivencia de hecho, pero de manera limitada, manteniendo diferencias entre las dos formas de organización familiar (matrimonial y convivencial), las que se fundan en aceptar que, respetando el art. 16 de la Constitución Nacional, es posible brindar tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia.

Y así se manifiestan “*la sucesión es un proceso de carácter voluntario cuyo marco natural no puede ir más allá de la determinación de los bienes dejados por la persona fallecida y la verificación de las personas llamadas a recoger la herencia que hayan comparecido y probado el vínculo en las condiciones que determinan las leyes de forma y fondo*”²².

“*Dentro de ella, nos encontramos con la sucesión intestada, que es aquella en que la trasmisión se produce en virtud del llamamiento efectuada por la ley, independientemente de la voluntad del fallecido*”²³.

En tal sentido, la ley llama a los familiares del causante a recibir la sucesión en el siguiente orden: descendientes, ascendientes, cónyuge, colaterales dentro del cuarto grado inclusive, y a falta de éstos o de sucesores designados por el causante, al Estado (*cfr. art. 2424, CCC*).

mujer que hubiese vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos (2) años anteriores al fallecimiento.

22 Cfr. Morello, Augusto M., Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, 4ª ed., Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, Tomo VIII (Arts. 679 al 863), Disposiciones generales - (Artículos 724-733), Título II - Proceso sucesorio, Capítulo I - Disposiciones generales, § 1277, Art. 724 - Requisitos de la iniciación, Libro digital, Thomson Reuters ProView.

23 Cfr. Kiper, Claudio, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Dir. Lorenzetti, Ricardo Luis, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2015, tomo X, pág. 818 y sig.

“Ello determina que la legitimación para iniciar la sucesión y para intervenir en ella recae, en principio, sobre aquellos, los que se agrupan en base a las relaciones jurídicas familiares que los vinculan con el causante: parentesco y matrimonio” ²⁴.

4. PALABRAS FINALES

No podemos concebir el derecho de las familias y el derecho sucesorio como un sistema fraccionado, creo necesario arropar al conviviente de arneses, jurídicos y legales que le permitan su reconocimiento y su inclusión en el derecho sucesorio.

“Vivimos en un mundo en el que, por fuerza, hay que hacerles sitio a todos. No se puede huir de los otros; no existe otro lugar”. (René Dupuy, La emergencia de la Humanidad).

²⁴ Cfr. Ferrer, Francisco, Santarelli, Fulvio y Soto, Alfredo, Código Civil y Comercial: tratado exegético, Dir. Alterini, Jorge Horacio, 3ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, L. L., 2019, Tomo XI, Libro Quinto - Transmisión de derechos por causa de muerte, Título IX - Sucesiones intestadas, Capítulo 1 - Disposiciones generales, Arte. 2424. - Heredero legítimo, Libro digital, Thomson Reuters ProView), quedando fuera de estas previsiones los vínculos relativos a las uniones convivenciales.

VOCACIÓN SUCESORIA, RELACIÓN AFECTIVA Y SOLIDARIDAD

Por Gabriel G. Rolleri¹

I. CONCLUSIONES

1. De *lege ferenda*: Se propone modificar el párrafo final del artículo 2436 por el siguiente “salvo que de las circunstancias del caso resulte que el matrimonio no tuvo por finalidad la captación de la herencia”.

II. FUNDAMENTOS

El art. 2436 del CCyC dispone que “la sucesión del cónyuge no tiene lugar si el causante muere dentro de los treinta días de contraído el matrimonio a consecuencia de enfermedad existente en el momento de la celebración, conocida por el supérstite, y de desenlace fatal previsible, excepto que el matrimonio sea precedido de una unión convivencial”.

La norma comprende dos presupuestos uno **objetivo**, referido a la enfermedad de uno de los cónyuges que haya sido consecuencia del desenlace fatal previsible del causante y que dicho deceso se produzca dentro de los treinta días de la celebración del matrimonio y otro **subjetivo** relativo al real conocimiento de la enfermedad del cónyuge por parte del supérstite

Si bien la estructura del artículo continúa, con algunos distingos en su redacción, la idea original de Vélez, el punto actual de discusión se refiere a la excepción prevista en el párrafo final, toda vez que prevé que el supérstite que celebró las nupcias con las características descriptas, sólo podrá conservar el derecho hereditario si dicho matrimonio fue precedido de una unión convivencial.

Coincidimos con Ugarte cuando expresa que al incluir esa condición, la norma ha generado un retroceso de un siglo, desconociendo por qué el legislador se alejó del proyecto del 98 que preveía otra excepción más razonable: que el matrimonio no haya tenido por finalidad la captación de la

¹Profesor Regular Adjunto de la UBA. Profesor Titular Ordinario de la UNLZ. Subdirector del Posgrado de Derecho Sucesorio de la UBA.

herencia, sin exigir convivencia anterior, ni tampoco, como disponía el derogado art. 3573, “regularizar una situación de hecho”.

De no ser así, estaríamos exigiendo 2 años de convivencia, de acuerdo con lo regulado en el art. 510 inc. e), por lo cual una relación de noviazgo de muchos años sin convivencia o quienes habiendo convivido no hubiesen alcanzado el plazo de 2 años, perderían la vocación hereditaria.

En el régimen anterior la jurisprudencia había expresado que “probada la relación sentimental previa con las características de permanente, duradera, singular, estable, previa y preparatoria del matrimonio, siendo éste el resultado normal, esperable y justificador de aquel vínculo de años, sea o no concubinario, se neutraliza la imputación de captación ya que el noviazgo es tan merecedor, o más, de la protección que el concubinato, al no advertirse razón valedera por la cual se termine colocando a la novia, o novio, o integrante de la pareja no concubinaria, después de una estable y prolongada relación afectiva, en situación jurídica de inferioridad y desprotección total con respecto al concubinato”²(3).

Por su parte la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que “se ha dejado en manos de los Jueces la evaluación de las peculiaridades de cada supuesto para establecer si la relación previa al matrimonio —atento a sus características— resulta de una trascendencia suficiente como para sustentar la excepción a la regla normativa que, excluye la vocación hereditaria del cónyuge evitando así los inmorales intentos de captación de herencia y efectuar esta evaluación de los hechos partiendo exclusivamente del estricto molde del concubinato aparece como de excesivo rigor así como atentatorio de la finalidad axiológica que se percibe en el último párrafo del art. 3573 tantas veces citado desde el momento que la exigencia de “concubinato” no es un requisito que surja de la letra de la ley”³.

² JA 1998-II, Síntesis, LexisNexis —sumarios— 3/8/2004, Lexis 1/9467 y 1/9477

³ Lexis 70004268, SCBA, 22/3/2000, “Pérez, María A. c. Duaihy, Elba M. s/exclusión

EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CONVIVIENTE

SUPÉRSTITE

Por María Dolores Suriani¹ y Ana María Ortelli²

I. CONCLUSIONES

1. Debe primar la autonomía de la voluntad en la consideración de los derechos de quienes forman una unión convivencial.

2. El ordenamiento vigente posibilita a las uniones convivenciales llevar adelante una adecuada planificación sucesoria, considerando especialmente un Pacto de Convivencia, a fin de encuadrar sus relaciones, previendo el caso de fallecimiento de uno de ellos.

3. El derecho real de habitación del conviviente supérstite y su alcance restrictivo establecido en el Artículo 527 del Código Civil y Comercial de la Nación encuentra su fundamento en el respeto por la autonomía de la voluntad y la protección del derecho sucesorio.

4. A fin de evitar situaciones de vulnerabilidad habitacional debería reformarse el Artículo 527 del Código Civil y Comercial de la Nación modificando el exiguo plazo de 2 años. Proponemos se reforme dicho plazo reconociendo la justipreciación del juzgador con un plazo máximo de 10 años. Ello en consideración al plazo máximo que se estableció para mantener la indivisión hereditaria.

¹ Abogada por la Universidad Católica Argentina. Máster en Matrimonio y Familia por la Universidad de Navarra. Profesora de Derecho de Familia y Derecho de las Sucesiones en la Pontificia Universidad Católica Argentina, Universidad Austral y Universidad del Salvador. Profesora de Posgrado en UBA, Universidad Austral y Universidad Católica Argentina. Autora de artículos en la materia y coautora de varios libros en Derecho de Familia y de las Sucesiones. Ejercicio profesional: Abogada asociada Allende & Brea 1984-1990. Socia Estudio de Jauregui & Ortelli 1997-2004. Socia Estudio Biscotti & Ortelli 2004 a la actualidad.

² Abogada por la Universidad Austral. Diplomatura en Persona Humana y Relaciones Familiares de la Universidad Austral. Especialización en Derecho de Familia de la Universidad Católica Argentina en curso. Master LLM de la Universidad Austral en curso. Ejercicio profesional: Abogada asociada Allende & Brea 2018-2020. Abogada asociada Estudio Biscotti & Ortelli 2020 a la actualidad.

II. FUNDAMENTOS

1. EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

a) Ordenamiento vigente

A partir del reconocimiento de las uniones convivenciales el Código Civil y Comercial de la Nación otorga a los convivientes la posibilidad de celebrar pactos de convivencia a través de los cuales pueden regular sus relaciones durante la misma o en caso de ruptura o muerte de alguno de los convivientes. Es decir el ordenamiento prevee especialmente un instrumento jurídico a los fines de salvaguardar el vínculo convivencial teniendo como base la autonomía de la voluntad.

No obstante ello, el Artículo 527 del Código Civil y Comercial de la Nación, concede al conviviente supérstite el derecho real de habitación por el plazo máximo de dos años y siempre que se cumplan con ciertos extremos legales. Su extensión resulta ser acotada a diferencia del derecho real de habitación previsto para el cónyuge supérstite.

En este sentido, el derecho real que se le atribuye es de habitación, no de usufructo, de carácter gratuito, limitado al plazo máximo de dos años. El inmueble objeto del derecho real tiene que haber formado parte del patrimonio del causante y haber constituido el último hogar familiar. Asimismo, en protección del derecho de propiedad de terceros se estableció el requisito de ausencia de condominio a la fecha de apertura de la sucesión.

Es de destacar que la ley exige para su procedencia que el conviviente supérstite carezca de vivienda propia habitable o bienes que le aseguren el acceso a la misma.

Se agrega asimismo que el derecho real se extingue ante una nueva unión convivencial o matrimonio y también en caso que el conviviente adquiriera una vivienda propia habitable o posea/adquiera los bienes necesarios para acceder a una.

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO EJE RECTOR DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL

a) La diferenciación con el derecho real de habitación del cónyuge supérstite

Contemplando el Artículo 2383 del CCCN, en comparación con la regulación del derecho real de habitación del conviviente, la ley otorga una protección mucho más amplia al cónyuge supérstite respecto del inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar conyugal. La diferencia más relevante la encontramos desde el punto de vista temporal ya que frente al exiguo plazo de dos años, sin tener en consideración la duración de la unión convivencial, la ley otorga al cónyuge una protección vitalicia.

La distinta consideración encuentra su razón de ser en que el fundamento de cada figura es distinto. Mientras en el derecho real de habitación del conviviente supérstite la protección tiene una finalidad mayormente asistencial, en la del cónyuge supérstite se prioriza que no tenga que abandonar aquel lugar que constituyó el último hogar conyugal, sin entrar en consideraciones patrimoniales. Es por ello que se le imponen mayores limitaciones a la figura en el caso de la unión convivencial, En este sentido, una importante diferencia la constituye el hecho de que al cónyuge no se le exige ni resulta oponible a su derecho que tenga otro inmueble o capacidad económica para acceder a una vivienda. Además, no existe regulación que suponga causales de extinción.

El derecho otorga una protección mucho más extensa para el cónyuge supérstite, la que debe ser tenida en consideración por quienes eligen no contraer matrimonio y se encuentran al amparo de la regulación correspondiente a las uniones convivenciales.

b) La planificación patrimonial

Atento al marco legal vigente resulta primordial que los convivientes tengan presente la posibilidad de celebrar pactos de convivencia, contemplados en el Artículo 514 CCCN. Bajo dicha disposición las partes pueden pactar, en lo que nos atañe, la atribución del hogar o la división de los bienes obtenidos con el esfuerzo común para el caso de ruptura o fallecimiento.

Por ello, si bien conforme fuera mencionado, la legislación limita la el derecho de habitación del conviviente supérstite, tal limitación encuentra su justificación en la protección de la autonomía de la voluntad de los mismos. Caso contrario se estaría supliendo la voluntad de estos, quienes no eligieron la institución matrimonial y pueden optar por ejercer su derecho a celebrar pactos de convivencia que aseguren su proyecto de vida en común, contemplando su deceso.

Asimismo, los convivientes en harás a la protección de su pareja convivencial deberían tener en consideración la posibilidad de legar el derecho real de habitación a favor del conviviente supérstite o la propiedad de un inmueble, en su caso, siempre en respeto de las legítimas correspondientes. Es este punto el que debe ser tenido en consideración: ante la falta de vocación hereditaria del conviviente, quien no está llamado a suceder salvo que el causante lo haya instituido heredero de cuota de su porción disponible o legatario.

La planificación sucesoria se presenta a lo largo de la vida de los convivientes como un recurso necesario en mismas a que los convivientes planifiquen su patrimonio teniendo en consideración el régimen civil bajo el cual circunscribieron su proyecto de vida en común. No obstante la separación de patrimonios como regla, el ordenamiento protege al conviviente frente a situaciones de enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros principios generales de aplicación, conforme lo dispone el Artículo 528 del CCCN.

Es así que resulta prudente analizar las distintas alternativas que el derecho ofrece para que los convivientes puedan proyectar y proteger a su conviviente en caso de fallecimiento. Al realizar donaciones, celebrar fideicomisos, escriturar bajo la figura del condominio, entre otras, se va delineando ciertamente la planificación sucesoria y por lo tanto la protección de quienes comparten un proyecto convivencial.³

³ En este sentido, resulta interesante un reciente fallo, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, en materia de atribución de la vivienda al conviviente en el cual la alzada hace mención de los pactos implícitos que los convivientes celebran al organizar su patrimonio: *“En esa línea, debo marcar que considero que no se probó la existencia de un pacto expreso y explícito de distribución de bienes; sin embargo de hecho, eso fue lo que aconteció. En efecto, primero durante la convivencia la accionada compró un bien sito en la calle Bacacay del que dispuso luego libremente, y que posteriormente el causante le donó con reserva de usufructo un inmueble en la calle Fray Cayetano, donde se desarrollaba una actividad comercial con destino hotel, la que quedó trunca por problemas presuntamente edilicios al ser clausurado varias veces. Puede decirse que existió de algún modo un reparto de bienes entre los convivientes, de manera que no se observa que haya existido un enriquecimiento sin causa a favor del causante, y que ello lesione los derechos de las herederas forzosas. (...) De este modo se encuentra acreditado que los bienes fueron adquiridos durante la convivencia y que de algún modo fueron repartidos en vida del causante, lo que sella la pretensión de la accionante en este sentido.”* Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala H , “H. N. B. c/ M. J. A. s/ Sucesión Ab Intestato s/ Fijación de Compensación arts. 524, 525 C.C.C.N.”, sentencia del 4 de septiembre del 2023, Cita Digital: ED-IV-CMLXXXIII-324.

Es necesario que comprendamos que quienes eligen no contraer matrimonio justamente se sustraen voluntariamente del régimen matrimonial. Someter la autonomía de quienes componen el proyecto convivencial a mayores exigencias supone ir en contra de la naturaleza propia de la unión convivencial que resulta ser una situación de hecho.

De hecho, existen quienes justamente no contraen matrimonio en consideración a sus herederos forzosos, siendo plenamente conscientes de la ausencia de derechos hereditarios del conviviente.

Ante la proliferación de las uniones convivenciales la respuesta que brinda el derecho es la posibilidad de celebrar un pacto de convivencia para así con libertad delinear supuestos como el que aquí nos compromete: la situación habitacional del conviviente supérstite.

3. SITUACIONES DE VULNERABILIDAD

a) Las problemáticas situaciones de desalojo ante situaciones de vulnerabilidad habitacional

Ante la limitada extensión temporal de la atribución de la vivienda, el conviviente supérstite se ve muchas veces obligado a desalojar el inmueble, ante reclamos efectuados por parte de los herederos de quien fuera el titular dominial, es decir los actuales propietarios. Los mismos, una vez transcurrido el plazo de dos años, y ante la protección de su derecho a la propiedad, se encuentran amparados para exigir la entrega del inmueble que fuera último hogar convivencial frente a quien únicamente ostenta un derecho real de habitación, independientemente de la situación patrimonial en la que se encuentre el conviviente supérstite.

El conviviente ante una situación de desalojo, teniendo en consideración su edad y patrimonio puede verse en una situación de vulnerabilidad que ha suscitado controversias jurisprudenciales.⁴

⁴Es de destacar en esta línea la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Corrientes que declaró nula la sentencia del Juez de Primera Instancia, confirmada por la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Goya, en la cual se ordenaba el desalojo del conviviente supérstite de 80 años de edad, quien fuera conviviente del causante por 25 años. Aludiendo a tratados con jerarquía constitucional afirmó la protección diferenciada que debe considerarse ante situaciones de vulnerabilidad, realizando las siguientes consideraciones:

La unión convivencial constituye hoy en día una nueva forma de familia por lo que colocar al conviviente supérstite en una situación de “simple ocupante” parecería vulnerar esa consideración diferenciada que la ley le concede al reconocer su derecho real de habitación.

Nuestra legislación contempla la institución matrimonial, brindándole una protección al cónyuge supérstite, en este punto, que bien podría ser elegida por los convivientes. Los convivientes deciden sustraerse del régimen matrimonial, encontrándose el derecho en la encrucijada de imponer mayores regulaciones a quienes en ejercicio de su autonomía de la voluntad no quisieron contraer matrimonio por las razones que hayan considerado al desarrollar su proyecto de vida en común.

Es por ello que para evitar situaciones como las explicitadas resulta primordial el asesoramiento jurídico sucesorio para quienes conforman una unión convivencial ponderando el derecho habitacional de los convivientes con la autonomía de la voluntad que fundamenta su unión.

Habiendo dejado asentado que el principio es la autonomía de la voluntad y por lo tanto el respeto de las uniones convivenciales consideramos que frente a situaciones de vulnerabilidad como las mencionadas el juez debe poder apreciar una mayor extensión del derecho real de habitación del conviviente supérstite mayor a los 2 años que la ley contempla.⁵

“Entonces, los jueces de las instancias anteriores desoyeron los derechos de los adultos mayores en las condiciones de vulnerabilidad reconocidas legalmente y que propician su derecho a una vivienda digna y adecuada y a vivir en entornos seguros y saludables, a cuyo efecto los Estados Parte deben adoptar, entre otras, medidas necesarias para protegerlos de desalojos forzosos ilegales. Y si bien no se me oculta que el desahucio intentado por la Sra. Sandoval no participa en sentido estricto de las notas de “ilegal”, lo cierto y concreto es que se ha fallado sin tener en cuenta que el demandado es una persona mayor de 80 años que fue pareja de la madre de la accionante, conviviente en el inmueble por espacio de aproximadamente 30 años, con lo cual el caso debió ser enmarcado a la luz de lo dispuesto por las normas de los arts. 509 y ss del CCCN.” Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, “Sandoval Dina Rut c/ Juan de Dios Cabral y/o quienes resulten ocupantes s/ desalojo -sumario” sentencia del 10 de noviembre del 2020, MJ-JU-M-129053-AR | MJJ129053 | MJJ129053.

⁵ En el mismo sentido, el destacado jurista Guillermo Borda señaló la irrazonable del plazo: *“En cuanto a la atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes, compartiendo lo señalado por Solari(1), nos parece que el plazo máximo de dos años fijado por la ley es mezquino e irrazonable y debió haber quedado librado a la*

En dicho sentido, así como al regular la compensación económica la ley otorga parámetros para establecer su procedencia y cuantía, de la misma manera se debería proceder en este caso. Establecer un plazo de 2 años sin considerar las distintas situaciones particulares de cada caso resulta a nuestro entender una decisión legislativa desacertada.

Proponemos se reforme la legislación manteniendo el resto de los parámetros que se exigen con una limitación temporal máxima: 10 años desde el fallecimiento del conviviente. Dicho límite, establecido asimismo como plazo máximo para la indivisión forzosa conforme lo dispuesto en los Artículos 2330 y 2331, supondría equilibrar la autonomía de la voluntad con la protección del derecho de habitación frente a situaciones de vulnerabilidad que exigen la protección del derecho.

apreciación del juzgador atendiendo a las circunstancias del caso. Señala este mismo autor que no es razonable que el derecho de habitación tenga como límite el plazo de dos años cuando se está en presencia de una unión convivencial que se ha extendido por muchos años; no es lo mismo una unión convivencial que ha durado dos años que otra que ha durado un plazo que, como en el fallo que nos ocupa, es de treinta años.” Borda, Guillermo, “Conflicto de derechos. Derecho de propiedad del heredero vs. derecho a la vivienda del conviviente anciano de la causante”, Argentina, El Derecho - Diario, Tomo 290 Fecha: 11-03-2021 Cita Digital: ED-I-XV-148.

VOCACIÓN SUCESORIA DEL CONVIVIENTE

Por Ana M. Ortelli¹ y María Dolores Suriani²

I. CONCLUSIONES

1. Debe mantenerse la distinción entre la institución matrimonial y las uniones convivenciales en respeto al principio de autonomía de la voluntad consagrado en nuestro ordenamiento vigente.

2. La socioafectividad solo puede ser fuente de derecho autónomo para aquellos institutos que se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico, tal como ocurre en el caso de la unión convivencial.

3. El Código Civil y Comercial de la Nación debe reconocer la calidad de heredero legítimo no legitimario del conviviente supérstite, siempre que se encuentre registrada la unión convivencial, con preeminencia de los herederos colaterales.

4. El Código Civil y Comercial de la Nación debe reconocer la calidad de heredero, aun en ausencia de registración de la unión convivencial, solo en el caso en que la herencia pudiera ser declarada vacante.

5. *De lege ferenda*: Proponemos la reforma del Artículo 2441 en los siguientes términos: “*Heredero legítimo. Las sucesiones intestadas se defieren a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, al conviviente supérstite y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código. A falta de herederos, los bienes corresponden al Estado*

¹ Abogada por la Universidad Católica Argentina. Máster en Matrimonio y Familia por la Universidad de Navarra. Profesora de Derecho de Familia y Derecho de las Sucesiones en la Pontificia Universidad Católica Argentina, Universidad Austral y Universidad del Salvador. Profesora de Posgrado en UBA, Universidad Austral y Universidad Católica Argentina. Autora de artículos en la materia y coautora de varios libros en Derecho de Familia y de las Sucesiones. Ejercicio profesional: Abogada asociada Allende & Brea 1984-1990. Socia Estudio de Jauregui & Ortelli 1997-2004. Socia Estudio Biscotti&Ortelli 2004 a la actualidad.

² Abogada por la Universidad Austral. Diplomatura en Persona Humana y Relaciones Familiares de la Universidad Austral. Especialización en Derecho de Familia de la Universidad Católica Argentina en curso. Master LLM de la Universidad Austral en curso. Ejercicio profesional: Abogada asociada Allende & Brea 2018-2020. Abogada asociada Estudio Biscotti&Ortelli 2020 a la actualidad.

nacional, provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el lugar en que están situados”.

II. FUNDAMENTOS

1. LA EXIGENCIA DE PROTECCIÓN DE LAS NUEVAS FORMAS DE FAMILIA Y LA UNIÓN CONVIVENCIAL

La unión convivencial regulada en nuestro actual ordenamiento jurídico implica el reconocimiento y amparo de las relaciones afectivas estables y de carácter permanente entre quienes comprometidamente comparten un proyecto de vida en común, primando sobre las mismas la autonomía de la voluntad.³

El derecho, en protección de estas uniones, establece una regulación mínima. Es decir, en respeto a la autonomía de la voluntad de los convivientes, el derecho reconoce como eje rector su libertad en un sano equilibrio con la protección de la familia.

La multiplicación de estas nuevas formas de familia, requieren un replanteo desde el derecho sucesorio⁴. Ello sin dejar de alentar la

³ En los fundamentos del CCCN se destacó el progresivo incremento del número de personas que optan por organizar su vida a partir de una unión convivencial y cuya protección era considerada únicamente en algunas leyes especiales y de forma jurisprudencial. Es así que el legislador se encontró con la necesidad, desde una perspectiva de protección de los derechos humanos, de amparar las mismas. En dicho sentido en el Anexo Preliminar del Ante proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación quedó manifestado: *“Desde la obligada perspectiva de derechos humanos, encontrándose involucrados el derecho a la vida familiar, la dignidad de la persona, la igualdad, la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar, la regulación, aunque sea mínima, de las convivencias de pareja, constituye una manda que el Anteproyecto debe cumplir. Todos estos derechos deben conjugarse y articularse de manera armonizada y coherente con el régimen matrimonial”*, pág. 580,

⁴ En dicho sentido ha sostenido el Dr. Ferrer *“El perenne anhelo del hombre en realizar la Justicia, a través del Derecho, alienta y justifica una permanente labor de perfeccionamiento de las normas legales. Y esa legítima aspiración impulsa hoy la actualización del derecho sucesorio acorde a las realidades familiares y sociales, y al espíritu de los nuevos tiempos del siglo XXI que exigen un régimen hereditario más flexible, más humano, más justo y equitativo y más respetuoso de los derechos fundamentales, apreciándose en la evolución de los últimos años que viene paulatinamente reconociendo a los vínculos afectivos y a la solidaridad familiar como la verdadera causa de la sucesión*

planificación sucesoria de quienes conforman una unión convivencial pero reconociendo la poca práctica al respecto que existe en nuestro país, en relación a tal planificación.

Son numerosas las situaciones de desamparo en las cuales el conviviente queda desprotegido ante la muerte de su pareja con la cual compartía un proyecto de vida en común. Si bien el Código Civil y Comercial de la Nación prevé el Pacto de Convivencia como instrumento jurídico a fin de que estos regulen los efectos de la convivencia durante y al cese de la misma, ya sea por ruptura o muerte, lo cierto es que no resulta una práctica habitual a la fecha.

Es en este marco que planteamos la posibilidad de reconocer al conviviente supérstite su carácter de heredero.

2. UNIÓN CONVIVENCIAL Y MATRIMONIO

Resulta imperioso mantener la independencia del instituto matrimonial y de la unión convivencial. Asimilar ambos proyectos de vida constituiría un acto totalitario en menoscabo de la libertad individual de los ciudadanos.

Quienes decidieron optar por una unión libre no pueden ser compelidos a asumir los derechos y obligaciones jurídicos propios del matrimonio tal solo por el transcurso del tiempo. Como hemos sostenido en alguna oportunidad ello sería asimilar a los convivientes a estado de cónyuge por prescripción adquisitiva cuando el matrimonio es un acto esencialmente consensual.

El Código Civil y Comercial de la Nación fue concebido en base a tres pilares fundamentales y transversales al mismo: autonomía de la voluntad, igualdad y constitucionalización del derecho privado. Todos ellos tienen como principio rector la libertad individual de sus ciudadanos.

Resulta contradictorio el reconocimiento de una mayor autonomía de la voluntad para luego imponer un estatus jurídico análogo al matrimonio a aquellas personas que optaron expresamente por una relación fundamentalmente de hecho en la cual debe primar la libertad.

intestada.” Ferrer, Francisco A. M. “Solidaridad y vínculo afectivo como fuente de la vocación sucesoria”, TR LALEY AR/DOC/3555/2019.

Nótese los convivientes han optado por no casarse a pesar de que nuestro ordenamiento jurídico ha ampliado sensiblemente el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges, limitando los deberes matrimoniales, regulando el divorcio incausado de forma conjunta y unilateral, a través de un proceso simplificado y rápido.

Quienes optaron por no casarse para convivir en una unión convivencial claramente lo han hecho en miras a privilegiar su libertad evitando quedar sometidos a un régimen jurídico en el que prima el orden público.

3. CONVIVIENTE SUPÉRTITE COMO HEREDERO LEGÍTIMO NO LEGITIMARIO

El llamamiento legal de los herederos se encuentra estructurado sobre vínculos familiares, fundamentándose la transmisión patrimonial en el reconocimiento de los mismos. En este orden de ideas el conviviente supérstite en nuestro ordenamiento vigente no posee vínculo de parentesco alguno con su conviviente y por lo tanto no es llamado por la ley a suceder.

Ahora bien, ante el carácter permanente de la unión convivencial y, solo en caso que la misma se encontrare registrada, entendemos que el derecho debe ofrecer una alternativa para evitar situaciones de inequidad sin por ello socavar la autonomía de la voluntad.

Es desde dicha tesitura que planteamos la posibilidad de regular un llamamiento del conviviente como heredero legítimo no legitimario. Es decir que el conviviente concurriría en virtud del llamado de la ley como heredero en cuarto grado. De esta forma debería reformarse el Artículo 2424 del Código Civil y Comercial de la Nación incluyendo en las sucesiones intestadas al conviviente supérstite de una unión registrada y vigente a la fecha del fallecimiento.

De esta manera se vería modificado el orden sucesorio, primando la vocación sucesoria del conviviente supérstite por sobre los colaterales, heredando por lo tanto ante la falta de descendientes, ascendientes y cónyuge.

Ahora bien, consideramos que toda vez que prima la autonomía de la voluntad en las uniones convivenciales no debe reconocerse porción legítima a los convivientes. Lo contrario implicaría alterar la libertad testamentaria del causante quien no contrajo matrimonio con su conviviente- por la causa que fuera- y eligió disponer de su patrimonio libremente e incluso privilegió que no haya confusión de patrimonios familiares aún después de su muerte.

Admitir lo contrario implicaría una afectación a la libertad y autonomía propia de las uniones convivencial y asimismo desdibujar la institución matrimonial y privar al causante de su libertad testamentaria ante la falta de herederos forzosos.

El reconocimiento del carácter de heredero residual pretende salvaguardar situaciones de inequidad cuando el causante no posee herederos forzosos y no efectuó actos de última voluntad. Solo entonces entendemos primaria la consideración del conviviente supérstite por sobre los parientes colaterales.

Esta prevalencia se encontraría justificada siempre que la unión convivencial se encuentre registrada entendiéndose que implicó para los convivientes en vida una relevancia aún mayor que quienes se encuentran alcanzados por la legislación por una situación de hecho y no concurrieron siquiera a registrar la misma. La registración brindaría así una protección mayor, al igual que sucede con la vivienda familiar de quienes conforman una unión convivencial.

4. AUSENCIA DE COLATERALES: VOLUNTAD PRESUNTA EN CASO DE HERENCIA VACANTE

La reforma que se plantea reconoce asimismo derechos sucesorios al conviviente supérstite, aún cuando no se encuentre registrada, ante la posibilidad que la herencia se declare vacante.

Esta propuesta se basa en el reconocimiento de que el causante se encontraba vinculado en una relación socioafectiva de forma permanente, estable, en un proyecto de vida común. Por lo tanto, presumimos que su voluntad no estaría dirigida a beneficiar al estado por sobre su conviviente. Esta propuesta supone un reconocimiento a la unión de hecho socioafectiva ya regulada por la ley.

Si el derecho protege una situación de hecho, independientemente de que quienes forman parte de la misma lo sepan o lo exijan, entendemos que reconocer la vocación hereditaria del conviviente resulta ser tan solo una expresión de justicia. Lo contrario implicaría negarle a la unión convivencial su existencia.

Lo aquí expuesto implica una protección mínima que surge naturalmente del propio reconocimiento de las uniones convivenciales entendiéndose que su limitada vocación sucesoria se desprende de la autonomía

de la voluntad intrínseca a las mismas, pero sin menoscabar su existencia como nueva forma de familia.

Atento a lo expuesto proponemos la reforma del Artículo 2441 en los siguientes términos:

Herederero legítimo. Las sucesiones intestadas se defieren a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, al conviviente supérstite y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código.

A falta de herederos, los bienes corresponden al Estado nacional, provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el lugar en que están situados.

VOCACIÓN SUCESORIA DE PARIENTES AFINES: LA NUERA Y EL YERNO VIUDOS

Por Vilma R. Vanella¹ y Ángeles Martínez²

I. CONCLUSIONES

1. El parentesco por afinidad no altera los principios del derecho sucesorio.
2. El régimen sucesorio no efectúa distinciones sustentadas en el sexo de las personas, por lo que cabe comprender a la nuera y al yerno viudos.
3. La nuera y el yerno viudos son herederos legitimarios y, en consecuencia, tienen vocación al todo.
4. La nuera y el yerno viudos, en ausencia de otros herederos, tienen derecho de acrecer y desplazan al Fisco.
5. Se propone de *Lege Ferenda* incorporar en el Título IX “Sucesiones Intestadas” Capítulo 4 “Sucesión del Cónyuge”, el artículo 2433 bis que consagra el derecho sucesorio de la nuera y yerno viudos y sin descendientes, con el siguiente texto: *Artículo 2433 bis: “El viudo o viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere descendientes, o que si los tuvo no sobrevivieren al momento en que se abrió la sucesión de los suegros, o si aquéllos fueron declarados indignos o hubieren renunciado a la sucesión, no existiendo quienes lo representen, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubieren correspondido a su cónyuge en dichas transmisiones hereditarias. De no existir herederos legítimos o testamentarios del causante, tendrá derecho al todo de la herencia. Este derecho no podrá ser invocado en los casos de los artículos 2436 y 2437.”*

II. FUNDAMENTOS

1. PARENTESCO POR AFINIDAD Y RELACIÓN AFECTIVA

¹ Profesora regular adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA) – Profesora Asociada de Derecho Sucesorio (UAI).

² Docente Dcho. de Familia y Sucesiones (UBA).

En el año 1968 la reforma introducida por la ley 17.711 introdujo la vocación sucesoria de la nuera viuda, lo que significó incluir en el régimen de las sucesiones el parentesco por afinidad, hasta ese momento sólo considerado el consanguíneo.

La incorporación se justificó en que **la base de nuestra sucesión legítima es el afecto presunto del causante, y tal afecto no se descarta en el parentesco afin.** Tal como lo manifestó Vélez Sársfield en la nota al art. 3283, cada ley positiva trata de interpretar la voluntad presunta del difunto, porque es la que se considera más apropiada a la naturaleza de las relaciones de familia del lugar donde la norma debe regir. Por lo demás, existe un vínculo familiar que impone esta solución³.

Es decir, la ley acordaba al vínculo de afinidad un efecto jurídico basado en una presunción de afecto, a tal punto que el fallecimiento del cónyuge que originó el parentesco por afinidad del supérstite con sus suegros, no desaparecía por la muerte y se mantenía el impedimento para contraer matrimonio entre el cónyuge sobreviviente con el que fuera su suegro o suegra, a pesar que dicho parentesco afin se haya originado por el matrimonio que se disolvió por la muerte de uno de los consortes.

El Código Civil y Comercial si bien mantuvo ese impedimento (art. 403 inc. c) suprimió el derecho de la nuera viuda, extendido jurisprudencialmente al yerno viudo, por lo que ha cesado el llamamiento de los parientes afines que, por lo tanto, carecen de derecho hereditario en la sucesión de sus suegros.

2. FUNDAMENTO DE LA VOCACIÓN SUCESORIA DE PARIENTES AFINES

Parte de la doctrina autoral sostuvo por entonces que el fundamento de otorgar vocación sucesoria a la nuera viuda tenía *carácter asistencial*, por entender que la voluntad del legislador había sido la de protegerla cuando permanecía viuda y no tenía hijos ni descendientes, es decir, por carecer de obligados a la prestación alimentaria.

Sin embargo, nada impedía para que la nuera rica sucediera a suegros pobres, aún en concurrencia con cuñados quizás más pobres, pues a través

³ De los fundamentos del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1993.

de los requisitos que se exigían para su procedencia, el legislador no había previsto de manera expresa que la situación de pobreza, en que se hallare la nuera, fuera recaudo para poder suceder a sus suegros, como tampoco se computaba la extrema pobreza de la nuera para incrementar su participación en la sucesión.

De manera que el derecho no nacía por la circunstancia de que la nuera se encontrara en estado de indigencia, sino por la acreditación de los requisitos señalados en la norma, a los cuales les resultaba irrelevante aquella circunstancia. Es decir, que por la muerte de su cónyuge y la no concurrencia de sus hijos a la sucesión de sus abuelos, se vea privado del efecto del desencadenamiento natural de los acontecimientos.

Resulta claro entonces que el derecho que se le atribuía no reposaba en una idea de carácter asistencial, sino en el *vínculo familiar existente*⁴. Si el fundamento hubiera sido asistencial, se debió contemplar a la nuera viuda pobre, para dar esta vocación, lo que no se hizo y, además, en el derecho sucesorio no se tiene en cuenta la riqueza o la pobreza de quienes van a suceder.

Sustentado, entonces, en el parentesco por afinidad y la relación afectiva corresponde reconocer vocación sucesoria en la sucesión de sus suegros a la nuera y al yerno viudos, sin que se requiera para su procedencia que carezcan de recursos, de allí que no cabe presumir su carácter asistencial.

3. INDISTINCIÓN DEL SEXO DE LOS HEREDEROS

A diferencia de la norma incorporada por la ley 17.711, que solo contemplaba a la nuera viuda, el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1993, redactado por una Comisión Federal integrada por los Dres. Jorge Alterini, Alberto Azpeitia, Alberto Bueres, Marcos Córdoba, Luis Moisset de Espanés, Jorge Mosset Iturraspe y Félix Trigo Represas, entre otros autores destacados, propuso *equiparar la situación al yerno viudo, toda vez que el fundamento de la norma es consecuencia de un vínculo familiar, es decir, de parentesco por afinidad*.

Ello teniendo en consideración que uno de los principios generales que informan el Derecho Sucesorio argentino es el de la indistinción del sexo de los herederos y que por entonces la doctrina jurisprudencial fue incluyendo

⁴ SALAS, A.E., "La sucesión de la nuera", JA, t. 1968-IV, p.831.

al yerno viudo a través de la declaración de inconstitucionalidad de la norma (art. 3576 bis CC), siendo el primer antecedente en este sentido el Dictamen de la Fiscal Alicia García de Solavagione, de abril de 2009, quien sostuvo que ambos se encontraban en idéntica situación, pues eran familiares afines de sus suegros; que la distinción carecía de toda razonabilidad pues se basaba únicamente en la diferencia de género y que debía atenderse a razones de justicia, equidad e igualdad ante la ley.

Considerando, como quedó expuesto, que el fundamento es el vínculo de afinidad que une a la nuera / yerno con sus suegros, no existe razón alguna para excluir de igual derecho al yerno, quien se encuentra en la misma clase y grado de parentesco con aquellos.

Por otra parte, negado el carácter asistencial, la concesión del beneficio a la nuera y no al viudo pierde todo sentido y configura una discriminación arbitraria por razón del sexo, prohibido por el art. 16 de la C.N. y los tratados y convenciones que gozan de jerarquía constitucional, debiendo además tener en cuenta que la modificación de las circunstancias sociales provoca que hoy tal diferencia es pacíficamente reconocida como repugnante a la consideración general y al orden constitucional.

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA VOCACIÓN SUCESORIA DE LA NUERA Y EL YERNO

La circunstancia de que a la nuera y al yerno viudos se les fije un *quantum* de lo que le hubiera correspondido recibir en la herencia a otro heredero premuerto -su esposo o esposa- en la sucesión de sus padres -los suegros- no desnaturaliza su carácter de **legitimarios** quienes, de conformidad con el art. 2444 CCyC tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito.

Aunque concurren con otros llamados a la sucesión y, ante la ausencia de estos, la nuera y el yerno tienen vocación a la totalidad de la herencia, por lo tanto, son **herederos** toda vez que no existe la posibilidad del legitimario no heredero ni del sucesor universal no heredero.

En otras palabras, que reciban sobre lo que otros herederos hubieran recibido no los hace menos herederos. A los herederos forzosos la ley les fija una porción de bienes de la que no pueden ser privados y, sin embargo, nadie duda de su llamamiento al todo.

5. DERECHO DE ACRECER Y EXCLUSIÓN DEL FISCO

El derecho de acrecer del heredero, sucesor universal llamado a un todo ideal, le corresponde por la naturaleza de su llamamiento, a diferencia de lo que algunos sostienen que por tener un llamamiento al todo ello no permitiría acrecimiento alguno, pues no puede crecerse más allá del todo.

La nuera y el yerno viudos son herederos y, por consiguiente, tienen derecho a acrecer en razón de la naturaleza misma de su vocación sucesoria⁵.

En el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del año 1983 se planteó si en ausencia de otros sucesores del causante, la nuera que accedía a la herencia tenía derecho a recibir la totalidad de los bienes o si, por el contrario, su derecho se encontraba limitado a la 4ª parte que le asignaba el art. 3576 bis, concurriendo en consecuencia con el Fisco⁶.

En este sentido la Comisión Federal de 1993, mencionada anteriormente, al proponer el texto del art. 3576 bis disponía expresamente ***“De no existir herederos legítimos o testamentarios del causante, tendrá derecho al todo de la herencia (...)”***.

De sostenerse lo contrario se podría arribar a soluciones injustas. Por ejemplo, aquella persona que estando casada formó una empresa o adquirió un establecimiento industrial, ganancial de su titularidad. Al fallecer el o la cónyuge el supérstite deberá compartir esos bienes con sus suegros, bienes que fueron el producto del esfuerzo conjunto de ambos esposos. Sin embargo, al fallecer luego su suegro o suegra, la nuera o el yerno viudos no podrán ir a recoger una parte de la herencia en concurrencia con otros herederos y, tal vez, ni siquiera desplazar al Fisco.

Admitir que ellos únicamente retienen un porcentaje o fracción de los bienes y que el remanente corresponde al Fisco como sucesor por vacancia, no condice en modo alguno con la naturaleza del derecho de la nuera /yerno ni con la noción legal de vacancia del art. 2441 CCyC que prevé la inexistencia de herederos.

⁵ CN Civ., Sala F, septiembre 13 – 1974, “Fernández, Ricardo, suc.”

⁶ CNAC Plenario, “Gorbea de Buonocore, Gertrudis, suc.”, 29/08/1983, *La Ley* 1983-D, 176.

Aun en el supuesto que se consideraran superficiales los lazos emergentes del parentesco por afinidad y que por ello no pueden ser suficientes para acordar derechos hereditarios, **ES PREFERIBLE QUE TANTO LA NUERA COMO EL YERNO VIUDOS PUEDAN ACRECER ANTES QUE LOS BIENES SEAN RECIBIDOS POR EL FISCO** que, si bien no los recibe a título de heredero, se trata de una **relación absolutamente ajena a la afectividad.**

Tal como sostuvo Vidal Taquini, concurren razones socio-económicas que hacen preferible que la nuera, única heredera, recoja la herencia íntegramente y no que una parte sea adquirida por el Estado⁷, excluyendo al Fisco cuando concurre sola a la sucesión de sus suegros⁸.

En igual sentido, Borda expresó “*No significa que la viuda carezca de derecho de acrecer, que en su caso se manifiesta si no hay otros herederos: en tal supuesto ella hereda el todo, desplazando al Fisco*”⁹.

El art. 2441 CCyC establece que se debe declarar vacante la herencia si no hay herederos aceptantes ni el causante ha distribuido la totalidad de los bienes mediante legados. Acordando derecho hereditario a la nuera y al yerno viudos en la sucesión de los suegros, la herencia no puede ser declarada vacante porque ya existe una persona que, al ser convocada como heredero, destruye el concepto de vacancia, cuyo significado es, precisamente, ausencia de herederos.

⁷ VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Vocación sucesoria de la nuera*, ED. 75-805.

⁸ SC Buenos Aires, “Boss de Eder, Berta, suc.”, 15/04/1980 – Ac. 28.074- DJBA, 118-353- ED, 89-279.

⁹ BORDA, Guillermo, “Manual de Derecho Civil”, -Sucesiones- 15ª. ed. Act. por Borda, Delfina M., Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 290.

LA SOLIDARIDAD POST MORTEM A FAVOR DEL CONVIVIENTE¹

Por Raquel Villagra de Vidal²

I. CONCLUSIONES

1. El principio de solidaridad familiar debe presidir todo el sistema de derechos que se derivan del parentesco, del matrimonio y de las uniones convivenciales reguladas por el CCC, aún en el derecho sucesorio.

2. El principio de solidaridad familiar es expresión del mandato constitucional de protección integral de la familia (art 14 bis CN), por lo que la muerte de uno de sus miembros exige adoptar reglas de distribución de la riqueza que protejan a la familia.

3. La solidaridad familiar post mortem consagrada en la vocación hereditaria legítima se fundamenta tanto en la voluntad presunta del causante como en el interés social de mantener el soporte económico de la familia después del fallecimiento de uno de sus miembros.

4. No corresponde excluir como beneficiarios de la vocación legítima a aquellos que el mismo Código les impone un deber de asistencia fundado en un principio de solidaridad familiar.

5. Debe incluirse un llamamiento legítimo no legitimario con preferencia frente al derecho del Fisco (art. 2441 CCC), a favor de quien convivía con el causante en una unión convivencial registrada.

II. FUNDAMENTOS

1. LA SOLIDARIDAD FAMILIAR

¹ La presente exposición se realiza sobre la ponencia oportunamente presentada con el aval académico de la Dra. Graciela M. Moreno Ugarte Adjunta Cátedra B de Derecho Privado VI de la Facultad de Derecho de la UNC en las Jornadas Nacionales realizadas en el año 2019 en la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe

² Docente de la Cátedra A de Derecho Privado VI - Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Aval Académico Mariana Wallace, Adjunta Cátedra A Derecho Privado VI - Universidad Nacional de Córdoba-

Es un lugar común en la doctrina más especializada³, poner énfasis en el principio de *solidaridad familiar*⁴ como fuente de la obligación asistencial entre quienes se reconoce un vínculo familiar⁵, mas la fortaleza de esa afirmación⁶ se diluye cuando se analiza *el reparto de la riqueza* pese a que ningún autor desconoce que uno de los efectos civiles tanto del parentesco como del vínculo conyugal es justamente la sucesión legítima o llamamiento legal o intestado (sin testamento).

La *solidaridad* es un rasgo constitutivo de la condición humana⁷ y si bien en su faz pasiva podemos identificarla como *la disposición a responder por el bien del otro*, o más jurídicamente, como el *deber de responsabilidad por el bienestar del otro*, dando fundamento en el ámbito familiar a los *deberes de cooperación, contribución a las cargas del hogar, la asistencia recíproca, los alimentos*; en su faz activa -que se corresponde como necesario correlato- se identifica con *el derecho al goce común de los*

3 CORDOBA, Marcos M., Sesión del Seminario Permanente de Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones (2012), Instituto Ambrosio Gioja, Universidad de Buenos Aires; con menor frecuencia, la jurisprudencia, sobre este punto ver nuestro trabajo de investigación con CIARROCCA, Laura E. y equipo, El principio de solidaridad familiar en las decisiones judiciales: su aplicación a las relaciones conyugales y convivenciales bajo los nuevos paradigmas constitucionales en Familias y Derecho Un enfoque de principios, Dir. GARCIA CIMA DE ESTEVE, Elena, Ed. Lerner, Córdoba, 2016, p.219.

4 Las conclusiones del X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Comisión 1, p.104, 120 y nota 70 califican al principio de solidaridad como “principio primordial que expresa y da sentido a la comunión del grupo familiar”.

5 MENDEZ COSTA, María Josefa Los principios jurídicos en las relaciones de Familia, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006; FANZOLATO, Eduardo I. Derecho de Familia, Advocatus, Córdoba, 2007, t.I, p.246; RIVERA, Julio C. MEDINA, Graciela Código Civil y Comercial de la Nación Comentario, La Ley, Bs. As. 2014, t. II; LLOVERAS, Nora, SALOMON, Marcelo, Tratado de Derecho de Familia, La Ley, Bs.As., 2015, t. I., p.154; BELLUSCIO, Augusto C. Manual de Derecho de Familia Bs. As., Astrea, 2002; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil – Familia, 10° La Ley, Bs.As. 2008; FASSI, Santiago C., Estudios de Derecho de Familia, Platense, La Plata, 1962; FERRER, Francisco A, MEDINA, Graciela, MENDEZ COSTA, María Josefa, Código Civil Comentado Doctrina Jurisprudencia Bibliografía, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G., Manual de Derecho de Familia, Lexis Nexis, Bs.As., 2004; MAZZINGHI, Jorge A. Derecho de familia, Bs.As. Abeledo Perrot, 1971.

6 XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1999), La Ley, Bs.As. 2005, p.190 concluyeron “el valor solidaridad familiar vertebró el principio constitucional de protección integral de la familia”.

7 FABBRI, Enrique E. La familia núcleo de espiritualidad, en Criterio 2201-406 ab initio, citado por MENDEZ COSTA, Los principios, cit. .288

beneficios acumulados, o más, precisamente *el derecho a disfrutar del bienestar común*, devenido por la *contribución y colaboración prestada a la familia*, beneficios que se nutren de *la convergencia de los esfuerzos individuales de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad familiar*, dando fundamento a *la ganancialidad, al uso y goce común de la vivienda familiar y del ajuar del hogar, al derecho a continuar la locación, al derecho real de habitación del supérstite*, y también, sólo en la relación conyugal y parental, *al derecho sucesorio*.

El principio de *solidaridad familiar*⁸ debe presidir todo el sistema de derechos que se derivan del parentesco, del matrimonio y de las uniones convivenciales, *aún en el derecho sucesorio*, al punto que el llamamiento legítimo a recibir la herencia se corresponda con aquél, que aparece como expresión tanto de *la voluntad presunta del causante* como del interés social de mantener *la unidad y soporte económico de la comunidad familiar* después del fallecimiento de la persona.

Por ello, no corresponde excluir como beneficiarios de la vocación legítima a aquellos que el mismo Código Civil y Comercial de la Nación les impone un deber de asistencia recíproca fundado en un principio de solidaridad familiar, en el caso, a quien está unido al causante por una *unión convivencial registrada*⁹.

Se respeta el mandato constitucional de afianzar la justicia (Preámbulo C.N.) y proteger la familia (art. 14 bis C.N. y Tratados

⁸Explica FANZOLATO, loc.cit., que la familia como asociación necesaria cada integrante de un grupo familiar es deudor de todos sus miembros por los beneficios que ha recibido del grupo (cuidados, alimentos, educación, formación integral, herencia cultural, social, pecuniaria, desvelos, etc.) y al mismo tiempo es acreedor por las consecuencias perjudiciales que pueda sufrir a causa de su pertenencia al conjunto. De esta manera, cada persona tiene un deber pecuniario con su familia y toda familia tiene una acreencia respecto de cada uno de sus miembros. Arriba a estas conclusiones partiendo de la idea de Bourgeois, L.(L'idee de solidarite et ses consequences sociales) quien a principios del siglo XX ya sostenía todo grupo humano (la familia, el clan, la tribu, la nación, el Estado), es un conjunto solidario en donde el equilibrio, la conservación y el progreso, obedecen a la ley de la interdependencia universal, a la cual la voluntad y conciencia del hombre le dan una fuerza especial. Esa voluntariedad supone que se reconoce, a la vez, la necesidad y la justicia; pero como la solidaridad es anterior a la justicia, resulta que sólo puede definírsela en función de dicha solidaridad. Ya que el fin de toda sociedad humana es establecer la justicia entre los hombres, será imposible pretender la justicia negando la solidaridad.

⁹ Nuestra ponencia La indignidad por incumplimiento del deber de solidaridad familiar, XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015

incorporados) que en nuestro sistema también incluye la *familia extramatrimonial*¹⁰ evitando que los bienes pasen al Estado cuando lo sobreviva aquel integrante de la familia que debía asistir al causante y debía ser asistido por él.

Limitar la vigencia de la solidaridad familiar post mortem al núcleo más próximo del causante, y dentro de ese núcleo *sólo a la familia matrimonial y algunos miembros de la extramatrimonial*, peca por insuficiente e incoherente con el resto de los principios que dan fundamento a las normas contenidas en el mismo cuerpo normativo respecto de la obligación de asistencia económica recíproca. Tampoco consulta los valores ni la idiosincrasia de nuestro país (cfr. art. 2, CCC). Ni tampoco y eso es fundamental, respeta el principio de protección constitucional *a la familia sin distinciones*.

Conforme al art. 432 del CCC los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho. Luego del divorcio cuando así lo hubieren convenido o de acuerdo al art. 434 CCC si se trata del ex cónyuge enfermo grave que no puede sustentarse o no tiene recursos propios para ello.

También se encuentran obligados a prestarse alimentos los convivientes *mientras dure la convivencia* (art. 519 CCC) y no se le reconoce vocación hereditaria pese a que el fallecimiento del conviviente no es un supuesto de ruptura voluntaria de la convivencia, sino un cese por razones naturales. Si se pone en cabeza de los convivientes la obligación de prestarse recíprocamente alimentos durante la convivencia (art. 519 CCC), ello demuestra que en nuestro sistema la familia extramatrimonial forma parte del grupo familiar que merece protección legal.

Nos preguntamos *¿Por qué razón no se concede vocación legítima al conviviente con preferencia al derecho del Estado?*

¿Por qué razón distribuimos la herencia en los parientes que forman parte de la familia extensa del difunto (v.gr. colaterales hasta el 4º), pero no al conviviente?

Al primero le imponemos el deber de asistir al causante en vida y este deber es recíproco, lo que implica afirmar que el causante tiene también

10 MENDEZ COSTA, María Josefa, Los Principios jurídicos en las relaciones de familia, Rubinzal Culzoni, Santa.Fe, 2006, p.53

el deber de asistir a su conviviente; no obstante, cuando aquel muere el supérstite no recibe una porción de la herencia aun cuando el afecto presunto del causante o el interés social de proteger la familia extramatrimonial lo sindicaron como el vínculo voluntario de naturaleza familiar más cercano al difunto.

2. FUNDAMENTOS DEL LLAMAMIENTO LEGÍTIMO

El derecho sucesorio¹¹ como todo fenómeno social tiene múltiples y complejas razones jurídicas y sociológicas¹². Encontramos sus raíces históricas en motivaciones religiosas y metafísicas¹³, necesidades de sustento comunitario y subsistencia de la familia¹⁴, razones económicas y sociopolíticas¹⁵, que exigen preguntarnos sobre la razón misma de la existencia del Derecho.

Centramos nuestra atención en las que buscan distribuir la herencia del difunto dentro de su familia. Para algunos, la razón que justifica el llamamiento que hace la ley al cónyuge y a los parientes es el reconocimiento de *un orden natural o biológico*¹⁶; muchos en el *presunto afecto del causante*; otros más pragmáticos, en *la seguridad y la estabilidad de los derechos*¹⁷. Por último, hay quienes encontramos también su origen en una *comunidad o copropiedad familiar*¹⁸.

11 BORDA, Guillermo A., Manual de Derecho Civil, Actualizado por BORDA, Delfina, La Ley, 2012, Bs.As. p. 2.

12 Cfr. MAFFIA, Manual de Derecho Sucesorio, Lexis Nexis, Bs.As.2005, t.I, p.4), BORDA, idem, p. 3.

13 FOSTEL DE COULANGES, Numa Denis, La Ciudad Antigua, Ciudad Argentina, Bs.As. 1998, p.49.

14 ZANNONI Eduardo A., Derecho de las Sucesiones, Ed. Astrea, 1998, t. I, p. 37.

15 Cfr. ZANNONI, ibidem p.35.

16 Vélez en la nota al art. 3565 del CC explicitaba “la razón natural, como una ley tácita, afecta a los hijos a la herencia de sus padres y los llama a una sucesión que les es debida”.

17 LACRUZ - ALBALADEJO, Derecho de sucesiones, p.50

18 BETTINI, Antonio, Fundamento del derecho sucesorio, LL 125-918, citado por GOYENA COPELLO, Tratado del Derecho de Sucesión, La ley, Bs. As., 2007, p.149

Asumiendo por vía de hipótesis la verdad contenida en ellas –no excluyentes entre sí- podemos afirmar -a contrario sensu- que la falta de reconocimiento legal de un derecho sucesorio a los familiares más próximos implicaría ir en contra de un orden natural o biológico; importaría una lesión a los sentimientos y afectos más profundos de quien fuera su titular; provocaría inseguridad e inestabilidad en las relaciones jurídicas al generar incertidumbre sobre quién de los miembros del grupo social ha de apropiarse de la riqueza acumulada, encargarse del manejo de los bienes relictos y de las relaciones anudadas por el difunto, dejando abierta la posibilidad de que sea el Estado quien los asuma con las implicancias -de toda índole- que ello conlleva.

Por último y sobre lo que queremos centrar nuestra reflexión, desconocería una realidad social que se mantiene aún hoy, en donde puede afirmarse que el atesoramiento y las riquezas transmisibles al fallecimiento del titular, no tienen origen exclusivo en su esfuerzo individual sino que se basan también en el apoyo mutuo, la cooperación y asistencia recíprocas entre todos los integrantes de la familia. De modo que desconocer ese esfuerzo conjunto importaría lesionar un elemental principio de justicia que nos exige dar a cada uno lo suyo, dejando al mismo tiempo sin respaldo económico al grupo familiar sobreviviente, esto es, sin los elementos necesarios para seguir prestándose apoyo, cooperación y asistencia recíprocas, agravando de forma directa los perjuicios que la propia muerte de un miembro de la familia conlleva y de forma indirecta, al grupo social considerado en su conjunto¹⁹.

Si no se mantiene la asistencia dentro del seno de la familia y obviamente, de la correlativa asignación de los recursos necesarios para brindarla, recaería sobre la misma sociedad la carga de auxiliar a los sobrevivientes de esa familia que seguirían necesitando asistencia cuando, manteniendo los recursos dentro del grupo familiar que los generó con su trabajo y cooperación, aquéllos podrían satisfacer sus necesidades sin recurrir al esfuerzo colectivo del grupo social. De ese modo se minimizan los perjuicios y se transmiten a las generaciones futuras no sólo los bienes materiales y los medios económicos para satisfacer sus necesidades sino además, la cultura del apoyo mutuo, la cooperación y la asistencia recíprocas

19 Cfr. ZANNONI, op.cit.,t. I,p.30, citando a MIRAGLIA, Filosofía del Derecho, t. II. p. 360 y ss.,.

que caracterizan -desde sus orígenes- a *la familia*²⁰, como institución social cualquiera sea la forma concreta que ella hubiera adoptado.

3. LA SITUACIÓN DE LOS PAÍSES VECINOS

Enseña Ferrer²¹ que en *Uruguay*, la ley 18.246/08, en su art. 11 concede al concubino supérstite con cinco años de convivencia los mismos derechos sucesorios que el art. 1026 del Cód. Civil acuerda al cónyuge, pero carece de la calidad de legitimario, es desplazado por los descendientes, concurre con los ascendientes (la mitad de la herencia para el conviviente y la otra mitad para los ascendientes) y excluye a los colaterales. Si existe cónyuge supérstite, integrarán la misma parte, y en proporción a los años de convivencia.

En *Brasil* siempre que la unión de hecho sea “duradera” (art. 1723), el art. 1790 establece los derechos sucesorios del conviviente respecto de los bienes adquiridos onerosamente durante la vigencia de la unión estable, en concurrencia con hijos comunes, con descendientes sólo del causante, y con otros parientes sucesibles (ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado). No habiendo parientes en grado sucesible, toda la herencia queda para el compañero supérstite, que no obstante no tiene carácter de heredero forzoso.

Paraguay, ley 1/92: asigna derechos sucesorios al concubinario supérstite en concurrencia con hijos y con ascendientes, y a falta de ellos recibe todos los bienes del causante excluyendo a los colaterales (arts. 91/93). Se requiere que la unión estable, singular y notoria dure al menos cuatro años, a menos que hubiesen nacido hijos comunes, y sus integrantes no soporten impedimentos matrimoniales. Esta unión genera una comunidad de gananciales que se dividirá por mitades al disolverse, siendo la muerte de un compañero causal de disolución. El supérstite es heredero, pero no tiene carácter legitimario.

En *Chile*, la ley 20.830 de 2015, en su art. 16: establece que el acuerdo de unión civil otorga a los convivientes el derecho sucesorio intestado recíproco y el supérstite concurrirá a la sucesión de su conviviente

20 Cfr. FANZOLATO, Eduardo I. Derecho de Familia, Advocatus, Córdoba, p. 52

21 FERRER, Francisco A. M. Sucesión del conviviente 22/5/18; DFyP 2017 (noviembre), 14/11/2017, 150 – LA LEY 22/05/2018, 22/05/2018, 1; conc. Ferrer, Francisco A.M., Tratado de Sucesiones, Tomo IV, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022, p.188

de la misma forma que el cónyuge y tendrá sus mismos derechos, siendo heredero legítimo.

Por su parte en el *Perú* por ley 30.007 de 2013 se modificó el Cód. Civil (arts. 326, 724, 816 y 2030, inc. 10), acordándose a los integrantes de una unión libres de impedimento matrimonial, el derecho sucesorio intestado del matrimonio, con carácter de herederos legítimos. Se requieren dos años de convivencia.

Comenta PELLEGRINI²² que la Constitución peruana reconoce sólo las uniones estables heterosexuales (art. 5º). El art. 326 Código Civil del Perú dispone que la unión de hecho de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales y agrega recientemente la legislación peruana, por ley 30.007, extiende el derecho hereditario a las parejas no casadas. Para que la unión de hecho dé lugar a derechos sucesorios, es requisito que reúna las condiciones señaladas en el art. 326 del CCiv. y se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros, *siempre que se encuentren inscritas en el Registro Personal*, de conformidad con lo establecido en el art. 49 de la ley 26.662, o *sean reconocidas por la vía judicial*.

En tanto que en *Ecuador* el art. 68 de la Constitución de 2008 reconoce a la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que forman un hogar de hecho y que, reuniendo las condiciones que determine la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. Los integrantes con dos años de convivencia gozan del derecho sucesorio intestado, pero no son herederos legítimos (arts. 222, 223, 230, 233 y 332 del Cód. Civil, reforma de 2015).

Por último, *Colombia* por ley 54 de 1990, modificada por ley 979 de 2005, se dispone que la unión marital de hecho por dos años produce una sociedad patrimonial entre ambos integrantes de la pareja con todos los bienes adquiridos durante la unión por el trabajo, incluidos sus frutos y rentas, cuyo capital se dividirá por partes iguales al finalizar la unión marital. Si cesa por muerte de alguno de sus integrantes, la partición se hace en el

22 PELLEGRINI, María Victoria, *Las Uniones Convivenciales* Ed. Erreius, Bs.As.2017

proceso sucesorio con los herederos del conviviente fallecido. No forman parte del capital de la sociedad los bienes adquiridos antes de iniciar la unión, ni los adquiridos posteriormente por herencia, donación o legado.

El matrimonio ya dejó de ser el fundamento exclusivo de la familia. Hay diversos modelos de familia: la unión de hecho, la unión convivencial registrada, la no registrada, las uniones sin habilidad nupcial entre dos personas, son una de las tantas formas afectivas de vivir la relación de pareja, algunas han adquirido reconocimiento legal. En ellas no puede prescindirse del aspecto sucesorio para que su regulación y protección sea completa. Las características y límites de tal regulación serán cuestión de política legislativa, conforme a las valoraciones y condiciones sociales de cada país.

Consideramos incorrecta la decisión del legislador de no reconocer llamamiento hereditario a quien convive con el causante en unión convivencial al tiempo de su muerte; se trata de un vínculo familiar -sobre todo en la unión convivencial registrada- que goza de *un estado de familia, público, formalizado, oponible erga omnes*, reconocido por la ley al punto que lo regula, le atribuye efectos jurídicos, y le otorga protección especial (cfr. art. 522 del CCC), por lo que, aun cuando no quisiera calificárselo como heredero legitimario para distinguirlo del vínculo conyugal dándole preferencia a este último, lo cierto es que mínimamente habría que reconocerle el carácter de heredero legítimo y establecer en su caso, con quiénes habría de concurrir y que su llamamiento excluya al Fisco²³.

El *principio de solidaridad familiar* que estructura todo el sistema jurídico (no solo el derecho de familia²⁴) y por ende, también el derecho

23 FERRER, Francisco A. M., Sucesión del conviviente: DFyP 2017 (noviembre), 14/11/2017, 150 – LA LEY 22/05/2018, 22/05/2018, 1, “La injusticia que esta solución puede presentar cuando se trata de uniones convivenciales de muchísimos años no se cubre invocando la posibilidad de efectuar beneficios económicos dispuestos por testamento y la ampliación de la porción disponible, porque sabido es que en nuestro país no está incorporada a la propia costumbre la práctica de otorgar testamentos. Por eso era el reclamo de un importante sector de la doctrina que el legislador reglamentara el derecho hereditario intestado entre los convivientes, como lo han hecho muchas legislaciones próximas a la nuestra”. En contra: ORLANDI, Olga E., Exclusión de la vocación hereditaria y uniones convivenciales, RDF 68-245, www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2019/03/Doctrina4064.pdf.

24 Cfr. VILLAGRA DE VIDAL, Raquel, La indignidad por incumplimiento del deber de solidaridad familiar, Ponencia presentada en la Comisión n° 7 Exclusión de la vocación hereditaria en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1, 2 y 3 de octubre 2015, Bahía Blanca, Buenos Aires.

sucesorio, debe inspirar al legislador para otorgarle este reconocimiento teniendo en cuenta el mandato constitucional contenido en el art. 14 bis C.N., de *protección integral a la familia*²⁵, ponderando la idiosincrasia de nuestro país que ve a la familia -sin distinciones- como el destinatario natural de la distribución de la riqueza del fallecido.

La sucesión legítima es un modo de amparar post mortem a la propia familia que, por lo común, también contribuyó a forjar esa fortuna por lo que no se comprende la exclusión del conviviente del llamamiento hereditario legítimo del CCC, ante la decisión de regular la unión justamente en el Libro II dedicado a las *“Relaciones de Familia”*.

La normativa de los tratados internacionales²⁶ omiten definirla. Desde nuestra óptica el mandato constitucional no sólo alcanza a la protección de la familia nuclear²⁷ sino también a la *familia extensa* englobando dentro del concepto jurídico de *“familia”* y por ende, dentro del alcance del mandato constitucional de protección, a todo tipo de *relaciones familiares en la medida en que los sujetos involucrados se encuentren jurídicamente vinculados entre sí en razón de ser titulares activos y pasivos de deberes y derechos subjetivos familiares*²⁸.

Un llamamiento legítimo le permitiría al conviviente constituirse en un heredero con una parte indivisa sobre los bienes personales del fallecido, definida en función de quiénes sean sus coherederos. Es que en relación al causante *su compromiso vital fue idéntico al de un cónyuge*, en especial cuando se trata de una unión formalizada por su inscripción ante el Registro Civil.

Frente a la casi nula costumbre de testar, el acaecimiento de la muerte de un miembro de la familia coloca al grupo en una situación de desprotección sino se le reconoce una vocación legal a la riqueza acumulada.

25 Cfr. ROSATTI, Horacio, El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p.21.

26 Conv..Am. DDHH (art. 17) Decl.Am.Derechos y Deberes del Hombre, Art. VI; D.U. DDHH (Art. 16. 3); CDN Preámbulo

27 cfr. BELLUSCIO, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, t.1, Ed. Astrea, Bs. As., 2002, p. 4).

28 Cfr. BELLUSCIO (ibidem p.3); ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil Derecho de Familia, t.I, Ed. Astrea, Bs.As., 1998, p.7.

Si no existen hijos menores comunes o no hay pacto, la condición del conviviente queda notoriamente desprotegida frente al fallecimiento de su pareja.

Si inscribieron voluntariamente su unión convivencial en el Registro Civil, otorgándole con ello publicidad suficiente a su relación, adquirieron un estado civil, un estado de familia digno de protección legal, status que merece un tratamiento protectorio especialmente cuando el cese de la convivencia no deriva de una decisión unilateral o bilateral de los convivientes, sino de algo tan impreciso temporalmente como la muerte.

El CCC prevé la registración de las uniones convivenciales únicamente a los fines probatorios (art. 511 CCC). Esta registración administrativa no es constitutiva de la unión pero sí es prueba de su existencia. Dado que para solicitar la registración de la unión convivencial es necesaria la voluntad concurrente y expresa de ambos miembros de la unión (art. 511, 3º p. CCC), es que consideramos que no es idéntica la situación de una unión no registrada de aquella que si lo fue.

Dado que las uniones convivenciales registradas cuentan con un plus de protección respecto de la vivienda familiar y sus muebles indispensables, conforme lo prevé el art. 522 CCC²⁹, además de la posibilidad de inscribir los pactos³⁰, es que consideramos que es adecuado reconocerle *al conviviente de una unión registrada legalmente*, la vocación hereditaria legitimaria no forzosa en la medida en que se dan a su respecto *todos y cada uno de los fundamentos que se han ensayado para explicar el fenómeno sucesorio*.

La registración de los pactos celebrados por los convivientes que tienen una unión registrada, genera un plus de protección respecto de cualquier otro contrato celebrado entre partes -incluso en relación a otros convivientes que por las razones que sean decidieron no registrar su unión.

29 FERRER, Francisco A.M., Sucesión del conviviente, DFyP 2017 (noviembre), 14-11-17, 150, refiere se estableció una reglamentación imperativa y básica que, en función de la solidaridad y de la equidad, contempla el sostenimiento del hogar, la manutención y educación de los hijos, protege la vivienda familiar y los intereses de los terceros que contratan con los integrantes de la pareja (arts. 519/522).

30 LLOVERAS, Nora, ORLANDI, Olga, FARAONI, Fabian, Uniones convivenciales, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 155

Es decir, la novedad, no son tanto los convenios ya que los pueden celebrar -en principio³¹ como antes³², sino la *oponibilidad de este convenio particular* a quienes no lo celebraron una vez registrado (art.517 CCC) y a su vez, la otra novedad que tiene directa vinculación con lo anterior, es *el límite que prevé la ley a esos convenios* en función de la naturaleza familiar de su relación, limitando la autonomía de la voluntad (art. 513 y 515 CCC).

31 Decimos en principio porque en verdad ahora existen límites a la posibilidad de celebrar los pactos sea que se quieran ejecutar entre convivientes o sea que se quieran oponer frente a terceros, en el caso de las uniones inscriptas (art. 515 CCCN)

32 FERRER, loc.cit. Ha sido positivo, sin duda, el avance que representa el nuevo Código al contemplar normativamente la situación de las uniones de hecho. La libertad de contratar entre ellos sobre aspectos patrimoniales de su relación ya la gozaban sus integrantes bajo la antigua legislación civil.

EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE

Por Romina Vittar¹

I. CONCLUSIONES

1. Por su fundamento asistencial y conforme el principio de socioafectividad, el derecho real de habitación del conviviente supérstite debe interpretarse como extensivo a las “Uniones Afectivas”.

II. FUNDAMENTOS

En la comisión de Sucesiones de las presentes XXIX Jornadas de Derecho Civil se nos invita a pensar la relación que existe, o que debiera existir, entre los conceptos de Vocación sucesoria, Relación afectiva y Solidaridad. Sin dudas, el desafío principal y el debate más interesante girara en torno de la vocación hereditaria del conviviente supérstite

Mas allá de los resultados de la discusión que se nos propone, creo que es indudable una tendencia a morigerar las formas rígidas del derecho sucesorio haciéndolo más permeable a los cambios, o a los nuevos paradigmas que llegaron para quedarse en el Derecho de Familia o Derecho de Las Familias.

En esta ocasión, propongo trabajar el derecho real de habitación del conviviente supérstite, como efecto derivado de la muerte e intentare demostrar que esta figura debe interpretarse como extensiva a las que denominaremos “Uniones Afectivas”, por su naturaleza asistencial y tuitiva del derecho humano esencial que supone el acceso a una vivienda digna y el reconocimiento de todas las formas de familia, con fundamento en la revalorización de las relaciones afectivas y la solidaridad.

Para ello presentaré sintéticamente la relación entre uniones convivenciales y uniones afectivas. Luego describiré el derecho real de habitación que le asiste al conviviente supérstite y finalmente intentaré

¹ Abogada (UNC), Especialista en Derecho de Familia (UNC) Escribana (UES21) Profesora Titular Experta de la materia Derecho Sucesorio (UES 21).

justificar la propuesta de extender este derecho real que asiste al conviviente supérstite (art.527 del Código Civil y Comercial), al compañero sobreviviente.

1. UNIONES CONVIVENCIALES, SIMPLES UNIONES, UNIONES DE HECHO Y UNIONES AFECTIVAS.

A partir de la sanción en el año 2015 del Código Civil y Comercial (en adelante CCC) el legislador decidió reconocer las Uniones Convivenciales y regularlas, con el objeto de cumplir con la manda constitucional de “proteger a la familia”, al hacerlo diseñó un sistema que prevé el cumplimiento de ciertos requisitos, estos son: a) que se trate de una unión afectiva b) que se trate de dos personas (y no más de dos) c) que compartan un proyecto de vida en común d) que los dos integrantes sean mayores de edad, e) que no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, en línea colateral hasta el segundo grado, o por afinidad en línea recta, f) que no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea y g) que se mantenga la convivencia durante un periodo no inferior a dos años.

Lo expuesto supone que todas aquellas relaciones que no cumplan con alguna de estas características y requisitos no producen, en principio, los efectos jurídicos previstos en el Libro Segundo, Título III del CCC “Uniones convivenciales”.

A esta clase de unión, la doctrina las ha denominado “Simple Uniones”, “Simple Convivencias” o “Uniones de Hecho”²

En las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en la comisión sobre familia, de lege lata se expuso “El Código Civil y Comercial distingue entre uniones convivenciales y simples convivencias, debe interpretarse que los convivientes que conforman una Unión convivencial son aquellos que cuentan como mínimo con dos años de convivencia y cumplen con las características y requisitos previstos en los artículos 509 y 510 y que no se aplica a ambas la misma regulación”³

² Ver, por ejemplo Roveda, Eduardo Guillermo Uniones de hecho y vivienda Publicado en: RCCyC 2023 (agosto), 116 Cita: TR LALEY AR/DOC/1550/2023

³ Disponible en <https://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-nacionales-de-derecho-civil/XXVII-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-2019.pdf>

En el mismo sentido se ha dicho que “del mismo modo que la decisión de contraer matrimonio está en el fuero íntimo de los convivientes, lo mismo sucede en relación con la voluntad de mantener la simple unión de hecho o aceptar las prerrogativas y consecuencias jurídicas que derivan de su registración. En esta materia, la ley propone, pero no impone es decir que se trata de una liberalidad que concierne a la esfera privada de las parejas, quienes deciden optar por uno u otro régimen.”⁴.

Sin embargo, esta división que a simple vista parece bastante clara, presenta algunos límites difusos, así por ejemplo, Marisa Herrera distingue una tercera categoría conformada por aquellas relaciones afectivas en las que alguna de las exigencias previstas por los art. 509 y 510 del CCC ha sido declarada inconstitucional en el caso concreto⁵. Verbigracia: la edad de los miembros, el impedimento de ligamen, el plazo o la cantidad de integrantes.

Por otra parte en las mismas Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en el año 2019 se propuso “De Lege ferenda “el siguiente agregado al artículo 510 in fine: “ los efectos jurídicos previstos en este título se reconocerán a aquellos convivientes de buena fe que por error de hecho excusable desconozcan que el otro conviviente se encuentra comprendido en alguno de los supuestos contemplados en los incisos a, b, c, y d de esta norma”⁶ la conclusión fue aprobada por mayoría, instalando el elemento de la bueno o mala fe como una variable importante a considerar.

En el encuentro se analizó también la posibilidad de contemplar en una futura reforma legislativa la posibilidad de que dos o más personas con relaciones afectivas entre sí y mediante el ejercicio de su libre voluntad puedan celebrar pactos de convivencias asistenciales o solidarias basadas en la autonomía de la voluntad y la solidaridad familiar. En igual dirección Senador Dalmacio E. Mera (MC) presento un proyecto de ley denominado "Convivencia asistencial" (S-407/18), referido -en lo que aquí interesa- a los convivientes que sin encuadrar en los requisitos normativos para ser

⁴ Faraoni, Fabián E Las uniones convivenciales en el derecho argentino. coincidencias y diferencias entre el matrimonio y la unión convivencial Publicado en: RDF 92 , 19 Cita: TR LALEY AR/DOC/3203/2019

⁵ Kelmelmajer de Carlucci Aida, Herrera marisa Directoras – Natalia de la Torre – Corrdinadora – Tratado de Derecho de familia Tomo VI – A P 239

⁶ Disponible en <https://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-nacionales-de-derecho-civil/XXVII-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-2019.pdf>

considerada “unión convivencial normativa” eligen voluntariamente una “convivencia asistencial factual”, a las que el autor del proyecto de ley ni siquiera exige la necesidad de ser parejas.⁷

A los fines del presente trabajo, proponemos considerar una clase diversa, que podría agrupar aquellas uniones afectivas factuales, de carácter público, notorio, estable, permanente, y singular de dos personas que comparten un proyecto de vida de vida en común, pero que no cumplen con la totalidad de los dispuesto por el art 510 del CCC. A este tipo lo denominaremos Uniones Afectivas para diferenciarlo de los demás supuestos. Dicho de otro modo, no se trata de la “unión convivencial normativa (art. 510 del CCC); pero tampoco de la propuesta amplia de “convivencia asistencial factual” sino que se trata de una tercera categoría donde los convivientes tienen un proyecto de vida en común, pero no logran cumplir alguno o algunos de los restantes requisitos como el impedimento de ligamen o el plazo mínimo requerido.

2. EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN GRATUITO DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE

Conforme nuestro régimen normativo, el conviviente supérstite no posee vocación hereditaria. Frente al suceso de la muerte de su compañero sólo puede solicitar la compensación económica (si correspondiera y se cumplieran los requerimientos para su procedencia) ⁸ y la atribución de la vivienda.

En efecto, el artículo 527 del Código Civil y Comercial de la Nación habilita al conviviente supérstite a invocar el derecho real de habitación gratuito sobre el inmueble que pertenecía al causante y que constituía el último hogar familiar, siempre y cuando dicho inmueble no se encontrara en condominio con otras personas al momento de la apertura de la sucesión⁹.

⁷ Ver en Rípodas, Ana Karina Hacia un nuevo modelo de uniones de convivencias basadas en la solidaridad Publicado en: LA LEY 12/11/2020 , 1 Cita: TR LALEY AR/DOC/3718/2020

⁸ Art 524 Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Argentina, 2014

⁹ Art 527 Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Argentina, 2014

Este derecho se otorga por un plazo máximo de dos años, brindando al conviviente supérstite una protección esencial en un momento de gran vulnerabilidad.

La norma establece varios requisitos para que el conviviente supérstite pueda acceder a este derecho. En primer lugar, el beneficiario debe carecer de una vivienda propia habitable o de bienes suficientes que le permitan acceder a una. Además, no debe haber formado otra unión convivencial ni haber contraído matrimonio, y tampoco debe haber adquirido una vivienda propia habitable durante el período en que se acuerda el beneficio.

Consideramos que esta disposición se inserta dentro del régimen de protección de la vivienda que el Código vigente ha diseñado, el cual busca ofrecer una red de seguridad a los convivientes supérstites.

La limitación y excepcionalidad del beneficio, junto con su ubicación dentro del título que regula las Uniones Convivenciales, y no en la sección que trata la transmisión de derechos por causa de muerte (como es el caso del derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el artículo 2383 del CCCN), indican claramente un enfoque asistencialista de la norma. Se resguarda el más básico derecho a la vivienda digna, el mínimo espacio de luto.

Esta naturaleza acotada era advertida por Solari en su comentario al entonces Proyecto de Código "La previsión contemplada para las uniones convivenciales como derecho real de habitación para el conviviente supérstite, resulta incompleta y parcial, porque aun cuando se estableció una protección para la vivienda familiar ante la muerte de su pareja, el alcance y contenido del mismo solamente tiene un carácter asistencial mínimo que no refleja, como se pregonaba en los fundamentos, un reconocimiento de una forma de familia alternativa al matrimonio. En realidad, lo que se pregonaba desde los fundamentos, parece no tener concordancia con las normas del derecho a la vivienda familiar proyectadas. La previsión contemplada para la vivienda del conviviente supérstite se asemeja más a una naturaleza asistencial que al reconocimiento de una forma de familia. Las diferencias

señaladas entre el matrimonio y las uniones convivenciales para acceder a la misma, evidencian tal aseveración"¹⁰

La reflexión de Solari expone la desigualdad de tratamiento frente al dolor de la pérdida del compañero de vida. No olvidemos que, si bien el acto jurídico de contraer matrimonio o de no hacerlo, es una decisión que toman los miembros de la relación basada en la autonomía de la voluntad, el hecho de la muerte no lo es. La muerte nos encuentra muchas veces de repente, sin posibilidad de haber exteriorizado o cumplido nuestros deseos.

De todas maneras, la distinción parece tolerable. El reconocimiento y regulación de las uniones convivenciales en pos de salvaguardar la familia como mandan los Tratados de Derechos Humanos incorporados a nuestra Constitución Nacional, no implican que deba avasallarse la libertad de quienes eligen no contraer matrimonio.

3. UNA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LA NORMA

Conforme el fundamento asistencialista del derecho, resulta una discriminación irrazonable la negación del derecho real de habitación (limitado) al compañero o compañera supérstite en aquellas parejas que no han llegado al plazo mínimo de dos años, o que se encuentran alcanzadas por el impedimento de ligamen cuando resulte probado que existe una "Unión afectiva" entre el conviviente supérstite y el causante.

Para ilustrar el punto que quiero demostrar supongamos que (X) convive con (Y) durante dos años y medio, los sujetos mantienen una unión afectiva pública, estable, permanente, singular, además son mayores de edad, no tienen vínculos de parentesco entre sí, ni impedimento de ligamen. En el caso planteado si (Y) falleciera (X) podría acceder al beneficio del derecho real de habitación – que ya describimos – si se dieran todas las condiciones exigidas por el dispositivo.

Ahora, si en lugar de dos años y medio, hubiese transcurrido – para poner un ejemplo extremo- un año y once meses, el beneficio no le sería acordado. Imaginemos que, en lugar de no cumplir con el plazo, los integrantes no cumplieran con el requisito de no tener impedimento de ligamen. Es usual que las parejas inicien nuevas convivencias (algunas de

¹⁰ SOLARI, N. E., "Derecho real de habitación del conviviente supérstite en el Proyecto de Código Civil y Comercial"; LA LEY 29/04/2014, 1, TR LALEY AR/DOC/1100/2014

muchos años) sin formalizar el divorcio con su pareja anterior, en este caso tampoco podría reclamar el conviviente supérstite el derecho.

El caso me parece que presenta una innegable injusticia.

Es aquí donde propongo analizar este derecho de claro carácter asistencial, desde el paradigma familiar constitucional y convencional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) que recepta la idea de socioafectividad como aquel principio que puede originar y sostener las relaciones y vínculos familiares que a su vez constituyen el fundamento del sistema sucesorio.

El caso concreto que se plantea es el de dos personas que deciden emprender un proyecto de vida común mediante la convivencia, porque entre ellos existe un lazo de amor que motiva transitar una vida compartida y que resulta de la libre voluntad de los involucrados. Y si bien ante esta realidad el Estado ha fijado las pautas mínimas para considerar jurídicamente esa unión bajo la categoría de “unión convivencial” (poniendo límites a las uniones consensuales) de ello no se sigue necesariamente que deba vedarse toda protección (privación absoluta) a los miembros de estas parejas que no cumplan con los requisitos para ser considerados “convivientes”.

Propongo extender la protección del conviviente supérstite en caso de ruptura de la unión afectiva por causa de muerte y otorgarle la posibilidad de reclamar a los herederos de quien en vida fuera su pareja de permanecer en la vivienda donde moraba con el causante. Para ello es necesario que se trate del hogar que haya sido la sede de la pareja, que efectivamente se trate de una “unión afectiva”, la “extrema necesidad” e “imposibilidad” en procurarse otra vivienda por quien peticiona la protección.

La propuesta implica autorizar, acercar una herramienta o válvula de escape a la persona que juzga (juez o jueza) para efectuar una interpretación extensiva y ampliar el alcance de la norma (art 527 del CCC) para incluir el supuesto. Sin dudas obliga a realizar un análisis estricto en cada caso de modo de no consagrar un abuso en el derecho de quien solicita la protección; pero es un riesgo justificado ante situaciones de extrema injusticia.

VOCACIÓN SUCESORIA, RELACIÓN AFECTIVA Y SOLIDARIDAD

Por Karen Maína Weiss¹

I. CONCLUSIONES

1. El legislador, sea el tiempo que fuere, quiere otorgarle vocación o llamamiento a la herencia a una persona humana por presumir un afecto entre los interesados. De allí que ese llamamiento se defiere a los descendientes, ascendientes, cónyuge, en ese orden y luego a los colaterales, y si estos fallan, se actualiza el derecho del Estado.

2. La vocación hereditaria surge de la aplicación de la ley vigente al momento del fallecimiento de una persona humana.

3. No puede crearse una nueva fuente de vocación sucesoria que sustituya la voluntad del causante mediante una interpretación superadora de la ley civil fundamentada en preceptos supralegales, aun cuando la aplicación de la ley vigente importa una verdadera injusticia.

4. Los miembros de una unión convivencial carecen de vocación hereditaria legal, aunque pueden resultar herederos testamentarios o ser beneficiarios como legatarios, se le puede atribuir el uso de la vivienda familiar al momento del fallecimiento del titular (art. 527 CCCN), una compensación económica (art. 524 CCCN) o si hubieren firmado un pacto plantear una distribución de los bienes que se adquieren durante la convivencia (art. 528 CCCN).

5. Plantear la inconstitucionalidad de la norma que excluye al conviviente es una solución exclusivamente aplicable a cada caso que sea judicializado y debe apegarse a las circunstancias particulares de esa situación, de otra forma podría generar inseguridad jurídica por la falta de claridad en cuanto a la vigencia o no de una disposición legal.

6. La planificación patrimonial sucesoria familiar se presenta como la alternativa necesaria y eficaz para que el derecho privado pueda alcanzar las garantías constitucionales que una sociedad en continua evolución demanda, con una íntima conexión entre el derecho contractual y el derecho sucesorio, aunque no excluyente de los demás. La planificación debe ser ajustada y enmarcada dentro de la autonomía de la

¹ Abogada (UNLP). Notaria en ejercicio Pcia. Bs. As. Especialista en Contratación y Documentación Notarial (UNA). Docente de posgrado de la Universidad Notarial Argentina. Docente de posgrado de la Universidad Nacional de La Plata.

voluntad y de las características que cada uno elija, no todas las uniones persiguen un mismo modelo de familia ni los mismos efectos jurídicos.

7. Los convivientes pueden a través de un pacto de planificación patrimonial con proyección sucesoria establecer las consecuencias del cese producido por las causas del art. 523 CCCN, en cuyo caso la causa de las obligaciones allí establecidas podrá ser la asignación de una recompensa en virtud del desequilibrio que genera la ruptura de la unión, o el reconocimiento del esfuerzo común para la adquisición de los bienes que son de titularidad de uno solo de los convivientes. Para ello se otorgarán poderes con efectos post mortem o se reclamará a los herederos en el proceso sucesorio, ya que el conviviente supérstite tendrá un derecho en expectativa de naturaleza creditorio.

8. Si la intención o la causa de esa previsión es una liberalidad sobre el patrimonio, allí deberá cumplir la forma testamentaria.

9. De lege ferenda: considerar la incorporación a la legislación vigente de un derecho a la sucesión del conviviente con determinados requisitos como sucesor legítimo, sin ser legitimario, no excluyendo a colaterales pero sí al fisco, y determinarle una porción atribuible en función de los herederos legítimos que concurran con él.

10. Reconsiderar la vigencia de la legítima, su disminución y hasta su derogación a los efectos de poder respetar el real afecto presunto y convalidar intenciones personales de cada uno al momento de planificar la distribución de bienes para luego de su muerte, sistema de transmisión patrimonial de carácter asistencial.

II. FUNDAMENTOS

La legislación argentina ha receptado diversas formas de constitución de núcleos familiares, reconociendo situaciones no previstas anteriormente que venían desarrollándose en la comunidad, convocándonos a reflexionar y reevaluar cuál es el alcance de la autonomía personal de los convivientes, si corresponde otorgarle derechos sucesorios a sus integrantes, revisar si otras situaciones de vínculos personales que no poseen vocación hereditaria podrían llegar a tenerla, e incluso revisar la existencia de la legítima hereditaria en los montos actuales a la luz de los derechos de familias.

1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

La constitucionalización del derecho sucesorio nos conmina a analizar y vincular los fundamentos constitucionales de los derechos que provienen de la apertura de una sucesión, con derechos humanos o fundamentales que podrían provocar una vocación sucesoria y sobre todo ante la existencia de sujetos vulnerables. Si a ello le sumamos el reconocimiento de la autonomía personal, debemos repensar múltiples formas identificables de organización familiar, incluso hasta plantear cómo se compone hoy un grupo familiar.

Reflexionar si es posible que la “socio-afectividad” pueda en el marco de nuestro derecho generar vocación sucesoria en aquellos supuestos en los que no existe llamamiento a la herencia por ley o por testamento. También sería oportuno repensar el instituto de la legítima, irnos un poco más allá y replantearnos nuevamente la existencia de la legítima de orden público frente estos cambios de paradigma tanto sociales como familiares.

El foco central de esta discusión sin dudas estriba en definir la vocación sucesoria; claramente el legislador, sea el tiempo que fuere, quiere otorgarle vocación o llamamiento a la herencia de una persona humana a otra por presumir un afecto entre los interesados. Este afecto que la ley hoy presume y que fundamenta esa vocación, es el mismo que justificó su existencia. ¿Se debe mantener un régimen basado en cuotas legítimas garantizadas o se debe pasar a un sistema de transmisión patrimonial de carácter asistencial? El CCCN claramente ha colocado a la autonomía de la voluntad por sobre la rigidez del régimen anterior² y esto es un indicio de que hay conceptos que pueden variar.

2. SISTEMA LEGAL ARGENTINO

Tanto en el Código Civil como en el Código Civil y Comercial de la Nación dos son las fuentes de llamamiento a la herencia: la ley y el testamento. La determinación de la vocación hereditaria y los órdenes de los llamamientos se fundamentan en una presunción jurídica que centralmente el legislador ha inferido como real afecto del causante. De allí que ese llamamiento se defiere a los descendientes, ascendientes, cónyuge, en ese

² PELLEGRINI, María Victoria. *Regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial de la Nación. Algunas dificultades y/o cuestiones pendientes*. LA LEY AR/DOC/3159/2019.

orden y luego a los colaterales, y si estos fallan, se actualiza el derecho del Estado.

Si no hay llamamiento de la ley a una sucesión, existe la posibilidad de un llamamiento testamentario. Por eso es que podemos concluir que al no haber otorgado testamento una persona, su herencia podría ser vacante porque carece justamente del elemento subjetivo que serían los herederos de grado sucesible, y ante su ausencia -por inexistencia, indignidad, premoriencia o renuncia- el Estado es quien adquiere los bienes.

3. VOCACIÓN LEGITIMARIA

La sucesión legítima es conceptualizada por aquella transmisión mortis causa que se produce por un llamamiento hecho por la ley en defecto de las disposiciones testamentarias del causante; llamamiento que es imperativo en el caso de los herederos legitimarios a quienes la ley les atribuye una porción de la herencia.

4. LEGÍTIMA HEREDITARIA

La protección asignada al núcleo familiar a la luz de los tratados y convenciones internacionales, se ha visto conceptualizada a través de diversos institutos jurídicos que se han adecuado y han recogido estos principios rectores. Existe una posibilidad cierta de una presunción de vínculos afectivos a determinados sujetos que componen en entorno familiar y que en la mayoría de los casos existen y son fuertes y además fáciles de probar.

Pero más allá de estas cuestiones, hay situaciones que son injustas también y atentan contra la protección familiar. Diariamente vemos que parientes no directos, como un sobrino, pueden estar más cerca de un adulto mayor en sus cuidados y en su atención y trato familiar, que un hijo, que además algunos hijos abandonan emocionalmente a sus padres y son parientes más lejanos quienes se encargan de ellos, y los hijos lo único que tienen que hacer es esperar el fatal deceso que los convocará legítimamente como herederos legitimarios. Machado³ fue un gran defensor de la libertad de testar y enemigo de la legítima por muchos motivos, entre ellos el afecto presunto, señala que el legislador argentino ha encadenado la actividad

³ MACHADO JOSÉ OLEGARIO, *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*, Bs. As., 1901, t. IX, pág. 369.

humana poniendo un límite a los actos gratuitos que puede ejercer el individuo durante su vida cuando tiene ascendientes o descendientes y ha extendido esa limitación a las disposiciones testamentarias, creando herederos forzosos destinados a recoger los bienes que ha dejado el fallecido, sin que la voluntad del individuo pueda sobreponerse a lo que establece la ley.

Francisco Ferrer⁴ citando a Alexy señala que una norma positiva puede ser un derecho injusto, por más que haya cumplido con todas las exigencias y requisitos habidos para su aprobación, porque su interpretación exegética y estricta conduce a resultados indeseables. A través de la Fórmula de Radbruch el derecho viene determinado no solo por la positividad válida y formalmente establecida y por la eficacia social, sino también por su contenido de justicia material, y conecta necesariamente así el derecho y la moral.

Por lo expuesto, y en líneas concurrentes con Ferrer, si hubiera contradicción de la ley positiva con la justicia de forma tal que fuera insoportable, conforme aquel concepto, el derecho injusto ha de ceder ante la justicia ya que no sería derecho.

La legítima obliga al causante a respetar a favor de ciertos herederos legitimarios una determinada porción de la herencia limitando la posibilidad de realizar liberalidades durante su vida, sin perjuicio que hoy hay una mayor flexibilidad reconociendo la autonomía de la voluntad (reducción de los montos de la legítima art. 2545, los límites a la acción de reducción art. 2459, la mejora a favor del heredero con discapacidad art. 2448), que debe ser aprovechado por la praxis profesional,⁵ el reconocimiento al conviviente del derecho real de habitación de 2 años con los requisitos propios (art. 527), la protección de la vivienda que lo incluye como beneficiario (arts. 246, 245), claramente nos encontramos ante una postergación de la legítima que demuestra una vez más que la rigidez de ésta comienza a exponer los elementos débiles que en algún momento culminarán con su derogación. En cualquier caso, ante la existencia de herederos forzosos el orden público sucesorio resulta ser una barrera infranqueable que impide que el causante

⁴ FERRER, Francisco. GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban M. *Vocación hereditaria de la adoptada simple. Un caso crítico y una resolución injusta*. RCCyC 2020 (febrero), 124. TR LA LEY AR/DOC/4071/2019.

⁵ MOURELLE DE TAMBORENEA, María Cristina. *Planificación sucesoria*. Editorial La Ley. Bs As, 2022, reimpresión 2023. Pág.6

pueda planificar la distribución de los bienes conforme sus reales afectos y circunstancias.

5. DERECHO EXTRANJERO

En el derecho comparado encontramos tratamientos disímiles relacionados con la vocación sucesoria de los convivientes, aunque existe una tendencia cada vez mayor a su regulación diferenciándose en sus alcances.⁶ Así nos encontramos con países que las equiparan en sus efectos al matrimonio; otros que le reconocen contenido contractual a través de pactos, en otros casos a través de una regulación parcial; y por último quienes se abstienen de regularlas; en general la mayor cantidad de diferencias se encuentra precisamente en la reglamentación del derecho sucesorio.

Brasil otorga al conviviente vocación sucesoria en los bienes adquiridos durante la convivencia a título oneroso, con cuotas diferentes según existan hijos comunes o sólo concurren descendientes del causante; si concurre con otros parientes sucesibles; y si no hay otros parientes con vocación sucesoria tiene vocación al todo. Para Paraguay el conviviente es heredero; en Uruguay se consagran derechos hereditarios pero deberá respetarse la legítima de herederos forzosos; en Venezuela tienen los mismos derechos sucesorios que el cónyuge; en Perú existe un reconocimiento a la vocación sucesoria con ciertos requisitos. En España los distintos territorios con derecho foral propio regulan diversas soluciones en materia de derecho sucesorio del conviviente; en el resto de España se aplica el Código Civil español que no consagra derechos hereditarios a los convivientes.

6. VOCACIÓN HEREDITARIA DE LOS CONVIVIENTES

Hay una claridad insoslayable en cuanto a que el legislador excluyó al conviviente de la vocación hereditaria cuando reguló con minuciosidad las normas que se referirían a este vínculo. No fue un descuido, tomó una decisión de política legislativa que pasa el test de constitucionalidad.⁷

⁶ ORLANDI, Olga E. *Exclusión de la vocación hereditaria y uniones convivenciales*. LA LEY. AR/DOC/4641/2015. Pág. 3.

⁷ BIRMAN KERSZENBLAT, Ezequiel. *La unión convivencial frente al orden sucesorio*. DFyP 2019 (junio) 28/06/2019. AR/DOC/871/2019.

Tanto en el Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N°884/2012, Proyecto de Ley De Aprobación y en los Fundamentos del mismo, se dejó claramente mencionada la intención: "... se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender..." Es decir, se le reconocen efectos jurídicos a la convivencia pero en forma limitada, de esta manera se pudo dar tratamiento diferenciado a modelos distintas de familia.

En un fallo reciente se expresó⁸ que el derecho sucesorio se estructura en función de las relaciones familiares, que el llamamiento tiene diversos órdenes y grados con exclusiones y concurrencias; resalta que la propia voluntad del causante determina primariamente quienes desea que sean sus sucesores aunque con ciertos límites y concluye que los miembros de una unión convivencial carecen de vocación hereditaria legal, aunque podrían resultar herederos testamentarios o ser beneficiarios como legatarios, sumado a las otras opciones que tiene (la posibilidad de que le sea atribuido el uso de la vivienda familiar al momento del fallecimiento - art. 527 CCCN-, una compensación económica -art. 524 CCCN- o si hubieren firmado un pacto plantear una distribución de los bienes que se adquieren durante la convivencia -art. 528 CCCN-).

Entendemos que no puede crearse una nueva fuente de vocación sucesoria supliendo la voluntad del causante mediante una interpretación superadora de la ley civil fundamentada en preceptos supralegales, aun cuando la aplicación de la ley vigente importe una verdadera injusticia y no obstante los jueces puedan invocar principios jurídicos fundamentales como la equidad, recurrir a principios generales del derecho y apreciar los hechos frente al silencio de la ley, suavizando las disposiciones en el caso concreto.

Frente a las situaciones familiares o sociales hoy planteadas en la comunidad, claramente podría ser considerada injusta la solución legal, pero el legislador notoriamente ha considerado tal como se ha expresado en la exposición de motivos y en el mensaje del anteproyecto ya citados, que hay

⁸ CNApel en lo Civil Sala A., "Martínez Huarte, Oscar Alberto s/sucesión Ab Intestato" (J.H.) exppte 33424/2022. J. 14 del 7/6/2023.

varios tipos de familia que son receptados por el sistema jurídico y cada uno tiene sus efectos diferenciados en virtud de lo que libremente elijan sus integrantes en base al principio de autonomía de la voluntad.

Plantear la inconstitucionalidad de la norma que excluye al conviviente sería una solución aplicable a cada caso concreto pero no de aplicación general ya que podría generar inseguridad jurídica por falta de claridad en cuanto a la vigencia o no de una disposición jurídica.⁹

Pensar en una solución general que no sea de origen legal que resuelva situaciones de hecho que deberían meritarse según las circunstancias de cada caso, dependería de una innumerable cantidad de situaciones y podría ser un final justo a ciertos casos pero será una indefinición eterna para el resto.

Orlandi¹⁰ resalta que el código sancionado tomó una posición jurídicamente coherente al no otorgar llamamiento intestado a los convivientes, que la regulación parte de la autonomía de la voluntad y no se equiparan las relaciones patrimoniales con las del matrimonio, destaca además que otras instituciones pueden ser utilizadas para cubrir esa ausencia de vocación sucesoria intestada del conviviente a través de instrumentos de planificación sucesoria.

En este sentido será esencial, tal como lo anunciamos, la tarea de los operadores jurídicos quienes ajustaremos los requerimientos personales, específicos y circunstanciales de quienes requieran nuestros servicios, interpretaremos las voluntades, asesoraremos y adecuaremos para acompañarlos en la vida en el formato que han elegido. Podrá ser aconsejar la celebración del matrimonio bajo determinado régimen patrimonial (sea de comunidad de gananciales o el de separación de bienes), la realización de un pacto de convivencia, testamentos, constituciones de condominios, fideicomisos, derechos reales de uso, habitación, usufructo, renta vitalicia, transmisiones de dominio, instrumentos de planificación sucesoria, compensaciones económicas, pactos de conservación de la empresa, etc.

Podría generar una inconstitucionalidad equiparar todos los efectos de la convivencia con los del matrimonio, ya que la libertad de no casarse

⁹ ARCE, Federico M. *La vocación hereditaria del conviviente en el Código Civil y Comercial: ¿una laguna axiológica?* La ley AR/DOC/1809/2023.

¹⁰ ORLANDI, Olga E. *Exclusión de la vocación hereditaria y uniones convivenciales.* LA LEY. AR/DOC/4641/2015. Pág. 2.

también debe ser protegida. La autonomía de la voluntad subyacente en la decisión de no contraer matrimonio requiere de protección, dejaría sin cobertura a quienes deciden no contraer matrimonio aniquilando la voluntad individual. Si es posible desarrollar diversos modos de vivir en familia, las consecuencias no deben ser las mismas¹¹, sería desoír la postura legislativa adoptada.

7. PACTOS SOBRE BIENES DE LA UNIÓN

Los pactos sobre bienes de la unión convivencial que tengan naturaleza contractual y que prevean la división de bienes en caso de muerte de uno de los convivientes, si no se ha otorgado poder con efectos *post mortem* (art. 380 inc.B CCCN), deberá ser respetado y cumplido por los herederos legitimarios si se trató de una compensación por los años de convivencia, o fue fruto del esfuerzo de ambos, ya que tiene naturaleza creditoria, en cuyo caso los bienes adquiridos durante la convivencia deberán adjudicarse al supérstite en las proporciones acordadas; pero deberá respetarse la legítima en caso de existencia de una liberalidad y no de un crédito (conf. Arts. 2444 y 2447).¹²

8. LA ALTERNATIVA

La planificación patrimonial familiar se presenta así como la alternativa necesaria y preventiva para que el derecho privado pueda alcanzar las garantías constitucionales que una sociedad en continua evolución demanda.

La planificación podrá referirse al presente de esa unión (arts. 513 a 517 CCCN), siempre con los límites establecidos en cuanto al orden público, no vulnere la igualdad entre los convivientes y no afecte derechos fundamentales (art. 515 CCCN), o al futuro, o ambas al mismo tiempo, instrumentos públicos de aplicación inmediata (escrituras de transferencia de dominio a través de la donación, usufructo, habitación, renta vitalicia, etc)

¹¹ PELLEGRINI, María Victoria. *Regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial de la Nación. Algunas dificultades y/o cuestiones pendientes*. LA LEY AR/DOC/3159/2019.

¹² DODDA, Zulma A. MARTÍNEZ DODDA, Natalia. “Posibles alternativas ante la falta de vocación sucesoria del convivente.” Trabajo presentado en la 34 Jornada Notarial Argentina, Mar del Plata, mayo 2023. Tema I. Planificación familiar.

o hacia más adelante como los pactos de herencia futura (art. 1010), testamento, fideicomiso testamentario, pacto convivencial con trazabilidad sucesoria, etc). Para algunos esto es pensar la herencia.

En esta planificación podemos prevenir situaciones que podrían resultar injustas ante el fallecimiento de uno de los partícipes sin previsión: protección de adultos mayores, de un heredero con discapacidad, de la vivienda, generación de recursos para la subsistencia del grupo familiar, etc. La ley prevé en forma supletoria cuáles son las consecuencias jurídicas del cese de la unión por muerte o cualquier otra de las causales establecidas (art. 523 a 528 CCCN).

La preocupación de las personas que eligen libremente este sistema patrimonial para regular sus vínculos no es el presente, en el presente eligen como marco legal para su organización justamente quedar afuera de la norma que rige el régimen más rígido que es el matrimonio. Y lo eligen precisamente porque es extremadamente acotado el límite impuesto por las normas imperativas y el orden público, existe una amplia libertad de autoregulación.

De conformidad con las normas del CCCN las partes pueden a través de un pacto de planificación patrimonial con proyección sucesoria establecer las consecuencias del cese producido por las causas del art. 523 CCCN, en cuyo caso la causa de las obligaciones allí establecidas podrá ser la asignación de una recompensa en virtud del desequilibrio que genera la ruptura de la unión, o el reconocimiento del esfuerzo común para la adquisición de los bienes que son de titularidad de uno solo de los convivientes. En cuyo caso se otorgarán poderes con efectos *post mortem* o se reclamará a los herederos en el proceso sucesorio, ya que el conviviente supérstite tendrá un derecho en expectativa de naturaleza creditorio. Pero si la intención o la causa es una liberalidad sobre el patrimonio, allí deberemos redireccionar la cuestión y darle forma testamentaria.

9. DE LEGE FERENDA

Se propone considerar la incorporación a la legislación vigente de un derecho a la sucesión del conviviente con determinados requisitos como sucesor legítimo en el que su derecho no dependa de una disposición testamentaria, sin ser legitimario, no excluyendo a colaterales pero sí al fisco, y con una porción atribuible en función de los herederos legítimos que concurran con él.

Como expresara Guastavino¹³ al referirse a la nuera viuda al concurrir sola a la sucesión de sus suegros, se debía impedir la declaración de vacancia en favor del Fisco en todo lo que excedía de su porción hereditaria (un cuarto de lo que le correspondía a su marido, art, 3576 bis CC) porque cabía presumir un grado de afección entre ella y el causante por la íntima vinculación que aquella tuvo con el hijo de éste. Más aún cuando era la única sucesora.

¹³ GUASTAVINO, Elías P. *Interpretación del art 3576 bis*. N°VII, LL 140-536 y sgtes. El derecho hereditario de la nuera viuda y sin hijos fue suprimido en el CCCN.

LA SOCIOAFECTIVIDAD Y SU INCIDENCIA EN LOS CONTORNOS DEL DERECHO SUCESORIO

Por Guillermina Zabalza¹ y M. Victoria Schiro²

I. CONCLUSIONES

1. La socioafectividad irrumpe en el Derecho de Familias y trasciende en el Derecho Sucesorio planteando nuevos cauces en el funcionamiento normativo de la vocación sucesoria.

2. El orden sucesorio proyectado sobre el parentesco y el matrimonio requiere una reconsideración ante la socioafectividad; en particular, en la medida en que la voluntad del causante así lo disponga, sea en los pactos de convivencia o en el testamento.

3. La idea de que el instituto de la legítima se basa sólo en el afecto presunto entre determinados miembros de la familia según las nociones de parentesco y matrimonio captadas normativamente requieren su revisión ante la afectividad.

II. FUNDAMENTOS

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Este trabajo retoma la ponencia presentada en el año 2022 en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil³ en la Comisión 8, sobre “*Mecanismos de Planificación Sucesoria. Pacto sobre herencia futura. Empresa familiar*”, oportunidad donde consideramos que la socioafectividad o parentesco social afectivo que se desarrolla y reconoce en

¹ Doctora en Derecho. Magister en Derecho Privado, Profesora Titular de Derecho de Familias y de Derecho Sucesorio, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires; mail: guiyito14@gmail.com

² Doctora en Derecho, Magister en Derecho Privado, Profesora Titular de Derecho Sucesorio y de Derecho de Familias, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires; mail: mvschiro@gmail.com

³ Realizadas en Mendoza los días 23, 24 y 25 de septiembre de 2022, disponible en <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/>

el Derecho de Familias, irrumpe en el Derecho Sucesorio deconstruyendo nociones clásicas tales como vocación sucesoria y legítima.

Dentro del estudio tradicional y continental del Derecho Sucesorio la idea de que la vocación hereditaria y la legítima se basan en el afecto presunto entre determinados miembros de la familia según las nociones de parentesco y matrimonio captadas normativamente de manera sincrónica con el derecho de las familias entra en crisis. El derecho de familias protagoniza profundas transformaciones, siendo la noción de socioafectividad uno de sus elementos rupturistas por excelencia, mutando así no sólo los cimientos del derecho de las familias, sino trascendiendo estas transformaciones al derecho de las sucesiones. En tal sentido, consideramos que si el afecto es un elemento estructurante de las relaciones intrafamiliares, pasando de ser un elemento sociológico a tener hoy fuerza normológica, esto se expande en el Derecho sucesorio replanteando la nociones de vocación sucesoria y el funcionamiento de la legítima.

De esta manera, se da el traspaso del afecto presunto al afecto real; encauzándose esta realidad a través del desarrollo de la autonomía de la voluntad y el reconocimiento de realidades que desde la noción de protección constitucional de familia requieren nuevos despliegues de tutela desde la perspectiva de la propiedad. Esta construcción de vínculos desde la autonomía se puede materializar en la sucesión a través de mecanismos de planificación sucesoria, tanto directamente a través de los pactos de convivencia como indirectamente a partir de la construcción de vínculos de parentesco que reconozcan su fuente en la socioafectividad, y a los cuales el causante les da una eficacia al conferirle la vocación hereditaria testamentaria.

En esta profundización sobre la temática ponemos en consideración la posibilidad de que además de los mecanismos de planificación sucesoria existentes para la creación de vocación hereditaria, podamos extender este análisis y contemplar supuestos de la realidad que interpelan el sistema normativo, de modo tal que la socioafectividad sea fuente generadora de la vocación hereditaria. De esta manera consideramos oportuno repensar el instituto de la legítima, en relación a la socioafectividad, en virtud de lo cual, si bien no descartamos su relevancia en nuestro sistema normativo, consideramos oportuno poder introducir nuevos despliegues de vocación hereditaria testamentaria cuya fuente sea la socioafectividad, que puedan coexistir con herederos forzosos, relativizándose así su funcionamiento ante determinadas realidades que interrogan antiguas estructuras en aras de la

construcción de nuevas respuestas jurídicas. Si bien nuestro sistema reconoce la vocación hereditaria de fuente testamentaria, la misma queda desplazada ante la posible vulneración de la legítima, más allá de que el actual ordenamiento normativo ha amplificado la autonomía de la voluntad del causante. Por ello consideramos adecuado, reflexionar sobre la posibilidad de reconocer la vocación hereditaria de fuente testamentaria cuya génesis sea la socioafectividad y su concurrencia con posibles herederos forzosos. De esta manera, ante la ausencia de testamento, el instituto de la legítima resulta aplicable en un todo, no obstante, ante la presencia de un testamento consideramos aplicable la voluntad proyectada en el mismo en concurrencia con la legítima o por encima de la misma.

Por ello, en el desarrollo de este trabajo proponemos, reflexionar sobre la socioafectividad y sus alcances para discernir su posible reconocimiento jurídico como fuente de vocación hereditaria. Asimismo, en aras de propiciar el reconocimiento de una autonomía de la voluntad situada y relacional, estimamos que la socioafectividad como criterio general orientador debe estar plasmado en un testamento a través de la institución de herederos o de legados, procurando así trascender una voluntad presunta en la ley.

2. LA AFECTIVIDAD Y EL DERECHO DE FAMILIAS

En la actualidad observamos que las familias asisten a un proceso de continua “desencarnación”, o sea, el debilitamiento del elemento carnal o biológico en beneficio del elemento psicológico y afectivo como constitutivo de vínculos jurídicos de carácter familiar⁴. El concepto de socioafectividad trasciende en todo el Derecho de familias, percibiéndose una de sus repercusiones más contundentes en el instituto de la filiación y del parentesco. En tal sentido, se advierte que “la socioafectividad como principio transversal cruza todo el derecho de las familias y, en consecuencia, desborda y va más allá de los aspectos meramente filiales (ello sin desconocer su impacto superlativo en este campo, así como su ineludible conexión con el interés superior del niño). De allí que cabe considerar su gravitación cada vez más presente y rupturista dentro del derecho de las familias, es decir, como “aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados con el deseo y la

⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las nuevas realidades en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”, Cita: *TR LALEY AR/DOC/3592/2014*

voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo"⁵.

Coincidimos con Herrera cuando indica que pocos términos son tan gráficos en su denominación, observándose que la "socioafectividad es la conjunción de dos elementos que lo integran y que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos. A la vez, ambas ideas interactúan entre sí"⁶. Se advierte esta conjunción constante en la dinámica de la afectividad, constituyendo un aspecto íntimo más una proyección social, que se exterioriza en los cuidados, la atención, el trato dispensado, apoyos tanto emocionales como materiales⁷.

Si bien la filiación y las relaciones que se materializan desde la perspectiva filial y las relaciones parentales son expresión constante de la presencia de la afectividad en figuras tales como la del progenitor afín, la delegación de la responsabilidad parental, la guarda a parientes, la adopción y las técnicas de reproducción humana asistida, advertimos que los alcances del afecto como elemento estructurante del derecho de familias trascienden hoy en múltiples relaciones intrafamiliares, tanto en las relaciones de pareja, como en el reconocimiento de nuevos matices familiares. No obstante, su mayor trascendencia hoy podemos hallarla en lo que hemos conocido como filiación por naturaleza, la que ante este innovador elemento parece deconstruirse de modo tal que deja de ser lo que era para comenzar a ser un nuevo instituto penetrado por una fuente complementaria como es el afecto.

La denominación "socioafectividad" emerge en el Derecho brasilero poniendo en crisis el Derecho filial centrado en la biología, migrando hoy su denotación al resto de las relaciones intrafamiliares y penetrando de manera particular en el Derecho argentino. En tal sentido, "la filiación no consiste

⁵ SALITURI AMEZCUA, Martina - VIDETTA, Carolina A., "La interseccionalidad de tres principios del contemporáneo derecho de las familias: socioafectividad, interés superior del niño y perspectiva de géneros", Cita: TR LALEY AR/DOC/48/2021 p.3

⁶ HERRERA, Marisa, "La noción de socioafectividad como elemento "rupturista" del derecho de familia contemporáneo", ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/1066/2014, Op. cit. p.2

⁷ SALITURI AMEZCUA, Martina - VIDETTA, Carolina A., "La interseccionalidad de tres principios del contemporáneo derecho de las familias: socioafectividad, interés superior del niño y perspectiva de géneros", Op., cit., p.3

solo en el nacimiento, ni tampoco en la descendencia genética. Es algo mucho mayor y más profundo, que es plantado y fortificado en el cotidiano, en los días que pasan, en el crecimiento y en la vivencia conjunta. Padres son, para los hijos, aquellos que los alimentan, amparan, abrazan y protegen. La paternidad sociológica, que se basa en la posesión de estado de hijo, es una construcción diaria, consolidada en el afecto, y es a través de esa noción que se verifican lazos que unen los padres a sus hijos”⁸.

Dentro de estos despliegues que encarna la socioafectividad, toma un lugar central la familia ensamblada al transgredir los diversos roles parentales que tradicionalmente han estado encerrados en la (i)lógica binaria, demostrando cómo además la voluntad y la elección no necesariamente “sustituyen” a la biología sino que pueden pensarse como complementarios y coadyuvantes, dándose lugar así a vínculos pluriparentales o multiparentales. En tal sentido, coincidimos con Rivas Rivas al indicar que “la biología, la elección y la voluntad están no en relación de oposición, sustitución, asimilación y/o exclusión sino en relación de adición, complementariedad, acumulación, y/o sucesión”⁹.

La afectividad se conecta con la autonomía de la voluntad y la construcción de vínculos desde la dimensión social, por ello analizar los horizontes de la autonomía en general y de manera específica de la autonomía en el Derecho de familias, implica reflexionar sobre las delimitaciones y sus posibles perspectivas, es decir, lo que se encuentra más allá si se continúa el camino, y en especial en relación con el Derecho Sucesorio. Indica Ciuro Caldani que las diversas realidades suelen tener relaciones “dialécticas” de “complementariedad” y de “contradicción”, de

⁸ DIAS, María Berenice, “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales”, en *Revista Jurídica UCES*, disponible en http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/711/Filiaci%C3%B3n_socioactiva.pdf?sequence=1#:~:text=La%20filiaci%C3%B3n%20socioafecti%2D%20v%20resulta,responsabilidades%20resultantes%20del%20poder%20familiar (compulsado 14 de junio de 2022), p. 87

⁹ RIVAS RIVAS, Ana María, “Pluriparentalidades y parentescos electivos. Presentación del volumen monográfico”, *Revista de Antropología Social*, Vol. 18, 2009, pp. 7-19, <https://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/view/RASO0909110007A> (Compulsado el 15 de junio de 2022).

modo tal que para poder comprender cada realidad es significativo saber cómo se desenvuelve su vinculación dialéctica con las demás¹⁰.

En tal sentido, las líneas que anteceden dan cuenta del constante proceso de desinstitucionalización, desacralización y desbiologización de los vínculos familiares, avanzando el peso específico que se le otorga jurídicamente a la voluntad y al afecto, exteriorizándose las posibles tensiones y desafíos entre la institucionalidad y negociabilidad del derecho de familias¹¹. Así, la realidad exhibe una multiplicidad de arreglos o estrategias familiares, que reconocen al afecto como “elemento estructurante del derecho de las familias”¹². Tal reconocimiento implica brindar visibilidad al ensamblaje de los afectos y su proyección social, para que los mismos produzcan efectos jurídicos¹³.

El desarrollo del funcionamiento normativo a través de las tareas de interpretación, elaboración y aplicación han permitido flexibilizar las normas, desarrollando los principios que en las mismas se enmarcan, de modo tal, que se ha propiciado el reconocimiento de la socioafectividad como construcción de vínculos, no solo en lo relativo al cuidado¹⁴ sino

¹⁰ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Horizontes del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo”, *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Nro. 21, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1996, p. 31 Disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/500/422>

¹¹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Jusfilosofía del derecho de familia en la posmodernidad”, en *Investigación y Docencia*, Nro. 29, Rosario, 1997, p.24.

¹² SALITURI AMEZCUA, Martina - VIDETTA, Carolina A., “La interseccionalidad de tres principios del contemporáneo derecho de las familias: socioafectividad, interés superior del niño y perspectiva de géneros”, *Op.*, cit..

¹³ Puede verse a efectos de profundizar: HERRERA, Marisa, “La noción de socioafectividad como elemento "rupturista" del derecho de familia contemporáneo”, *Op.* cit.,

¹⁴ La sentencia dictada el 28 de junio de 2010 por el Juzgado de Familia 4ª nominación de Córdoba, ordena un régimen de comunicación a favor de la ex pareja lesbiana de la madre biológica de un niño, fruto de una TRHA con semen de un hombre unido también en pareja con otro hombre. El fallo indica que *"la historia vital del niño desde su concepción hasta su nacimiento (...) reconoce como figura relevante a la actora (...) la actora ha tenido contacto en los primeros años de vida del niño de una manera muy cercana, íntima y afectiva, todo lo cual fue acordado entre ambas partes de la relación en conflicto"*. Además, en este supuesto además de acordarse un régimen de comunicación, consideró que la relación entre el niño y la ex pareja de quien dio a luz constituía una *"calificación maternal o familiar del contacto"*, distinguiéndose así "... el parentesco de

también en lo relativo al emplazamiento filial (tanto en vínculos binarios como pluriparentales)¹⁵, visibilizándose a su vez que la afectividad se puede presentar desde el origen de los vínculos como en el devenir de los mismos. Este reconocimiento trasciende en el derecho sucesorio, plasmándose efectos jurídicos que emergen de lo social a lo normativo, mutando así las aristas del parentesco y la relación de pareja.

En tal contexto, el vínculo entre afectos y voluntad resulta indisoluble. De modo tal, que un instituto que estuvo fuertemente impregnado por el orden público, hoy se flexibiliza presentando nuevas aristas que conmueven las respuestas jurídicas existentes.

La afectividad ya ha tenido su reconocimiento en el Derecho de Familias a través de la captación normativa de las uniones convivenciales, propiciándose así una protección constitucional de la familia. Esta recepción tiene una regulación particular que procura armonizar los principios de autonomía de la voluntad y solidaridad familiar, previéndose un piso mínimo de protección de los derechos humanos de los convivientes y desplegando

sangre o legal, de aquel que se establece por la fuerza de los hechos (o los afectos) y que cuenta con una aceptación social que lo legitima, aun cuando desde el punto de vista normológico carezca de recepción". De esta manera, se entendió que en este caso *"aparece con mucha fuerza el concepto de 'socioafectividad', definido como el elemento necesario de las relaciones familiares basadas en la voluntad y el deseo de las personas de mantener vínculos afectivos que trascienden lo normativo, convirtiéndose paulatinamente, conjuntamente con el criterio jurídico y biológico, en un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental"*. Juzg. Familia n. 4 Córdoba, 28/6/2010, "A. S. G. v. M. V. S. y otro s/medidas urgentes", RDF 2011-I-137 y ss., con comentario de LLOVERAS, Nora, "Una madre invisibilizada y una madre biológica 'visible': dos madres y la filiación del niño".

¹⁵ Juzgado de Familia No 4 de La Plata en una resolución que tendría dos partes, la sentencia del 20/02/2017 y la interlocutoria del 06/03/2017, con comentario de Silvia FERNANDEZ y Marisa HERRERA "Uno más uno, tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad" Cita Online: AP/DOC/83/2018; Corte Suprema del Condado de Suffolk (CorteSupremadelCondadodeSuffolk), 08/03/2017 Partes: Dawn M. c. Michael M., Publicado en: RDF 2017-VI , 306, RDF 2017-VI-306; Cita Online: US/JUR/1/2017; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, 15/07/2020, F. F. c/ C. J. y otro/a; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Personas y Familia N° 2 de Orán, provincia de Salta, 10/08/2021, "P., I. c/ D., S. - Impugnación de filiación"; Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación Monteros, Tucumán. 07/02/2020. L.F.F. c/ S.C.O. s/ FILIACION; Juzgado de Familia de San Cristóbal. 14/03/2022. P. R. R. c/ I. N. V. | Impugnación de Filiación Matrimonial y reclamación de la filiación; Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones de 5a Nominación de Tucumán (JFamiliaySucesionesTucuman)(5aNom). 04/06/2021. G., J. M. c. G., O. D. y otro s/ Filiación; Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación. Monteros, Tucumán. 2/2/22. A., M. L. Y P., M.S. s/ ESPECIALES (RESIDUAL); entre otros.

una mayor autonomía en cuestiones patrimoniales. Asimismo, la incorporación de la figura del progenitor afín y la obligación alimentaria de carácter subsidiario es otro ejemplo de su incorporación normativa.

En suma, "...las formas de vivir en familia se han diversificado gracias a un sinnúmero de agentes; pero también gracias a una nueva manera de concebir el derecho humano a la vida familiar. El "cuidado" y los "afectos" constituyen la base en que se sustentan las relaciones intrafamiliares"¹⁶.

3. LA SUCESIÓN: LA TRANSMISIÓN DE DERECHOS POR CAUSA DE MUERTE. LA VOCACIÓN SUCESORIA EN EL SISTEMA NORMATIVO Y SUS POSIBLES CONTRACCIONES ANTE EL DEVENIR DE LA SOCIOAFECTIVIDAD.

En el sistema normativo argentino la transmisión de derechos puede acontecer por actos jurídicos entre vivos o bien como consecuencia de un hecho de relevancia jurídica como es la muerte de su titular¹⁷.

De esta manera, se construye nuestro sistema legal sobre determinadas ficciones jurídicas como es la síntesis entre *muerte-apertura-transmisión de la herencia*, estableciendo determinados herederos con vocación hereditaria, discriminando entre quienes tienen un llamamiento legal imperativo y aquellos cuyo llamamiento es supletorio. A éstos se suman, quienes son convocados por la voluntad del causante, expresada en testamento válido.

Malaspina¹⁸ indica que el sistema sucesorio se construye sobre la base de *ficciones y presunciones*. El autor considera que estamos ante *ficciones* cuando la norma parte de una premisa irreal, pero que se transforma en realidad legal a través de su materialización en la norma, como es la continuación de la persona del causante a través del heredero, el efecto

¹⁶ ORLANDI, Olga - NIEVE BENSABATH, Catriel Josué, "El reconocimiento de la socioafectividad en el derecho sucesorio". Revista Argumentos, Núm. 15 2022, pp. 75-99 Sección: Dossier Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez [En Línea] <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/>

¹⁷ ORLANDI, Olga - NIEVE BENSABATH, Catriel Josué, "El reconocimiento de la socioafectividad en el derecho sucesorio", op., cit., p.78.

¹⁸ MALESPINA, José Garbriel, "Ficciones y presunciones en el derecho sucesorio", LL 01/04/2005, 1 - LA LEY2005-B, 1303. Cita: TR LALEY AR/DOC/470/2005

declarativo de la partición, el derecho de representación; y ante *presunciones* que se nutre por hechos reales (hechos que existen y son susceptibles de observación) que son susceptibles de generalizaciones, por ejemplo el afecto presunto del causante como fundamento en la sucesión intestada, el fallecimiento del cónyuge dentro de los treinta días de la celebración del matrimonio, entre otros (Orlandi - Nieve Bensabath, 2022, 78).

Como se puede observar, el derecho sucesorio argentino se asienta sobre la ficción de la continuación de la persona del causante por sus herederos, abstracción que asegura la continuidad de las relaciones jurídicas para después de la muerte del titular, y sobre presunciones sucesorias como es la vocación hereditaria, ya sea legal o en virtud de la voluntad expresada por el causante.

Continuando este hilo conductor, observamos que salvo los supuestos donde la autonomía puede penetrar, la ley determina quiénes son los llamados a suceder dentro de la familia, previéndose así ordenes hereditarios y jerarquías en atención a aquellos vínculos parentales que estima más próximos y preferidos dentro de estas ficciones y presunciones. En tal sentido, el derecho sucesorio argentino se asienta sobre determinadas presunciones de afecto sustentados en lazos de parentesco o vínculos matrimoniales, conforme un modelo de familia distante con algunas estrategias de familia de la actualidad.

El código derogado en la sucesión intestada parte del afecto presunto del causante como fundamento de la sucesión intestada, criterio que continúa aún en el CCyCN. “La vocación legal no se inspira en la voluntad de tal o cual persona, sino en la probable voluntad de un ser humano apreciada en forma general y normal. En este contexto, debe ubicarse la pregunta si la socioafectividad puede también constituirse en fuente de vocación hereditaria”¹⁹.

Observamos que el afecto cumple un rol relevante en el derecho argentino, un afecto que se vincula en cierta medida con el concepto de parentesco que recepta el sistema normativo y con el vínculo matrimonial, observándose exclusiones de esta vocación hereditaria tanto ante supuestos

¹⁹ ORLANDI, Olga - NIEVE BENSABATH, Catriel Josué, Op. cit., p. 79.

de indignidad -sanciones civiles – y la exclusión de la vocación hereditaria ante supuestos de separación de hecho. “La determinación de los órdenes y grados en que son llamados a suceder los parientes más cercanos y el enunciado de las causales de indignidad dan sustento a que el afecto presunto del causante es el fundamento de la sucesión intestada en la actualidad”²⁰.

Ahora bien, al revisar el derecho sucesorio observamos que el afecto cumple un rol fundamental en la construcción de presunciones y generalizaciones, con lo cual esto nos permite observar la trascendencia de la relevancia de la socioafectividad y así ensayar posibles hipótesis de otorgamiento de la vocación hereditaria no contempladas²¹.

De esta manera, la sucesión intestada y testamentaria se ven interpeladas por la socioafectividad, contemplándose profundas transformaciones en la manera de proyectar el orden hereditario (propio de la sucesión intestada) y el funcionamiento de la legítima (tanto en la sucesión intestada como a través de la voluntad testamentaria)

4. PROYECCIONES DE LA AFECTIVIDAD EN EL DERECHO SUCESORIO

Ampliar “la pregunta” sobre “lo que es” y “puede ser” la construcción de los despliegues de la autonomía de la persona en sus diferentes fraccionamientos temporales o contextuales, encarna la necesidad de contemplar los alcances de la misma y así proyectar sus posibles desfraccionamientos.

Por ello, al abordar la autonomía y los diferentes despliegues de la afectividad como elemento estructurante del derecho de familias, será significativo no sólo reconocer lo que es, sino que también será relevante averiguar indirectamente lo que es por los sentidos que lo diferencian de lo que no es y lo vinculan de manera dialéctica con otras realidades²².

El afecto ha sido siempre un elemento estructurante de las familias, pero en la actualidad a su existencia sociológica se le suma su reconocimiento normativo. Y si bien el marco de las relaciones parentales

²⁰ Op. cit., p. 81

²¹ Ídem.

²²Id.

parece ser el foco de expansión del entramado voluntad/afectos, cabe reconocer que han sido las relaciones familiares de pareja otra de las principales puertas de entrada al fenómeno en cuestión. Así, la previsión de efectos para las uniones convivenciales, así como la influencia de la voluntad, entre otras cuestiones, para el cese de efectos del matrimonio²³ y como determinante en la disolución del vínculo matrimonial, son prueba de lo dicho. Y así como la separación de hecho determinó que el binomio voluntad/afectos (en particular la ausencia de éstos últimos) revelado en lo fáctico trascendiera normativamente al Derecho sucesorio a través de la exclusión de la vocación hereditaria, de igual manera entendemos que la fuerza normativa de la autonomía que traen consigo las uniones convivenciales, determine la irrupción de la socioafectividad en la sucesión *mortis causae*, conmoviendo las bases de su instituto nuclear, la legítima.

La protección de las uniones convivenciales que proyecta el ordenamiento tiene dos despliegues: a) La fijación de un piso mínimo de protección en atención a la protección de derechos fundamentales de los convivientes, consagrado en los artículos 519, 520, 521 y 522; b) La regulación de la protección de la autonomía de la voluntad; puesto que el reconocimiento en la norma de la eficacia de los acuerdos por los cuales las personas deciden conformar un proyecto afectivo y acordar su contenido a través de un pacto de convivencia, implica un reaseguro jurídico de su validez (con todo lo que ello implique en relación a su eventual

²³ Repárese en la influencia de la separación de hecho en los efectos patrimoniales del matrimonio, en particular, en la comunidad de ganancias:

Código Civil y Comercial. “ARTICULO 480.- Momento de la extinción. La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges.

Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación.

El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito.

En el caso de separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen establecido en los artículos 505, 506, 507 y 508”

(El resaltado nos pertenece)

ejecutabilidad). Por tanto, esta “tarea” tuitiva no puede ser llevada a cabo por el Derecho de familias en solitario, ya que lo que el pacto está llamado a regular determina la necesidad de hacer confluir las reglas del derecho privado patrimonial con los marcos protectorios propios del Derecho de las familias. Y aquí es donde ingresa la necesidad de una mirada armónica del sistema, y por tanto de una tutela adecuada por parte del Derecho sucesorio de las diversas formas familiares, como es el caso de las uniones convivenciales, y de la eficacia de las previsiones de los pactos que se den en su seno.

Los pactos de convivencia entendemos son actos jurídico bilaterales²⁴ propios del Derecho de familias que pueden ostentar un contenido tanto patrimonial como extrapatrimonial, destinado a regular la “vida” de la unión convivencial y/o los efectos para el momento de su cese²⁵. Frente a los pactos de convivencia que contengan la regulación de los efectos del cese de la convivencia por muerte, y en miras a su ejecución, se despliegan una serie de interrogantes ¿Cuál es el fuero en que se dirimen tales pretensiones? Si provisoriamente entendemos como tal al sucesorio, ¿cómo se calificarían las disposiciones patrimoniales del pacto en relación con la fijación de la compensación económica, o bien las vinculadas a la distribución de los bienes de titularidad de los convivientes? ¿cuál es la posición del conviviente en dicho marco? Caracterizar las prestaciones como actos a título oneroso y al conviviente como acreedor, hace aplicable la máxima según la cual los acreedores prevalecen sobre los herederos y legatarios. Quien afirme que el monto pactado es desmesurado, por ejemplo, en relación con la existencia y extensión del desequilibrio si lo que se acordó fue la fijación de una compensación económica, y por tanto constituye una liberalidad, deberá probarlo en el marco del proceso sucesorio. Solo si se logra acreditar su calidad de acto a título gratuito, podrá analizarse si media una vulneración de la legítima hereditaria. Caso contrario se le brindará el

²⁴ Sobre la caracterización de los actos jurídicos familiares puede verse: KRASNOW, Adriana, “Derechos subjetivos familiares. Acto jurídico familiar. Estado de familia y posesión de estado de familia. Acciones de estado de familia y acciones de ejercicio de estado de familia”, en Krasnow, Adriana (dir.), Tratado de derecho de familia, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 227.

²⁵ SCHIRO, María Victoria, “Implicancias patrimoniales del cese de las uniones convivenciales por causa de muerte”, en Cuestiones patrimoniales en el derecho de familia / María Mercedes Brandone ... [et al.]; coordinación general de Yamila Cagliero - 1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019. p. 119.

tratamiento de crédito²⁶. Ello permite priorizar el ejercicio de la autonomía de los convivientes en materia patrimonial, invertir la lógica probatoria, y con ello, propender a una tutela judicial efectiva del conviviente y, en suma, de los diversos arreglos familiares.

¿Comporta entonces la conjunción voluntad/afectos que se presenta en las uniones convivenciales, en particular a través de los pactos, un mecanismo de planificación familiar y patrimonial con proyecciones sucesorias? La respuesta afirmativa nos persuade de la decisiva influencia de la afectividad en la necesidad de revisión de los contornos de la legítima

Asimismo, en el marco de las relaciones parentales, los precedentes jurisprudenciales existentes en la actualidad comienzan a visibilizar el reconocimiento de la afectividad con un carácter emplazatorio y/o desplazatorio de vínculos familiares, irrumpiendo con estas figuras sus consecuencias jurídicas en el ámbito del derecho sucesorio. La sucesión en nuestro sistema normativo se regula por los criterios de orden de preferencia y de prelación de grados -además de la indiferencia del origen de los bienes-; y por el principio de autonomía en la sucesión testamentaria. A estos criterios normativos se suma la presencia de la *legítima* que delimita los contornos de la autonomía del causante en aras de la protección de determinados sujetos llamados a suceder en virtud del parentesco o de la existencia de matrimonio. El principio de preferencia, el criterio de prelación de grados y la legítima tienen una vinculación íntima con la noción de parentesco, conceptos que a diferencia del de familias, han tenido una mayor hermeticidad. No obstante, al irrumpir la socioafectividad, ésta penetra en el parentesco dotándolo de ductilidad, amplificando sus contornos y así sus efectos jurídicos.

La posibilidad de constitución de vínculos basados en la autonomía de la voluntad que emerge de la afectividad existente encauza posibles mecanismos de planificación sucesoria, ya que a través del reconocimiento de estos vínculos y sus respectivos emplazamientos comienzan a surgir nuevas posibilidades en la sucesión. Flexibilizar el parentesco y la noción de familias amplifica los alcances de la autonomía en el derecho sucesorio cuya materializaciones se pueden plasmar en el testamento.

²⁶ ZABALZA, Guillermina, SCHIRO, María Victoria, CALÁ, María Florencia, “La posición de los convivientes como acreedores hereditarios de la compensación económica”, Diario La Ley, Lunes 2 de marzo de 2020, pp. 1-3.

5. CONCLUSIÓN

De lo expuesto se visibiliza la necesidad de propiciar un dialogo entre el derecho de familias y el derecho sucesorios, contemplándose la incidencia de la socioafectividad en los contornos de la legítima y la comprensión de la vocación sucesoria, traccionando un constante equilibrio entre el orden público y las respuestas que en perspectiva de derechos requiere el nuevo Derecho Privado publicizado.

MEJORA AL HEREDERO FORZOSO QUE REALIZÓ TAREAS DE ASISTENCIA O CUIDADO

Por Vilma R. Vanella¹ y Ángeles Martínez²

I. CONCLUSIONES

1. Las tareas de cuidado y asistencia realizadas por los herederos legitimarios al causante deben ser valoradas como la forma concreta de plasmar la solidaridad familiar.

2. Si el causante no dispuso de su porción disponible, los herederos legitimarios podrán acreditar en el proceso sucesorio tareas de asistencia y cuidado para que las mismas sean valoradas económicamente y así poder solicitar una mejora a su porción.

3. Se propone de *Lege Ferenda* incorporar en el Código Civil y Comercial de la Nación, el siguiente párrafo al final del art. 2445: Si el causante no dispuso de la porción disponible, el heredero legitimario podrá ampliar su porción legítima, tomando de la porción disponible, siempre que acredite haber realizado tareas de asistencia y/ o cuidado al causante, en mayor medida que los otros herederos legitimarios, a pesar de que éstos se hallaban en condiciones de hacerlo. Procederá una vez acreditados los presupuestos ante el Juez del sucesorio.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

La familia tradicional dio paso a nuevas formas de familia, ya no existe un único modelo de familia. La Corte Interamericana de derecho Humanos ha reiterado en varios fallos, uno de ellos *Fornerón e hija vs Argentina* (27-04-2012), “en la Convención Americana no encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo tradicional de la misma. Al respecto el Tribunal reitera que

¹ Profesora regular adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA) – Profesora Asociada de Derecho Sucesorio (UAI).

² Docente Dcho. de Familia y Sucesiones (UBA).

el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común fuera del matrimonio”³En su artículo 9 menciona que los derechos deben ser ejercidos de buena fe.

Marcos Córdoba manifiesta: “la muerte constituye el hecho generador de la producción más intensa de efectos jurídicos. Desencadenamientos de tal ímpetu provocan la creencia de la necesidad de normas que regulen sus circunstancias atendiendo todo cambio que pueda privar de armonía la interrelación social”⁴

Fulchiron afirma que la cuestión de la solidaridad entre generaciones es, sin duda, una apuesta fundamental para el mundo contemporáneo. Si bien la naturaleza y las formas de estas solidaridades están estrechamente ligadas a las estructuras de cada sociedad, a su historia y su cultura, a su concepción de parentesco y alianza, a su construcción de lazos familiares, muchos fenómenos trascienden esta diversidad y plantean desafíos similares a todos los países. El alargamiento de la vida, la urbanización de las poblaciones, los cambios económicos, las dificultades para ingresar al mercado laboral, la ruptura de los modelos familiares tradicionales, el aumento de las separaciones y recomposiciones familiares, la contracción de la familia en torno al núcleo formado por padres e hijos, a veces por un solo progenitor y sus hijos, la individualización de las relaciones dentro de la familia, constituyen tantos fenómenos que marcan profundamente las sociedades contemporáneas. Se borran viejas solidaridades personales y patrimoniales, surgen nuevas formas de solidaridad, rediseñando las relaciones y planteando, a veces de manera dramática, el problema del destino de las personas más frágiles: los niños, los enfermos, los discapacitados y, especialmente, los ancianos”⁵.

En nuestra sociedad pocas son las personas que planifican su futuro, aún hoy, hablar de la muerte en nuestra sociedad es difícil. Nadie quiere

³ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa, LLOVERAS, Nora, “Tratado de Derecho de Familia”, Tomo I, 2014, p. 43

⁴ CÓRDOBA, Marcos M., “Orden público en el Derecho Sucesorio”, en La Ley, 18-11-2015, p. 1.

⁵ FULCHIRON, “Les solidarités entre générations: Un défi pour le monde contemporain, en Derecho Moderno”, en el “Liber Amicorum” Marcos M. Córdoba, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, t. III, ps. 629-630.

pensar en su propia muerte. Y a esto le debemos sumar la poca cultura de testar en nuestra sociedad.

Ante esta realidad, me centraré en los casos de herederos forzosos donde el causante no efectuó disposición alguna sobre la porción disponible, donde regirá nuestro sistema de legítimas. Caso usual, hermanos en donde uno de ellos es el que dedica tiempo a sus padres (madre o padre), se ocupa de su atención médica, de su esparcimiento, etc. o que uno vive en el extranjero y casi no comparte tiempo por razones de distancia, ¿es justo que reciban en el proceso sucesorio la misma porción que el que los cuidó?

El que se ocupó usó su tiempo, dejando de producir para sí mismo. Dedicó tiempo al visitarlo, cuidarlo y atenderlo, compartió las tareas de la vida cotidiana; con los beneficios emocionales y a la salud que trae. En varios estudios se plantea que para que una persona viva más años y mejor se requiere “mantenerse activos físicamente; desafiar su cerebro; **tener fuertes relaciones sociales** y disfrutar de la vida.”⁶ El vínculo social tiene beneficios en la salud.

En muchos casos por las razones que fuera, los herederos forzosos dedican poco o nulo tiempo al futuro causante, o no lo ven por años y aparecen cuando muere. Al no haber dejado el *de cuius* un beneficio “extra” para ese heredero que sí se ocupó, a diferencia del otro, ambos recibirán lo mismo. Sería justo, entonces, pensar en una mejora sobre la porción disponible para el heredero forzoso que acredita tareas de cuidado y / o asistencia, relegando en parte sus propias actividades y hasta incluso a la familia que formó.

2. MEJORA AL HEREDERO FORZOSO QUE EJERCE TAREAS DE CUIDADO

El tema fue propuesto, con otro alcance, en el Congreso de la Nación con motivo de la Reforma del Código Civil del Nación, en una ponencia de Vilma Vanella⁷, donde se proponía incorporar al Artículo 2448 in fine “**La**

⁶ <https://www.ineco.org.ar/novedades/envejecimiento-saludable-como-llegar-a-los-100-anos-con-buena-salud-y-una-memoria-de-50/>

⁷ https://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/045_VILMA_VANELLA_Ponencia_Mejora_al_Heredero.pdf

mejora a la que está facultado el causante podrá efectuarla también a favor de aquel descendiente o ascendiente que por dedicarse a la asistencia del causante haya renunciado al desarrollo de sus capacidades productivas. Procederá una vez acreditados los presupuestos ante el Juez del sucesorio y en la medida en que otro interesado no pruebe que dicha asistencia reportó ya compensación suficiente al heredero mejorado.”

Dejar la mejora en forma exclusiva en manos del futuro causante ocasiona que muchas veces no la efectúe por costos, por desconocimiento de que puede hacerlo o para evitar conflictos entre los herederos, u otros motivos. Es por ello que deseo analizar la opción de que el propio heredero forzoso sea el que solicite la mejora.

En nuestro Código Civil y Comercial se le reconoce a las tareas de cuidado de los progenitores a sus hijos carácter económico, ¿podríamos reconocer carácter económico a las tareas de cuidado realizada por un hijo a su padre adulto o en la ancianidad? Este hijo que ejerce la solidaridad intergeneracional, donde dedica parte o mucho o todo su tiempo al cuidado de su progenitor en detrimento de sus propios intereses personales: crecimiento patrimonial, esparcimiento, etc. ¿debería valorarse a la hora de heredar? O ¿no? ¿Es justo, basado en el principio de la buena fe, que un hermano reciba la misma porción que otro hermano que poco hizo o se desentendió absolutamente del causante?

Algunos dirán, si el progenitor no decidió mejorarlo, por qué reconocerle una mejora? Creo que reconocer la mejora al heredero forzoso que sale de su individualidad y dedica tiempo y/o dinero al causante, es de toda justicia que ese aporte sea valorado económicamente.

En una sociedad cada vez más individualista, las conductas solidarias deben ser reconocidas patrimonialmente a los fines de estimular y alentar más conductas solidarias. Lo desconozco, solo lo sabremos si regulamos al respecto con prácticas para ello, generando que sea más justo entre los herederos.

Por lo expuesto, creo que el heredero forzoso que realizó tareas de cuidado y / o asistencia debería probar que las mismas las efectuó en mayor medida en forma exclusiva, a diferencia de los otros herederos. Acreditado ese extremo, el juez podrá valorar económicamente que parte de la porción disponible le corresponderá a ese heredero para mejorar su legítima.

Por todo lo expuesto

Se propone de *Lege Ferenda* incorporar en el Código Civil y Comercial de la Nación, un párrafo al final del art. 2445: La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio.

Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación.

Para el cómputo de la porción de cada descendiente sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa, y para el del cónyuge, las hechas después del matrimonio.

Si el causante no dispuso de la porción disponible, el heredero legitimario podrá ampliar su porción legítima, tomando de la porción disponible, siempre que acredite haber realizado tareas de asistencia y/ o cuidado al causante, en mayor medida que los otros herederos legitimarios, a pesar de que éstos se hallaban en condiciones de hacerlo. Procederá una vez acreditados los presupuestos ante el Juez del sucesorio.