

CAPÍTULO VII

EXCLUSIÓN DE LA VOCACIÓN HEREDITARIA CONYUGAL EN LA SEPARACIÓN PERSONAL SIN ATRIBUCIÓN DE CULPA

I. *Supuestos de separación hereditaria conyugal sin atribución de culpa*

271. Enunciación	315
------------------------	-----

II. *Alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o drogadicción*

272. Concepto	315
273. Antecedentes. Legislación comparada	316
274. Efectos de carácter patrimonial. Alcances en el ámbito sucesorio	317
275. El problema de la indivisibilidad del inmueble	318
276. Pérdida de la vocación hereditaria conyugal del cónyuge sano: su fundamento	319
277. Fundamento de la asistencia del enfermo como carga de la sucesión	320
278. Causas de exclusión del cónyuge enfermo	321
279. Sentido de la expresión "carga de la sucesión"	322
280. Modo de cumplir la carga	323
281. Diferentes hipótesis relacionadas con el cumplimiento de la carga	324
282. Muerte del cónyuge "enfermo"	327
283. Posible coexistencia de diversas cargas sucesorias por pensiones como consecuencia de sucesivos divorcios	328
284. Existencia de otros parientes con obligación alimentaria	328
285. Fraude a la legítima	329
286. ¿Puede el enfermo renunciar a su derecho de ser mantenido en su tratamiento y recuperación?	329
287. Juez competente	329
288. Tipo de proceso	330
289. Sujeto activo	331
290. Sujeto pasivo	331
291. Efectos de la finalización de la carga de la sucesión	333

III. *Presentación conjunta*

292. Antecedentes. Legislación comparada	334
293. Efectos de carácter patrimonial. Alcances en el ámbito sucesorio ..	334
294. Declaración unilateral de culpa	335
295. Fundamento de la pérdida de la vocación hereditaria conyugal	337
296. Exclusión hereditaria conyugal	338
297. Convenios de atribución del hogar conyugal y derecho sucesorio ..	338
298. Procedimiento para excluir al cónyuge superviviente del que fue sede del hogar conyugal	342

IV. *Separación de hecho por más de dos años sin voluntad de unirse*

299. Antecedentes. Legislación comparada	342
300. Regulación positiva	343
301. Exclusión hereditaria conyugal	344

CAPÍTULO VII

EXCLUSIÓN DE LA VOCACIÓN HEREDITARIA CONYUGAL EN LA SEPARACIÓN PERSONAL SIN ATRIBUCIÓN DE CULPA *

I. SUPUESTOS DE SEPARACIÓN HEREDITARIA CONYUGAL SIN ATRIBUCIÓN DE CULPA

271. Enunciación.

En el marco del divorcio remedio, la ley 23.515 ha establecido un régimen de separación personal sin atribución de culpa, que se halla legislado en los arts. 203, 204 y 205 del Código Civil. A estos tres supuestos los denominaremos "alteraciones mentales graves, alcoholismo o drogadicción", "presentación conjunta" y "separación de hecho". Analizaremos por separado los tres casos.

II. ALTERACIONES MENTALES GRAVES DE CARACTER PERMANENTE, ALCOHOLISMO O DROGADICCIÓN

272. Concepto.

Este supuesto se halla legislado en el art. 203 del Código Civil, que establece: "Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos".

* Ver modelos de escritos en el Apéndice, ps. 479 a 486.

Ésta es la única causal que no da derecho a solicitar el divorcio vincular en forma autónoma, pues sólo permite peticionar la separación personal. Pero ello no es definitivo, porque después de un lapso de tres años se puede solicitar la conversión en divorcio vincular¹.

No obstante, conforme a un fallo del año 1989, es posible obtener directamente el divorcio vincular cuando a la causal del art. 203 se suma una separación de hecho de más de tres años. En este sentido se expidió la Cám. Nac. Civil, Sala A, diciendo: "Debe reconocerse al cónyuge sano el derecho para demandar el divorcio vincular por la separación de hecho, cuando paralelamente impetra que queden consagrados los particulares efectos que el art. 208 del Código Civil reserva para la separación y ulterior divorcio, admitidos en el art. 203 del Código Civil"².

273. Antecedentes. Legislación comparada.

Los antecedentes de la norma los hallamos en el art. 238 del Código Civil francés. La diferencia entre nuestro régimen y el francés consiste, principalmente, en que en el nuestro no se ha establecido plazo alguno de duración de la enfermedad, ni se le da al juez la posibilidad de rechazar la demanda si su progreso puede acarrear consecuencias indeseables para el enfermo³.

En la doctrina francesa se señala que esta clase de divorcio produce un efecto particular, que aparece dentro de sus propias condiciones y que consiste en el mantenimiento unilateral de los efectos pecuniarios del matrimonio, ya que quien demanda el divorcio debe declarar que él asume la carga de mantenimiento del otro cónyuge. Se genera, así, una pensión alimentaria o de seguridad⁴, que se caracteriza por continuar, después de la muerte del obligado, como una obligación de sus sucesores.

Similares disposiciones hallamos en el derecho español, legisladas en los arts. 97 y 101 del Código Civil, después de la reforma de 1981.

¹ Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni, *Manual de derecho de familia*, Astrea, 1989, n° 389.

² C.N.Civ., Sala A, 11/12/89, con nota de Eduardo Zannoni, *Divorcio vincular decretado mediando separación de hecho sin voluntad de unirse de los cónyuges y enfermedad mental grave de carácter permanente*, "L.L.", 1990-C-153.

³ Augusto C. Belluscio, *Manual de derecho de familia*, 5ª ed., Depalma, 1987, n° 228.

⁴ Philippe Malaurie y Laurent Ayns, *Cours de droit civil*, La Famille, Paris, 1987, p. 207.

274. Efectos de carácter patrimonial. Alcances en el ámbito sucesorio.

La separación conyugal por la causal prevista en el art. 203 genera, como derechos patrimoniales en favor del enfermo, el derecho de asistencia patrimonial en todo lo necesario para su tratamiento y recuperación, y el derecho de continuar habitando el inmueble conyugal y evitar su partición aun cuando se trate de un inmueble propio del otro cónyuge.

Al igual que en el derecho francés y en el español, lo que distingue al derecho de asistencia del enfermo del mero derecho alimentario es su trasmisibilidad a los herederos. Por ello corresponde precisar claramente cuáles son las obligaciones transmisibles a los herederos.

La separación de hecho fundada en las alteraciones mentales de carácter permanente, la drogadicción o el alcoholismo tiene un doble efecto en materia sucesoria: por una parte, excluye al cónyuge sano de la sucesión del enfermo y, por la otra, establece como carga de la sucesión proveer al enfermo de los medios necesarios para su tratamiento y recuperación, teniendo en cuenta las necesidades y recursos de ambos cónyuges.

La pérdida de la vocación sucesoria del cónyuge sano y la conservación de la vocación hereditaria del enfermo surgen del art. 3574 del Código Civil, que establece: "Si la separación se hubiese decretado en los casos del art. 203, el cónyuge enfermo conservará su vocación hereditaria".

Como corolario de la citada norma legal, el cónyuge sano que solicitó la separación personal pierde la vocación hereditaria.

El enfermo conserva sus derechos sucesorios hasta tanto se convierta su sentencia de separación personal en divorcio vincular, ya que en este último caso es de aplicación el art. 3574, último párrafo, del Código Civil, que establece: "Estando divorciados vincularmente por sentencia de juez competente, o convertida en divorcio vincular la sentencia de separación personal, los cónyuges perderán los derechos hereditarios".

La carga de la sucesión en favor del cónyuge enfermo, consistente en procurarle los medios necesarios para su tratamiento y recuperación, surge del art. 208, párr. 1º, del Código Civil, que prevé: "Cuando la separación se decreta por alguna de las causas previstas en el art. 203, regirá, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo anterior en favor del cónyuge enfermo, a quien, además, deberán procurársele los medios necesarios para su trata-

miento y recuperación, teniendo en cuenta las necesidades y recursos de ambos cónyuges”.

Y agrega el párr. 2º: “Fallecido el cónyuge obligado, aunque se hubiera disuelto el vínculo matrimonial por divorcio vincular con anterioridad, la prestación será carga en su sucesión, debiendo los herederos prever, antes de la partición, el medio de continuar cumpliéndola”.

Vemos cómo el divorcio vincular le hace perder al cónyuge enfermo sus derechos hereditarios, si bien conserva su derecho de ser mantenido en su nivel alimentario y de asistencia médica, hasta su recuperación⁵. En efecto: como bien se advierte en el derecho español, no estamos frente al puro deber alimentario que finaliza con la muerte del alimentante, sino que se trata de una “pensión” de carácter diferente⁶.

275. El problema de la indivisibilidad del inmueble.

Ninguna duda cabe, entonces, de que, fallecido el cónyuge obligado, se trasmite a sus herederos el deber de asistencia del enfermo, en los términos del art. 208. Lo que sí puede plantear inconvenientes es la cuestión de si subsiste el derecho de oponerse a la división del inmueble conyugal, en los términos del art. 211 del Código Civil.

Pensamos que no se mantiene el derecho de impedir la partición establecido en el art. 211, por las siguientes consideraciones:

a) *El principio, en materia sucesoria, es la partición.* El art. 211, al establecer un derecho de indivisión para el cónyuge enfermo, tiene en cuenta los efectos que el divorcio produce durante la vida de los cónyuges, pero no se proyecta en el plano sucesorio, porque ello es contrario al principio de la partición, que sólo puede ser dejado a un lado por disposición expresa de la ley.

El carácter forzoso de la división cuando media un pedido de parte está contemplado en el art. 3452 del Código Civil, que dice: “Los herederos, sus acreedores y todos los que tengan en la sucesión algún derecho declarado por las leyes pueden pedir

⁵ Daniel H. D'Antonio, *Régimen legal del matrimonio civil (ley 23.515)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1987, ps. 74-75.

⁶ José Luis Lacruz Berdejo y otros, *El nuevo régimen de la familia. Matrimonio y divorcio*, Cívitas, Madrid, 1982, p. 373.

en cualquier tiempo la partición de la herencia, no obstante cualquier prohibición del testador o convención en contrario”.

Los supuestos en que el legislador ha querido establecer una indivisión forzosa temporaria se hallan taxativamente enumerados en la ley 14.394: estados de indivisión impuestos por el causante (art. 51, párr. 1º), estados de indivisión impuestos por el cónyuge supérstite (art. 53), caso de indivisión pactada por los herederos (art. 52), bien de familia (art. 49).

Vemos, pues, que cuando el legislador ha querido apartarse del principio de división de la herencia lo ha hecho expresamente; cosa que no ocurre en el caso del cónyuge enfermo, cuya tutela se limita a su derecho de ser mantenido en sus gastos de asistencia y recuperación.

b) *Excedería de los efectos del derecho de habitación del cónyuge supérstite.* Si partimos de la base de que el derecho de habitación del cónyuge supérstite no constituye una causal de indivisión forzosa respecto del inmueble⁷, no podemos admitir que al cónyuge separado enfermo se le otorgue un derecho mayor (el de la indivisión) que el que se le otorga en general al cónyuge supérstite.

c) La interpretación del art. 208 no permite que la carga de la sucesión se extienda al contenido del art. 211, pensado para el caso de sentencia de separación personal, y no para el de fallecimiento.

Cuando el legislador estableció como carga de la sucesión el sostenimiento del enfermo, no hizo ninguna referencia a su derecho de impedir la división del hogar conyugal, con lo cual debemos concluir afirmando que no todas las consecuencias patrimoniales que se originan en la separación por la causal del art. 203 pasan como carga a los herederos; concretamente, el cónyuge enfermo no tiene el derecho de impedir la división del inmueble que fue sede del hogar conyugal.

276. Pérdida de la vocación hereditaria conyugal del cónyuge sano: su fundamento.

Si bien estamos frente a un divorcio sin atribución de culpa, el legislador ha evaluado la conducta del cónyuge que opta por alejarse de sus deberes matrimoniales frente al cónyuge en-

⁷ José Luis Pérez Lasala, *Curso de derecho sucesorio*, p. 321.

fermo, y la ha sancionado con una carga alimentaria y con la pérdida del derecho sucesorio.

La sanción no reside en la culpa, porque ésta no ha sido determinada, ni en la imputación de una conducta antijurídica, sino, simplemente, en una valoración ética de la conducta de quien quiebra la vida matrimonial por la enfermedad del otro. La ley autoriza tal conducta, pero como ésta no concide con el fundamento de la vocación sucesoria, que es el afecto presunto del causante, lo priva de su vocación sucesoria⁸.

El efecto no surge de la *culpa* del divorcio, sino de la *causa* de éste. Es en el derecho francés donde más se ha distinguido entre la causa del divorcio y la culpa en él⁹, determinando que en algunos casos —como en éste— la causa del divorcio produzca determinadas consecuencias, aun sin imputación de culpa.

“Por otra parte, el cónyuge enfermo, que ha sido demandado por separación personal, y a quien no le es imputable una conducta jurídica en razón de su estado de quebrantamiento personal, conserva su vocación hereditaria”¹⁰.

277. Fundamento de la asistencia del enfermo como carga de la sucesión.

Tanto en el régimen alimentario en favor del enfermo como en el derecho de seguir habitando en el inmueble conyugal, así como en el derecho de impedir la liquidación del inmueble que fue sede del hogar conyugal, aunque se trate de un bien propio del sano (art. 211, párr. 2º), como en la carga de la sucesión establecida en el art. 208, Cód. Civil, hay un claro propósito tuitivo del cónyuge enfermo.

Esta protección del cónyuge enfermo se trasmite a los herederos para evitar el desamparo que se puede producir, ante la muerte, cuando se lo priva del derecho sucesorio por el divorcio vincular.

⁸ Mario J. Bendersky, *Las alteraciones mentales, alcoholismo y drogadicción como causales de separación personal del matrimonio*, “L.L.”, 1987-D-1144.

⁹ Jean Michel Jacquet, *Le rôle de la cause dans le nouveau droit français du divorce*, “R.T.D.C.”, n° 4, octubre-diciembre 1984, p. 615.

¹⁰ Nora Lloveras y Mónica Assandri, *Exclusión de la vocación hereditaria entre cónyuges*, Córdoba, 1989, p. 73.

278. Causas de exclusión del cónyuge enfermo.

Dijimos que el cónyuge enfermo, en principio, mantiene su carácter de heredero. Pero puede ser excluido del juicio sucesorio en dos supuestos: por la conversión de su sentencia de separación personal en divorcio vincular, o por el hecho de vivir en concubinato, o incurrir en injurias graves contra el otro cónyuge, o volverse a casar.

A) *Por conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular.* El párr. 2º del art. 238 del Código Civil establece que cualquiera de los cónyuges podrá pedir la conversión en divorcio vincular de la sentencia de separación personal, obtenida en los casos de los arts. 202, 203, 204 y 205, una vez transcurridos tres años desde que ella haya quedado firme.

A los fines de la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular es imprescindible la notificación a la contraria, ya que la conversión produce efectos sobre los derechos del otro cónyuge, otorgando nuevos, alterando algunos y extinguiendo otros, de modo que se hace imprescindible su intervención en el proceso, a fin de garantizar el principio de la defensa en juicio ¹¹.

Si la sentencia de separación personal es convertida en divorcio vincular, el cónyuge enfermo queda excluido de la sucesión del sano.

La doctrina se ha preguntado acerca de los efectos que tendría la muerte del cónyuge sano si se produjera con posterioridad al pedido de conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular, pero con anterioridad al dictado de la resolución de conversión.

Bendersky sostiene que si quien peticionó la conversión fallece antes de la sentencia, de todas formas se produce la pérdida de la vocación hereditaria del esposo supérstite. Señala que si ya ha transcurrido el plazo para solicitar la conversión y se ha expresado la voluntad de convertir en vincular la separación judicial, "el hecho del ulterior fallecimiento del esposo que la expresó no obsta ni impide que dicha expresión de voluntad surta sus efectos consiguientes. O sea, que se configura y completa, al cumplirse el plazo legal, la condición referida, que produce la pérdida

¹¹ Graciela Medina y otros, *Divorcio: conversión, procedimiento y efectos* (art. 8, ley 23.515), p. 51.

de la vocación sucesoria del restante esposo sobreviviente, divorciado vincularmente" ¹².

Creemos errada tal posición, pues pensamos que si la muerte del cónyuge sano acaece antes de dictada la conversión, no se produce la pérdida de la vocación sucesoria del sano, por cuanto el juicio de conversión, al igual que el de divorcio, no puede ser continuado por los herederos, y la trasmisión hereditaria se produce al momento de la muerte, según lo hemos señalado ya cuando tratamos el tema de la exclusión por separación culpable (parágrafo 253).

Además, no es cierto que la conversión se produzca *ipso iure* por la petición y el trascurso del plazo. Tras la petición, puede haber oposición, fundada en que no hay sentencia firme de separación personal, o que no han transcurrido los tres años desde que quedó firme dicha sentencia, o que ha habido reconciliación ¹³. Es con el pronunciamiento judicial que acepta la conversión cuando se produce la pérdida de la vocación hereditaria. Por tanto, estimamos que para excluir al cónyuge sano de la sucesión del enfermo necesariamente debe mediar un pronunciamiento de conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular, que esté firme.

B) *Por vivir en concubinato, o incurrir en injurias graves.* En lo referente a este tema, remitimos a su tratamiento genérico en oportunidad de desarrollar el capítulo de la exclusión por concubinato o injurias graves.

279. Sentido de la expresión "carga de la sucesión".

Clásicamente, se ha dicho que "las cargas de la sucesión son las obligaciones nacidas después del fallecimiento, a diferencia de las deudas hereditarias contraídas por el causante", y se ha señalado como cargas sucesorias, entre otros, los gastos de sepelio y los de administración de la sucesión, y los honorarios de los profesionales intervinientes en el juicio sucesorio ¹⁴.

Pero he aquí que en este caso nos hallamos ante una carga de la sucesión que nace con anterioridad a la muerte del cau-

¹² Mario J. Bendersky, *Nuevo régimen consensual de separación personal y divorcio vincular por presentación conjunta*, "L.L.", 1987-E-734.

¹³ Jorge Raúl Velazco, *Necesidad de notificar al cónyuge no peticionario (Conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular)*, "L.L.", 1988-D-965.

¹⁴ José Luis Pérez Lasala, *Derecho de sucesiones*, vol. I, "Parte general", Depalma, 1978, p. 643.

sante¹⁵, y que impedirá la partición hasta tanto se establezca la forma de cubrirla. En las Terceras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, celebradas en Junín (Bs. As.), en 1988, se puso de relieve la impropiedad de la expresión "cargas de la sucesión"¹⁶.

Pensamos que el término "carga" no está tomado en el sentido técnico expuesto, sino como un cargo o prestación que deben cumplir los herederos, quienes deben prever cómo se ha de realizar la prestación.

280. Modo de cumplir la carga.

En nuestra opinión, es de aplicación lo dispuesto por el art. 3474, Cód. Civil, que dice: "En la partición, sea judicial o extrajudicial, deben separarse los bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión", y por el art. 3475 del mismo ordenamiento, el cual establece que los acreedores, tanto de unas como de otras, se pueden oponer a la entrega de las hijuelas a los herederos, hasta que sean pagados sus créditos.

Habrá que establecer, por consiguiente, medios idóneos para garantizar una renta suficiente a los efectos de cubrir la prestación asistencial de carácter permanente (p.ej., separar bienes productores de frutos).

Se puede establecer la carga como una pensión que deben atender los herederos; o también se puede afectar todos los bienes hereditarios, o algunos de ellos, con una carga real (art. 2614, Cód. Civil), quedando los herederos obligados al pago en proporción a sus cuotas hereditarias. Si se establece una carga real en los términos del art. 2614, su duración será de cinco años, y luego se transformará en una carga personal.

Otra forma de cumplir con la carga sería autorizar la venta de bienes para aplicar el producto a los fines indicados.

En todo caso, hay que tener presente que la obligación del cumplimiento de la carga debe recaer sobre los herederos y sobre los legatarios de cuota, en proporción a los bienes recibidos. Debe tenérselo en cuenta al separar los bienes para cumplir los fines de la norma.

El derecho español prevé diferentes formas de cumplir con la "pensión" debida al enfermo. El art. 99 del Código Civil es-

¹⁵ Belluscio, ob. y lug. cit.

¹⁶ Conclusión de la Comisión 1, tema A: "Divorcio. Ley 23.515", Terceras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín (Bs. As.), 27 al 29 de octubre de 1988.

pañol prevé que "en cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al art. 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero".

281. Diferentes hipótesis relacionadas con el cumplimiento de la carga.

Ante todo, debemos aclarar que el cónyuge enfermo puede o no ser heredero del sano, según lo veníamos diciendo, ya sea que su sentencia de separación personal haya sido o no convertida en divorcio vincular.

Revista o no aquél la calidad de heredero, puede constituir una carga para la sucesión proveer lo necesario para su asistencia, tratamiento y recuperación. Ello surge claramente del texto expreso del art. 208 del Código Civil, que dice: "Fallecido el cónyuge obligado, *aunque se hubiese disuelto el vínculo matrimonial por divorcio vincular con anterioridad, la prestación será carga en su sucesión, debiendo los herederos prever, antes de la partición, el modo de continuar cumpliéndola*".

Corresponde establecer hasta cuándo perdura esa carga, o, dicho en otros términos, si alguna vez los sucesores pueden liberarse de ella. Al respecto, conviene analizar los siguientes supuestos:

a) *Cónyuge "enfermo" que es heredero y cuyo tratamiento constituye, a la vez, una carga de la sucesión.* Si el cónyuge enfermo recibió en el sucesorio bienes suficientes para solventar su tratamiento y recuperación por el tiempo probable de duración, cabría sostener que se puede dar por finalizada la carga de la sucesión, pues, aunque la ley no lo diga expresamente, se ha cumplido su finalidad, cual es la protección del enfermo.

Establecer como carga de la sucesión el sostenimiento de los gastos de recuperación del enfermo tiene un claro fin tuitivo, que se prolonga más allá del divorcio vincular. Pero si ese fin se cumple con la trasmisión de un patrimonio hereditario importante y suficiente para cubrir las necesidades del minusválido, sería injusto que el resto de los herederos vieran afectada incluso su legítima para sostener la curación de quien tiene medios suficientes para hacerlo. Más injusto aún sería el caso en que habiendo otro heredero enfermo (p. ej., un hijo), debiera soportar los gastos de curación del ex cónyuge en desmedro del propio hijo enfermo.

En el derecho alemán, se limita la responsabilidad de los herederos a la porción legítima que el alimentado hubiera tenido en la sucesión del alimentante si no hubiese mediado causa de divorcio¹⁷.

De ello se infiere que el cónyuge enfermo no puede pretender más que lo que le correspondería como heredero.

En el derecho español, se autoriza a los herederos a solicitar al juez la reducción o supresión de la pensión si el caudal alimentario no puede satisfacer las necesidades de la deuda o afecta sus derechos a la legítima¹⁸.

En el derecho positivo argentino, el fundamento debe ser buscado en lo dispuesto por el art. 208 del Código Civil, el cual establece que los medios necesarios para el tratamiento y la recuperación deben ser fijados teniendo en cuenta los recursos y las necesidades; cuando a las necesidades se las cubre con los recursos recibidos a título hereditario, se puede dar por finalizada la carga de la sucesión.

Sin embargo, esto no se lo puede establecer como regla fija, sino que habrá que atenerse a las características de cada caso en particular.

b) Cónyuge "enfermo" heredero que recibe bienes parcialmente suficientes para cubrir su tratamiento y recuperación. Este supuesto difiere del anterior en que los bienes que el enfermo ha recibido a título hereditario son insuficientes para pagar sus gastos de tratamiento y recuperación, en cuyo caso pensamos que los herederos deberán soportar la carga hereditaria en la proporción del caudal económico del enfermo, por aplicación de la proporcionalidad que debe haber entre los recursos de quien está obligado a pagar los gastos del enfermo y el potencial económico del beneficiario.

c) Cónyuge "enfermo" no heredero que recibe bienes suficientes en la división de la sociedad conyugal. Puede ocurrir que como consecuencia del divorcio o de la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular, el enfermo haya perdido sus derechos hereditarios, y, no obstante ello, que en la división de la sociedad conyugal reciba bienes importantes, suficientes holgadamente para solventar su tratamiento y recuperación, en tanto que la otra mitad de los bienes de la sociedad conyugal debe ser repartida entre los herederos.

¹⁷ Carlos Escribano, *Régimen de alimentos en la ley 23.515, "L.L.", 1988-C-1025.*

¹⁸ Lacruz Berdejo y otros, *ob. cit.*, p. 363.

Creemos que también en este supuesto, como en los anteriores, la determinación de la carga deberá ser establecida teniendo en cuenta los recursos y las necesidades (art. 208, Cód. Civil), e incluso llegar a precisar que no corresponde cumplir con carga alguna, por no haber necesidades del enfermo o ser su caudal económico mucho más importante que el acervo hereditario.

Hay que tener siempre en cuenta, para llegar a cualquier tipo de solución, el fundamento de esta pensión que se le debe dar al enfermo. El fin último de la ley ha sido compensar la situación de aquel de los cónyuges que se ve perjudicado con el divorcio, o que a causa de éste ve empeorada su situación patrimonial. Pero si estas circunstancias no se dan y la situación patrimonial del enfermo supera la de la masa hereditaria, no hay por qué cargar a ésta con una manutención que carece de fundamento.

d) Cónyuge "enfermo" no heredero que recibe bienes parcialmente suficientes. En este caso es aplicable lo dicho en el párrafo *b*, y en la determinación de la carga se deberá tener en cuenta tanto el caudal económico del beneficiario del cargo como el de la sucesión.

e) Cónyuge enfermo que ha logrado la recuperación. Lo lógico sería que si el cónyuge tiene sus facultades mentales alteradas, o es alcohólico o drogadicto, antes de la partición se estableciera la forma de soportar la recuperación del enfermo, que podría ser mediante la no partición de un bien capaz de producir renta.

Separado este bien, se puede realizar la partición de los demás bienes, por aplicación del art. 3453, que establece: "Aunque una parte de los bienes hereditarios no sea susceptible de división inmediata, se puede demandar la partición de aquellos que no son actualmente partibles"¹⁹.

Podría ocurrir que el cónyuge enfermo sanara, con lo cual no se justificaría excluir de la partición el bien capaz de producir renta, destinado a proveer los medios necesarios para una curación que ya se produjo. Por ende, se puede accionar por finalización de la carga sucesoria, motivada en su cumplimiento.

Para dar por terminada o cumplida la carga de la sucesión por curación, habrá que demostrar, con las respectivas pericias médicas, el estado del enfermo.

En las Terceras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil se

¹⁹ Luis De Gásperi, *Tratado de derecho hereditario*, TEA, Bs. As., 1957, t. II, p. 209, y doctrina extranjera por él citada.

propuso: "Se debe interpretar que el derecho acordado por el art. 208 del Código Civil, modificado por la ley 23.515, respecto al cónyuge enfermo, cesará cuando se pruebe su recuperación"; y *de lege ferenda* se sostuvo que en los arts. 210 y 218 del Código habría que agregar un párrafo que dijera: "La recuperación del enfermo es causa de la cesación del derecho alimentario"²⁰.

Incluso puede ocurrir que el cónyuge enfermo haya sido declarado demente o inhabilitado (art. 152 bis, Cód. Civil), en cuyo caso, antes de dar por cumplida la carga de la sucesión, habrá que iniciar un proceso de rehabilitación, que se halla comprendido en el art. 150 del Código Civil y en el art. 635 del Código Procesal de la Nación²¹.

Una vez obtenida la rehabilitación judicial, cesa la carga de la sucesión al respecto. En este supuesto, habrá que atenerse a la forma en que se pactó el cumplimiento de la carga: si fueron separados bienes capaces de producir rentas, éstos podrán ser reintegrados al patrimonio y partidos; si se estableció un usufructo u otro derecho real, éste deberá cesar, y se podrá solicitar la cancelación de su inscripción respectiva.

El problema se plantea cuando en pago de la pensión se ha recibido un bien o una cantidad de dinero determinada, que se ha consumido, en cuyo caso será imposible retrotraer el bien al sucesorio para su partición.

282. Muerte del cónyuge "enfermo".

Nos hallamos ante una prestación de carácter asistencial y personalísima, que no se trasmite a los herederos del acreedor. Por ende, la carga de la sucesión finaliza con la muerte del enfermo.

En el supuesto de que el cónyuge enfermo muera y se haya apartado bienes a fin de cubrir sus necesidades, se podrá demandar la partición de tales bienes, que habían sido excluidos de la primera partición por aplicación del art. 3453, Cód. Civil. En lo demás será de aplicación lo dicho en el párrafo anterior.

²⁰ Adriana Waigmaster, Delia Iñigo y Lea Levy, ponencia presentada en las Terceras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, octubre de 1988), tema A: "Divorcio. Ley 23.515".

²¹ Sobre el proceso de rehabilitación, ver: Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia, *Juicio de insania y otros procesos sobre la capacidad*, Bs. As., 1990, cap. 16.

283. Posible coexistencia de diversas cargas sucesorias por pensiones como consecuencia de sucesivos divorcios.

Un problema importante —y que pese a ello no se ha planteado directamente nuestro legislador— es el relativo a la posible coexistencia de diversos créditos por pensiones, como consecuencia de sucesivos divorcios obtenidos o, en su caso, de divorcio seguido de matrimonio que se separa: al faltar en las nuevas normas del Código Civil una regla sobre la gradación en cuanto a las diversas obligaciones que hay que atender con relación a los ex cónyuges enfermos, habrá que atenerse a las normas generales, cuya aplicación no será siempre suficiente o satisfactoria para compatibilizar los intereses en contraposición²².

284. Existencia de otros parientes con obligación alimentaria.

Alejandro Borda sostiene que la carga de la sucesión sólo es exigible “en los casos en que no existan parientes del cónyuge enfermo que estén obligados a pasarle alimentos. No es razonable que las personas señaladas en los arts. 367 y 368 del Código Civil, según reforma de la ley 23.264 (ascendientes, descendientes, hermanos, medios hermanos y los afines en primer grado), queden eximidos de su obligación alimentaria (...) por la mera existencia de herederos del cónyuge sano”.

Agrega este autor que “de no seguirse este criterio se llegaría al absurdo de que el padre o un hijo (que no lo es del cónyuge enfermo), o el segundo cónyuge del esposo sano ya fallecido, deberían prestarle alimentos y atender las necesidades propias de la enfermedad, aun en el caso de que vivan los padres o los hijos de este último. No es posible admitir tal liberación —que repugna los sentimientos más profundos— de las personas que más estrechamente ligadas están con el enfermo”²³.

En las Terceras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, la tendencia predominante fue la de considerar esta obligación como subsidiaria de la que tienen los parientes del cónyuge “enfermo”, o, en su caso, aun cuando no sean subsidiarias, permitirles a los herederos exigir la contribución de los parientes obligados²⁴.

²² Lacruz Berdejo y otros, ob. y lug. cit.

²³ Alejandro Borda, *El art. 203 de la ley 23.515: sus consecuencias patrimoniales*, “L.L.”, 1988-D-929.

²⁴ Terceras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín (Bs. As.), 27 al 29 de octubre de 1988.

285. Fraude a la legítima.

La doctrina se ha planteado el supuesto —extraño, por cierto— de una convivencia dolosa entre el causante y su cónyuge para beneficiarlo, en perjuicio de sus herederos forzosos. Y se ha aceptado la posibilidad de que los legitimarios, en tal caso, ejerzan las acciones de protección de su legítima demostrando el hecho doloso que violenta lo dispuesto por el art. 3598 del Código Civil²⁵.

286. ¿Puede el enfermo renunciar a su derecho de ser mantenido en su tratamiento y recuperación?

Si bien no nos hallamos frente a un típico derecho alimentario, esta hipótesis participa de las características de este último, por lo cual sería de aplicación el art. 374 del Código Civil, que dispone que “el derecho a los alimentos no puede renunciarse”, en coordinación con el art. 1453, que establece que “no puede cederse el derecho a alimentos futuros”. Con ello, el cónyuge enfermo no podría renunciar al derecho que constituye una carga de la sucesión para lo futuro, pero sí a los alimentos vencidos o cuotas atrasadas²⁶.

Aun cuando no se considerara de estricta aplicación las normas sobre alimentos, no se podría renunciar al derecho familiar que busca la tutela sin tener en cuenta la voluntad del titular²⁷.

287. Juez competente.

Pueden ser tres los jueces intervinientes en el caso: por un lado, el juez del divorcio; por el otro, el juez del sucesorio, e incluso, si media una declaración de insania o inhabilitación, el juez de tales procedimientos.

La cuestión radica en saber si cabe el fuero de atracción entre los distintos procesos, sobre todo entre el juez del sucesorio y el de la posterior o concomitante declaración de insania.

En principio, no parece haber ningún fuero de atracción en-

²⁵ Héctor Roberto Goyena Copello, *Las causales de separación y divorcio del art. 203 del Código Civil*, “L.L.”, 1988-E-819.

²⁶ Julio J. López del Carril, *Derecho y obligación alimentaria*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1981, p. 107.

²⁷ A. Cicu, *Gli alimenti*, t. II, p. 725.

tre estos procesos, porque la finalidad de aquél es concentrar ante un mismo juez todas las acciones seguidas contra el patrimonio del causante, cosa que no se da en los supuestos de inhabilitación o insania.

Si se declarara la demencia o inhabilitación, sería de aplicación el art. 5, inc. 8, del Cód. Proc. Nac., que establece como juez competente, "en los procesos por declaración de incapacidad por demencia o sordomudez, y en los derivados de los supuestos previstos en el art. 152 bis del Código Civil, el del domicilio del presunto incapaz o inhabilitado; en su defecto, el de su residencia. En los de rehabilitación, el que declaró la interdicción".

En tanto, en las cuestiones sucesorias el juez competente será el del último domicilio del causante.

288. Tipo de proceso.

Para determinar cuál es el tipo de proceso a seguir habrá que tener en claro qué es lo que se pretende lograr, a saber:

a) *Exclusión hereditaria conyugal.* Si de lo que se trata es de excluir al cónyuge de la sucesión del enfermo, es de aplicación lo dicho con respecto a la exclusión hereditaria conyugal en el capítulo sobre la exclusión del cónyuge separado culpable.

b) *Determinación de la forma de prestación de la carga.* Si todos los herederos y el cónyuge enfermo están de acuerdo en la forma de cumplir la carga, y todos tienen capacidad, pueden hacer un convenio entre ellos, el cual deberá ser homologado judicialmente.

Si no están de acuerdo, se deberá recurrir al trámite incidental o al trámite regulado en los arts. 731 y 732 del Cód. Proc. Nac., según el caso.

Puede ocurrir que las operaciones de partición sean presentadas junto con la forma de cumplir la carga, en cuyo caso se deberá emplear el trámite previsto para la oposición a la cuenta particionaria (arts. 731 y 732, Cód. Proc. Nac.).

Si el único tema en discusión es la forma de prestación de la carga, habrá que recurrir al trámite incidental.

c) *Finalización de la carga.* Los ordenamientos procesales, en general, no han previsto un trámite específico para este novísimo supuesto, por lo cual habrá que recurrir al trámite incidental, ya que el principio general acogido por toda la doctrina procesalista,

y específicamente por el art. 175 del Cód. Proc. Nac., es que "toda cuestión que tuviere relación con el objeto principal del pleito, y no se hallare sometida a un procedimiento especial, tramitará en pieza separada, en la forma prevista por las disposiciones de este capítulo".

Dado que esta cuestión atañe al objeto de la sucesión y no tiene regulado un trámite específico, debe tramitársela por el procedimiento incidental.

289. Sujeto activo.

En el proceso de exclusión del cónyuge sano se debe aplicar, con respecto al sujeto activo, lo dicho en el parágrafo 258.

En el proceso tendiente a la forma de prestación de la carga, el principio es que serán legitimados activos todos los obligados a la carga de la sucesión. Incluso los acreedores de la sucesión pueden serlo, porque pueden tener interés en el reingreso de un bien al acervo partible, a los fines del cobro de su acreencia.

290. Sujeto pasivo.

Es aquí donde residen el mayor peligro y la mayor complicación procesal, porque, cualquiera que sea el objetivo perseguido, se debe trabar correctamente la litis y evitar posibles y futuras nulidades.

Las nulidades pueden derivar de la contratación o firma de convenios con un demente, aun cuando no fuere declarado, o de la propia inhabilidad del cónyuge enfermo.

Estamos ante un divorcio cuya causa son las alteraciones de conducta, la ebriedad o la toxicomanía, que a la vez pueden ser causa de demencia o inhabilitación judicial, sin que sea necesaria su declaración a los fines de obtener el divorcio. Por ello hay que tener precaución en la forma en que son realizados los convenios o trabadas las litis con estas personas, para que en el futuro no sean planteadas nulidades.

A fin de establecer precisiones, corresponde hacer las siguientes diferenciaciones.

a) *Cónyuge "enfermo" declarado insano.* En principio, este supuesto es el que menos dificultades plantea, por cuanto la litis deberá ser integrada con el curador, que es su representante legal y necesario, más la intervención del ministerio de menores (art. 494, Cód. Civil).

Si hubiera intereses contrapuestos entre el curador y el demente (p. ej., cuando el curador sea uno de los herederos que tenga intereses de índole sucesoria opuestos a los del enfermo), se ha de designar un curador especial, conforme a lo dispuesto por los arts. 61 y 397, inc. 4, Cód. Civil.

b) *Cónyuge "enfermo" que tiene pendiente el proceso de insania.* Habrá que trabar la litis con el curador provisorio designado al efecto. Cierto es que este curador provisorio, por lo común, limita su intervención al juicio de declaración de insania; pero no habiendo curador de los bienes, puede representar al presunto insano en otro juicio, con autorización del juez²⁸.

c) *Cónyuge "enfermo" inhabilitado por las causales del art. 152 bis.* Tratándose de actos en los cuales se puede ver comprometido el patrimonio del inhabilitado, éste debe actuar asistido, pero siempre teniendo en cuenta las facultades no representativas del curador²⁹.

d) *Cónyuge "enfermo" no inhabilitado.* Podría ocurrir que el cónyuge enfermo fuera un demente no declarado, con lo cual todo acto realizado con él podría ser declarado nulo en el supuesto contemplado en el art. 473, Cód. Civil.

Para evitar futuras nulidades, y teniendo en cuenta que difícilmente los herederos podrían alegar buena fe o desconocimiento de la demencia —máxime cuando ésta puede haber sido la causal de la declaración de divorcio—, cabrían dos caminos: o bien denunciar la demencia a los fines de la correspondiente declaración, para proseguir la litis con el curador correspondiente, o bien solicitar la intervención del asesor de menores e incapaces. Esto último no está previsto en el ordenamiento de fondo, pero ha sido propugnado como solución por la doctrina especializada en el tema, al señalar que "la oportuna intervención del asesor de menores e incapaces permite que se arbitren las medidas necesarias para su protección. Así, entre otras, puede promover la declaración de insania o inhabilitación, o aun, sin llegar a éstas, ofrecer la prueba necesaria a los fines de la fijación de la cuota alimentaria"³⁰.

En el supuesto en análisis hay que tener presente que *el demente no interdicto es básicamente capaz y no puede ser reem-*

²⁸ Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia, ob. cit., p. 280.

²⁹ Patricio Raffo Benegas y Rafael Sassot, *Régimen procesal de la inhabilitación*, "J.A.", 1969-551, Doctrina.

³⁰ Waigmaster, Ifigo y Levy, ponencia cit.

plazado por el representante ³¹. Pero, a la vez, la falta de discernimiento es causa de invalidación de los actos, por aplicación de los arts. 921, 473 y 361, Cód. Civil. Por ello, los herederos han de extremar las precauciones al fijar acuerdos o trabar la litis con dementes no interdictos o con quienes parezcan serlo, para evitar lo siguiente:

1) si la demencia es notoria o pública, que se perjudique la validez del acto;

2) si la demencia no es notoria, que se les impute mala fe a los herederos por el conocimiento del estado mental del enfermo, y se plantee la anulación del negocio entre vivos y a título oneroso;

3) si se trata de un acto a título gratuito (como la renuncia de los alimentos pasados no pagados), que se plantee la invalidación del acto porque no queda protegido el contratante que nada dio en cambio.

Para evitar estas situaciones es que deben ser arbitrados los medios procesales que describimos con anterioridad, a fin de resguardar los intereses de ambas partes.

291. Efectos de la finalización de la carga de la sucesión.

Son dos los efectos que se pueden presentar al finalizar la carga de la sucesión:

A) *Irrepetibilidad de lo pagado*. El principio general es el de la irrepetibilidad de lo pagado en concepto de gastos para la manutención del enfermo y de su tratamiento. Ello surge del carácter alimentario de tal prestación y de la aplicación supletoria de lo dispuesto en los arts. 371, 376 y 248, Cód. Civil.

La jurisprudencia ha dicho que "el alimentista no está obligado a devolver lo recibido cuando mejore su fortuna, pues que el alimentante no ha hecho un adelanto ni un préstamo, sino que ha pagado una deuda" ³². Sin embargo, pensamos que lo pagado sería repetible en el caso de que hubiera mediado dolo en su cobro. Por ejemplo, en el supuesto de que el enfermo se hubiera restablecido completamente y hubiese continuado cobrando la prestación.

³¹ Luis Moisset de Espanés, *Los dementes y las reformas introducidas por la ley 17.711, "J.A."*, 1972-153, Doctrina, y Alberto Molinas, *Incapacidad civil de los insanos mentales*, Ediar, Bs. As., 1948, p. 144.

³² Ver jurisprudencia referida por López del Carril, ob. cit., p. 152, n° 306.

B) *Reingreso del bien a la masa partible y finalización de las medidas cautelares.* Si se extingue la carga de la sucesión y ella ha sido otorgada con la imputación de algún bien productor de rentas, éste reingresa a la masa sucesoria y es pasible de partición.

Si se la ha garantizado con algún derecho real, como el de usufructo, se lo podrá levantar y lograr la división del bien.

III. PRESENTACIÓN CONJUNTA

292. Antecedentes. Legislación comparada.

La ley 17.711 introdujo en nuestro país la separación por presentación conjunta, que permitió dar solución a los matrimonios desquiciados sin acudir al juzgamiento de culpabilidades.

En la legislación comparada, se acepta la separación personal por mutuo consentimiento en la mayoría de los países. Al respecto podemos citar los siguientes códigos: Código alemán, art. 1567; Código francés, arts. 229 a 232; Código belga, art. 233; Código holandés, art. 254; Código mejicano, art. 267, párr. 17; Código cubano, art. 51; Código guatemalteco, art. 154; Código uruguayo, art. 187.

En nuestro país, la ley 23.515 establece en su art. 205: "Trascurridos dos años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común, y pedir su separación personal conforme lo dispuesto en el art. 236 del Código Civil".

293. Efectos de carácter patrimonial.

Alcances en el ámbito sucesorio.

En el régimen instaurado por el art. 67 bis de la ley 2393 se establecía que los efectos de la separación personal por presentación conjunta eran los mismos que en el divorcio con declaración de culpa de ambos cónyuges.

La ley 23.515 ha suprimido tal determinación, en su afán de independizar el divorcio por causales objetivas de la determinación de culpas o de la mención de culpas³³.

³³ Mario Bendersky, *Nuevo régimen consensual de separación personal y divorcio vincular por presentación conjunta de los cónyuges en el derecho argentino*, "L.L.", 1987-E-734.

Sin embargo, la doctrina especializada en el tema entiende, en general, que los efectos que produce la separación personal por presentación conjunta son los del divorcio por culpa de ambos cónyuges³⁴.

La novedad que contiene la reforma es la posibilidad de presentar acuerdos conciliatorios con respecto a la tenencia y al régimen de visitas de los hijos, la atribución del hogar conyugal, el régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, o la liquidación de la sociedad conyugal (art. 236, Cód. Civil).

Lo que importa, en cuanto a la materia de nuestro estudio, es la vigencia y duración de estos acuerdos y su influencia dentro del régimen sucesorio.

La ley 23.515 ha legislado específicamente sobre la vocación hereditaria en el art. 3574, Cód. Civil, que establece: "En los casos de los arts. 204, primer párrafo, y 205, ninguno de los cónyuges mantendrá derechos hereditarios en la sucesión del otro".

La norma citada no deja lugar a dudas sobre la pérdida de los derechos hereditarios de ambos cónyuges en el supuesto de separación personal por presentación conjunta.

Como veníamos señalando, en el régimen anterior de la separación por mutuo acuerdo se preveía que la sentencia produciría los efectos de la culpa de ambos cónyuges. En la actualidad, ello no es aclarado específicamente, pero se establece con total claridad, en el art. 3574, que se perderá la vocación hereditaria conyugal.

294. Declaración unilateral de culpa.

En el antiguo régimen, la doctrina discutió arduamente el tema de si los cónyuges podían peticionar, en el divorcio por mutuo acuerdo, la declaración de la culpa de uno de ellos, lo cual se traducía, en definitiva, en la posibilidad de dejar a salvo los derechos del cónyuge inocente (entre otros, el derecho hereditario).

Aceptando la atribución unilateral de culpa, se podía admitir la conservación de los derechos sucesorios del cónyuge inocente. Por la solución negativa se inclinaron, entre otros doctrinarios, Fassi, Molinario, Lagomarsino, Escribano, Barroetaveña, Benedetti y Crespi³⁵; por la solución positiva se pronunciaron autores tam-

³⁴ Daniel Hugo D'Antonio, *Régimen legal del matrimonio civil (ley 23.515)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1987, p. 94.

³⁵ Santiago Fassi, *Declaración del divorcio por culpabilidad de uno de*

bién prestigiosos, como Llambías, Borda, Guastavino, Méndez Costa, Zannoni, Reimundín, Mancuso, Moreno Dubois, Ferrer, Goyena Copello y Muñoz³⁶.

Un plenario de las cámaras de la Capital vino a poner fin a la cuestión en debate, dictaminando que "en el régimen establecido por el art. 67 bis de la ley 2393, no es admisible la atribución unilateral de culpa"³⁷.

Creemos que en el sistema introducido por la ley 23.515 no cabe la atribución unilateral de culpa en el divorcio.

Se podría argumentar en favor de la atribución unilateral de culpa diciendo que el art. 235 impide la declaración de culpabilidad en los casos de los arts. 203 y 204, párr. 1º, y del inc. 2 del art. 214, y nada dice con respecto al art. 205. Pero, de todas formas, el art. 236, *in fine*, preceptúa que el juez no podrá determinar en la sentencia cuáles son las causas aducidas por las partes

los cónyuges, "L.L.", 1975-C-83; Alberto Molinario, *El fallo plenario sobre la atribución unilateral de culpa en el juicio establecido por el art. 67 bis de la ley 2393*, "L.L.", 1977-C-935; Carlos Lagomarsino, *Divorcio por presentación conjunta*, "J.A.", 1974-820, Doctrina; Carlos Escribano, *El nuevo divorcio por mutuo consentimiento*, "L.L.", 132-122; Diego Barroetaveña, *El divorcio: reforma civil y procesal*, Bs. As., 1968, n° 161; Julio C. Benedetti, *Divorcio por presentación conjunta o común acuerdo instrumental*, "Revista Internacional del Notariado", 74-133-IV; Jorge Crespi, *Ley de Matrimonio Civil, en Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, tomo IV, vol. I, La Plata, 1973, p. 125.

³⁶ Jorge Llambías, *Ley 17.711: reforma del Código Civil*, "J.A.", 1969-11-124, Doctrina; Guillermo Borda, *La reforma del Código Civil: Divorcio por presentación conjunta*, "E.D.", 32-875, n° 9; Elías Guastavino, *La posibilidad de reconocimiento de culpa exclusiva antes y después de la separación judicial de los cónyuges*, "L.L.", 143-193, nos. 7 a 19, y *Nuevamente sobre la adjudicación de los efectos de la culpa a uno solo de los cónyuges en el juicio de separación consensual*, "L.L.", 154-493; María Josefa Méndez Costa, *Divorcio por presentación conjunta: reconocimiento unilateral de culpa*, "J.A.", 18-1973-566; Eduardo A. Zannoni, *Derecho de familia*, t. II, p. 648; *La atribución unilateral de culpa en el divorcio por presentación conjunta y el argumento de que implica un pacto de herencia futura*, "J.A.", 25-1975-395, y *La atribución unilateral de culpa en el divorcio por presentación conjunta*, "L.L.", 150-378; Ricardo Reimundín, *El art. 67 bis de la ley 2393 y los efectos del divorcio*, "J.A.", 1972-735, Doctrina; Francisco Mancuso, *El art. 67 bis de la Ley de Matrimonio Civil, en Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, t. 4 I., Bs. As., 1973, ps. 242 a 244; Eduardo E. Moreno Dubois, *Carácter del efecto atribuido a la sentencia de divorcio por presentación conjunta*, "L.L.", 143-443; Francisco A. M. Ferrer, *Divorcio por presentación conjunta, en Cuestiones de derecho civil*, Santa Fe, 1979, p. 207; Héctor R. Goyena Copello, *Divorcio por mutuo consentimiento*, Bs. As., 1969, ps. 26 y 27, párr. b, y *El reconocimiento unilateral de culpa en el divorcio por mutuo consentimiento*, "L.L.", 150-128; Ricardo Alberto Muñoz, *El régimen de la culpa en el art. 67 bis de la Ley de Matrimonio Civil*, "J.A.", 1974-594, Doctrina.

³⁷ Cám. Nac. Civ., en pleno, 18/5/77, "L.L.", 1977-B-433.

que hacen moralmente imposible la vida en común, con lo cual tampoco se podría establecer la culpabilidad, porque se mencionaría la razón del divorcio, mención prohibida en la última frase del art. 236.

Específicamente en lo que atañe al derecho sucesorio, no se puede admitir que por vía de la voluntad de los esposos se varíe el régimen indisponible de los derechos hereditarios.

Distinto era el régimen anterior, en el cual los derechos sucesorios dependían de la declaración de culpabilidad, por lo cual, admitiendo la atribución unilateral de inocencia, se podía mantener la vocación hereditaria conyugal. Pero en el régimen actual la vocación hereditaria es independizada del concepto de culpa o inocencia, y, por tanto, aun cuando admitiéramos una atribución unilateral de culpa en la separación por mutuo consentimiento, ella no podría otorgar derechos sucesorios, que le son negados expresamente al cónyuge, a menos que se lo designara expresamente heredero testamentario.

295. Fundamento de la pérdida de la vocación hereditaria conyugal.

Al no haber determinación de culpabilidad, no se puede afirmar que la pérdida de la vocación hereditaria conyugal provenga de la inconducta en la relación matrimonial.

Lo que ocurre es que en el sistema actual la vocación hereditaria del cónyuge separado o divorciado es, muchas veces, independiente de su culpa o inocencia: así, vemos que el cónyuge inocente pierde la vocación hereditaria en el divorcio vincular, y que el enfermo la conserva, aun sin que sean determinadas las culpas, en la separación personal, y la pierde en el divorcio vincular. Ello obedece a que el legislador ha establecido un régimen de exclusión que se basa en el tipo de procedimiento utilizado para obtener el divorcio o la separación personal.

Sin entrar a juzgar sobre la culpabilidad en el divorcio, la ley les ha proporcionado a los cónyuges una forma de solucionar sus conflictos matrimoniales, por la cual, mediante la concertación de acuerdos, se puede definir las pautas personales y patrimoniales que regirán su vida de divorciados. Es por ello que se les permite la realización de acuerdos conciliatorios a fin de definir los aspectos relativos a alimentos, visitas, régimen de bienes y hogar conyugal —excepto el problema de los derechos sucesorios, donde ha prevalecido la voluntad del legislador que establece la pérdida de los derechos sucesorios como una conse-

cuencia legal y forzosa, que deviene directamente del tipo de procedimiento utilizado—. El ex cónyuge puede ser designado heredero en los límites de la porción disponible; es decir, sin afectar la legítima de los herederos forzosos.

296. Exclusión hereditaria conyugal.

Para lograr la exclusión hereditaria del cónyuge separado por mutuo acuerdo será necesaria la acreditación de la sentencia de divorcio firme, en la cual se declare la separación personal.

En cuanto al tema procesal, vía idónea, legitimados (pasivos y activos), defensas y pruebas, es de aplicación lo dicho en el capítulo correspondiente al cónyuge separado culpable (parágrafos 255 y ss.).

297. Convenios de atribución del hogar conyugal y derecho sucesorio.

El art. 236 del Código Civil permite que en las demandas por presentación conjunta los cónyuges acompañen convenios que solucionen el problema del hogar conyugal³⁸.

La ley ha otorgado gran margen de libertad para la realización de tales convenios; por tanto, múltiples pueden ser las soluciones que los cónyuges le den a su problema conyugal.

La dificultad estriba en precisar qué ocurre cuando los esposos acuerdan que alguno de ellos continúe habitando en el hogar conyugal, sin atribuirle el dominio del inmueble, sino solamente un derecho de uso, con o sin contraprestación por tal derecho. La cuestión radica en determinar si el cónyuge superviviente mantiene el derecho de ocupar la vivienda, o si puede ser excluido por los herederos.

Diferente será la respuesta si en los convenios se ha establecido un derecho real de uso o habitación, o incluso un derecho de usufructo, o si simplemente se ha establecido un derecho personal. Corresponde, entonces, distinguir lo siguiente:

A) *Atribución del hogar conyugal como mero derecho personal.* En este supuesto, que es el más común, los cónyuges pactan que uno de ellos continuará habitando el hogar conyugal, sin

³⁸ Alberto Jorge Gowland, *Los acuerdos de liquidación de la sociedad conyugal y el art. 236 de la ley 23.515, "L.L.", 1988-C-693.*

establecer un derecho real de uso y habitación. Cabe preguntarse si este convenio obliga a los herederos, o si éstos tienen facultad para excluir al cónyuge del inmueble que fue sede del hogar conyugal.

Creemos que tal convenio no se trasmite a los herederos, y, por ende, éstos *no están obligados a mantener al ex cónyuge en el uso del que fue el inmueble conyugal*. Ello, por las siguientes consideraciones:

a) *Intransmisibilidad de este tipo de derecho-obligaciones*. La primera parte del art. 236 prevé la posibilidad de realizar acuerdos relativos a visitas, alimentos y hogar conyugal. Ni el derecho alimentario ni el derecho de visitas son derechos que se pueda transmitir a los herederos. Al contrario, son derechos u obligaciones intransmisibles hereditariamente.

Igual consideración cabe ante la obligación asumida por un cónyuge de permitir que el otro continúe habitando el hogar conyugal, por cuanto estamos ante un derecho subjetivo familiar cuya característica principalísima es la inherencia personal. Conforme a lo dicho, el art. 498 del Código Civil establece: "Los derechos no transmisibles a los herederos del acreedor, como las obligaciones no transmisibles a los herederos del deudor, se denominan en este Código «derechos inherentes a la persona», «obligaciones inherentes a la persona»".

Se podría argumentar en contra de lo dicho alegando la diferenciación efectuada entre la intransmisibilidad de los derechos no patrimoniales derivados del estado de familia y la transmisibilidad de los derechos patrimoniales derivados del estado de una persona, con base en el art. 846, que permite la transacción sobre intereses pecuniarios subordinados al estado de una persona³⁹. Pero lo cierto es que el "derecho de habitar el que fue sede del hogar conyugal" no es un derecho puramente patrimonial, sino que está imbuído de un carácter asistencial. Carácter asistencial que se advierte claramente cuando no hay acuerdo sobre la atribución del hogar conyugal y el juez debe decidir al respecto, supuesto en el cual se valora, principalmente, quién es el más necesitado de ambos cónyuges.

Ello implica que aun cuando la solución del problema habitacional surja por convenio entre los cónyuges, las obligaciones asumidas por el causante no obligan a los herederos, como no los obligan las obligaciones alimentarias.

³⁹ César Augusto Belluscio, *Manual de derecho de familia*, Bs. As., 1987, t. I, p. 43.

b) *El supuesto no encuadra en el derecho real de habitación del cónyuge superviviente.* La doctrina, en general, se ha mostrado contraria a la admisión del derecho de habitación viudal cuando ha habido exclusión hereditaria conyugal, fundándose en la interpretación gramatical del art. 3573 bis y en la naturaleza jurídica de la facultad que otorga.

Para que se otorgue el derecho de habitación del cónyuge superviviente tiene que tratarse de la que fue residencia de los cónyuges al momento de la apertura de la sucesión; como ello no es así en el caso de separados por presentación conjunta, no se da el derecho de habitación del cónyuge superviviente⁴⁰.

Entendemos, por analogía, que si la exclusión hereditaria conyugal impide el derecho de habitación del cónyuge superviviente, también *impide la transmisión hereditaria de la obligación personal asumida por el causante de permitir que su ex cónyuge continúe habitando el inmueble.*

c) *Interpretación restrictiva.* Se impone en el tema una interpretación restrictiva, teniendo en cuenta que su satisfacción afecta el derecho de los herederos, incluso legitimarios, o el de los legatarios, por toda la vida del superviviente⁴¹.

B) *Atribución del hogar conyugal como derecho real de habitación del cónyuge.* En este supuesto la situación varía radicalmente, porque si se ha establecido que al derecho real de habitación le es aplicable lo dispuesto en el art. 2969, Cód. Civil —el cual establece que “lo dispuesto sobre la extinción del usufructo se aplica igualmente al uso y al derecho de habitación”—, como el derecho de usufructo se extingue por muerte del usufructuario (conforme a los arts. 3004 y 2920), y no del nudo propietario, con igual razón el derecho de uso se extinguiría con la muerte del usuario, y no del nudo propietario.

Esto significa que los herederos del nudo propietario son, en principio, continuadores del contrato de usufructo o de uso y habitación, salvo que el usufructo, el uso o la habitación hayan sido constituidos en forma gratuita, por donación.

Por lo expuesto, debemos concluir afirmando que el derecho real de habitación obliga a los herederos; *pero si el convenio*

⁴⁰ Guillermo Borda, *El derecho de habitación del cónyuge superviviente*, “E.D.”, 57-755; Alberto D. Molinaro, *Estudio del art. 3573 bis del Código Civil*, “L.L.”, 1975-B-1040; Marina Mariani de Vidal, *Ley 20.978: derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente*, “L.L.”, 1976-C-498.

⁴¹ María Josefa Méndez Costa, *La exclusión hereditaria conyugal*, Bs. As., 1982, p. 243.

es gratuito, sólo los obliga en el límite de libre disposición del causante.

Ello implica que los herederos deben soportar el desmembramiento de su derecho de propiedad y tolerar que el ex cónyuge se mantenga habitando en el inmueble conyugal, siempre que el derecho real de usufructo o habitación no haya sido donado.

En el caso de que el causante hubiera donado el usufructo o el derecho de uso y habitación, los legitimarios podrán oponerse a que el usufructuario o el usuario sigan disponiendo del bien inmueble, mediante el uso del derecho de opción que les confiere el art. 3603 o la acción de reducción.

a) *Derecho de opción del legitimario frente al derecho de uso y habitación.* El art. 3603, Cód. Civil, establece que "si la disposición testamentaria es de un usufructo o de una renta vitalicia, cuyo valor exceda la cuota disponible por el testador, los herederos legítimos tendrán opción a ejecutar la disposición testamentaria o a entregar al beneficiado la porción disponible". La doctrina especializada en el tema ha entendido que la norma es aplicable no sólo a las disposiciones testamentarias, sino también a las disposiciones entre vivos ⁴².

Ello implica que si los legitimarios ven agredida su legítima por la constitución, efectuada por el causante, del derecho de uso y habitación, pueden ejercer el derecho de opción que les otorga la norma y desinteresarse al cónyuge superviviente mediante la entrega de la porción disponible.

El cónyuge superviviente no podría quejarse, porque se le entrega la totalidad de la porción disponible, es decir, todo lo que el causante podía dejarle ⁴³; y los herederos se evitan engorrosos cálculos para determinar si ese derecho de habitación puede ser reducido mediante el ejercicio de la acción de reducción.

b) *Acción de reducción.* Si se dan las condiciones para el ejercicio de la acción de reducción, los herederos podrán atacar el derecho de uso o habitación mediante su empleo.

⁴² Guillermo Borda, *Tratado de derecho civil*, t. II, "Sucesiones", Perrot, Bs. As., 1975, p. 130; Héctor Lafaille, *Curso de derecho civil. Sucesiones*, Bs. As., 1932-1933, t. 2, n° 231. En contra: Eduardo Laje, *El otorgamiento gratuito de usufructos y de rentas vitalicias y la protección de la legítima*, "L.L.", 77-843, Doctrina.

⁴³ Graciela Medina, *Opción del legitimario en frente del derecho real de usufructo, renta vitalicia o uso*, en curso de publicación en "L.L."

298. Procedimiento para excluir al cónyuge supérstite del que fue sede del hogar conyugal.

Para determinar cuál es el procedimiento a seguir en la exclusión habrá que establecer el carácter en que el cónyuge se mantiene en la habitación del bien conyugal, a saber:

A) *Ejercicio del derecho de opción frente al derecho de uso y habitación. Acción de consignación.* Si los herederos hubieran elegido hacer uso del derecho de opción que les otorga el art. 3603, y el supérstite no accediera a irse del inmueble, se deberá iniciar juicio de desalojo; si hubiera negativa o mora, los legitimarios tendrían derecho a consignar los bienes, pues, como enseña Laje, los legitimarios no están obligados a constituirse en depositarios de aquéllos⁴⁴.

B) *Exclusión del cónyuge que tiene un derecho personal.* Si el cónyuge supérstite ha continuado habitando el inmueble conyugal por convenio personal con el causante, los herederos pueden excluirlo mediante el ejercicio de la acción de desalojo, salvo que se haya establecido un canon locativo, supuesto en el cual será menester, al menos, esperar los plazos máximos de las locaciones urbanas.

IV. SEPARACIÓN DE HECHO POR MAS DE DOS AÑOS SIN VOLUNTAD DE UNIRSE

299. Antecedentes. Legislación comparada.

En nuestro país, la separación personal sin voluntad de unirse no fue, hasta el año 1987, una causal de separación. Si los cónyuges estaban separados sin voluntad de unirse y querían dar fin a su matrimonio, debían entablar un divorcio contradictorio para salvaguardar los derechos del cónyuge inocente, o una presentación conjunta, quedando ambos cónyuges como culpables.

En la legislación comparada se advierte una tendencia a ad-

⁴⁴ Graciela Medina, *¿Qué pasa con los convenios de atribución del hogar conyugal a la muerte de uno de los cónyuges?*, en curso de publicación en "L.L."

mitir la separación de hecho como causa objetiva de separación personal y de divorcio vincular⁴⁵.

En el derecho europeo, observamos que esta causal fue incorporada en Italia en 1970, en Francia en 1975, en Alemania en 1976, y en España en 1981.

En el derecho latinoamericano, la separación de hecho como causal objetiva de divorcio se halla contemplada en el Código de Familia boliviano (art. 131), en el Código de Ecuador (art. 109) y en el Código Civil mejicano (art. 267).

300. Regulación positiva.

En la Argentina, la ley 23.515 ha incorporado entre las causales objetivas de separación personal la separación de hecho sin voluntad de unirse, en el art. 204 del Código Civil, el cual establece: "Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dada causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente".

La norma trascrita permite que dado el hecho objetivo de la separación entre los cónyuges, cualquiera de ellos —aun el culpable— puede petitionar la separación personal.

Un sector de la doctrina ha criticado acerbamente tal solución, porque le permite al cónyuge culpable obtener la separación personal, introduciendo de esta manera el divorcio unilateral, con reminiscencias de la institución del repudio, ya olvidada en la noche de los tiempos⁴⁶. Otro sector, en cambio, dio la bienvenida a esta causal, porque supone "la desdramatización del divorcio" y la incorporación de nuevas soluciones, que permitan dar a los "cónyuges un modelo jurídico de matrimonio que no comprima su libertad"⁴⁷.

Para paliar los efectos de que el cónyuge que fue culpable

⁴⁵ Vicente Luis Simo Santoja, *Divorcio y separación*, en *Derecho comparado y conflictual europeo*, Tecnos, Madrid.

⁴⁶ Roberto Goyena Copello, *Las causales de divorcio proyectadas*, "L.L.", 1986-E-1030; Jorge A. Mazzinghi, *Objeciones al proyecto de Ley de Matrimonio Civil*, "L.L.", 1986-E-1104.

⁴⁷ María Emilia Lloveras de Resk, *La separación de hecho prolongada como causal de divorcio*, "J.A.", 1988-III-769; Celina Ana Perrot, *La separación personal como causal autónoma en la nueva Ley de Matrimonio Civil*, "L.L.", 1987-D-1107.

pueda pedir la separación por una causal objetiva, se le permite al inocente dejar a salvo sus derechos.

El supuesto que nos ocupa en el presente párrafo está contenido en el primer apartado del art. 203, es decir, el caso en que el juez valora sólo la existencia de la separación de hecho durante un lapso determinado: si el plazo está cumplido, dictará la sentencia peticionada, sin juzgar sobre las conductas o causas que motivaron la separación.

301. Exclusión hereditaria conyugal.

Para lograr la exclusión hereditaria conyugal será necesaria la acreditación de la sentencia firme de divorcio, en la cual se declara la separación personal.

En cuanto al tema procesal, vía idónea, legitimados (pasivos y activos), defensas y pruebas, es de aplicación lo dicho en el párrafo correspondiente al cónyuge separado culpable (párrafos 255 y siguientes).