

## LA EXCLUSIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE A PARTIR DE LA VIGENCIA DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

**Autora:** Jorgelina Guilisasti\*

### **Resumen:**

*Si un cónyuge muere a partir de la vigencia del CCyC: a) la exclusión prevista en el art 2436 (matrimonio in extremis) no opera cuando el matrimonio fue precedido por una convivencia, con los requisitos del Título III del L II, si el matrimonio se celebró antes del 1º/08/2015 b) los cónyuges que conservaban la vocación hereditaria por encontrarse separados personalmente (art. 3574 C.C.) la pierden por aplicación del art. 2437 si la muerte se produce a partir del 1º/08/2015 c) los cónyuges que se encuentran separados de hecho pierden la vocación hereditaria. Interpretación de las causales: a) la exclusión en caso de matrimonio in extremis (art 2436) no opera sólo cuando el matrimonio fue precedido por una unión convivencial; queda excluido otro tipo de unión b) los cónyuges separados de hecho pierden la vocación hereditaria; corresponde al supérstite probar que no se encontraban separados*

### **1. Introducción**

Este trabajo comprende las causales de exclusión referidas sólo al cónyuge supérstite, dejando de lado a la indignidad, que alcanza a todos los sucesores *mortis causa*.<sup>1</sup>

Este sistema propio de la vocación hereditaria conyugal fue legislado en los artículos 33573, 3574, 3575 y 3576 del Código de Vélez Sarsfield, que ha tenido una evolución desde su entrada en vigencia hasta su derogación en tres etapas:

Primera etapa: desde la vigencia del Código Civil (1º/01/1871) hasta la ley 17711

Segunda etapa: desde la vigencia de ley 17711 (1º/07/1968) hasta la ley 23515

Tercera etapa: desde la ley 23515 (21/06/ 1987) hasta la derogación del código civil (31/07/2015)

Dentro de esta secuencia corresponde señalar: la incidencia del art. 31 de la ley 14394 hasta el 1º/03/1956 y la ley 23264, que comenzó a regir el 1º/11/1985.

---

\* Profesora Adjunta ordinaria Derecho Civil VI - FCJS – UNL

Profesora Protitular Derecho Sucesorio – Facultad Teresa de Avila – UCA

Profesora Adjunta ordinaria Introducción al Derecho Privado – FCE - UNER

<sup>1</sup> Zannoni distingue entre condiciones de eficacia (o ineficacia) y ausencia de vocación, “Derecho de las sucesiones”, 4ª. ed. T 1, p. 156

En la primera etapa, los cuatro artículos mantuvieron su redacción, debiéndose adecuar las causales de exclusión previstas en el art. 3574 a los divorciados vincularmente en virtud de la ley 14394.

En la segunda etapa, se modifican los cuatro artículos con diferentes alcances. Se reemplazan los textos de los artículos 3573 y 3576, y se incorporan los segundos párrafos a los artículos 3574 y 3575. Además, se deben tener en cuenta los artículos 71 bis y 67 bis de la ley 2393, referidos a las causales de divorcio no vincular. Por otra parte, el artículo 3576 es modificado por la ley 23264.

En la tercera etapa, se reemplazan los textos de los artículos 3574 y 3575.

## **2. Breve reseña anterior a la vigencia del CCyC.**

Del análisis de las causales de exclusión en el código derogado, surge que se excluía al cónyuge superviviente: a) por muerte debida a la última enfermedad del cónyuge prefallecido; b) por divorcio (no vincular o vincular); c) por separación de hecho sin voluntad de unirse; d) por concurrencia con descendientes, en los bienes gananciales.

### *2.1 Matrimonio in extremis*

La evolución legislativa refleja la vigencia de dos redacciones referidas a esta causal.

En la primera etapa, la redacción del artículo 3573 según la ley de Fe de Erratas fue la siguiente: “La sucesión deferida al viudo o viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes”.<sup>2</sup>

En la segunda etapa, el texto dado por la ley 17711, expresaba: “La sucesión deferida al viudo o viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiese celebrado para regularizar una situación de hecho”.

A partir de esta redacción, la causal de exclusión operaba exigiendo requisitos objetivos y subjetivo. Los primeros consistían en: a) la enfermedad con riesgo de muerte padecida por el difunto al momento de celebrarse el matrimonio; b) la relación de causa a efecto entre la enfermedad y el deceso; c) la muerte dentro del plazo legal de treinta días desde la celebración<sup>3</sup>. El requisito subjetivo era el conocimiento de la enfermedad por el superviviente<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Mendez Costa critica la supuesta redacción “aclaratoria” de la ley de Fe de Erratas por considerar más correcta a la originaria del Código Civil (*La exclusión hereditaria*, 2ª. ed. act., 2009, p.52)

<sup>3</sup> Clasificación que elabora Poviña, citado por Mendez Costa, op.cit. p.55 y Ferrer en Código Civil anotado dirigido por Llambías y Mendez Costa, TV-B, 1992, p. 381

<sup>4</sup> En este elemento coincide gran parte de la doctrina (Azpíri, Medina, Mendez Costa, Ferrer, Goyena Copello)

La intención de captar la herencia, es presumido por la ley y se deduce de los elementos descriptos en el párrafo anterior. Asimismo, hay una condición negativa, que consiste en que las nupcias no se hayan celebrado para regularizar una situación de hecho.<sup>5</sup>

En cuanto a los alcances de la expresión “regularizar una situación de hecho”, se desarrollaron interpretaciones que la restringían a la unión de hecho o concubinato, situación aceptada por la doctrina, resultando en cambio controvertida la admisión del concubinato adulterino anterior<sup>6</sup>. También hubo criterios más amplios que le daban un alcance mayor a la norma, comprendiendo un largo noviazgo, una promesa de matrimonio, una relación afectiva no concubinaria, entre otras.<sup>7</sup>

En todos los casos, la situación debe haber sido anterior al matrimonio, admitiéndose la prueba del ánimo captatorio de herencia pese a que la celebración se haya celebrado para regularizar una situación de hecho en el caso concreto.<sup>8</sup>

La intención de los cónyuges de contraer matrimonio para regularizar una situación de hecho resulta, entonces, un obstáculo para la exclusión del supérstite, si se dan los requisitos del primer párrafo y si antes del matrimonio existió dicha situación, con los diferentes alcances dados por la doctrina.

Se sostuvo que los que pretendían excluir al supérstite por aplicación de la norma debían probar las circunstancias objetivas, mientras que el supérstite, la situación anterior que se pretendía convalidar.

## 2.2 Divorcio

Los dos primeros tramos de la secuencia legislativa comprenden el divorcio no vincular, con excepción de la breve vigencia del art. 31 de la ley 14394, cuyos efectos se tratarán por separado.

El artículo 3574 del Código de Vélez Sarsfield disponía: “Estando divorciados por sentencia de juez competente, el que hubiese dado causa al divorcio no tendrá ninguno de los derechos declarados en los artículos anteriores”.

La ley 17711 le agregó el segundo párrafo: “Empero, el cónyuge inocente perderá derecho hereditario si hubiere incurrido en adulterio o en actos de grave inconducta moral, con posterioridad a la sentencia de divorcio”.

Este agregado se debe a las modificaciones introducidas por la misma reforma a la ley 2393, que incorpora el art. 71 bis, integrándose ambos textos. Por otra parte, se incluye el

---

<sup>5</sup> Lloveras y Assandri, *Exclusión de la vocación hereditaria entre cónyuges*. Ley 23515, 1989, Cap. III, N° 3. Esta condición es considerada como requisito por Mendez Costa y Ferrer, siguiendo a Poviña (cita n° 2)

<sup>6</sup> En contra: Mendez Costa, op. cit., p. 71 y sigs.; a favor: Zannoni, E.A., op. cit., 4ª. ed. T 2, p. 89, Pérez Lasala, J.L., Tratado de Sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994, T II, p. 107; Medina G., Acciones judiciales en el Derecho Sucesorio, p. 284

<sup>7</sup> Ver reseña en Mendez Costa, op. cit., p. 73; Ferrer, op. cit. p. 382 y “Código Civil comentado”, directores: Ferrer y Medina, T II, p. 84 y 85; conclusión de las XII JNDC, Bariloche, por unanimidad, RDF, n° 2 p. 139

<sup>8</sup> No toda la doctrina admite esta posibilidad (Pérez Lasala, J.L..op. cit. p. 103)

art. 67 bis, de divorcio por presentación conjunta, que implicaba la pérdida de la vocación de ambos cónyuges, por ser asimilados a los cónyuges culpables<sup>9</sup>.

La vocación sucesoria de los divorciados por el art. 31 de la ley 14394 se rigió, en forma sucesiva, por el art. 3574 en su redacción originaria, dando lugar a diferentes interpretaciones<sup>10</sup> y luego por el art. 6° de la ley 17711<sup>11</sup>, hasta su derogación por la ley 23515<sup>12</sup>.

Esta ley reemplazó el texto por el siguiente: “Estando separados los cónyuges por sentencia de juez competente fundada en los casos del artículo 202, el que hubiere dado causa a la separación no tendrá ninguno de los derechos declarados en los artículos anteriores. Si la separación se hubiese decretado en los casos del artículo 203, el cónyuge enfermo conservará su vocación hereditaria. En los casos de los artículos 204, primer párrafo, y 205, ninguno de los cónyuges mantendrá derechos hereditarios en la sucesión del otro. En caso de decretarse separación por mediar separación de hecho anterior, el cónyuge que probó no haber dado causa a ella, conservará su vocación hereditaria en la sucesión del otro. En todos los casos en que uno de los esposos conserva vocación hereditaria luego de la separación personal, la perderá si viviere en concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge. Estando divorciado vincularmente por sentencia de juez competente o convertida en divorcio vincular la sentencia de separación personal, los cónyuges perderán los derechos declarados en los artículos anteriores”

En esta tercera etapa, se distinguen los cónyuges separados personalmente de los divorciados vincularmente. Estos últimos pierden la vocación sucesoria en todos los casos (incluso conversión) por lo que al momento del deceso de uno de los cónyuges el otro ya carecía de la misma. En cambio, bajo el régimen de separación personal, podía conservarla uno sólo de los cónyuges por expresa remisión a los artículos 202, 203 y 204 (2° párrafo) del Código Civil, conforme a los textos incorporados por la misma reforma (ley 23515), basándose en la inocencia o en la enfermedad, perdiéndola el otro cónyuge por ser culpable o por haber solicitado la separación personal. En el resto de las causales previstas, ambos perdían la vocación hereditaria (205 y 204, primer párrafo)<sup>13</sup>. Como en el supuesto del divorcio vincular, el que perdía la vocación en virtud de la sentencia de separación personal, carecía de vocación hereditaria al momento de la muerte del otro cónyuge.

Asimismo, en el caso de que, en virtud de la sentencia de separación personal, uno de los cónyuges conservaba la vocación, podía perderla si luego vivía en concubinato o incurría

---

<sup>9</sup> Ver las discusiones referidas a la atribución de la culpa, si era asumida por uno de los cónyuges en Mendez Costa, op. cit., p.94

<sup>10</sup> Estas posturas se encuentran sintetizadas por Ferrer en el comentario al art. 3574 en “Código Civil Comentado” dirigido por Llambías y Mendez Costa, T V-B, p.409

<sup>11</sup> “En los matrimonios que fueron disueltos durante la vigencia del art. 31 de la ley 14394, el cónyuge inocente conserva el derecho a alimentos y la vocación hereditaria, salvo que hubiera pedido la disolución del vínculo, contraído nuevas nupcias o incurrido en actos de grave inconducta moral”

<sup>12</sup> Las oraciones tercera, cuarta y quinta del art. 31 de la ley 14394 fueron suspendidas por el decreto 4070/56

<sup>13</sup> A partir de la ley 23515 la separación personal tenía como causales subjetivas las previstas en el art. 202 y 204 2° párr.. CC y objetivas las previstas en los artículos 203, 204 primer párrafo y 205 CC

en injurias graves contra el otro cónyuge. Esta pérdida de la vocación hereditaria, posterior a la sentencia de separación personal, debía ser probada para que operara su exclusión<sup>14</sup>.

Como dato relevante, esta remisión tan directa a las normas del mismo código dejó sin previsión normativa a las situaciones anteriores a la vigencia de la ley, ya consolidadas en cuanto a los efectos del divorcio, en sucesiones aún no abiertas.

Es decir, a los cónyuges divorciados antes de la entrada en vigencia de la ley 23515, no les era aplicable la legislación a la que remitía la norma (artículos 202 a 205), careciendo de esta manera de causal de exclusión expresa si uno de ellos moría a partir de ese momento. Consideramos que, ante esa omisión, se debía seguir el esquema de la última redacción del art. 3574 a los divorciados bajo el régimen anterior, conforme a los artículos 67 y 67 bis de la ley 2393: sólo el cónyuge inocente conservaba la vocación; en cambio, el culpable y ambos, en el caso de presentación conjunta, la perdían.

En el mismo sentido, los que conservaban la vocación por la mencionada legislación anterior, podían perderla en virtud de las conductas previstas en el cuarto párrafo, concubinato o injurias graves<sup>15</sup>.

En cambio, los divorciados en virtud del art. 31 de la ley 14394 quedaban comprendidos en el último párrafo del artículo 3574 vigente durante la tercera etapa de la evolución, referido al divorcio vincular<sup>16</sup>.

Por último, en los casos en que el cónyuge perdió la vocación a raíz de la sentencia, si pretendía invocar su calidad de heredero, cualquier interesado podía excluirlo. En cambio, en caso de pérdida posterior a la sentencia de divorcio no vincular o separación personal, para parte de la doctrina sólo los herederos que ocuparían su lugar podrían promover la acción, por aplicación analógica del art. 3304 del código derogado, dada la índole de cuestiones a debatir.

### 2.3 Separación de hecho

Esta causal de exclusión presenta una evolución, tanto legislativa como jurisprudencial, desde la sanción del Código de Velez Sarfield hasta su derogación.

El texto originario decía: “Cesa también la sucesión de los cónyuges entre sí, si viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse, o estando provisoriamente separados por juez competente”.

La ley 17711 le agregó el segundo párrafo: “Si la separación sólo fuera imputable a culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria, siempre que no incurriere en las causales de exclusión previstas en el artículo anterior”

Esta modificación provocó divergencias jurisprudenciales y doctrinarias referidas tanto a la configuración de la causal, en las que se distinguen la tesis subjetiva, la tesis objetiva y

---

<sup>14</sup> Goyena Copello, H.R., Tratado de derecho de sucesión, 2ª. ed., T I, p. 586; Mendez Costa, M.J., op.cit., p. 122 y sig.

<sup>15</sup> De la experiencia profesional se ha tomado conocimiento de casos de cónyuges divorciados bajo el régimen del art. 67 de la ley 2393, que invocan la calidad de heredero en caso de muerte durante la vigencia de la ley 23515, habiendo incurrido en adulterio.

<sup>16</sup> Ferrer, op. cit. p. 409

otras intermedias<sup>17</sup>. Asimismo, surgieron distintas posturas referidas a la carga de la prueba<sup>18</sup>.

Esta discusión continuó luego de la sanción de la ley 23515, que reemplazó el texto: “Cesa también la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí en caso que viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse o estando provisionalmente separados por el juez competente. Si la separación fuese imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria siempre que no incurriere en las causales de exclusión previstas en el artículo 3574”

A partir de esta redacción, se mantienen las distintas interpretaciones pero con un nuevo elemento a tener en cuenta: la introducción de la separación de hecho sin voluntad de unirse como causal objetiva de divorcio.

La legitimación para promoverla, para parte de la doctrina, recaía sólo en los herederos, mientras que para otra, comprende a otros interesados, como el Fisco<sup>19</sup>.

#### 2.4 Concurrencia con descendientes en los bienes gananciales

El art. 3576 tuvo tres redacciones, excluyendo a la originaria. La primera, desde la vigencia del Código Civil, con la corrección de la ley de Fe de Erratas (1196): “En todos los casos en que el viudo o la viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes o ascendientes, no tendrá parte alguna en la división de los bienes que correspondiesen al cónyuge premuerto, a título de gananciales del matrimonio con el referido viudo o viuda”.

La ley 17711 lo sustituye por el siguiente: “En todos los casos en que el viudo o viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes matrimoniales no tendrá el cónyuge sobreviviente parte alguna en la división de los bienes que correspondiesen al cónyuge prefallecido. Si concurrieren hijos extramatrimoniales, el cónyuge recibirá, además de su parte en la división de los gananciales, la mitad que correspondía al fallecido y la otra mitad la recibirán los hijos extramatrimoniales”.

La tercera reforma se produjo con la ley 23264, que sustituyó nuevamente el texto: “En todos los casos en que el viudo o viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes, no tendrá el cónyuge sobreviviente parte alguna en la división de los bienes gananciales que correspondieran al cónyuge prefallecido”

---

<sup>17</sup> Borda, G. A., “Tratado de Derecho Civil. Sucesiones”, 5ª. ed., T II p. 68; Zannoni, E. A., op. cit., T 2, p. 96; Llambías y Mendez Costa, ob. cit., p. 417; Ferrer, F. A. M., “Código Civil comentado”, directores Ferrer y Medina, T II, p. 111; Perez Lasala, J.L., op. cit., p. 111; Kemelmajer de Carlucci, A., “Separación de hecho entre cónyuges”, p. 199; Cifuentes, S., *Cónyuge causante de la separación conyugal. Pérdida de la vocación sucesoria del viudo*, J.A. 1972.627/633; Ocampo, G., *La vocación sucesoria entre cónyuges y separación de hecho*, LL, 1982 – D- 1032; Conclusiones XII JNDC, 1989, RDF, n° 2 p. 139; Jurisprudencia: plenario “Mauri”, CNCiv., en pleno, LL1986-B-134, la jurisprudencia posterior a la ley 23515 se ha apartado del plenario dentro del ámbito de aplicación; SCBA, ED 103-96; SCBA, LL 1994-B, etc.

<sup>18</sup> Idem cita anterior; Guilisasti, J., *La exclusión del cónyuge supérstite por la causal del artículo 3575 del Código Civil y la legitimación activa*, Rev. de Jurisprudencia provincial Buenos Aires – La Pampa, Año 6 n° 11, p. 975

<sup>19</sup> Guilisasti, J., op. cit.; Perez Lasala, J.L., op. cit. p. 115

Por lo tanto, para que se produzca el desplazamiento del cónyuge supérstite, se deben dar dos condiciones: a) concurrencia con descendientes del causante; b) existencia de bienes gananciales.

### 3. La exclusión del cónyuge supérstite en el CCyC

El Código Civil y Comercial sigue las líneas del código derogado al regular la exclusión del cónyuge supérstite<sup>20</sup>. Se establecen causales de exclusión sólo aplicables a este heredero, las que se encuentran en el Capítulo 4 (Sucesión del cónyuge) del Título IX (Sucesiones intestadas) del Libro V, simplificándose la redacción de las normas involucradas<sup>21</sup>.

Las causales siguen siendo el matrimonio *in extremis*, el divorcio, el cese de la convivencia por resolución judicial y la separación de hecho<sup>22</sup>. Se mantiene la exclusión del cónyuge cuando concurre con descendientes en los bienes gananciales si el régimen era de comunidad<sup>23</sup>.

En cuanto al matrimonio *in extremis*, el art. 2436 establece: “La sucesión del cónyuge no tiene lugar si el causante muere dentro de los treinta días de contraído el matrimonio a consecuencia de enfermedad existente en el momento de la celebración, conocida por el supérstite, y de desenlace fatal previsible, excepto que el matrimonio sea precedido de una unión convivencial.”

El divorcio, la separación de hecho y el cese de la convivencia por decisión judicial, se encuentran reunidas en el artículo 2437, que dispone: “El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges.”

Por último, si los bienes transmitidos por el causante son gananciales y el régimen patrimonial matrimonial era de comunidad, rige el segundo párrafo del art. 2433: “En todos los casos en que el viudo o viuda es llamado en concurrencia con descendientes, el cónyuge supérstite no tiene parte alguna en la división de bienes gananciales que corresponden al cónyuge prefallecido.”

---

<sup>20</sup> El CCyC no reproduce los textos del Proyecto de 1998 que incluía la finalidad de captación de herencia como elemento subjetivo (art. 2386), mantenía la distinción entre separación judicial (personal) y divorcio vincular, excluyendo en el primer caso al culpable, pudiendo perderla el inocente y en el segundo a ambos (2386), conservando el requisito de la culpa en la separación de hecho y en los casos de sentencia, cuando esta autoriza a los cónyuges a vivir separados (2387)

<sup>21</sup> Se siguen las pautas del Código Civil español, que contiene una sola norma referida a la exclusión del cónyuge (art. 945).

<sup>22</sup> Fundamentos del Anteproyecto: “Se modifica la figura del matrimonio *in extremis*, muy analizada por la doctrina, para ajustarlo a los criterios más difundidos. En general, las normas relativas a los casos de exclusión del cónyuge se adecuan a la eliminación de la separación personal y las causales de divorcio; también se modifica la causal de separación de hecho, en tanto la exclusión, como en el caso del divorcio, no tiene en cuenta la culpa sino el cese de la convivencia, que también pudo producirse por una decisión judicial”

<sup>23</sup> Fundamentos: “Se mantiene la distinción de bienes propios y bienes gananciales, cuando el cónyuge concurre con los descendientes, por considerar que la solución del Código Civil tiene fuerte arraigo social y debe ser mantenida”. Se advierte que el Proyecto de 1998 no mantenía esta distinción, incorporando una solución novedosa para nuestro derecho, al no distinguirse la calidad de los bienes (art. 2382)

Como se analizará, salvo en el caso del párrafo anterior, en los restantes supuestos hay cambios en relación con el régimen derogado.

#### 4. . **Aplicación de las causales del CCyC a consecuencias de situaciones anteriores**

La aplicación de las causales actuales a las situaciones anteriores a la vigencia del nuevo código (art. 7 CCyC), exige algunas aclaraciones.

##### a) *Matrimonio in extremis.*

En este caso, la dificultad puede plantearse si el matrimonio es celebrado con anterioridad al 1º/08/2015, época en la que no se encontraban reguladas las uniones convivenciales. Nos encontramos con un conflicto referido a los requisitos de estas uniones, que deberán cumplirse al momento de la celebración del matrimonio, para que no opere la exclusión.

Entendemos que la única solución es la aplicación de los artículos 509 y 510 CCyC, aunque a la época de la celebración no haya existido la regulación<sup>24</sup>. Esto es así dado que ya no se puede aplicar el derogado art. 3574 C.C. por no ser la ley que rige al momento de la muerte del causante, lo que impide aplicarlo ultractivamente para mantener la finalidad de “regularizar una situación de hecho”.

Por otra parte, de no aplicarse a uniones de hecho preexistentes con los requisitos mencionados, la norma sería inaplicable, lo que provocaría una solución injusta, al no poder revertirse los efectos de la muerte causada por la enfermedad grave, conocida por el supérstite, dentro de los 30 días posteriores a la celebración<sup>25</sup>.

Se advierte que la interpretación propuesta tiene una aplicación casi efímera en el tiempo dado que el matrimonio debería haberse celebrado dentro de los veintinueve días anteriores de la vigencia del nuevo código y la muerte del cónyuge enfermo, dentro del plazo legal de 30 días.

##### b) *Divorcio*

En esta causal, no se encuentra previsto el divorcio no vincular como causa de exclusión del cónyuge que ha obtenido esa sentencia por cualquiera de las causales de la legislación derogada en sus diferentes tramos de evolución.

Consideramos que el divorcio abarca todos los supuestos donde los cónyuges han obtenido una sentencia constitutiva de estado que implique la extinción de los deberes recíprocos y del régimen patrimonial matrimonial, aunque no disuelva el vínculo<sup>26</sup>, por aplicación del art. 7 CCyC<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> La noción de uniones convivenciales y sus requisitos están regulados en los arts. 509 y 510 CCyC.

<sup>25</sup> En “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Kemelmajer analiza el artículo 7 del CCyC. Si la transmisión es por causa de muerte, las sucesiones intestadas se rigen por la ley vigente al momento de la muerte del causante, por lo que corresponde aplicar sus requisitos (p. 105 y p.165). La autora sostiene también que “sería deseable que el juez resuelva con las pautas de la nueva ley” (p.166)

<sup>26</sup> Belluscio, A.C. “Manual de derecho de familia”, 8ª. ed., T 1, p. 425.

<sup>27</sup> Kemelmajer de Carlucci, op. cit., p. 167, Azpiri, J.O., “Incidencias del nuevo Código Civil y Comercial. Derecho de familia”, p. 82

En consecuencia, el divorcio al que alude el art. 2437 CCyC comprende todos los casos en que los cónyuges se encuentran separados personalmente por sentencia firme dentro del tramo de vigencia de la ley 23515 o divorciados no vincularmente bajo la ley 2393. Por lo tanto, pierden la vocación hereditaria los cónyuges divorciados vincularmente o no, a partir de la vigencia del código unificado<sup>28</sup>.

c) Separados de hecho sin voluntad de unirse

Si los cónyuges se encuentran separados de hecho desde antes del 1º/08/2015 son excluidos como herederos recíprocamente, por aplicación del art. 7 CCyC. Por lo tanto, si la muerte de uno de ellos se produce a partir de esa fecha, el supérstite no podrá invocar la culpa del prefallecido en la separación para conservar la vocación hereditaria. La misma exclusión se da para los que se encuentran separados a raíz de una resolución judicial.

## 5. Causales de exclusión del CCyC

Las causales que describe el nuevo código unificado presentan algunas cuestiones que pueden dar lugar a debate. Esto sucede concretamente con el matrimonio *in extremis* y la separación de hecho sin voluntad de unirse, si se integran con el régimen convivencial y matrimonial respectivamente.

- Matrimonio *in extremis*

En este caso, pueden plantearse distintas interpretaciones a la situación precedente al matrimonio que impide la exclusión, dado que el régimen de uniones convivenciales tiene una regulación acotada a la del Título III del Libro Segundo del nuevo código<sup>29</sup>.

Sin embargo, entendemos que esta interpretación de la nueva figura no puede ser admitida ante la claridad del texto legal, que pudo haber utilizado otra expresión en su redacción<sup>30</sup>.

Por otra parte, el llamamiento legítimo exige claridad, tanto para la vocación del heredero como para su exclusión, para que el juez tenga el menor margen de error, ya sea para rechazar la demanda de exclusión o para darle curso. Al respecto, se sostiene que la norma tampoco permite la prueba de la captación de herencia, la que se presume *iuris et de iure*, si se dan los presupuestos<sup>31</sup>.

Entendemos que no pueden considerarse otras situaciones previas al matrimonio como convalidantes de la vocación del supérstite por generar incertidumbre e inseguridad<sup>32</sup>. Quedan excluidas las denominadas uniones adulterinas, que se desarrollaron mientras subsistía el vínculo matrimonial de ambos convivientes o de uno de ellos, disuelto poco tiempo antes del matrimonio *in extremis*. Tampoco comprende otro tipo de uniones que no

---

<sup>28</sup> Ver la aplicación del art. 3574 en relación con los divorcios anteriores a la sanción de la ley 23515 en Mendez Costa, op. cit., p. 265

<sup>29</sup> Se sostiene que las uniones convivenciales sólo se consideran tales a los efectos de la regulación específica prevista en el Título III del Libro Segundo (Código Civil y Comercial de la Nación comentado, dirigido por Lorenzetti, R.L., T. III, p. 296). No compartimos esa posición dado que de ser así, se dejaría sin contenido a normas como el art. 2436 o el 2543 que establece los casos de suspensión del plazo de prescripción

<sup>30</sup> Los requisitos para las uniones convivenciales se aplican a partir del 1º/08/2015, por lo que comprende a las parejas que cumplen con los recaudos de los art. 509 y 510 del CCyC (Kemelmajer, op. cit., p. 141)

<sup>31</sup> Pérez Lasala, J.L. op. cit., p. 109. En el Proyecto de 1998 ese requisito estaba incorporado al texto legal.

<sup>32</sup> Arianna, C. A, *Uniones de hecho y derecho sucesorio*, RDPyC, 2014 – 3, p. 390 y sig.

impliquen una comunidad de vida, como relaciones de acompañamiento o de asistencia, ni relaciones afectivas sin convivencia (noviazgo, promesa de matrimonio).

- Separación de hecho

La causal de exclusión implica que si los cónyuges se encuentran en esa situación al momento del deceso de uno de ellos, el otro queda excluido, sin importar la causa que provocó la separación.

En este caso, la duda puede plantearse en los matrimonios cuyo proyecto de vida en común no contempla la cohabitación, que no constituye un deber de los cónyuges en el nuevo código<sup>33</sup>.

Esta posibilidad, admitida por la doctrina, puede plantear dificultades si al momento de la muerte de uno de los cónyuges, no cohabitaba con el otro en virtud del mencionado sistema de vida en común proyectado por ambos<sup>34</sup>. Entendemos que le incumbe al superviviente probar de manera fehaciente que esa “no cohabitación” no implicaba una separación de hecho del causante. Para tal fin, puede recurrir a todo medio de prueba.

Por último, consideramos que la legitimación activa alcanza a cualquier interesado (incluyendo al Fisco), como ya lo hemos sostenido<sup>35</sup>. Ya no tiene sentido afirmar que sólo las personas más allegadas (los herederos) son los únicos legitimados para solicitar la exclusión, cuyos requisitos son sólo objetivos.

---

<sup>33</sup> Art. 431 CCyC: *Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.*

<sup>34</sup> Azpiri, J. O., op. cit., p. 58.

<sup>35</sup> Guilisastí, J., op. cit. p. 975 y sig