

Marilina Giorgetti

DERECHO REAL DE HABITACION
DEL CONYUGE Y CONVIVIENTE
SUPERSTITE



2014

Abogacía

DEDICATORIA

A mi marido y mis hijas por ser el pilar fundamental de todo lo que soy, por su incondicional apoyo que se mantiene a través del tiempo.

A mis padres por darme la oportunidad de vivir, por estar conmigo en cada paso que doy, y por ser mi ejemplo de lucha, en todos los aspectos de la vida.

A mis hermanas por estar siempre presente, acompañándome, en todo lo necesario para cumplir mis objetivos como persona, por la simpleza de ser mis pares y amarnos a pesar de las dimensiones que nos separen.

A mi prima Albana, por estar junto a mí en los momentos más importante de mi vida.

A Natalia por guiarme y motivarme.

Y a todos los que de alguna manera estuvieron conmigo a lo largo de toda la carrera.

Resumen:

El presente trabajo contiene, como tema central el análisis del derecho real de habitación del cónyuge supérstite dentro del sistema sucesorio, en el marco del ordenamiento jurídico argentino.

Aborda el derecho real de habitación del conviviente sobreviviente, como una herramienta destinada a satisfacer el vacío legal, con el que hoy cuenta el derecho positivo, basado en el deber de asistencia y solidaridad familiar, considerando para tal fin, tanto la propuesta, del Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, como el derecho comparado.

La necesidad de incorporar derechos que asisten al conviviente, adquiere relevancia en virtud de que, en la actualidad la normativa apunta directa y únicamente a los derechos que asisten al cónyuge supérstite, como es el caso del derecho real de habitación, que al mismo se le confiere, sin atender a las uniones convivenciales. De allí la importancia del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación; que incorpora derechos para el conviviente, en la búsqueda de un necesario equilibrio entre el ejercicio del derecho a no casarse (autonomía de la voluntad) y la debida responsabilidad por las relaciones de familia que se generan (solidaridad familiar); desde una óptica de los derechos humanos, pueda también verse amparado por el derecho positivo de la República Argentina, reconociéndole al mismo una serie de derechos y garantías, que protejan su unión convivencial y su elección de familia.-

Abstrac:

The actual work contains, as main topic, the analysis of "cohabitations rights of the surviving spouse" within the probate system under the Argentine legal system.

It addresses the actual room surviving right partner, as a tool to meet the legal vacuum in which today has the positive law based on the duty of care and family solidarity, considering for this purpose, both the proposal, the draft reform of the Civil and Commercial Code of the Nation, as the comparative law

The need to incorporate rights that assist the partner, becomes relevant considering that, at present only the standard suggests direct and rights attending to the surviving spouse, as is the case of the real room right, that gives himself, without regard to the convivial unions. Hence the importance of Proposed Reform of the Civil and Commercial Code of the Nation; incorporating picture cohabiting, in search of a necessary balance between the exercise of right to marry (autonomy) and proper accountability for family relations (family solidarity) are generated; from the perspective of the human rights can also be protected by the positive law of the Republic Argentina, recognizing a number of the same rights and guarantees to protect their convivial bonding and family choice .

INDICE:

•	Introducción	10
•	Capítulo I “Aspectos Generales”	
1-	Sistema sucesorio Argentino.....	14
1.1-	Institución Hereditaria Ab- Intestato.....	16
1.1.1-	Concepción Religiosa.....	17
1.1.2-	Concepción Biológica.....	17
1.1.3-	Concepción Sociológica.....	18
1.1.4-	Concepción Utilitarista.....	18
1.1.5-	Concepción Política.....	19
1.1.6-	Concepción Jurídica.....	19
2-	Descendiente.....	19
3-	Ascendiente.....	20
4-	Cónyuge.....	20
4.1-	Precedente Histórico.....	21
4.1.1-	Derecho Romano.....	21
4.1.2-	Derecho Germánico.....	22

4.1.3- Antiguo Derecho Francés.....	22
4.1.4- Código de Napoleón.....	22
4.1.5- Antiguo Derecho Español.....	23
5- Nuera Viuda sin hijos.....	23
• Capítulo II “Derecho real de Habitación Art. 3573 Bis. Código Civil”	
1- La Legítima.....	26
1.1- Caracteres de la porción legítima.....	27
1.2- Modo de calcular la Legítima.....	27
1.3- Heredero Forzoso.....	28
2- Concepto de Partición.....	29
2.1- Caracteres.....	29
2.1.2- Bienes excluidos de la partición.....	30
3- Derecho real de habitación. Antecedente Legislativo del art. 3573 bis del código Civil. Arg.....	31
3.1- Naturaleza Jurídica.....	32
3.2- Análisis del artículo 3573 bis.....	33
3.3- Requisitos taxativos del derecho real de habitación art. 3573 bis.....	33
3.4- Caracteres del derecho real de habitación.....	34

3.5- Argumentos negativos planteados por los coherederos.....	37
3.6- Plazos establecidos para exigir el derecho real de habitación.....	39
4- Derecho comparado.....	40
4.1- Derecho Civil Italiano.....	40
4.2- Legislación Chilena.....	41
4.3- Legislación Francesa.....	43
4.4- Derecho Alemán.....	44
<p>• Capítulo III “Las Uniones Convivenciales. Un desafío para el Derecho Argentino”</p>	
1- Uniones convivenciales.....	47
2- Concubinato.....	48
2.1- Precedente Histórico.....	49
2.1.1- Derecho Romano.....	49
2.1.2- Derecho Francés.....	49
2.1.3- Derecho Canónico.....	49
2.2- El concubinato y su fundamentación.....	50
3- Nueva tendencia: “Uniones convivenciales”.....	51
3.1- Autonomía de la voluntad en las relaciones de familia.....	52

3.2- Solidaridad familiar.....	53
3.3- Convivencia según doctrina.....	54
3.4- Tendencia de los proyectos legislativos.....	54
4- Tipos de convivencias.....	56
5- Características de la uniones convivenciales.....	56
5.1- Requisitos.....	58
5.2- Prueba de la Unión.....	59
5.3- El derecho sobre la vivienda como derecho fundamental en el proyecto de reforma.....	59
5.4- Consecuencia de la registración.....	61
<ul style="list-style-type: none"> • Capítulo IV “Análisis del Proyecto del Cód. Civ. Y Com. De la Nación” 	
1- Análisis comparativo del Cód. Civil actual con el Proyecto.....	63
1.1- Artículo 3573 bis. Cód. Civ.....	63
1.1.2- Artículo 2383 del Proyecto.....	63
2 - El Proyecto en las uniones convivenciales.....	65
3-Uniones convivenciales. Sistemas vigentes.....	68
<ul style="list-style-type: none"> • Capítulo V “El derecho real de habitación del conviviente supérstite, análisis del derecho proyectado, y una propuesta para su mejora” 	

1-	Derecho real de habitación y las uniones convivenciales.....	71
2-	El derecho real de habitación en el derecho proyectado.....	72
3-	Análisis del artículo 527 del proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.....	73
4-	Derecho a la vivienda del conviviente: extensión del plazo.....	76
5-	Derecho comparado.....	78
5.1-	Derecho Uruguayo.....	78
5.2-	Derecho Francés.....	79
•	Conclusión	81
•	Bibliografía	84

INTRODUCCION:

El derecho real de habitación del cónyuge supérstite ha sido establecido, por el legislador, con el fin de proteger, específicamente el derecho de residencia de uno de los herederos forzosos, como lo es el cónyuge sobreviviente, a los fines de darle resguardo, legal y con carácter de permanente, en cuanto a lo que a su lugar de residencia se refiere, el objetivo del mismo es que aquel pueda seguir gozando del hogar que habitaban a la fecha en que operó la muerte del causante del cual fuere hasta ese momento, sede del hogar conyugal. La ley le reconoce el derecho real de habitación, vitalicio, en tanto y en cuanto se cumplan los requisitos que exige el art. 3573 bis C.C. cabe aclarar que este es un, derecho otorgado, con carácter de permanencia, del que goza uno de los herederos forzosos como lo es el cónyuge supérstite y como consecuencia de la vocación hereditaria que el mismo posee,

Por otra parte, ya no es posible dejar de lado, una realidad que en la actualidad, resulta ineludible, como es el caso de las uniones convivenciales, que aún a pesar del vacío legal, con el que actualmente cuenta el derecho de fondo de la República Argentina, resulta notable, el incremento de las mismas en estos últimos años, por tal motivo, es menester la decisión de proponer dentro de la regulación legal de las uniones convivenciales, la incorporación de la ampliación del plazo en el derecho real de habitación para el conviviente supérstite con carácter temporario, a los fines de evitar alteración alguna a los principios del sistema sucesorio, para que se logre de manera acabada dicha incorporación, se requiere la armonización de diversos derechos y garantías reconocidos por el ordenamiento jurídico, con la finalidad de alcanzar un adecuado equilibrio entre ellos. Diferenciándolo del derecho real de habitación vitalicio del cónyuge sobreviviente,

ya que el primero, no es un heredero forzoso y por lo tanto carece de todo tipo de vocación hereditaria, en contraposición a la calidad de heredero forzoso que si reviste al cónyuge supérstite. Teniendo en consideración para tal propósito, la propuesta planteada sobre el mencionado tema, por el derecho proyectado, y el derecho comparado.

A lo largo del desarrollo se analizarán los requisitos, ventajas y desventajas correspondientes al derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el marco del Ordenamiento Jurídico Argentino, el alcance de la partición, las consecuencias que se presentan cuando los coherederos plantean la ausencia de los requisitos del art. 3573 bis. Así como también se realizara un exhaustivo análisis de las opiniones doctrinarias y resoluciones jurisprudenciales en relación al caso. En cuanto a la propuesta de la regulación específica, para el caso de las uniones convivenciales y su derecho a la vivienda del conviviente. Se analizara, el proyecto de Código Civil y Comercial y el marco legal del mismo en el derecho comparado; así como también diversos casos jurisprudenciales, que resultan relevantes para una acabada comprensión de la problemática planteada. A los fines de poder arribar a una solución satisfactoria.

El trabajo final de graduación comprenderá cinco capítulos: El capítulo I, abordará el concepto del sistema sucesorio argentino, más específicamente la noción de la sucesión ab – instestato, los conceptos de, descendientes, ascendientes, cónyuge y breve exposición de la nuera viuda, dando una primera aproximación al tema. El capítulo II, comprenderá, el análisis de la legislación en relación a la Partición y al derecho real de habitación del cónyuge supérstite en la legislación vigente, se conceptualizarán los requisitos y ventajas del derecho y plazos establecidos por Ley para solicitarlo. El capítulo III, estará compuesto, por la conceptualización del concubinato, un breve análisis de su origen histórico y la

nueva tendencia que se ha venido gestando con el correr del tiempo, en torno a las uniones convivenciales, acorde a la evolución del derecho de familia. El capítulo IV analizará el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto al tratamiento que este le da a las uniones convivenciales y para finalizar, en el capítulo V se analizará específicamente, el derecho real de habitación temporario, del conviviente, según lo regulado por el derecho proyectado, se propondrá una mejora al derecho real de habitación del conviviente, y se hará mención de los distintos sistemas adoptados en torno al derecho de habitación del cónyuge supérstite, en el derecho comparado.

El mismo finalizará con una conclusión personal que pone énfasis en la idea de la incorporación de un nuevo derecho, a nuestra legislación, similar a lo propuesto por el derecho proyectado, “LA PROTECCION DE LA VIVIENDA DEL CONVIVIENTE” con carácter temporario a favor del conviviente supérstite, teniendo en consideración los distintos paradigmas y condiciones, que propone la sociedad actual, tales como, la situación de la persona en razón de su edad, y o enfermedad, sin medios propios suficientes para poder proporcionarse una vivienda, el tiempo que haya durado la unión convivencial, entre otros. Contemplado este, como un derecho autónomo y diferente al derecho real de habitación que asiste al cónyuge sobreviviente, en virtud de la génesis diferente que ambos poseen y que se remarcan en este trabajo final de graduación.-

CAPITULO I
ASPECTOS GENERALES

Capítulo I: Aspectos Generales .-

El siguiente capítulo contiene, una descripción sucinta del sistema sucesorio en la República Argentina, abarcando, las distintas concepciones respecto de la sucesión ab intestato, con una breve reseña, acerca de cómo entiende nuestro Derecho positivo los términos; descendientes, ascendientes, cónyuge y nuera viuda.

1. SISTEMA SUCESORIO ARGENTINO:

El sistema Sucesorio en nuestro derecho se encuentra legislado en el Código Civil – Libro IV, Sección Primera “De la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondían”

En cuanto a quienes poseen vocación hereditaria, la norma distingue dos formas en la que los herederos pueden ser llamados para la adquisición de la herencia. Dicho llamamiento puede ser por disposición de la ley (sucesión legítima) o por voluntad del causante (sucesión testamentaria). (Santos Cifuentes, 2008)

La sucesión importa la idea de continuidad, es decir, da idea de movimiento coordinado, mediante el cual alguien ocupa el lugar de otro, como consecuencia de la desaparición del antecesor, y el cumplimiento de un orden preestablecido. (Goyena Coppello, 2007)

La idea de “*CONTINUIDAD*”-presenta, una idea visceral y casi inconsciente guía de punto de partida- o ha guiado al menos a nuestro derecho e, incluso, al sentir general colectivo- la noción de *sucesor*. Tal idea de sucesor en cuanto a universal, parte de una de

las ficciones más arraigada y consentidas: la idea de la *continuidad o continuación de la persona del causante por el sucesor universal*. (Zannoni, 2008).

Los principios fundamentales de la idea de sucesión, son trasladados al terreno de lo patrimonial.

Así como desde antaños la imagen sucesoria descansaba en la *hereditatis familiar*, como universalidad, ahora será el *patrimonio individual* quien capte en su provecho la imagen de universalidad. (Zannoni, 1974).

Al hecho de la muerte del titular de un patrimonio caducan las relaciones íntimamente ligadas con su individualidad física (derecho de usufructo, uso, alimentarios, derivados de su condición de marido, de padre de familia, etc.), pero la masa del patrimonio con todos los elementos que la componen no se disgrega, sino que pasa en conjunto *–per universatatem–* a una o más personas llamadas herederos. (Zannoni, 1974).

Al suceder, y en lo que a la sucesión mortis causa se refiere, se ocupa ficticiamente, el lugar que tenía el causante, con respecto a todos los bienes que se transmiten, y sin mayor alteración tal como la ley lo indica.

En la sucesión, (transmisión de derechos mortis causa), el derecho se adquiere en virtud de una derivación que se efectúa; por disposición de la ley o por disposición de última voluntad, por ejemplo: el heredero, el legatario etc. Y en la transmisión de derechos entre vivos, donde también obra una especie de sucesión de la persona en quien recaían los derechos que se transmiten, la derivación se efectúa en virtud de la autonomía de la voluntad, a favor de quien los recibe : el comprador, el donatario, etc.

Nuestro código ha establecido el orden sucesorio sobre las siguientes bases generales: en primer término heredan los descendientes del causante, hijos matrimoniales y extramatrimoniales, o los descendientes de éstos que asistirán por derecho de representación, en segundo término los ascendientes que heredan a la falta de descendientes, en el tercer lugar se encuentra el cónyuge supérstite que concurre con descendientes y ascendientes excluyendo a los colaterales y, por último, los colaterales que se encuentran dentro del cuarto grado.

Dentro de la línea, los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, salvo el derecho de representación. (Borda, 2008)

1.1 INSTITUCION HEREDITARIA AB – INSTESTATO:

Se denomina sucesión intestada o ab- intestato a la que opera en virtud de llamamientos legítimos (llamamiento por ley), sin necesidad de intervención alguna de la voluntad del causante expresada en un testamento válido.

Ello ocurre cuando:

- a) Cuando el causante no ha testado.
- b) Cuando, no obstante haber testado, el testamento es ineficaz, ya sea por ser nulo o anulable.
- c) Cuando el testamento no instituye herederos y se limita a disposiciones patrimoniales particulares a título de legados.
- d) Cuando el causante instituye herederos y dispone que éstos concurren con quienes tienen llamamiento legítimo.

e) Cuando es ineficaz la disposición testamentaria que instituye herederos.
(Zanonni, 2008, Pág. 44)

Diversas son, las concepciones y fundamentos, que brindan las doctrinas y que justifican el derecho de sucesión, aun mas especialmente el de la sucesión ab-intestato. No obstante se proseguirá a profundizar en la explicación de ellas:

1.1.1 Concepciones religiosas: hoy puede decirse que hace muchos años, la falta de conocimientos, la ignorancia del derecho, y un sinnúmero de factores de la más diversa índole eran causa de innumerables creencias.

En aquel entonces, la religiosidad y la fe de los individuos, eran el fundamento de todos los actos de la vida del hombre, incluso de los crímenes más horrendos.

Ahora bien, yendo a lo que resulta interesante en cuanto a lo que de la sucesión se trata, los autores de entonces entendían, que el fundamento del derecho de sucesión, era algo anexo a otros principios religiosos, y manifestaban que la herencia, era un efecto secundario, de otro efecto más importante de índole religiosa, como el hecho de que a pesar que el hombre muera, el culto persiste pues este es inmortal. “Habiéndose establecido el derecho de propiedad para la realización de un culto hereditario, no era posible que ese derecho prescribiese tras la muerte del individuo. El hombre muere, el culto persiste: el hogar no debe extinguirse ni la tumba abandonarse”. (Goyena Copello, 2007)

1.1.2 Concepciones biológicas: su estudio se basa, específicamente, en el análisis del nexo biológico que existe entre dos personas, y en la necesidad de que el mismo se vea complementado con los bienes, “Sabido que la herencia jurídica no sea otra cosa que la secuela de la herencia filosófica”.

Partiendo de esta base, es lógico arribar a una contundente crítica y es que, si bien se hallan elementos biológicos, o familiares en todo régimen sucesorio, máxime en la sucesión el ab-intestato, los mismos no alcanzan para servir de fundamento, sino simplemente para contribuir como elementos. (Goyena Copello, 2007)

1.1.3 Concepciones sociológicas: la sociología trata de resumir todos los movimientos sociales, partiendo de la base, de que es el propio hombre el que los determina, y que en consecuencia hay que buscar en él la razón de aquellos.

Aquí hay dos corrientes que se encuentran comprendidas en la concepción sociológica: a) la doctrina de la voluntad presunta, la cual se asienta en el propietario para determinar quien debe sucederle en sus bienes, y b) la doctrina del fin social de la propiedad, la cual refiere a la razón que existe para que alguien suceda a alguien en su muerte. (Goyena Copello, 2007)

1.1.4 Concepciones utilitaristas: esta concepción se divide en:

1. Doctrina utilitarista pura: esta doctrina sostiene el fundamento del derecho de sucesión, partiendo de la utilidad que el mismo presta. Es decir, naciendo la ley y la propiedad juntas, se convierten ambas en fuente de progreso y riqueza, y el derecho de sucesión es un complemento lógico y útil para ambas. “El derecho hereditario debe asegurar a las generaciones futuras los medios de vida, respetar las justas esperanzas y procurar la igualdad de las fortunas”. (Goyena Copello, 2007)

2. Doctrinas pseudoutilitaristas: sostiene esta doctrina que, por medio del derecho de sucesión, se presupone una continuación de la persona del fallecido en la

persona del heredero, para que este cumplimente las obligaciones contraídas por su antecesor. (Goyena Copello, 2007)

1.1.5 Concepciones políticas: “Toda ley de sucesiones es una política, una ley que interesa al orden público; el derecho privado en materia de sucesiones se subordina siempre a todos los cálculos del sistema de gobierno vigentes”. (Goyena Copello, 2007)

1.1.6 Concepciones jurídicas: lo jurídico difiere de lo legal, en que hace a la vida toda del derecho, mientras que lo legal se refiere al positivo únicamente. De ésta concepción se encuentran diferentes doctrinas que fundamentan el derecho de sucesión: a) la doctrina del derecho natural, b) la de la copropiedad familiar, c) la doctrina de la creación legal, d) la doctrina de la estabilidad legal. (Goyena Copello, 2007)

2. DESCENDIENTES:

Para el derecho positivo de la República Argentina, la porción de la legítima que corresponde a los descendiente del causante está determinada en el artículo 3593 del CC, que expresa “*La porción legítima de los hijos es cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiera donado, observándose en su distribución lo dispuesto en el art. 3570*”. (López Mesa, 2012).

El orden de los descendientes comprende a los hijos, tanto matrimoniales como extramatrimoniales (art. 3565) y descendientes (art. 3566) del causante y al adoptado (art. 333 de la ley 24.779) y sus descendientes. (Zanonni, 2008)

La legítima de ellos es la más alta de las fracciones destinadas por la ley en el sistema de legítimas.

3. ASCENDIENTES:

“A la falta de hijos y descendientes heredan los ascendientes sin perjuicio de los derechos declarados en el Libro IV, Sec I, Título IX, Capítulo III, al cónyuge sobreviviente” (Art. 3567 Cód. Civ.). Como es sabido en la línea de los ascendientes no opera el derecho de representación, de suerte que existiendo ambos padres heredan al hijo por partes iguales y si solo existiere uno de ellos hereda en su totalidad. (Zanonni, 2008, Pág. 51).

A ellos le reconoce, el derecho positivo de la República Argentina, una porción legítima correspondiente a las dos terceras partes del patrimonio del causante, cualquiera sea su número. (Art. 3594 CC)

La norma emplea la función de perfeccionar el derecho en pendencia que otorga la vocación hereditaria. (Lopez Mesa, 2012)

4. EL CONYUGE:

Goyena Copello remarca, que la vocación sucesoria del cónyuge atravesó múltiples visiones, hasta que las legislaciones poco a poco fueron acordándole carácter de tal.

Vélez Sarsfield le acordó tal derecho, situándolo en el tercer orden sucesorio, luego de los descendientes y los ascendientes.

La conquista legislativa que nuestro país representó para la vocación hereditaria del cónyuge, se vio acrecentada posteriormente por la ley 17.711 que modificó algunas disposiciones de aquel, acordándole mayor derecho en ciertos casos de concurrencia.

¿Quiénes lo integran?

Este orden es muy concreto en cuanto a la determinación de sus integrantes, pues se comprende en él a una sola persona: el cónyuge supérstite, sin más requisito que ser tal y que provenga el mismo de un matrimonio válido o putativo con el causante.

¿Con quiénes concurre? Y ¿Cuál es su porción legítima?

En cuanto a los bienes propios: concurre con los descendientes, o con los ascendientes, si no hubiera descendientes; y excluye a los colaterales (art. 3571 C. C.), y en cuanto a su porción de la legítima, hereda como un hijo más.

En cuanto a los bienes gananciales: concurre con los ascendientes, en caso de no haber descendientes; y excluye a los colaterales. La exclusión surge del art. 3672 Del C. civil, en cuanto a estos bienes, los cónyuges no poseen vocación hereditaria, le corresponde, el 50 % de los bienes gananciales, pero no en carácter de heredero, sino como consecuencia de que con la muerte de uno de los cónyuges se disuelve la sociedad conyugal, y en virtud de haber operado la disolución le corresponde el 50 % de la misma.

“Si no hay descendientes ni ascendientes, los cónyuges se heredan recíprocamente y excluyen a los colaterales” (Goyena Copello, 2007 Pág. 496 tomo II).

4.1 Precedentes Históricos del Cónyuge:

4.1.1 *Derecho Romano:* Fundado en el derecho sucesorio ab- intestato en la antigua Roma en el vínculo de la agnación (*agnatio*), no podía el matrimonio por si solo ser fuente de vocación intestada. Pero si se trataba de matrimonio *cum manu*, la mujer quedaba sometida a la patria potestad del marido – si este era *sui iuris*-o del *paterfamilis*, en segundo caso, se encontrase entre los herederos *sui et necesari* y en consecuencia heredase al

marido o al suegro, respectivamente, como se tratase de una hija más (*loco filiae*). Finalmente, el emperador León estableció en la Constitución 22 que el viudo/a con hijos que no vuelve a casarse hereda con ellos al conyuge difunto en una parte viril y en propiedad. (Belluscio, 1975).

4.1.2 Derecho germánico: Este derecho desconocía el derecho sucesorio del cónyuge, pues la sucesión era diferida a los parientes consanguíneos, y en defecto de ellos, a los vecinos unidos por la comunidad del terruño. En la evolución de las costumbres germánicas, aparecieron los beneficios de supervivencia (*gains de survie*) a favor de la mujer, los que consistieron especialmente en el usufructo de una porción de los bienes del marido, que a su muerte se consolidaba con la nuda propiedad de los hijos. (Belluscio, 1975).

4.1.3 Antiguo derecho Francés: Al seguir los lineamientos del derecho germánico, no reconoció derecho sucesorio intestado al cónyuge. Se regían por un régimen patrimonial de comunidad, en el cual, el cónyuge sobreviviente o los herederos del fallecido recibían su porción en los muebles y gananciales. Y por otro, se otorgo a la viuda la *douaire* (cuota de viudez), derecho al usufructo de una cuota de los bienes propios del marido, que a falta de convención se fijaba en el tercio en unas costumbres y en la mitad en otras. (Belluscio, 1975).

4.1.4 Código de Napoleón: Otorgó al cónyuge derecho sucesorio solo a falta de parientes; se colocó a éste en el último orden de los herederos ab intestato, después de descendientes y ascendientes legítimos, colaterales e hijos naturales. (Belluscio, 1975).

4.1.5 *Antiguo derecho Español*: El Fuero Juzgo, sobre la base del edicto pretoriano *unde vir et uxor*, concedió a la viuda el usufructo de una parte igual a la de cada uno de los hijos, derecho que perdía si contraía matrimonio, y a ambos cónyuges el derecho de heredarse después de los colaterales en séptimo grado. (Belluscio, 1975).

5. NUERA VIUDA SIN HIJOS:

Antecedentes.- Esta norma fue incorporada al Código Civil, en la reforma del año 1968, con el decreto – ley 17.711, en el artículo 3576 bis que expresa:

“La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviera hijos, o que si los tuvo no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que hubiesen correspondido a su esposo en dichas sucesiones. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos del artículos, 3573 3574, 3575 o si hubiera incurrido en actos de notoria inconducta mora”

La norma es la transcripción casi a la letra del artículo 2001 del Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936. En efecto, el precepto de la Comisión establecía: *“la viuda que permaneciere en este estado y no tuviere hijos, o si los tuvo, no sobreviviesen al momento de la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubieran correspondido a su esposo en dicha sucesión”* (Maffia, 1972)

El derecho de la nuera viuda establecido por el artículo citado, es autónomo, destinado a proyectarse sobre determinada porción de los bienes, que no está condicionada a la existencia de ningún orden preferente de sucesores, sino ligado directamente a la posesión que a su esposo se le hubiera reconocido en la sucesión de sus suegros, no

excluyendo a ningún heredero, ya que concurre con cualquiera que haya sido llamado a la sucesión. (López Mesa, 2012).

CAPITULO II

EL DERECHO REAL DE HABITACION ART. 3573 BIS

COD.CIVIL

Capítulo II: Derecho real de habitación del cónyuge supérstite.-

Este capítulo contendrá, una breve reseña del alcance, y regulación de la legítima, para el ordenamiento jurídico vigente, el concepto y caracteres de la partición, la importancia del derecho real de habitación del cónyuge supérstite, con un acabado análisis del artículo 3573 bis, sus antecedentes legislativos y una breve mención del tratamiento que se le da en el derecho comparado.-

1. LA LEGÍTIMA

La Legítima, al decir de Borda, es parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por actos a títulos gratuitos.

Aunque el Código dice que la Legítima es una parte de la herencia (art. 3591), en rigor, el concepto es más amplio. Porque para calcular la Legítima no se considera únicamente la herencia, es decir, el patrimonio dejado al fallecer, sino también los bienes donados en vida por el causante. Por lo tanto, los herederos forzosos, no solo pueden atacar el testamento que ha afectado su porción legítima, sino también las donaciones.

No gozan de este privilegio todos los parientes con derecho sucesorio, sino solamente aquellos unidos muy estrechamente al causante: los descendientes, los ascendientes y el cónyuge. Son los *Herederos forzosos*. La Legítima varía según el orden del parentesco: es mayor para los descendientes que para los ascendientes, y estos a su vez la tienen mayor que el cónyuge.

Se llama porción disponible a la parte de la cual el testador puede disponer libremente. Puede repartirla entre los herederos forzosos por partes iguales, puede asignarla toda o a uno de ellos o a un extraño. (Borda, 2008)

1.1 Caracteres de la porción legítima:

Irrenunciable: toda renuncia o pacto sobre la legítima futura entre aquellos que la declaran y los coherederos forzosos, es de ningún valor. Los herederos pueden reclamar sus respectivas legítimas; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por el contrato o renuncia.

Inviolable: el testador no puede imponer gravámenes ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título. Si lo hiciere, se tendrán por no escritas. En consecuencia, a la clara letra de la ley, ninguna restricción puede imponerse por el causante al heredero forzoso, que importe impedirle la integra recepción y libre disposición de la porción asignada por ley.

Sustituible: este carácter emana de la posibilidad que la actual redacción de algunos artículos del Código presentan en su contexto, y que son las normas de los artículos 3600 y 3715. (Goyena Copello, 2007)

1.2 Modos de calcular la Legítima:

Siguiendo a Borda (2008), decimos que la base para calcular la legítima se forma de la masa patrimonial conformada por todos los bienes dejados a la muerte, más las donaciones hechas en vida (art. 3602). Previamente, habrá que hacer deducciones de las

deudas dejadas por el causante, puesto que los acreedores deben ser pagos en primer término.

Estas deudas se deducen en la herencia, pero no de las donaciones, ya que las liberalidades hechas en vida por el causante, no están afectadas al pago de sus deudas. Sumamos los bienes líquidos dejados por el causante a su muerte, mas las donaciones hechas en vida, y se tendrá el patrimonio sobre el cual debe calcularse la legítima. (Borda, 2008, pág. 90)

1.3 Herederos Forzosos (art. 3592): según este artículo, *tienen una porción legítima, todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinad en los cinco primeros capítulos del título anteriores*. En estos capítulos se trata de los descendientes y ascendientes y del cónyuge. Todos ellos son herederos forzosos. A partir de la sanción de la ley 17.711, también tiene este carácter la nuera viuda sin hijos (3576 bis.) (Borda, 2008).

La regla general es que se aplican aquí los mismos principios de la sucesión *ab intestada*. De donde surgen estas dos consecuencias:

Los herederos que excluyen a otros en la sucesión *ab intestato* los privan también de la legítima. Así, por ejemplo, no tendrán legítima los ascendientes si hay descendientes, ni el cónyuge sobre los bienes gananciales (aunque si sobre los propios), si hay descendientes.

Cuando concurren legitimarios de igual orden (por ejemplo varios descendientes), o de distinto orden (por ejemplo, descendientes o ascendientes) con cónyuge, la legítima se distribuye entre ellos en la misma proporción y siguiendo las mismas reglas que en la sucesión *ab intestato*.

“Es importante aclarar que la legítima no se acumula”.

2. CONCEPTO DE PARTICION:

Siguiendo a Borda podemos decir que, cuando existen varios herederos, el estado de indivisión tiene por naturaleza un carácter eminentemente transitorio. Normalmente debe terminar con la adjudicación a cada heredero de una parte de los bienes, pero no ya una parte alícuota ideal, que la tienen desde el momento mismo de la muerte del causante, sino una porción concreta. La Partición es, pues, el acto mediante el cual los herederos materializan la porción ideal que en la herencia les tocaba, transformándola en bienes concretos sobre los cuales tienen un derecho exclusivo. Es un acto de asignación tendiente a localizar los derechos de cuota, antes de él, esos derechos se traducen en una fracción numérica (un tercio, un cuarto). (Borda, 2008)

Siendo todos los herederos capaces y estando presentes, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. Se estaría frente a un acto plurilateral o colectivo en que la voluntad unánime de los herederos tiende a un fin en común y a un común efecto jurídico, en el que participa cada uno de ellos. (Zanonni, 1974)

2.1 Caracteres: La Partición tiene los siguientes caracteres:

Es obligatoria y puede ser pedida en cualquier momento por los interesados, salvo las hipótesis de postergación temporaria.

Es declarativa y no atributiva de derechos; la ley supone que los bienes asignados a cada heredero han sido de propiedad exclusiva de este desde el momento mismo de la muerte del causante; que los ha recibido de este y no de sus coherederos. Del mismo modo,

se supone que nunca ha tenido derechos sobre los bienes que han sido asignados a los demás (art. 3503 C.C).

Los titulares a ejercer de la acción de partición son al decir del –artículo 3452- “los herederos, sus acreedores y todos los que tengan en la sucesión algún derecho declarado por las leyes”. (Zanonni, 1974).

El derecho a pedir la Partición es Imprescriptible mientras dure el estado de indivisión, pero es susceptible de prescripción cuando la indivisión ha cesado de hecho, porque alguno de los herederos obrando como único dueño ha comenzado a poseerla de una manera exclusiva (art.3460). (Borda, 2008).

2.1.2 Bienes excluidos de la partición:

En principio todos los bienes que componen el caudal relicto, y que forman la comunidad hereditaria, son susceptibles de partición. Sin embargo, a pesar de la amplitud del precepto, debemos advertir sobre ciertos casos de indivisibilidad -casos de previsión de indivisión temporales- por la cosa o del derecho. Ellos son:

Cuando el causante así lo disponga (art.51 Ley 14.394): el causante podrá imponer la indivisión forzosa por un plazo máximo de *10 años*. Y se tratase de un bien determinado, o de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica, el lapso de la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aun cuando ese tiempo exceda los *10 años*.

Cuando los herederos lo acuerden (art. 52 Ley 14.394): los herederos podrán acordar la indivisión entre ellos, por un plazo máximo de 10 años.

A pedido del cónyuge supérstite sobre determinados bienes (art. 53 Ley 14.394: el cónyuge supérstite podrá invocar ese derecho y oponerse a la división del bien por un plazo máximo de *10 años* cuando se trate de:

Un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole tal que constituya una unidad económica adquirida o formada en todo o en parte por él.

La casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal.

A pedido del cónyuge supérstite invocando EL DERECHO REAL DE HABITACION, art. 3573 Bis C.CIV. LEY – 20.798

3. DERECHO REAL DE HABITACION. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ART. 3573 BIS C.CIV.

Aparece por primera vez en un cuerpo jurídico legislado el 16 de Octubre de 1974 cuando se publica en el Boletín Oficial Argentino la Ley N° 20.798, que introduce el art. 3573 bis en el código de Vélez. (Borda, 2008)

Esta ley ha introducido un nuevo caso de indivisión temporaria de la herencia, al reconocer al cónyuge supérstite un derecho de habitación sobre el inmueble en que estaba constituido el hogar conyugal. Dispone que si a la muerte del causante este dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiere constituido hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas

para ser declaradas bien de familia, y concurrieran otras personas con vocación hereditaria, o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias. (Borda, 2008, pág. 439)

El Código no había contemplado la situación del cónyuge supérstite que a la muerte del causante podría haberse privado de su vivienda al tener que someterla a la partición. Pero ya la ley 14.394 art. 53 le había reconocido el derecho de pedir la indivisión por el término de diez años; la ley 20.798 ha extendido esta protección a toda la vida del supérstite, a cuyo fin se le reconoce un derecho real de habitación. (Borda, 2008, pág. 439)

3.1 Naturaleza jurídica:

El cónyuge supérstite goza del derecho real de habitación *jure proprio* y no *jure hereditatis*, es decir, no lo recibe por herencia sino a título personal.- (Borda, 2008)

Esta conclusión resulta evidente si se considera que el cónyuge supérstite goza de ese derecho aunque no herede al fallecido, como ocurre en el supuesto de que todos los bienes del sucesorio sean gananciales y haya hijos. En ese caso, el supérstite recibe la mitad de los bienes a título de socio pero no hereda, no es heredero. Sin embargo, goza del derecho de habitación. Está claro que no se trata de un derecho que pasa del patrimonio del causante al del cónyuge supérstite. Es un derecho del que ya gozaba en vida del causante, como que vivía y habitaba la casa común. En el fondo, lo que la ley hace es respetarle al supérstite una situación de hecho de que gozaba antes del deceso del cónyuge. Además considerar que este derecho es recibido *Jure proprio*, es la solución que se impone dado el

carácter asistencial que reviste. No se trata de regular la sucesión de los bienes del causante, sino simplemente de dejar sin techo al que sobrevive. (Borda, 2008, pág. 439)

3.2 Análisis del Artículo 3573 bis:

“Si a la muerte del causante este dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias”.

A partir de su sanción, esta norma ha sido objeto de estudio con la finalidad de interpretarla e integrarla, debido a su breve redacción.

Se ha sostenido que la finalidad de la norma es la asistencia del cónyuge supérstite protegiéndolo de la voluntad de los herederos forzosos que concurran a la sucesión del prefallecido, en el caso de que soliciten la partición y esto implique la pérdida de la vivienda.

3.3 Requisitos taxativos del Derecho Real de Habitación 3573 bis:

Las condiciones requeridas para que el cónyuge pueda hacer valer su derecho de habitación son:

Que el causante hubiera dejado un *solo Inmueble habitable*:

Ante todo, está fuera de duda que al hablar de inmueble habitable se refiera a habitable por cónyuge supérstite. Lo que se busca es resguardarle a este su casa.

La segunda condición es que el *Inmueble hubiera constituido el hogar conyugal*. Lugar donde estaba constituido el hogar conyugal al momento de la muerte del causante.

Tercera condición: el valor del Inmueble no debe pasar el indicado como *límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia*. La ley no desea proteger el lujo, sino asegurar un techo razonable. Además, es de suponer que tratándose de un bien tan valioso, su venta le permitirá al cónyuge supérstite adquirir otra casa o dpto. más modesto, pero suficiente, con la parte que a él le toque en la partición.- El derecho se extiende a los muebles de la casa, salvo que se trate de muebles suntuosos que excedan las necesidades del habitador. (Borda, 2008 pág. 440,441)

3.4 Caracteres del Derecho Real de Habitación:

El derecho de habitación es VITALICIO y GRATUITO.

El problema más delicado es referente a los impuestos y a las expensas comunes en la propiedad horizontal.

En lo que atañe a los impuestos y tasas, los obligados frente al Fisco son los propietarios, es decir, los coherederos que ostentan el dominio del inmueble. Pero en la relación entre coheredero y habitador, consideramos que quien debe cargar con ellos es éste. Cuando la ley de gratuidad no ha querido significar otra cosa sino que los restantes coherederos no podrán pretender un precio por el uso del inmueble; pero de modo alguno parece justo que quienes deben soportar la privación de un inmueble que les pertenece en razón de un privilegio excepcional concedido al cónyuge supérstite, deban cargar además con los impuestos que recaen sobre el inmueble que aquel está gozando.

Lo mismo cabe decir de las expensas comunes. Estas deben reputarse a cargo del habitador, salvo que se trate de la compensación de reparaciones extraordinarias, porque dado el carácter de estas últimas, su realización beneficia a la propiedad y su pago debe recaer, por tanto, en los dueños. (Borda, 2008)

El derecho de habitación no puede cederse (art. 2963 C.C), lo que impide que el habitador celebre contratos que afecten particularmente el inmueble, como por ejemplo, ceder un dormitorio a quien se hace cargo de la salud de la cónyuge, de la limpieza de la casa, etc. (Borda, 2008, pág. 445)

Reparaciones: En cuanto a las reparaciones que requiera el inmueble, el habitador tiene a su cargo las reparaciones de simple conservación (art. 2881), pero no las extraordinarias, salvo que ellas hayan llegado a ser necesarias por culpa del habitador.

Tercero: ¿Puede hacer valer este derecho de habitación también frente a terceros?

Pues no cabe duda de que los acreedores de la sucesión pueden ejecutar el inmueble libre del derecho de habitación, pues este se ha concedido teniendo en mira las relaciones de los herederos entre sí, pero no se ha pretendido afectar los derechos de los terceros acreedores. Si el causante y el mismo cónyuge supérstite hubieran querido poner el hogar a cubierto de la acción de los acreedores, tenían en sus manos el recurso de convertirlo en bien de familia. Si no usaron del recurso que la ley les brinda, no pueden luego escapar a la acción de los acreedores, que no hacen otra cosa que perseguir el cobro de sus legítimos créditos. La cónyuge no puede hacer valer sus derechos de habitación frente a un tercero comprador en pública subasta, si antes no ha inscripto su voluntad en el Registro de la Propiedad, para lo cual deberá pedir su inscripción al juez del sucesorio. Esto, por cierto, si

se está ante el caso del derecho de un tercero, pero frente a los coherederos basta con que se lo haga valer antes de la partición. (Borda, 2008, pág. 446)

Tampoco parece admisible que el cónyuge pueda hacer valer este derecho frente a sus propios acreedores, posteriores a la muerte del causante, por la misma razón ya expresada de que el derecho se le concede teniendo en cuenta sus relaciones con sus coherederos, pero no se pretende afectar los derechos de los acreedores.-

Momento para hacer valer su derecho, antes de la partición, es lógico porque luego de realizada la misma, no podría el cónyuge pretender habitar el inmueble adjudicado a otro coheredero.- (Borda, 2008)

Deterioro del inmueble: Su pongamos que el inmueble se deteriore por culpa del habitador. Los propietarios no tendrán derecho a pedir la extinción del derecho de habitación, pero si la reparación de los daños; y si él habitador no procediere a hacer la reparación, podrá ser demandado por daños y perjuicios (art. 2938 y 2966 Cód. Civil).

Extinción del derecho: El derecho del habitador se extingue por:

Muerte del cónyuge, ya que se trata de un derecho vitalicio,

Por el no uso de diez años

Por consolidación, es decir por la reunión en cabeza del cónyuge de las calidades de habitador y propietario exclusivo.

Por pérdida de la cosa.

Por renuncia.

Por nuevas nupcias.

Por aceptación de partición o venta. (Borda, 2008, pág. 446, 447)

3.5 Argumentos negativos planteados por los coherederos

Estos planteamientos suceden en el supuesto de que los coherederos se opongan sosteniendo que excede sus necesidades y sobrepasa el límite para la afectación como bien de familia.

Sin duda implica una carga para los coherederos puesto que solo podrá adjudicárseles la nuda propiedad; esta carga está justificada en cuestiones humanitarias. El derecho se acuerda al cónyuge supérstite atendiendo a indiscutibles motivaciones asistenciales. Por tanto, su satisfacción involucra una carga legal impuesta a los herederos en beneficios del cónyuge supérstite, independientemente de la cuota o porción a él asignadas en “conurrencia con otros herederos”.

Considerar que la vivienda excede las necesidades de la viuda, carece de asidero, en primer lugar porque la ley no prevé que esa sea una condición que obste al derecho de habitación legal, puesto que solo exige que se trate de una vivienda apta para ser afectada al régimen del bien de familia.

La ley pretende que la viuda permanezca bajo el mismo techo, siempre y cuando se den los requisitos ya analizados, sin exigir que dicho techo reúna condiciones mínimas de tamaño para que la habite la viuda. Si la vivienda es única dejada por el causante, estaba afectada como bien de familia, y era sede del hogar conyugal, todas las demás consideraciones en cuanto a su superficie y comodidades carecen de relevancia.

Cabe señalar que a la viuda le corresponde el 50% del bien como ganancial. Aun cuando la vivienda hubiera sido propia del causante y solo le correspondiera un porcentaje igual al de los hijos herederos, el beneficio le correspondería igual, porque la ley no exige que el inmueble hubiera sido ganancial. Tampoco tiene incidencia alguna que la viuda no hubiera tenido hijos con el causante, y que los coherederos sean hijos del matrimonio anterior de cujus, porque el único requisito es que sea cónyuge supérstite y que hubiera coherederos o legatarios.¹

Inmuebles sobre los que puede constituirse una habitación viudal: El inmueble asiento de hogar conyugal debe ser de dominio exclusivo del causante. Pero no puede reconocerse el derecho real de habitación al cónyuge supérstite sobre un inmueble que, si bien era asiento del hogar conyugal, el causante lo tenía en condominio con otra persona, aun cuando esta hubiese fallecido posteriormente.² (López Mesa, 2012)

Derecho de habitación actos propios: Si la cónyuge supérstite antes de solicitar el derecho de habitación previsto por el artículo 3573 bis del C.C, pidió junto a los coherederos la designación de tasador para la partición judicial de los bienes del acervo sucesorio sin mencionar tal derecho, su invocación posterior lo coloca en contradicción con sus propios actos. 3 (López Mesa, 2012)

El hecho de proponer conjuntamente con los demás herederos una tasación de los inmuebles que integran el haber sucesorio, entre los que se encuentra el inmueble que fue asiento del hogar conyugal y constituye la vivienda del cónyuge supérstite, no refleja una

¹Juzgado de 1a inst. en lo Civil y Comercial, de Conciliación y de Familia de Dean Funes - CARRANZA Ramon. s.l. : LA LEY, 1998.Cita online: AR/JUR/ 2683/1997

²C. Nac. Civ., sala G, 23/9/1994, "D.T.J.C", LL Online

³C. Nac. Civ., sala G, 23/9/1994, "D.T.J.C", LL Online

voluntad inequívoca de renuncia del derecho real de habitación, pues era necesario saber el valor de los inmuebles para evaluar si con la parte que le corresponde en el caudal relicto tenía posibilidades de adquirir una vivienda para cubrir sus necesidades.⁴ (López Mesa, 2012)

Oposición del beneficio: La oposición al derecho de habitación efectuada por un coheredero con fundamento en que aquella tenía la cotitularidad de otro inmueble a la fecha del deceso del causante, carece de relevancia suficiente a los fines de negar el pretendido derecho habitacional, máxime cuando no se cuenta con elementos que permitan determinar si el producido de la posterior venta de dicho bien permitió a la beneficiaria satisfacer su necesidad. 5(López Mesa, 2012)

Corresponde hacer lugar a la acción de división de condominio impetrada por los herederos forzosos del causante respecto del inmueble que heredaron en concurrencia con la esposa en segundas nupcias de aquel, pues no existe fundamento alguno para otorgarle a aquella el derecho real de habitación solicitado en su defensa, ya que al momento de deceso del causante contaba con un inmueble de su titularidad y que dispuso a favor de su hijo, máxime cuando se encuentra acreditado que no se trata de una persona sin recursos, por lo que, de admitirse su defensa, se desvirtuaría la finalidad tuitiva del instituto previsto en el art. 3573 bis del C.C.6(Lopez Mesa, 2012)

3.6 Plazos establecidos para exigir el derecho real de habitación

⁴C.Civ. y Com. Junin, 17/2/2009 Amor, Sergio Gustavo

⁵Sup. Corte Bs. As. 11/6/2008 de la torre y Palu – ley online clave AR/JUR 5158/2008

⁶C.Nac. Civ., sala M, 11/10/2005 “Zlobinsky” LL Online

El Derecho real de habitación no opera “ipso iure” como consecuencia del fallecimiento del autor de la sucesión, sino que requiere la *invocación expresa* del cónyuge supérstite antes de consentir, en el proceso sucesorio, cualquier acto que suponga incompatibilidad con la conservación del inmueble. Se trata de una exigencia que impone la buena fe que debe gobernar las relaciones jurídicas.

Oportunidad:

El derecho de habitación puede pedirse hasta el momento de la partición, con prescindencia de que se hubiere inscripto o no la declaratoria de heredero, la venta o la adjudicación a uno de los herederos de tal inmueble.

La circunstancia de que el supérstite haya dejado de vivir en el único inmueble relicto, no implica el cese de la existencia de dicho derecho, porque su no ejercicio recién provoca su pérdida al cabo de diez años, pudiéndose perder antes por renuncia de la habitadora. (Art. 3573 bis Cód. Civ. Comentado - Santos Cifuentes 2008)

4. DERECHO COMPARADO

4.1 El Derecho Civil Italiano:

El cónyuge supérstite en el derecho Italia se encuentra en el Cuarto orden establecido, en concurrencia eventual con ascendientes y descendientes sin límites de grado, o con parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Debemos aclarar, que según sean con quienes el cónyuge concurra en los casos en que debe hacerlo, ha de ser si recibe la porción hereditaria correspondiente en propiedad o en usufructo.

“Cuando con el cónyuge concurren hijos legítimos, solos o con hijos naturales, el cónyuge tiene derecho al usufructo de una cuota parte de la herencia”.

“El usufructo es de la mitad de la herencia, si a la sucesión concurre un solo hijo y de un tercio en los otros casos”.

El artículo 581 dispone : “Es facultad de los herederos satisfacer los derechos del cónyuge mediante el aseguramiento de una renta vitalicia o mediante la asignación de frutos de bienes inmuebles o capitales hereditarios, a determinarse de común acuerdo, o a falta, por la autoridad judicial, con consideración a las circunstancias del caso”.

Hasta que no ser retribuido en sus derechos, conserva todos sus derechos de usufructo sobre todos los bienes hereditarios.

El artículo 547, establece que al cónyuge le es diferida la mitad de la herencia si concurre con ascendientes legítimos o con hermanos o hermanas, aun unilaterales, o bien con los unos o con los otros.

De encontrarse otros parientes dentro del cuarto grado, la herencia se le difiere al cónyuge en tres cuartas partes. (Goyena Copello, 2007)

4.2 Legislación Chilena:

El origen de la norma chilena no fue objeto de un proyecto de ley particular, destinado exclusivamente a introducirla al Código Civil. La disposición fue una de las muchas e importantes modificaciones de la ley N° 19.585, publicada en el Diario Oficial el 26 de octubre de 1998 con una *vacatio legis* de un año.

Se trata de una Ley que incorpora fuertemente, los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente.

En este contexto, surge la idea de asegurarle al viudo o viuda la posibilidad de seguir habitando la vivienda familiar, y se incorpora al art. 1337 del Código Civil, precepto que establece las reglas que debe seguir el juez árbitro para liquidar y distribuir los bienes de la comunidad hereditaria, una nueva Disposición (la del N° 10) que le impone acoger la petición del cónyuge sobreviviente en orden a conservar el hogar donde ha hecho su vida en común con el fallecido.

El proyecto de ley no fue de origen parlamentario, sino del Ejecutivo, y a diferencia también de la propuesta argentina, la discusión y estudio en ambas Cámaras, fue ardua, compleja y no exenta de polémicas. La tramitación duró prácticamente cinco años: desde 1993 a 1998. La norma que nos interesa no estaba en el proyecto original del Poder Ejecutivo.

La misma fue introducida en el primer estudio que efectuó la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados. El texto que se aprobó inicialmente por esa Cámara sería objeto de serias y numerosas modificaciones en los estudios posteriores. La Comisión de Constitución del Senado sería la que le daría al texto su redacción definitiva.

Dos elementos pueden considerarse similares en el curso de la tramitación legislativa de ambas propuestas de ley en nuestra materia. Una es que en ambos casos la proposición original preveía la constitución de un “usufructo vitalicio”, lo que después derivó en un derecho de real de habitación (en el caso argentino) y derecho de habitación y de uso (en el caso chileno). La segunda es que en ambos casos se establece durante la

discusión parlamentaria la gratuidad y el carácter vitalicio del derecho de habitación (o de uso).

Los fundamentos que los legisladores tuvieron en cuenta son relacionados tanto en uno como otro ámbito.

Ambas legislaciones coinciden en la necesidad de proteger a la cónyuge sobreviviente de la amenaza de perder el lugar donde se había constituido el Hogar familiar.⁷

4.3 Legislación Francesa:

La situación legal del cónyuge supérstite ha sido, en Francia, al igual que en la mayoría de las legislaciones, objeto de una franca evolución, que ha ido desde la negación absoluta del derecho sucesorio, al reconocimiento del carácter de heredero y aun legitimario.

El viejo artículo 767 subordinaba el derecho del cónyuge a la inexistencia de descendientes, ascendientes y colaterales privilegiado u ordinario dentro del duodécimo grado.

Por medio de leyes del 9 de marzo de 1891, pero especialmente del 29 de abril de 1925, le concedieron un derecho de usufructo referido a ciertos bienes o a un porcentaje determinado de la herencia, según con quien concurriese.

Por último, y luego de una ley de diciembre de 1930, por medio de la ley 26 de marzo de 1957, que representa una de las grandes conquistas legislativas civiles de la

⁷Publicado en *La ley- Gran Cuyo*, Argentina, año 6, N° 5, octubre de 2001, pp. 743-771

Francia moderna, y la ordenanza 1307 del 23 de diciembre de 1958, se termino ubicando al cónyuge en la situación jurídica que en el régimen sucesorio debe tener, acorde con su carácter y el estado de la legislación comparada.

Su derecho es el siguiente:

Recibe la totalidad de la herencia en propiedad, en caso de ausencia de descendientes, ascendientes y colaterales privilegiados.

Recibe la mitad de la herencia cuando existiendo ascendientes ordinarios, lo son en una sola línea; la mitad correspondiente a la que no tiene miembros, le corresponden a él.

En cambio tienen derecho de usufructo solamente en los siguientes tres casos:

Si concurre con hijos del matrimonio, un cuarto.

Si concurre con hijos de un matrimonio anterior del causante, sobre una parte igual a la que reciba el hijo legítimo menos favorecido, y siempre y cuando no supere el cuarto de la herencia.

Por último, y en caso de concurrencia con hijos naturales y sus descendientes legítimos, los hermanos o sobrinos, el usufructo recae sobre la mitad. (Goyena Copello, 2007, pág. 262,263)

4.4 Derecho Alemán:

Sucesión del cónyuge supérstite: si bien no constituye ni está incluido en un orden sucesorio, el cónyuge supérstite concurre con los dos primeros (Descendiente de causante

primer orden y padres del causante segundo orden) y con los abuelos y excluye a los demás.

Si concurre con descendientes le corresponde un cuarto de la herencia.

Si en cambio concurre con parientes de segundo orden, padres y descendientes de estos, o con abuelos del causante, recibe la mitad.

No dándose uno de estos tres supuestos de concurrencia, recibe toda la herencia.
(Goyena Copello, 2007, pág. 192)

El código Alemán permite al causante impedir la partición por disposición de última voluntad con respecto a toda la herencia o a parte de ella, por un plazo no mayor de treinta años. (Borda, 2008)

CAPITULO III

LAS UNIONES CONVIVENCIALES. UN DESAFIO PARA EL DERECHO ARGENTINO

Capítulo III: Uniones convivenciales. Un desafío para el derecho Argentino.-

Este tercer capítulo abordará, de manera general, el fenómeno de las uniones convivenciales, el ¿por qué? De las mismas, su evolución a lo largo de estas últimas décadas, el vacío legal con el que se enfrentan hoy en la República Argentina y su próxima regulación, como principal desafío para el derecho Argentino

1. LAS UNIONES CONVIVENCIALES:

El estudio del derecho de familia exige asumir una actitud tolerante, receptora y evolutiva de los continuos cambios que se suceden en la sociedad posmoderna, en el cual se debe anteponer en primera instancia la protección de la persona ya enfocada desde su individualidad, como en su relación con sus pares.

Hace ya algunas décadas, ha venido tomando relevancia un importante cambio en la sociedad, donde las parejas toman posesión de estado de casadas, pero sin título. Estas uniones fueron individualizadas con distintas denominaciones: “concubinato”, “matrimonio aparente”, “unión de hecho”, “convivencia de hecho”, entre otras.

Lo cierto es que desde ámbito de la sociología se ha venido dando cuenta de la masiva incorporación de las clases medias urbanas a la práctica de la unión consensual, un fenómeno otrora privativo de las clases bajas. (TORRADO, 2003).

El concubinato ya no es el patrimonio casi exclusivo de la pobreza y la incultura: aparece ahora como una modalidad de vida entre los dos sexos difundida en todas las clases de la sociedad que se presenta como opción al matrimonio, o bien, como un periodo de convivencia a prueba anterior a las nupcias. (FERRER ,1997)

Si bien la doctrina que adhiere al Derecho constitucional de familia desplazo desde hace tiempo la palabra “*concubinato*” por su carga peyorativa que lo asocia con un comportamiento desviado, se trata del término que mayor inserción ha tenido y tiene en el medio social y judicial. Así, en las resoluciones judiciales aún, se sigue empleando esta denominación. Esta contradicción podría superarse durante el proceso de adaptación al nuevo sistema que, en armonía con su espíritu, denomina a esta elección de estar en pareja con la expresión “*uniones convivenciales*”. (Krasnow, 2012).

2. CONCUBINATO:

Concepto: Pareja que tienen posesión de estado matrimonial y carece de vínculo jurídico entre sí. El concubinato es un matrimonio aparente, y a su alrededor se constituye el grupo familiar.

Sus integrantes no son personas aisladas. Al igual que los esposos, cumplen numerosas funciones familiares.

“El concubinato significa para cada uno de los convivientes una posesión de estado, no solo entre ellos sino ante el mundo, ante la sociedad; implica, desde distintos ángulo, comunidad de lecho, de domicilio, de régimen de vida”. (Borgonovo, 1980)

En nociones generales concubinato es, la unión permanente, estable y libre, de parejas heterosexuales y homosexuales, para hacer una vida marital, sin que medie vínculo matrimonial.

El concubinato es un fenómeno social que no puede ser ajeno a la ley.

2.1 Precedentes Históricos:

2.1.1 Derecho Romano: en el derecho romano, el concubinato no era una mera unión de hecho sino una forma de unión legal pero inferior al matrimonio. Residía en la cohabitación sin **affectio maritalis** de un ciudadano con una mujer de baja condición, como una esclava o liberta. Era diferente del matrimonio (**iustaenuptiae**) tanto por su naturaleza como por sus efectos. Como consecuencia de la ausencia de **affectio maritalis**, el concubinato no concedía el **honor matrimonii**, por lo que la mujer no adquiría la condición social del marido ni la dignidad de esposa. Su disolución no producía ninguna consecuencia jurídica. En la época imperial los concubinatos proliferaban como consecuencia de la extensión de los impedimentos matrimoniales; los emperadores cristianos trataban de combatirlos por considerarlos contrarios a la moral, a estos se les prohibía todo tipo de donaciones y legados, entre los concubinos Posteriormente, Justiniano mitigó las limitaciones a las donaciones y legados, Concedió a la concubina y a los hijos naturales un derecho limitado de su sucesión legítima. (Belluscio, 1972).

2.1.2 Derecho francés: este derecho junto al derecho canónico no se limitó a desconocer el concubinato, sino que también adoptó medidas tendientes a combatirlo. Sus Códigos guardaban silencio respecto del concubinato, por considerarlo una situación contraria a la moral, tendían a privarlo de efecto jurídico. (Belluscio, 1972).

2.1.3 Derecho canónico: éste derecho mantiene el impedimento matrimonial dirimente de la pública honestidad fundada en el concubinato público o notorio. Por otra parte, excluye de los actos eclesiásticos a los seglares que vivan públicamente en concubinato, hasta que den señales de verdadero arrepentimiento. (Belluscio, 1972).

2.2 EL CONCUBINATO Y SU FUNDAMENTACION:

La realidad de la Argentina actual deja traslucir, el crecimiento de las uniones de hecho, perdurables, y excluidas del matrimonio. Como consecuencia de diversas causas, que con el transcurso del tiempo se han ido modificando.

Con anterioridad a la sancion de la ley 23.515, la imposibilidad de disolver el vinculo matrimonial a través del divorcio llevaba: 1) a las personas separadas a unirse en concubinato para entablar una nueva relación.2) a las personas que no se encontraban separadas a unirse en concuninato, por temor a la imposibilidad de disolver el vinculo matrimonial, ante el eventual fracaso de su relacion. Pero con la legalización del divorcio vincular las causas que daban origen al concubinato han cambiado. Como aproximación se puede señalar que en algunos sectores se habla de una crisis del matrimonio; del miedo al fracaso, al compromiso y a las obligaciones que este implica, lo que llevaría a las personas a unirse de una manera más flexible, más facil de disolver al momento de la ruptura y que acaree menores consecuencias juridicas.

Otra de las causas que dan justfificacion a las uniones convivenciales es el hecho de la gran cantidad de impedimentos que regula el Codico Civil de la Republica Argentina para poder contraer un matrimonio valido, (Atr. 166 a 171), que si bien , algunos resultas fundamentales , como es el caso de los impedimentos que la doctrina clasifica con el nombre de dirimentes, como ser la cosanguinidad, otros en cambio se tornan excesivos y limitan la voluntad de las personas al momento de decidir con quien desean contraer matrimonio,como es el caso de algunos de impedimentos que la doctrina clasifica con el nombre de impiedientes, que si bien no provocan la nulidad del matrimonio, acarrear otras

sanciones contra los conyuges, como por ejemplo el caso del tutor que no puede contraer matrimonio con su pupilo, hasta tanto no hayan sido aprobadas las cuentas de su tutela, bajo amenaza de que si así no lo hiciere pierde todo derecho a la asignación que le hubiese correspondido por sus tareas, incluso pierde también, las que ya hubiese percibido.(Art. 171 CC)

3. NUEVA TENDENCIA: “UNIONES CONVIVENCIALES”:

Las uniones convivenciales comienzan a tomar relevancia legal, con la sanción de la Ley 26.618, LEY DE MATRIMONIO IGUALITARIO, la misma ha modificado esencialmente el modelo familiar que imperaba con anterioridad, pues a partir de la entrada en vigencia de esta ley y las valoraciones realizadas por el legislador obligan a replantear las pautas exigentes tanto en la doctrina como la jurisprudencia, en lo que respecta a las denominadas uniones de hecho. (Solari Néstor E. *Revista La Ley*, 2011 Enero - Febrero).

El esquema legal diseñado por las legislaciones, en la época de la codificación, se había estructurado sobre la institución matrimonial, como única forma de familia.

Con el correr de los años, se han ido reconociendo a los convivientes efectos jurídicos, siendo en la actualidad, una forma de familia reconocida por el derecho. (*Revista La Ley*, 2013 Julio)

Dicho de otra manera, la categoría jurídica de familia, en sentido integral, requeriría la manifestación expresa de las partes asumiendo el acto matrimonial. En ningún otro caso, se alcanzaría tal protección integral. Aun cuando haya habido una registración de unión convivencial, pues la misma solamente tendría efecto probatorio (conf.art.511 del proyecto). (*Revista La Ley*, 2013 Julio)

El resultado práctico del matrimonio sigue siendo la única forma de familia protegida integralmente por el ordenamiento jurídico. Esencialmente porque a ella quedaría reducido el aspecto patrimonial integral –bienes adquiridos durante la unión y el llamamiento sucesorio-.

El derecho Argentino ha experimentado cambios sustanciales en su legislación interna, a lo largo del tiempo. La inclusión del matrimonio igualitario, recientemente, es un ejemplo concreto de sus modificaciones estructurales, que evidencia el avance legislativo en materia de familia. (Solari Néstor E. *Revista La Ley*, 2013 Julio).

Sin embargo este avance en la institución matrimonial que ha tenido el derecho argentino, no se ha visto reflejado en otros modelos familiares aceptados por la sociedad actual, como es el caso de poder, dar protección a las personas que eligen como forma de vida y de familia las uniones convivenciales. Jurídicamente poco se ha avanzado en las uniones de convivencia de pareja, y ahora, en el proyecto de reforma del Cod.Civ.Com. de la Nación se incorpora, las uniones convivenciales con un matiz asistencial. (Solari Néstor E. *Revista La Ley*, 2013 Junio).

El cambio no consiste en que todo siga funcionando en torno al matrimonio, sino en reconocer otros modelos familiares distintos, que adquieran virtualidad y protección integral, independientemente del matrimonio. Para ello es necesario, reconocer efectos personales y patrimoniales a tales uniones. (Solari Néstor E. *Revista La Ley*, 2013 Julio).

Para que el Derecho Positivo Argentino pueda hacer frente a este nuevo desafío que hoy impone la sociedad actual es necesario tener en cuenta ciertas consideraciones:

3.1-Autonomía de la voluntad en las relaciones de familia.

En los últimos tiempos, comenzó a expresarse una voluntad generalizada tendiente al reconocimiento de una mayor injerencia de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia. En un primer momento tal aplicación se proponía para las relaciones patrimoniales, luego ello se desarrollo de tal modo que se la ha ido incorporando en la índole extrapatrimonial. (Revista de derecho Privado y Comunitario, 2012-3)

La autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia está íntimamente ligada al principio de reserva que consagra el artículo 19 de la Constitución Nacional, y, consecuentemente, a la noción de orden público vigente en una época y una sociedad determinada.(Cordoba, 2013)

En este sentido debemos señalar, que así como existe un derecho constitucional a contraer matrimonio, existe también el derecho a “no casarse” y vivir en una forma familiar diversa. (Pellerini, 2012)

El avance de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia es, sumamente, importante y de tenor delicado, ya que no se debe dejar de tener en cuenta, que se puede incorporar la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia, en tanto y en cuanto, esta no contrarié lo regulado por el derecho de fondo, ya que las reglamentaciones del derecho de familia son de orden público y por lo tanto no pueden ser dejada de lado por las partes, incluso aunque esta fuere se voluntad.

3.2- La Solidaridad Familiar

Se persigue un modelo de unión convivencial, basado en la autonomía personal, que reconozca la responsabilidad y solidaridad personal como limites del propio sistema; el riesgo de un ejercicio anti funcional de los derechos por alguno de los miembros de la

pareja puede provocar un daño en el otro, específicamente en el cese o ruptura de la convivencia. (Lloveras, 2012)

3.3-Convivencia según la doctrina.

En cuestiones de consideraciones sobre las relaciones de hecho, se expone en nuestro país como una causal la ausencia del divorcio vincular, que llevo a una gran cantidad de los denominados “concubinos o adulterinos” a no formalizar legalmente su vínculo por temor a la pérdida de derechos al casarse. La permanencia y la estabilidad de la unión, son las primeras exigencias que resaltan, a desemejanza del matrimonio que produce efectos jurídicos desde el momento de su celebración, sin considerar la duración o perdurabilidad del vínculo. No así, la duración de la convivencia que es una condición pedida de manera inexcusable, por más que varié el tiempo que las leyes computan para así considerarlo. Estos caracteres implican la exigencia entre los concubinos de una verdadera convivencia, por lo cual las personas con notoriedad, es decir a sabiendas de todos, se muestran cumpliendo con deberes que conciernen a una comunidad de vida con apariencia matrimonial, de ahí la fidelidad, asistencia y respeto mutuo que ellos con singularidad se deben guardad. (Vidal Taquini, 2000)

3.4 Tendencia de los proyectos legislativos.

Desde otra óptica, se sostiene que es necesario regular la consecuencia de las convivencias mediante la atribución de derechos-deberes.

Los bienes adquiridos por el hombre o la mujer que se encuentren en un estado aparente de matrimonio durante el lapso de cinco años, como mínimo, se dividirán por iguales entre ellos o sus herederos.

La Legisladora Sonia M. Escudero en representación de la provincia de Salta, ingreso en el año 2004 a la Comisión de Legislación General de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, proponían contar con los siguientes requisitos: mayoría de edad; aptitud nupcial; inexistencia de otra unión de hecho; carencia de relación de parentesco entre los convivientes; y también una convivencia anterior de cinco años.

Como derechos derivados de la unión, preveía:

Locación destinada a vivienda.

Derecho-deber de asistencia: Para el caso de enfermedad o secuelas de las mismas, sobrevenidas durante la convivencia, razón por la cual el conviviente sano debía procurarle los medios necesarios para su tratamiento y recuperación.

Derecho a los gastos de funeral.

Sucesión del concubino: Disuelta de la unión de hecho por muerte de uno de los concubinos, se procederá a la división de los gananciales en la sucesión del conviviente prefallecido. Si no han quedado descendientes ni ascendientes de los concubinos, que han mantenido su unión por un periodo no inferior a los cinco años y cuentan ambos con aptitud nupcial, se heredan recíprocamente.

Respecto de los bienes, establecía que eran bienes comunes: los que transcurridos cinco años de la convivencia sean adquiridos a título oneroso desde el inicio de la relación por cualquiera de los integrantes de la pareja.

Administración de los bienes comunes: puede estar sujeta a uno u otro conviviente.

Pensión por fallecimiento.

Adopción.

Bien de familia. Siempre que la convivencia supere los cinco años.

En lo laboral indemnización por antigüedad.

Indemnización por daño moral.

Indemnización por homicidio. (Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-3)

4. Tipos de convivencia según la propuesta legislativa

Existen dos tipos de uniones. La registrada y la no registrada. Los elementos comunes entre ellas son: de estabilidad y permanencia. El artículo 511 de la registración es “solo a fines probatorios”. Ello implica que la registración no es con fines constitutivos. El artículo 522 establece que “Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda”. Por ello es fundamental para el análisis del sistema normativo esclarecer cual es el bien jurídico que el ordenamiento intenta tutelar. (Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-3)

La convivencia de pareja es una modalidad creciente en los últimos años, que representa –por distintos motivos- una alternativa al matrimonio. Esperemos que algún día el legislador perciba esa realidad para adecuar lo sociológico con lo jurídico. Mientras tanto los convivientes tendrán que seguir recorriendo el largo camino de los procedimientos judiciales cuando pretendan consecuencias jurídicas patrimoniales derivadas de tales uniones. (Solari Néstor E. *Revista La Ley*, 2013 Julio).

5. CARACTERÍSTICAS DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES:

Si bien existen ciertas normas y leyes aisladas, en el derecho argentino no existe, hasta el momento, un régimen legal integral de las llamadas uniones convivenciales.

Sin menoscabo de las distintas aristas y cuestiones que presenta la institución, nos ocuparemos en explicar las características que exige el proyecto para estar en presencia de tales uniones:

Singularidad: uno de los caracteres exigidos para las uniones convivenciales. La unión debe ser monogámica, excluyéndose cualquier otra forma de convivencia. De esta manera, bajo la denominación de uniones convivenciales solamente quedarían incluidas las uniones afectivas de pareja constituida por dos personas. Ello representa un correlato con el matrimonio, en donde la institución queda reducida a la unión de dos personas, excluyéndose la posibilidad de que se trate de uniones afectivas de tres o más personas. (*Revista La Ley*, 2013 Marzo)

Notoriedad: la convivencia en relación de pareja implica publicidad de la relación. La notoriedad significa que la relación no se oculta, a escondidas de la sociedad. ES decir, socialmente deben ostentar tal situación. Sin dicho elemento no podría concebirse la idea de una convivencia en sentido de la ley. La relación debe ser de público conocimiento. Señala Vidal Taquini (2013) que, necesariamente debe haber notoriedad en la relación. En términos gráficos se ha dicho que si bien el concubinato no es matrimonio anómalo, frente a otras uniones reviste características muy peculiares. Para serlo debe “ir de frente y a la luz del día”; de ahí la exigencia ineludible de la notoriedad.

No cabe duda que nos encontramos frente a uno de los caracteres más importantes de la unión.

Estable y permanente: dichos caracteres han sido exigidos desde siempre, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia; se requiere que la unión dure en el tiempo, que sea lo suficientemente continua y prolongada como para llegar a constituirse. La permanencia estará estrechamente ligada a la estabilidad, excluyendo, en consecuencia, la posibilidad de que pueda constituirse si estuviéramos ante una convivencia esporádica y aislada.

Se ha destacado que el concubinato requiere cierta duración y una cierta continuidad de relaciones. Esto es, supone el hábito o, al menos, la frecuencia de las relaciones, de modo tal que alcance a ser duradera.

Explica Vidal Taquini (2013) que la permanencia y la estabilidad de la unión, son las primeras exigencias que resaltan, a semejanza del matrimonio que produce efectos jurídicos desde el momento de su celebración, sin considerar la duración o perduración del vínculo. (*Revista La Ley*, 2013 Marzo)

Indiferencia del sexo de los integrantes de la unión: la convivencia de pareja se constituye con la unión de dos personas, independientemente del sexo de cada uno de sus integrantes. Por ello, quedan incluidas tanto las heterosexuales como las homosexuales. (*Revista La Ley*, 2013 Marzo)

5.1- Requisitos.

El reconocimiento de los efectos jurídicos requiere que los dos integrantes sean mayores de edad y no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en cualquiera de los grados, ni colaterales hasta el segundo grado, ni por afinidad en línea recta. Que tampoco tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera

simultánea. La convivencia debe mantenerse durante un periodo no inferior a los dos años. (art 510).(Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-3)

5.2- Prueba de la unión.

Se establece la registración de la unión como así también de su extinción y de los pactos, si se hubiesen celebrado. La inscripción se efectúa en el registro de uniones con vivenciales que corresponda a la jurisdicción local y es solo a los fines probatorios (art. 511), siendo la inscripción prueba suficiente de su existencia, no obstante la unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba (art. 512). Al respecto es de interés poner en la consideración que este artículo se relaciona con el artículo 511, que regula la inscripción en el mencionado registro solo a los fines probatorios. Ello requiere análisis juntamente con el artículo 522 que limita los derechos de dominio del conviviente propietario si la unión convivencial ha sido inscripta. (Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-3)

5.3 “El derecho sobre la vivienda como derecho fundamental en el proyecto de reforma”

Se define vivienda al “lugar físico en que de modo permanente la familia desenvuelve su realidad cotidiana. Es el sitio en que la familia concreta su existencia, el lugar determinado que ocupa y que se destina a la vida familiar”.⁸

El proyecto otorga al derecho a la vivienda un lugar primordial dentro de su articulado, como un derecho humano básico esencial en coincidencia con lo que establece la Constitución Nacional y los diferentes Tratados de Derechos Humanos.

⁸Lloveras, Nora, La protección constitucional de la vivienda familiar, La Ley 1993–E–812

La regulación de la protección de la vivienda en las uniones con vivenciales hace notablemente al derecho a la igualdad de todos los habitantes y la necesidad de un Código para una sociedad multicultural. (Santagelo, 2013)

Según la Suprema Corte de Buenos Aires, “la Construcción heterogénea de los distintos modelos familiares reconocida en Tratados y en artículos de la Constitución, el concepto amplio de familia es el que impera en el ordenamiento jurídico. Vale decir, el principio protectorio de la familia debe receptor este pluralismo familiar. De lo contrario, en la aceptación de un único arquetipo, el matrimonio, como paradigma a ser imitado por los restantes modelos familiares, se dejaría sin protección y sin respuesta a una serie de relaciones afectivas con características que ameritan una regulación específica.”⁹

Dice el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que el proyecto establece en su esencia los mismos institutos de protección de la vivienda para el caso de tratarse de una familia matrimonial o de las uniones convivenciales (registradas). (Santagelo, 2013)

La importancia de la protección de la vivienda familiar resulta tal, que se prevé en el art. 513 que para el caso que los convivientes realizaran un pacto de convivencia, no podrán dejar sin efecto la protección del art. 522.

Sostiene la doctrina que el fundamento de esta restricción reside en la protección del principio de solidaridad familiar. (Pellegrini, M. Victoria, 2013)

El derecho a la vivienda es parte del elenco de derechos a que integran la regla de reconocimiento constitucional argentina y debe ser garantizado a todas las personas, más allá de la forma de vida por la que han optado.

⁹SCBA fallo C97295 21/03/2012, autos “N., M.D. y otra. Adopción plena”, B3901803.

5.4- Consecuencias de la registraci3n.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas despu3s de la inscripci3n de la uni3n, excepto que hayan sido contraídas por ambos o por uno de ellos con asentimiento del otro.

Resulta de ello el car3cter constitutivo de efectos jur3dicos que posee la registraci3n, en contra de norma de id3ntica jerarquía contenida en el art3culo 511. (Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-3)

CAPITULO IV
ANALISIS DEL PROYECTO DEL CODIGO CIVIL Y
COMERCIAL DE LA NACION

Capítulo IV: Análisis del Proyecto del Código Civil Y Comercial de la Nación.-

En este capítulo se podrá valorar el proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en relación, a lo que el mismo propone, como solución al vacío legal con el que actualmente se enfrentan las uniones convivenciales, brevemente se describirá, el tratamiento que el mismo le proporciona al tema y su comparación, con el sistema legal vigente y se nombraran los múltiples sistemas vigentes en torno al tratamiento de las uniones convivenciales.

1. ANALISIS COMPARATIVO DEL C.CIVIL ACTUAL CON EL PROYECTO DE REFORMA DEL C.C.C

1.1 Artículo 3573 bis Código Civil: *“Si a la muerte del causante este dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias”.*

1.1.2 Artículo 2383 del nuevo Proyecto del Código Civil: *“Derecho real de habitación del cónyuge supérstite”. “El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble del causante, que constituyo el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante”.*

Como primer punto el nuevo artículo le concede, de pleno derecho, esta protección habitacional, obviamente, siempre que se encuentren los requisitos previstos en dicha norma, modificando el régimen actual donde es necesaria su petición concreta antes de consentir la partición o venta del bien. Ello es así pues, el derecho real de habitación no opera ipso iure como consecuencia del fallecimiento del autor de la sucesión, sino que requiere la petición expresa del cónyuge superviviente antes de consentir, en el proceso sucesorio, cualquier acto que suponga incompatibilidad con la conservación del inmueble. Se trata de una exigencia que impone la buena fe que debe gobernar las relaciones jurídicas y a la que no escapa el ejercicio de las facultades reconocidas en la ley que aun no se han consolidado en derechos adquiridos.

Otra modificación sustancial contempla el bien al cual debe sujetarse el derecho real, refiriéndose a él como “inmueble propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal”. En este sentido, el nuevo articulado elimina la exigencia de que se trate de un solo inmueble habitable que reza el actual 3573 bis, y que dió lugar a numerosas interpretaciones jurisprudenciales respecto del alcance de los términos “único” y “habitable”, pues no quedaba claro si el requisito exigido era la existencia de un “único inmueble” o se podía invocar este derecho cuando existían varios bienes y solo uno de ellos estaba en condiciones de ser habitado.

Un punto importante se refiere a la aclaración de que dicho inmueble no debe encontrarse, a la apertura de la sucesión, en condominio con otras personas. El agregado intenta llenar el vacío legal cubierto por la jurisprudencia en relación a la inoponibilidad del derecho a cualquier tercero propietario de una porción de este bien, aunque sea pariente del causante, toda vez que los mismos son ajenos a la relación jurídica sucesoria a quienes no

se les puede obligar a soportar la desmembración del dominio en la totalidad del bien en el que participan en una parte indivisa, pues de otro modo verían disminuido, sin fundamento alguno su derecho de propiedad.

Finalmente el artículo 2383 incorpora en su parte final la inoponibilidad de este derecho viudal a los acreedores del causante.

Uno de los aspectos eliminados del nuevo artículo 2383 se refiere a la exigencia del actual 3573 bis que la estimación del inmueble sujeto al derecho real de habitación, “no sobrepase el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia”

Otro de los puntos excluidos en el proyecto es el supuesto de extinción del derecho en caso de matrimonio del supérstite. Esta causal encontraba su justificación en la protección al viudo que deja de otorgarse cuando este ha decidido formar nueva familia, situación extendida por algunas opiniones doctrinarias: al viudo o viuda que viviere en concubinato por entender que interpretarlo de otra forma se fomentaría mantenerse en esta situación para evitar la previsión legal. (Rivera, 2012).

El estudio del Derecho exige asumir una actitud tolerante y receptora de los cambios continuos que se suceden en la sociedad posmoderna que nos comprende, donde se antepone la protección de la persona en su unicidad y en su relación con los demás. (Rivera, 2012)

2. EL PROYECTO EN LAS UNIONES CONVIVENCIALES:

En este marco, se instala el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial cuyo contenido se encuadra en la doctrina internacional de derechos humanos.

El Proyecto capta a las uniones convivenciales con un criterio que además de preservar la autonomía de sus miembros, comprende un conjunto de mínimos que refieren a derechos fundamentales. (Rivera Pág. 372)

El capítulo 4 del Proyecto de C.C.C de la Nación indica los supuestos de Cese de la Convivencia:

Artículo 523: La unión convivencial cesa:

Por la muerte de uno de los convivientes;

Por sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes;

Por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros;

Por matrimonio de los convivientes;

Por mutuo acuerdo;

Por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro;

Por el cese durante un periodo a UN (1) año de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.

Al igual que en el matrimonio, las causales responden a circunstancias o hechos ajenos a las partes o por el actuar autónomo de ambos o de uno. (Rivera, Pág. 384)

Artículo 524: Compensación Económica...

El Proyecto refiere a la compensación económica, cuando se constate un desequilibrio manifiesto que implique un empeoramiento de la situación económica de algunos de los convivientes con causa adecuada a la convivencia y su ruptura; tendrá derecho a una compensación que consistirá en una prestación única o en una renta por tiempo determinado que no podrá ser mayor a la duración de la unión convivencial. (Rivera, Pág. 385)

Artículo 525: Fijación Judicial de la compensación económica. Caducidad.

El juez en el marco de los requisitos que expone el artículo determinará la procedencia y monto de la compensación económica correspondiente. La acción para reclamar la compensación económica caduca a los SEIS (6) meses de haberse producido cualquiera de las causas que se enumeran en el art. 523. (Rivera, Pág. 385)

Artículo 526: Atribución de la vivienda. El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los supuestos:

Si tiene a cargo el cuidado de hijos menores de edad o con discapacidad;

Si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

El plazo no puede ser mayor al que hubiera durado la convivencia, con un máximo de DOS (2) años desde que se produjo el cese....

Cuando se vincula este enunciado con lo dispuesto para el matrimonio, surge que todo cónyuge tiene el derecho de pedir el uso de la vivienda familiar sin limitaciones. (Rivera, Pág. 386)

3. UNIONES CONVIVENCIALES. SISTEMAS VIGENTES

Se observan diferentes criterios para regular las uniones convivenciales que pueden agruparse en sectores definidos:

a) *Sistema de equiparación*: cuando se asimila a la convivencia de pareja con el matrimonio en todos sus efectos jurídicos, siempre que se encuentren reunidos los requisitos exigidos por cada legislación en particular. Participan de esta tendencia países que en respuesta a sus rasgos sociológicos, culturales y económicos cuentan con una estructura social donde la mayoría de las parejas que conforman familias no encuentran su origen en la unión matrimonial, sino en una convivencia que en el plano de lo factico se visualiza como un aparente matrimonio.¹⁰

b) *Sistema abstencionista*: cuando la norma desconoce a la convivencia de pareja, quedando así al margen del derecho. (Rivera, 2012)

c) *Sistema proteccionista*: muchos de los países que se ubican dentro del sector abstencionista, flexibilizaron con el tiempo su posición rígida al reconocer distintas formas de vivir en familia. Esta apertura derivó en el surgimiento de este un sector intermedio que recibe el nombre de “proteccionista”, por reconocer ciertos derechos, sin que este avance implique la asimilación de la unión convivencial al matrimonio. (Rivera, 2012)

d) *Sistema de pactos*: el estado admite pactos, brindando protección y publicidad, siempre y cuando no afecte los principios fundamentales del Derecho interno.

¹⁰Famá, Maria Victoria, “Convivencias de parejas: aportes para una futura regulación”

Al presente nuestro país muestra la particularidad de que si bien no cuenta con un régimen orgánico sobre uniones convivenciales y esto conduce en el sector abstencionista, se avanzó en el reconocimiento de ciertos efectos específicos contenidos en normas especiales, como: protección contra la violencia familiar, régimen de locaciones urbanas, régimen de regularización dominial, régimen laboral, régimen de jubilaciones y pensiones, régimen de trasplante de órganos. Se suman efectos reconocidos en el marco de la labor judicial, como: reparación del daño material y moral como consecuencia de la muerte de uno de los convivientes; distribución de los bienes adquiridos durante la convivencia; adopción conjunta de convivientes; protección de la vivienda familiar. (Krasnow, 2012)

Estas situaciones quedan superadas en el Proyecto de reforma, tal como lo tratado en el punto 2 del presente capítulos en torno a la protección familiar.

CAPITULO V

EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CONVIVIENTE SUPERSTITE, ANÁLISIS DEL DERECHO PROYECTADO Y UNA PROPUESTA PARA SU MEJORA

Capítulo V: El derecho real de habitación del conviviente, análisis del derecho proyectado y una propuesta para su mejora.-

Este último capítulo del trabajo final de graduación, abordara específicamente el tratamiento que, el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, le brinda al derecho real de habitación del conviviente, se realizara, un análisis exhaustivo del mismo y se propondrá un nuevo derecho a la vivienda del conviviente, basado en la asistencia y la solidaridad, finalizando con una breve mención ilustrativa, del tratamiento que se le da en el derecho comparado.

1. EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN Y LAS UNIONES CONVIVENCIALES:

El art. 3573 bis, del C. Civ. Le reconoce el derecho real de habitación de manera exclusiva al cónyuge superviviente, este derecho se le otorga en virtud de la posición de heredero forzoso de la que goza el cónyuge, calidad que , como ya fue explicada en el presente trabajo final de graduación, no se encuentra presente en la figura de conviviente sobreviviente. Además es importante tener en cuenta que, en nuestra legislación la categorización de un bien como “societario cuasiconyugal” es inexistente, ya que la relación concubinaria no puede asimilarse al matrimonio. (López Mesa 2012,).

En general, la extensión de los derechos nacidos de las uniones convivenciales, se han ido generando por vía de la modificación de ciertas normas y no mediante un tratamiento legislativo específico del conflicto. Por leyes se acordaron a los convivientes, derechos como: previsionales (ley 23.573), la facultad de continuar la locación luego de la muerte o abandono del concubino locatario (ley 23.091 art.9), la protección contra la

violencia familiar (ley 24.414), y algunas prerrogativas en materia laboral (ley 20.744, art. 248),entre otros.

Ahora bien, es importante destacar que la jurisprudencia de la República Argentina ha reconocido, que cuando dos personas conviven de un modo estable y regular como marido y mujer, constituyen una comunidad espiritual y material, en la que aportan esfuerzos y colaboración recíprocos, que en poco se diferencian con la vida matrimonial. Así, la muerte de algunos de ellos produce - entre otros efectos- repercusiones económicas disvaliosas al sobreviviente, en razón de la privación de la asistencia que la ley aborda.¹¹

2. EL DRECHO REAL DE HABITACION EN EL DERECHO PROYECTADO

El derecho proyectado regula en su art. 527, la 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 (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 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 esta.

¹¹T.S.J. CBA.08/08/1997 DE Guzman Daniel R. – Ley Online :AR/JUR/2098/1997

He aquí, la regulación propuesta en cuanto al derecho a la vivienda que le asistirá, al conviviente sobreviviente, dentro del marco del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, pudiendo destacarse, en relación al mismo, una serie de conceptos que resultan confusos, amén de la insuficiente solución que se le intenta dar al conflicto que se suscita ante el fallecimiento de uno de los convivientes y a la escasa protección que se le otorga a la figura del conviviente supérstite.

Ahora bien, de dilucidar aquellos conceptos que resultan confusos y poder finalmente exponer una propuesta acabada de UN NUEVO DERECHO QUE EXTIENDE LA TEMPORALIDAD Y PROTEGE LA VIVIENDA DEL CONVIVIENTE, como un derecho humano, basado en la asistencia y solidaridad que hoy deben primar en las relaciones de familia.

3. ANÁLISIS DEL ART 527 DEL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN :

Si se analiza detalladamente lo reglamentado, por el mencionado proyecto, se pueden encontrar una serie de conceptos que no resultan del todo claros.

El derecho proyectado regula, que *“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 (2) años....”* Establece que se puede invocar un derecho real de habitación gratuito, con un plazo máximo de dos años como máximo, sobre el inmueble de propiedad del causante y siempre que la unión convivencial haya sido por un plazo igual o superior al mencionado periodo.

El proyecto prevé el caso de atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los miembros de la unión en el art. 527.

La protección funcionara cuando el conviviente supérstite carezca de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a esta, que se trate de un inmueble de propiedad del causante en su totalidad- sin que exista condominio con otras personas- y que haya sido la última sede del hogar familiar.

No debe confundirse que el derecho sea conferido ministerio legis, con que opere ipso iure. En la actualidad el derecho real de habitación del cónyuge supérstite es concedido ministerio legis pero debe ser invocado, no opera de pleno derecho. En efecto, si el conviviente guarda silencio, la invocación tardía de su derecho – no declarado ni registrado- no puede oponerse ante el comprador en pública subasta.

El real derecho conferido por el art.527, del proyecto, es gratuito pero, a diferencia del derecho real de habitación que se le confiere al cónyuge supérstite, el cual es vitalicio, este se encuentra sujeto a un plazo máximo de dos años, por lo tanto es importante resaltar que se trata de un derecho eminentemente temporario, en contraposición con aquel, que es perpetuo, esto tiene una justificación que resulta lógica, y es que si bien ambos derechos son concedidos, tras la muerte del causante a la persona que mantenía una vida marital, con el mismo al momento en que operó su muerte, y que se encuentra en una situación de imposibilidad de acceder a una vivienda digna, estos derechos tienen un génesis diferente.

Mientras que el derecho que se le confiere al cónyuge supérstite, se justifica en que éste, es un heredero forzoso del causante, y por lo tanto tiene vocación hereditaria, por tal motivo, el inmueble se le concede en forma vitalicia, haciendo uso de la porción disponible

del patrimonio del difunto, y si este lo excediere, se sirve de la porción legítima que le corresponde al cónyuge, de esta forma, no se conculcan las legítimas del resto de los herederos y no se vulnera el orden hereditario regulado por el ordenamiento jurídico vigente.

En contraposición con el derecho descrito ut supra, el derecho real de habitación del conviviente, tiene su génesis, en los derechos humanos, en un derecho netamente asistencialista, y con fundamento en la solidaridad, que debe imperar en las relaciones de familia, puesto a que el conviviente sobreviviente, carece de todo tipo de vocación hereditaria, y por lo tanto, no goza de ninguna porción legítima, motivo por el cual, se le concede la habitación del inmueble, que fue asiento del último hogar familiar, en forma temporaria, a los fines no conculcar las porciones legítimas de los herederos forzosos que pudiesen existir, y de esta manera no alterar el orden hereditario establecido por la ley, de esta forma se protege el patrimonio del causante, que a partir del momento en que opera la muerte se trasladó en cabeza de sus herederos, y se intenta brindar asistencia social, al conviviente por un determinado tiempo, que a la luz de muchos es un periodo un tanto breve, pero la realidad es que esta es la solución que hoy por hoy plantea el Proyecto de reforma del código Civil y Comercial de la Nación, y se da en consonancia con la legislación comparada que reconoce este derecho sujetándolo a un tiempo determinado.

Resta preguntarse qué sucede según el derecho proyectado con este derecho frente a terceros si el mismo, resulta oponible, en qué términos y con que alcance, el artículo establece que...“ *Este derecho es inoponible a los acreedores del causante...*” del tenor literal del texto del art 527, claramente se trasluce, que este derecho, no puede invocarse, ni oponerse frente a terceros, que sean acreedores del causante, es decir, que ellos pueden

servirse y ejecutar el inmueble que fue asiento del último hogar familiar, a los fines de satisfacer sus acreencias, en desmedro del conviviente que habita en él, aun antes de que expire el plazo fijado por ley, aun frente a la concesión que el mismo art. hace al conviviente del derecho de habitar en él.

Finalmente 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...“*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 esta...*” se amplía el espectro de motivos que ponen fin al derecho del conviviente, ya que el único motivo regulado por el art. 3573 bis, es que el cónyuge supérstite, pierde su derecho real de habitación, en el caso que contrajere nuevas nupcias, y esto es lógico ya que como fue mencionado, con anterioridad el germen de este derecho es el carácter asistencial del mismo, tal, que si la necesidad del conviviente cesa y este tiene la posibilidad de acceder a una vivienda digna, el derecho de habitación que le fue concedido con tal carácter cese también, pese a que no se haya expirado el plazo máximo fijado por ley.

4. DERECHO A LA VIVIENDA DEL CONVIVIENTE: EXTENSIÓN DEL PLAZO:

En la actualidad, las uniones convivenciales, cumplen un papel muy importante en la constitución de las familias modernas, y un gran número de estas, comienzan o perduran en el tiempo como una unión convivencial, incluso se perpetúan en el tiempo bajo esta forma de unión, luego de la llegada de los hijos y hasta de los nietos. Puede ocurrir

entonces, que mientras se mantiene esta situación de hecho, uno de los convivientes deje de existir, quedando el sobreviviente en una total desprotección bajo un total desamparo, tanto frente a los herederos que el causante pudiera tener como frente a terceros.

Es por esto que resulta sumamente importante la inminente regulación de derechos y garantías para este tipo de uniones convivenciales, de este modo también, ha sido interpretado por el Poder Legislativo de la República Argentina, y en consecuencia es que el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, le ha dado un especial tratamiento al tema.

Ahora bien, en cuanto a lo que específicamente se refiere, al derecho real de habitación que se le regula al conviviente, ya se ha profundizado, en los puntos, 2 y 3 del presente capítulo deficiencias que el mismo presenta, por tal motivo, se propone la incorporación de lo que vendría a ser una mejora al derecho real de habitación del conviviente que sobrevive, concebido ésta como un derecho autónomo e independiente que se le conceda al mismo, el cual encuentra su origen, en los derechos humanos, un derecho de asistencia, y absolutamente diferente al derecho real de habitación del cónyuge superviviente, regulado por el Art. 3573 bis. Basando este nuevo derecho, en gran parte en la propuesta que brinda el derecho proyectado, y tomando ciertas modalidades de la Legislación Uruguaya, de manera tal que se debería tomar, la temporalidad como elemento esencial.

En cuanto a la misma, si bien es correcta a los fines de no darle el mismo tratamiento al conviviente, que al cónyuge superviviente, en razón de sus orígenes diferentes y para evitar conculcar las porciones del patrimonio del causante que le corresponden a los

herederos legítimos, ésta se debería dar, en cuanto a su ámbito de aplicación, convivencia ininterrumpida por plazo de 5 años como presupuesto de admisibilidad para entrar en régimen, a sí mismo y de acuerdo a las circunstancias del caso en particular, si se tratare de una persona mayor de 60 años de edad (sin medios propios suficientes para asegurar su vivienda) o que padezca una enfermedad grave e irreversible, la temporalidad de su derecho podría extenderse, de la siguiente manera:

Se debe considerar específicamente para esta extensión de los plazos, que haya convivido al menos durante los últimos diez (10) años en forma ininterrumpida, se extenderá a lo previsto en el artículo 3573 bis actual (art.2383 del proyecto del C.C.C) siempre y cuando dicho bien fuere propio del causante o de la unión convivencial. De esta forma, si bien se estaría privando a los herederos legítimos de ese bien inmueble, que forma parte del patrimonio del causante y por lo tanto de su porción legítima, se estaría salvaguardando, de una manera más acabada, al conviviente que se encuentra en una situación particular.

Todo esto teniendo en cuenta que hay innumerables uniones convivenciales, que se mantienen, por más de 10, 20 y hasta 30 años, ya que es una elección de vida y de familia que cualquier ciudadano libremente puede elegir.

5. EL DERECHO COMPARADO:

5.1 Derecho Uruguayo

A los efectos de la Ley 18.246 de Unión Concubinaria, se considera unión *concubinaria* a la situación de pareja en convivencia con por lo menos cinco años de unión ininterrumpida, y heredan hasta el tercer grado en la *línea* descendente, *ascendente* o

colateral, declarada la apertura legal de *la sucesión* de uno o ambos *concubinos*, con respecto de los *descendientes* comunes del causante y el *concubino* supérstite, tal como se verá en la promulgada Ley. Existiendo cónyuge supérstite, concurrirá con el concubino, integrando la misma parte, y en proporción a los años de convivencia.

Asimismo, si se tratare de una persona mayor de sesenta años de edad sin medios propios suficientes para asegurar su vivienda, que haya convivido en concubinato al menos durante los últimos diez años en forma ininterrumpida, tendrá derecho real de uso y habitación previsto en los artículos 881.1 al 881.3 del Código Civil, siempre y cuando dicho bien fuera propio del causante o común de la unión concubinaría.

Los derechos reales de habitación y de uso se imputarán a la porción disponible, en el supuesto de que ésta no fuera suficiente, por el remanente a las legítimas de los descendientes comunes del causante y el concubino supérstite. Estos derechos no afectarán las legítimas de otros herederos forzosos, ni las asignaciones forzosas de otros beneficiarios.¹²

5.2 Derecho Francés

El legislador francés mantuvo por mucho tiempo la idea de excluir de efectos legales la unión de hecho de personas que voluntariamente se situaban fuera de la institución del matrimonio. Esta renuencia y resistencia ante las diversas propuestas presentadas para dar “una respuesta flexible a las evoluciones de la sociedad y de las parejas” –desde los años 80, con el “pacto de interés común”– puede explicarse por el carácter de constitucionalidad que rodea a la forma única de matrimonio civil en Francia.

¹² Fuente: <http://www.parlameto.gub.uy/websip/lisficha/fichaap.asp>

A través de la Ley N° 99-944 del 15 de noviembre de 1999 se modifica a otras leyes, mayormente al Código Civil francés al cual le agrega a su libro I un título XII denominado: “Del Pacto civil de solidaridad y del concubinato”, dividido en dos capítulos. El Capítulo 1° está dedicado al pacto civil de solidaridad y el Capítulo 2° al concubinato.

Concubinato: El artículo 3° de la ley define el concubinato como una unión de hecho caracterizada por una vida común, singularizada por su estabilidad y continuidad, entre dos personas, de sexo diferente o del mismo sexo, que viven en pareja. Esta disposición pone término con el talante discriminatorio de la jurisprudencia gala que había excluido de la noción de concubinato a las parejas homosexuales declarando: “El concubinato no puede derivarse sino de una relación estable y continua que tiene la apariencia del matrimonio, entonces, entre un hombre y una mujer.”¹³

¹³ Fuente: http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro292.pdf

CONCLUSION

1. Conclusión:

Al llegar al final, de este trabajo de graduación, y conforme a lo analizado, estudiado e investigado sobre el concepto, alcance, requisitos y ventajas correspondientes al derecho real de habitación del cónyuge supérstite; como así también después de reiterados análisis, al Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial, a las doctrinas sugeridas respecto a este instituto y el derecho comparado, concluyo en primera instancia; adhiriéndome a la línea de pensamientos de los autores que exponen, que el *Derecho Real de Habitación del conyugue supérstite*, regulado por el art.3573 bis es un derecho que debe ser respetado por los coherederos, asumiendo la carga asistencial que ello implica, sin privar al sobreviviente de este derecho tan necesario como es la vivienda y que además este deriva de la calidad de heredero forzoso que reviste al cónyuge supérstite y como consecuencia de esto, no perturba en forma alguna al régimen sucesorio del Derecho Argentino vigente.

En este sentido el presente Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, reúne una clara evolución legislativa, regulando el derecho real de habitación para el conviviente supérstite en pos de la autonomía de la voluntad la cual nos conecta con el derecho de familia focalizada en la protección de la persona como un sujeto autónomo y libre, y la solidaridad familiar que permite un juego armónico y equilibrado entre orden público y la autonomía de la voluntad.

De todas formas considero, es necesario destacar la importancia de una revisión legislativa que modifique el contenido –dentro del Proyecto- respecto al derecho real de habitación al conviviente supérstite estableciendo una temporalidad más extensa en

atención a las a ciertas circunstancias que pueden suscitarse, como ser la edad, del conviviente, la salud del mismo entre otras.

Y concluyo el mismo, destacando que de todo lo expuesto es menester aclarar la diferencia existente entre el derecho real de habitación del cónyuge supérstite y el conviviente sobreviviente, ya que el primero, tienen carácter *vitalicio y opera por ministerio de la ley* y el segundo es un derecho *gratuito y temporario que el supérstite puede invocar*.

En este sentido se debe tener presente que la unión convivencial no genera derecho sucesorio en el supérstite, a diferencia del matrimonio, en el cual el cónyuge no solo es heredero, sino también legitimario.

Sin más sólo resta remarcar la profunda gratificación que me generó realizar el presente trabajo final de graduación y el enriquecimiento que el mismo me ha dejado, tanto en el ámbito jurídico, como lingüístico, legislativo y cultural.-

BIBLIOGRAFIA

Doctrina:

- BORDA Guillermo A (2008). *Tratado de Derecho Civil – Sucesiones* (9ª.ed). BS. AS - Argentina : Talleres Graficos "LA LEY" . Tomo I Y II.
- DE OLIVERA Juan Jose. *Derechos Sucesorios.*: LA LEY ONLINE, 2010.
- RIPERT BOULANGER (1965). *Tratado de Derecho Civil, Según tratado de Planiol*. BS.AS - Argentina: Talleres Grafico: “LA LEY”.- Tomo X 1er y 2do Volumen.
- GOYENA COPELLO Héctor R. (2007). *Tarata del Derecho de Sucesión* (2ª.ed). BS.AS. – Argentina. Talleres Gráficos “LA LEY” – Tomo I y II
- BORDA Guillermo A. *Tratado de derecho Civil Argentino*. Familia, tomo 1. 5º Edición Actualizada. Buenos Aires. Editorial Perrot. 1973.
- BELLUSCIO Augusto Cesar (1972). *Nociones de Derecho de Familia*: Talleres gráficos M. A Derossi y Cía. S.R.L – BS. AS. Argentina.
- BORGONOVO Oscar (1980). *El concubinato en la legislación y jurisprudencia*. – Argentina – Editorial Hammurabi.
- ZANONNI Eduardo A. (1974). *Derecho de las Sucesiones* . Talleres graficos Minerva – Bs.As. Argentina.
- ZANONNI Eduardo A. (2008). *Derecho de las Sucesiones*. (5º ed.) Bs. As. Editorial Astrea . Tomo II

- BELLUSCIO Augusto Cesar (1975). *Vocacion Sucesoria* . Talleres graficos Garamond – Bs.As. Argentina.
- TORRADO Susana. (2013). *Historia de la familia Argentina moderna*. Ed. La Flor- Bs. As. Argentina.
- FERRER Francisco (1997). *El proyecto de reforma sobre uniones de hecho*.Ed. Astrea- Bs. As. Argentina.
- CORDOBA Marcos M.(2013). *Uniones Convivenciales en el Codigo Civil y Comercial de la Nacion*.Ed. Rubinzabal- Bs. As. Argentina.
- **Jurisprudencia:**
- CAMARA NACIONAL DE APELACIONES en lo CIVIL y COMERCIAL, sala C (CNViv) (Sala C) -2005/10/28- D.f J.O **s/suc.Tiene el concubino Proteccion de la vivienda asiento del hogar. Martinez Nory Beatriz** - s.l. : la Ley Online Exclusivo, 1998.
- CAMARA NACIONAL DE APELACIONES en lo CIVIL, sala A- Director MARIANI DE VIDAIL Marina.*Analisis jurisprudencial Derechos Reales - Nota de Graciela Moreda*. s.l. : LA LEY , 2002- Cita Online: AR/JUr 378/1985
- "GRECO ROSARIO", CAMARA NACIONAL en lo CIVIL SALA E- 1982/03/29. *Analisis Jurisprudencial*. s.l. : La Ley online, 2002.
- Juzgado de 1a inst. en lo Civil y Comercial, de Conciliacion y de Familia de Dean Funes - CARRANZA Ramon. s.l. : LA LEY, 1998.Cita online: AR/JUR/ 2683/1997

- CAMARA de APELACIONES en lo CIVIL Y COMERCIAL y de FAMILIA de la 1ra Nom. De Rio.. Cita online: AR/JUR/982/1994
- LOPEZ MESA Marcelo J. (2012). SISTEMA DE JURISPRUDENCIA CIVIL. BS. AS. –Argentina: talleres gráficos “LA LEY” S.A. – Tomo IV
- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CORDOBA Sala Penal. GUZMAN Daniel R. 08/08/1997 – CITA ONLINE : AR/JUR/2098/1997
- CAMARA de APELACIONES en lo CIVIL y COMERCIAL de 3ª Nom. De Córdoba. Cita online: AR/JUR/40372/2011

Legislación:

- Código Civil Argentino: Artículos: 3592; 3573 Bis.
- Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.
- Santos Cifuentes (2008). *Código Civil Comentado y Anotado*. (2º.ed). Bs. As. - Argentina: Talleres Gráficos “LA LEY – TOMO V

Libros:

- Yuni José Alberto y Urbano Claudio (2003). *Recurso Metodológico para la preparación de una Tesis*: (Pág. 43, 47 y 62).Argentina - Brujas.
- Julio Cesar RIVERA (2012). *Comentarios al Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación* - Argentina - Editorial Abeledo Perrot. Talleres gráficos La Ley.

Revista Especializada:

- SOLARI Néstor E. (2011, 2013). *Revista Jurídica de Derecho de Familia y de las Personas LA LEY*. Ed. La ley.
- UCES (2013). Revista Jurídica “*La protección de la vivienda familiar en las uniones convivenciales*”.
- Revista de Derecho Privado y Comunitario (2012-3) *Proyecto del Código Civil y Comercial*. Tomo I. Ed. Rubinzabal- Culzoni – Bs. As. Argentina

