

CAPÍTULO IX

EXCLUSIÓN HEREDITARIA CONYUGAL EN LA SEPARACIÓN DE HECHO

I. *Introducción*

325. Concepto y clases	375
326. Efectos en el orden sucesorio: Régimen del Código Civil	376
327. Régimen de la ley 17.711	379
328. Régimen según la ley 23.515	380
329. Fundamentos de la falta de vocación hereditaria del cónyuge culpable y de la vocación del inocente	383

II. *Acción de exclusión*

330. Juez competente y fuero de atracción	384
331. Vía procesal adecuada	384
332. Participación del cónyuge separado de hecho en el sucesorio	385
333. Posibilidad de ser designado administrador de la sucesión	385
334. Sujeto activo	386
335. Sujeto pasivo	387
336. Carga de la prueba	387
337. Diversidad de régimen conforme al plazo de la separación personal y su influencia en la carga de la prueba	390
338. Medios de prueba	393
339. Efectos de la exclusión	394
340. Efectos especiales con relación al inmueble que habita el excluído	395

CAPÍTULO IX

EXCLUSIÓN HEREDITARIA CONYUGAL EN LA SEPARACIÓN DE HECHO *

I. INTRODUCCIÓN

325. Concepto y clases.

Así como desde el blanco hasta el negro hay una inmensa variedad de grises, así también desde el matrimonio hasta el divorcio hay una inmensa variedad de situaciones diferentes, porque en la realidad no se pasa, de un momento a otro, de estar casados a estar divorciados. Entre estas posibilidades fácticas se halla la separación de hecho.

Se ha dicho que la separación de hecho es una *suerte de avasalladora embestida que la realidad ha llevado en contra del derecho* ¹.

En nuestra doctrina, Kemelmajer de Carlucci define la separación de hecho como "el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges, quienes, sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga" ².

En orden a las implicaciones que tienen en el derecho sucesorio, es conveniente establecer una clasificación entre los distintos tipos de separaciones de hecho, a saber: separación de hecho por culpa de uno de los cónyuges, separación de hecho por culpa de ambos cónyuges, separación de hecho negocial.

* Ver modelo de escrito en el Apéndice, ps. 491 y 492.

¹ Renè Savatier, *Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui*, t. I, p. 75.

² Aída Kemelmajer de Carlucci, *Separación de hecho entre cónyuges*, Astrea, 1978, p. 2.

Este último caso se da cuando ambos cónyuges se ponen de acuerdo en separarse; incluso, en algunos países se suele firmar acuerdos en tal sentido, cuya existencia ha sido reconocida por las leyes. Así, en el derecho español, con anterioridad a la reforma de 1981, los cónyuges que se separaban de común acuerdo firmaban escrituras que lo testimoniaban, aunque en verdad éstas eran nulas, conforme al art. 56, en relación con los arts. 104 y 106, Código español (anterior a la reforma). Empero, "como el derecho no puede debilitarse en continua lucha con la realidad de los hechos"³, la reforma de 1981 legalizó lo que antes de ella se denominaba "pacto de separación amistosa o escritura de divorcio", en el art. 82, inc. 5, del nuevo Código Civil español⁴.

En nuestro sistema jurídico, la importancia que se debe asignar a estos convenios es relativa, por cuanto no hay divorcio sin sentencia que así lo declare. Pero aun cuando la ley 23.515 no los haya tenido en cuenta, como los consideró la reforma española, de todas maneras, "los convenios son eficaces como medio probatorio a fin de acreditar la separación de hecho, cuando ésta se invoca como causal de pérdida de la vocación hereditaria o del derecho a la ganancialidad"⁵.

326. Efectos en el orden sucesorio: Régimen del Código Civil⁶.

El art. 3575 establecía en su primer párrafo: "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".

Se desconoce, a ciencia cierta, cuál fue la fuente en que se inspiró el codificador para redactar este artículo. Unos autores sostuvieron que se trataba de una norma original del derecho argentino, sin antecedentes en la legislación comparada⁷. Otros, que el codificador había tenido presente el art. 219 del viejo Código portugués, según el cual: "A falta de herederos hasta el décimo

³ Jean Carbonier, *Derecho civil*, Bosch, Barcelona, t. I, vol. II, p. 234, cit. por Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., p. 1.

⁴ José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida, *Derecho de familia*, Bosch, 1982, p. 214.

⁵ Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., p. 19.

⁶ El presente punto ha sido tomado de José Luis Pérez Lasala, *Derecho de sucesiones*, vol. II, "Parte especial", Depalma, 1981, ps. 120 y ss.

⁷ Daniel Ovejero, *La separación de hecho y sus efectos en el derecho a suceder entre cónyuges*, "J.A.", 42-528.

grado, contado según el derecho civil, el esposo sobreviviente sucede en la totalidad a su cónyuge, si vivía con él en una misma casa. En caso de separación de hecho, sólo el esposo culpable es privado de ese derecho, y no el esposo inocente”⁸. Lo más probable es que Vélez se haya fundado en la ley uruguaya del 16/6/37, que concedía vocación al cónyuge cuando no había descendientes ni ascendientes legítimos o naturales, no estando separados de hecho o de derecho⁹.

El art. 3575 era la única disposición del Código Civil¹⁰ que se refería a la separación de hecho por oposición a la separación de derecho proveniente de sentencia judicial, y tendía a reprimir —como dice Poviña—¹¹ la inobservancia del deber de cohabitación, cuando los cónyuges dejaban de cumplirlo, prescindiendo del juicio de separación.

El art. 3575 dio lugar a tres interpretaciones:

a) Según una de ellas, iniciada por Segovia, no cabía hacer distinción alguna entre el cónyuge inocente y el culpable, pues la norma sólo preveía el supuesto de separación de hecho, siempre que esta separación no fuera accidental u obedeciera a circunstancias justificadas. Por eso, bastaba la prueba del hecho de la separación para que ninguno de los cónyuges pudiera invocar derechos hereditarios.

Se excluía todo elemento intencional en la interpretación de la norma, porque se entendía que cuando el artículo habla de la falta de “voluntad de unirse”, se está refiriendo a que la separación ha obedecido a razones superiores o intereses familiares que pudieran justificarla, y no a que los esposos hayan o no intentado reanudar la vida en común. “Esta frase «sin voluntad de unirse» —decía Segovia— es puesta para significar que las separaciones involuntarias y las requeridas por los intereses de la familia no caen bajo la disposición del artículo. Pero si se produce la separación de la vida, nada importa que sea uno de los cónyuges que haya adoptado esa determinación. Es posible que esto perjudique a veces al cónyuge abandonado, pero la ley no ha debido tener en cuenta los casos excepcionales, sino que se ha

⁸ Berkman, cit. por Augusto Mario Morello, *Separación de hecho entre cónyuges*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1961, p. 361.

⁹ Enrique Martínez Paz, *Introducción al derecho de la sucesión hereditaria*, Tea, Bs. As., 1953, p. 228.

¹⁰ En la actualidad, hay otras disposiciones en el Código que se refieren a la separación de hecho, como el art. 264, inc. 2, o el art. 243, reformado por la ley 23.264.

¹¹ Horacio L. Poviña, *La sucesión de los cónyuges y los parientes colaterales*, Bs. As., 1973, p. 195.

propuesto presentar un estímulo más para la unión y la concordia de los esposos”¹².

La tesis de Segovia fue continuada por Martínez Paz¹³ y De Gásperi¹⁴, y apoyada en algún caso por la jurisprudencia¹⁵.

Esta tesis era tentadora por su sencillez, pues se basaba en la simple idea de que la separación de hecho hacía perder la vocación hereditaria con independencia de que uno de los cónyuges fuera culpable y el otro inocente. El cónyuge inocente, para preservar sus derechos, necesitaba —según esta tesis— promover el juicio de divorcio para que en él se lo declarase inocente.

Esta acción, en muchos casos, agravaba las discordias y alejaba las posibilidades de reconciliación. Precisamente en la necesidad de iniciar el divorcio radicaba su principal crítica, pues se obligaba al inocente a una actividad judicial que a los efectos matrimoniales podía resultarle perjudicial.

b) Según otra postura, que inició Machado¹⁶, se pone el acento en la “voluntad de unirse”. Es necesario que la separación de hecho, que priva de la vocación hereditaria, lo sea sin voluntad de unirse, entendiendo esta frase no como lo hacía Segovia (refiriéndola a las separaciones involuntarias y a las requeridas por intereses familiares), sino con independencia de la separación, refiriéndola a la voluntad de volver a unirse. El cónyuge culpable de la separación, para no perder la vocación hereditaria conyugal, tendrá que tener voluntad de unirse, y el cónyuge inocente también necesitará esa voluntad si quiere mantener la vocación hereditaria. Ambos tendrán que probar las gestiones efectuadas para unirse, para no permanecer separados. *A contrario sensu*, para que ambos pierdan la vocación hereditaria será necesario que no deseen reanudar la vida en común. En ese sentido, Machado decía que la voluntad de no volver a unirse tenía que existir en ambos.

La tesis de Machado la siguió Llerena¹⁷, exponiéndola con mayor claridad. Según este autor, “es necesario que esta separación sea sin voluntad de unirse. ¿Por parte de quién? Es claro

¹² Lisandro Segovia, *El Código Civil de la República Argentina en su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. 2, p. 543, nota 16.

¹³ Martínez Paz, ob. cit., p. 230.

¹⁴ Luis De Gásperi, *Derecho hereditario. Parte especial*, Bs. As., 1953, t. 3, p. 85.

¹⁵ En especial, voto de Giménez Zapiola, Cám. Civ. 2ª Cap., “Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, t. 5, ps. 594 y ss.

¹⁶ José Olegario Machado, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, t. IX, p. 326.

¹⁷ Baldomero Llerena, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 3ª ed., Bs. As., 1931, t. IV, p. 532.

que por parte de ambos; luego, si uno tiene la voluntad de unirse y el otro no, justo es que sólo este último sea castigado. El otro, el que ha manifestado voluntad de unirse, no puede sufrir la pena, desde que para él falta uno de los fundamentos del castigo, la falta de voluntad de unirse. Él vive separado, es cierto, pero con voluntad de unirse; luego, no se realiza en él la hipótesis del artículo: la falta de voluntad de unirse del uno no puede traerle un castigo al otro".

A esta tesis se adhirieron Ovejero¹⁸ y una importante jurisprudencia¹⁹.

c) Una tercera interpretación, que aparece como una variante de la anterior, centra la preocupación en la situación del cónyuge inocente, el cual, según la tesis anterior, necesitaba probar su intención de unirse para conservar la vocación. Esta teoría le otorga vocación al cónyuge inocente aunque carezca de voluntad, siempre que tenga justificadas razones para no continuar la vida en común (p.ej., porque intentar la unión contraría los más elementales principios de la dignidad personal, considerando los agravios de que ha sido objeto). Referida exclusivamente al cónyuge inocente, se venía a dar la misma solución que cuando el cónyuge resultaba inocente del divorcio.

Esta tesis, que esbozó Prayones²⁰, la siguieron muchos autores y una abundante jurisprudencia²¹, que se consideró mayoritaria a la época de la sanción de la ley 17.711.

327. Régimen de la ley 17.711.

La solución propiciada por la última de las tesis expuestas fue consagrada expresamente por la ley 17.711, al agregar al art. 3575 el siguiente párrafo: "Si la separación sólo fuere imputable a culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria, siempre que no incurriese en las causales de exclusión previstas en el artículo anterior".

El primer párrafo del art. 3575 no fue modificado por la

¹⁸ Ovejero, ob. cit., p. 528.

¹⁹ Cám. Civ. 2º Cap., 23/6/37, "L.L.", 7-176; Cám. Civ. Apel. Rosario, Sala I, 23/6/66, "L.L.", 124-1061; Cám. Civ. 2º Tucumán, 23/8/67, "L.L.", 129-843.

²⁰ Eduardo Prayones, *Interpretación del art. 3575 del Código Civil. Sucesión entre los cónyuges que se encuentran separados de hecho*, "Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", t. V, segunda serie.

²¹ Salvador Fornieles, *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed., Tea, Bs. As., 1958, t. II, nº 48; Guillermo Borda, *Tratado de derecho civil argentino. Sucesiones*, Perrot, Bs. As., 1964, t. II, nº 863; Enrique Díaz de Guijarro, *Efectos de la separación de hecho entre los cónyuges*, "J.A.", 20-205.

reforma de 1968, por lo cual es indispensable la consideración conjunta de ambos párrafos.

A) *Tesis que reserva el primer párrafo del art. 3575 para el cónyuge culpable, y el segundo para el inocente.* Sus sostenedores entienden que el cónyuge culpable no pierde la vocación hereditaria si tuvo voluntad de unirse (art. 3575, párr. 1º).

Para esta tesis, el culpable de la separación, que provocó el abandono pero rectificó su conducta, estando auténticamente en disposición efectiva de reanudar la convivencia al morir el causante, no pierde su vocación hereditaria. Claro está que la voluntad de unirse —como dice Méndez Costa²²— debe ser auténtica, no inspirada en motivos espurios, sino en el respeto conyugal, suficientemente exteriorizado y exhaustivamente probado.

Por otra parte, el cónyuge inocente conserva siempre la vocación hereditaria, sin necesidad de demostrar si tuvo o no razones para reanudar la vida en común.

B) *Tesis que entiende que en todos los casos el cónyuge culpable pierde los derechos hereditarios.* Sus sostenedores afirman que el cónyuge que fue culpable de la separación de hecho siempre pierde la vocación hereditaria, pues entienden que ésa fue la intención del legislador del 68, y principalmente para no establecer distinciones entre el régimen del divorcio y el de la separación de hecho²³.

328. Régimen según la ley 23.515.

El art. 3575 del Código Civil, después del dictado de la ley 23.515, ha quedado redactado de la siguiente manera: "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 art. 3574".

Las reformas introducidas en la norma fueron muy pocas y de escasa significación. Solamente cambiaron, en la primera parte del artículo, la palabra "sucesión" por "vocación hereditaria", el término "si" por "en caso que", y "provisoriamente" por "provisionalmente". En tanto, en la segunda parte de la norma

²² María Josefa Méndez Costa, *De nuevo sobre la exclusión hereditaria conyugal por separación de hecho*, "J.A.", 27/2/80, n° 5, párr. 4.

²³ Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., p. 187.

se suprimió la palabra "sólo" y se cambió la frase "en el artículo anterior" por "en el art. 3574".

Como podemos advertir, los ajustes terminológicos fueron de escasa trascendencia y, en definitiva, el intérprete se hallará frente a los mismos interrogantes que dividieron a nuestra doctrina con anterioridad. Ellos son: alcance del primer párrafo del art. 3575, posibilidad de que mantenga la vocación hereditaria el cónyuge culpable, y prueba de la culpabilidad.

Para dar respuesta a estas viejas preguntas hay que buscar las soluciones en el nuevo marco legal proporcionado por la ley 23.515, que es diferente del incorporado por la ley 17.711. Veamos:

a) *Las leyes 23.264 y 23.515 y la separación de hecho.* Ante la realidad de la existencia de muchas parejas que vivían en estado de separación de hecho, las leyes se vieron frente a la necesidad de considerar dicha situación al momento de definir relaciones jurídicas. Así, por ejemplo, la ley 23.264 menciona el estado de separado de hecho en el art. 264, para atribuir el ejercicio de la patria potestad, y en el art. 243, a los fines del cese de la presunción de paternidad del marido. En ambos casos se refiere al estado de separación como un estado *objetivo*, ante el cual la ley preceptúa determinadas consecuencias jurídicas.

La ley 23.515 también se ocupa de la separación de hecho para incorporarla como causal de separación o de divorcio. En principio, esta causal es *objetiva*, y alcanzado el divorcio por medio de ella, los efectos se producen como si ambos cónyuges fueran culpables.

En este contexto legal, nos parece que no se puede hablar de que el cónyuge culpable de la separación de hecho conserve su vocación hereditaria si mantiene su voluntad de unirse (como lo sostuvo prestigiosa doctrina con anterioridad a la ley 23.515). En efecto: en el marco normativo en que hoy se inserta el art. 3575, la separación de hecho es vista como una situación objetiva, sin determinar culpabilidad, que a los fines del divorcio equipara sus efectos al divorcio por culpa de uno de los cónyuges, y que solamente atribuye derechos, como excepción, al cónyuge inocente.

b) *El cónyuge culpable pierde su vocación hereditaria aun cuando mantenga la voluntad de unirse.* Ésta es la solución que se da para el caso de la separación personal culpable, para el divorcio y para la separación personal sin atribución de culpabilidad. Sería absurdo obligar al inocente a realizar un juicio de divorcio contradictorio para asegurarse de que el culpable de la separación va a perder sus derechos hereditarios.

Por otra parte, se hallaría en mejor situación el "separado de hecho culpable" que el "separado judicialmente culpable o sin atribución de culpa", supuestos, estos últimos, en los cuales hay pérdida de la vocación hereditaria.

Quienes sostenían que el culpable conservaba su vocación hereditaria si mantenía la voluntad de unirse, advertían la injusticia de la solución. Así, Méndez Costa —una de las sostenedoras de tal tesis— señalaba que "la solución es objetable como disvaliosa, pues el cónyuge inocente de la separación necesitaría obtener el divorcio por culpa del consorte para fijar la causal de exclusión"²⁴.

c) *El cónyuge culpable mantiene su vocación hereditaria sólo si media reconciliación.* Por el solo motivo de mantener una *aislada y unipersonal intención de unirse* después de haber dado lugar a la separación de hecho, el culpable no puede mantener su vocación hereditaria. Tal deseo de unirse tiene que haberse traducido en una reconciliación, para lo cual ha de mediar perdón del ofendido. En tal caso, renacerá la vocación hereditaria perdida²⁵.

d) *Valor de la falta de voluntad de unirse.* El intérprete puede alcanzar, por medio de razonamientos, cualquier tipo de conclusiones, pero no puede ignorar que la ley se refiere a "separación de hecho sin voluntad de unirse". Por tanto, hay que interpretar tal terminología. Consideramos que el alcance que debe dársele a esta expresión es el siguiente: "La no voluntad de unirse es un elemento que la ley incluye para caracterizar la separación distinguiéndola de las transitorias, que pueden estar motivadas por razones de fuerza mayor, enfermedades que requieren tratamiento en lugar distinto del domicilio matrimonial, ausencia motivada por razones de trabajo, desempeño de funciones en lugar alejado, etc. *Pero ni la falta de esa voluntad puede ser hábil para privar de derecho a quien se separó justificadamente, pero sin promover el juicio de divorcio a que tenía derecho, ni la voluntad de unirse puede borrar la conducta del culpable y obligar al inocente a perdonarlo y reanudar la convivencia, bajo sanción de la pérdida del derecho hereditario*"²⁶.

En múltiples ocasiones, los fallos jurisprudenciales han señalado que "el concepto de culpa ha ido desalojando al de falta de

²⁴ María Josefa Méndez Costa, *La culpa en el incumplimiento de los deberes conyugales*, "J.A.", 22-1974-676.

²⁵ Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., p. 194.

²⁶ C. Apel. C.C. Paraná, Sala I, 3/7/79, "E., A. R., y E. de E., I. C., c. J. J., succ.", "Rep. L.L.", t. XLI, J-Z, p. 3158.

voluntad de unirse como elemento determinante de la pérdida de los derechos sucesorios del cónyuge separado de hecho”²⁷.

329. Fundamentos de la falta de vocación hereditaria del cónyuge culpable y de la vocación del inocente.

El fundamento de la extinción de la vocación hereditaria en caso de separación de hecho ha dado lugar a dos teorías:

a) Para unos autores, el art. 3575 tutela el deber de cohabitación de los cónyuges; por tanto, se sanciona su violación con la pérdida de la vocación hereditaria²⁸.

Entendemos, al igual que Guastavino²⁹, que el deber de cohabitación tiene tutela específica en las disposiciones que lo consagran (arts. 199 y 200, Cód. Civil); por sí, no es suficiente para fundar la pérdida de la vocación, porque el cónyuge inocente que no desea reanudar la vida en común no pierde la vocación hereditaria.

b) Para otros³⁰, la exclusión se funda en que esa separación prueba que no existe el afecto en que se basa el derecho de heredar.

Según esta opinión —que compartimos—, la *ratio legis* del art. 3575 radica en que la desintegración del hogar revelaría la falta de un presupuesto del derecho hereditario conyugal, consistente en el afecto del causante. Aun cuando no haya atribución de culpabilidad ni juicio de reproche, el estado de separado de hecho indica la falta de afecto presunto entre los cónyuges.

En tanto, el fundamento de la vocación del cónyuge inocente de la separación lo hallamos, no en el afecto presunto del causante (cónyuge culpable) hacia él, que comúnmente cesa por la separación, sino en el respeto al afecto que se presume que existió, en concordancia con una conducta irreprochable durante la unión, ya que él no dio lugar al estado anómalo de la separación de hecho³¹.

²⁷ C.N.Civ., Sala E, 16/7/76, “Weise, Tobías, suc.”, “Rep. L.L.”, t. XXXIX, J-Z, p. 2157, sum. 152; C. Apel. C.C. Rosario, Sala III, 21/12/79, “Rep. L.L.”, t. XLI, J-Z, p. 3157, sum. 127.

²⁸ Méndez Costa, *La culpa...*, ob. cit.

²⁹ Elías Guastavino, *Aspectos subjetivos de la separación de hecho*, “J.A.”, 1968-II-11.

³⁰ Héctor Lafaille, *Sucesiones*, t. 2, n° 100; Fornieles, ob. cit., n° 47; Guastavino, ob. cit., p. 12.

³¹ Pérez Lasala, ob. cit., p. 123.

II. ACCIÓN DE EXCLUSIÓN

330. Juez competente y fuero de atracción.

El juez competente para entender en la acción de exclusión del cónyuge ha de ser el juez del último domicilio del causante.

Aun cuando el cónyuge supérstite apareciera como único heredero, no sería tribunal competente el del último domicilio del heredero, ya que no es de aplicación el art. 325, que constituye sólo una excepción al inc. 4 del art. 3284; en consecuencia, el juez competente ha de ser el del último domicilio del causante.

331. Vía procesal adecuada.

La exclusión del cónyuge supérstite, por aplicación del art. 3575, debe ser ventilada en juicio ordinario, porque, como dice Poviña³², su planteamiento comprende una serie de cuestiones de hecho y de derecho que requieren la mayor amplitud de prueba. En consecuencia, no cabe su discusión dentro del juicio sucesorio, que no admite, por su carácter voluntario, controversias de esta índole.

La jurisprudencia ha señalado: "Una interpretación armónica de las disposiciones del art. 3575 del Código Civil y de los arts. 3410, 3570 y 3572 del Código citado y del art. 377 del Código Procesal autoriza a concluir que sólo es dable exigir del supérstite la prueba de su matrimonio para que deba ser incluido en la declaratoria del juicio sucesorio del fallecido. E incumbe a quien pretenda su exclusión la carga de afirmar y probar, en el juicio ordinario pertinente, la existencia de todos los hechos determinantes de la pérdida de la vocación hereditaria"³³.

La amplitud de prueba necesaria en este tipo de proceso torna imprescindible que el trámite se lo realice mediante el juicio ordinario, sin que baste, a su respecto, la vía incidental.

Así lo ha señalado la jurisprudencia, al decir que "la falta de voluntad de unirse, como elemento determinante de la pérdida de los derechos sucesorios del cónyuge separado de hecho, ha ido sustituyéndose por el concepto de culpa, cuya determinación no

³² Poviña, ob. cit., p. 201.

³³ C.N.Civ., Sala G, 12/2/82, "A.C.", "L.L.", 1982-D-452.

puede hacerse por vía incidental, sino mediante el pertinente juicio ordinario, con la consiguiente prueba, que debe rendirse"³⁴.

332. Participación del cónyuge separado de hecho en el sucesorio.

La cónyuge separada de hecho tiene que ser admitida como parte en el juicio sucesorio de su esposo, y se debe discutir en juicio separado la pérdida de la vocación hereditaria que se alega³⁵.

333. Posibilidad de ser designado administrador de la sucesión.

Dado que hasta tanto recaiga sentencia en el juicio de exclusión el cónyuge separado de hecho es heredero, puede ser designado administrador de la sucesión no obstante estar pendiente el juicio de exclusión³⁶.

En este sentido, la jurisprudencia ha dicho: "La circunstancia de que la hija extramatrimonial del causante haya invocado que la cónyuge supérstite ha vivido por su culpa separada de hecho del causante, no basta para tener por configurados motivos suficientes para privarla del cargo de administradora de la sucesión a que le confiere derecho el art. 709 del Código Procesal. En tal sentido, ha de tenerse presente que se ha entendido que para que la separación de hecho obste a la designación del cónyuge supérstite, ésta debe ser declarada judicialmente por medio del juicio ordinario correspondiente. No puede, pues, ahora ventilarse la cuestión referida a la separación, aun cuando lo sea al solo efecto de impedir la designación como administradora de la cónyuge supérstite"³⁷.

El tema ha sido bien explicado por Cifuentes, quien considera que el cónyuge supérstite tiene lógica preferencia para ser designado administrador, pues, por lo general, concurre como socio en los bienes gananciales. Puede ser excluido cuando median causas graves, que la jurisprudencia ha ido modelando según los casos. La verdadera dificultad se presenta cuando ha estado separado de

³⁴ C.N.Civ., Sala E, 16/7/76, "Weise, Tobías, suc.", "Rep. L.L.", t. XXXIX, J-Z, p. 2157, sum. 152.

³⁵ Conf.: Cám. Civ., Com., Lab. y Min. Santa Rosa, 16/12/76, "Paturlane, Leonardo, suc.", "Rep. L.L.", t. XL, J-Z, p. 2500, sum. 85.

³⁶ Conf.: Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., p. 203; Morello, ob. cit., p. 410.

³⁷ C.N.Civ., Sala C, 22/3/83, "D.T.J.R., sucesión", "L.L.", 1983-D-507.

hecho en vida del causante y pretende, después de la muerte de éste, aprovechar esa prioridad.

En principio, la separación de hecho, en sí misma, no parece motivo suficiente para impedirle la administración. La controversia sobre la interpretación del art. 3575 del Código Civil tiene poco grado de incidencia en el caso. No se debate aquí la vocación hereditaria del viudo, sino la posibilidad de que haga valer su título para quedar al frente de la administración. Concluye afirmando este autor: "Cuando hay bienes gananciales, corresponde respetar la preferencia del cónyuge supérstite cuando está separado de hecho, a menos que mediaran causas graves. Y si en la herencia sólo hubiera bienes propios del causante, acreditado el hecho de la separación debe ser excluido de la administración, a menos que acredite su inocencia en el mantenimiento de la separación de hecho"³⁸.

334. Sujeto activo.

Estarán legitimados activamente para iniciar el juicio de exclusión todos aquellos que tengan vocación hereditaria en concurrencia con el cónyuge o que sean desplazados por éste.

También podrían ejercer dicha acción los legatarios, si vieran comprometido algún interés al concurrir con el viudo.

En doctrina se ha planteado el interrogante acerca de si los acreedores pueden ejercer la acción de exclusión por medio de la acción subrogatoria. Al respecto, Kemelmajer de Carlucci señala que "la acción subrogatoria que concede el art. 1196 sería impropia, porque aunque la acción tiene contenido patrimonial, no puede negarse el fuerte sentido personal de la exclusión. Parece inmoral que si los hijos quieren acallar el *strepitus fori*, olvidando las angustias pasadas por sus padres y quizá por ellos mismos, los acreedores (tanto del causante como de los herederos) puedan violar el ámbito cerrado de la paz familiar"³⁹.

Si bien lo señalado anteriormente es cierto, también lo es que si no se les otorgara esta acción a los acreedores de los herederos, éstos podrían ver vulnerados sus derechos, por la convivencia entre el cónyuge separado de hecho sin vocación hereditaria y quienes la tienen pero si la ejercieran deberían satisfacer a sus acreedores.

³⁸ Santos Cifuentes, ponencia presentada en las Primeras Jornadas de Derecho Civil en la Universidad de Mendoza, 1983.

³⁹ Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., p. 197.

La jurisprudencia le ha negado legitimación a quien ha consentido la inclusión de la separada de hecho en la declaratoria de herederos. Así, se ha dicho: "Es improcedente el incidente de exclusión promovido por la madre natural del causante contra la esposa separada de hecho sin voluntad de unirse, si se ha tramitado de común acuerdo el proceso sucesorio, se ha consentido la declaratoria de herederos y, con posterioridad a su iniciación, se ha prestado conformidad con la liquidación del impuesto sucesorio, reconociendo a la esposa la mitad de los gananciales y la mitad de los restantes bienes a título de heredera"⁴⁰.

335. Sujeto pasivo.

La pretensión de exclusión debe ser dirigida contra el ex cónyuge que pretenda ser declarado heredero o que haya logrado en su favor la declaratoria de herederos.

Si el separado de hecho ha transmitido *mortis causa* sus derechos hereditarios, la litis deberá ser trabada contra sus herederos.

Si el divorciado ha cedido los derechos hereditarios, creemos que de todas maneras la acción debe ser intentada contra el cedente, y no contra el cesionario, porque a este último sólo se le ha transmitido una cuotaparte de la herencia, y no la calidad de heredero⁴¹.

336. Carga de la prueba.

Veamos el problema en dos etapas.

A) *Estado de la doctrina antes de la ley 23.515*. Uno de los temas que más dividió a nuestra doctrina, con anterioridad a la ley 23.515, fue el de la carga de la prueba a los fines de excluir al cónyuge superviviente de la sucesión del premuerto cuando mediaba separación de hecho.

El quid de la cuestión residía en determinar si era necesario demostrar la culpa en la separación⁴², o si bastaba probar la

⁴⁰ Cám. Apel. Mar del Plata, Sala I, 19/6/73, "L.L.", 155-618.

⁴¹ Luis María Rezzónico, *Estudios de los contratos en nuestro derecho civil*, Bs. As., 1967, t. I, p. 694.

⁴² Consideraban necesario probar la culpa en la separación, entre otros, María Josefa Méndez Costa, *De nuevo sobre la exclusión hereditaria conyugal por separación de hecho*, "J.A.", 1980-I-477, e *Interpretación del art. 3575 del Código Civil*, "L.L.", 1981-C-413; Eduardo Zannoni, *Resolución de la voca-*

separación y el viudo debía, en su caso, demostrar su inocencia ⁴³.

Para los partidarios de la primera tesis, quien demandaba por exclusión debía cargar con la prueba de que el demandado era culpable de la vida separada que había llevado.

Para los sostenedores de la otra posición, el régimen de la prueba era el siguiente: El cónyuge que pretendía vocación debía, en primer lugar, acreditar el vínculo, ya que su derecho a la herencia provenía de la ley (arts. 3579 y ss). Acreditada la separación de hecho, debía probar, además: a) que la separación de hecho no había sido tal, porque las causas que motivaron la separación fueron involuntarias, originadas en verdaderos estados de necesidad o casos fortuitos; o b) que era inocente de la separación, pues de lo contrario se presumía que la culpa era común, pero entendiéndose que la prueba de la inocencia podía surgir, en forma indirecta, probando la culpabilidad del causante.

A los herederos del cónyuge causante que pretendían la exclusión del sobreviviente les correspondía probar: a) la separación de hecho, o b) que aun cuando el cónyuge sobreviviente era inocente de la separación, había incurrido después de ella, y antes del fallecimiento del causante, en adulterio o en actos de grave inconducta moral.

La jurisprudencia era oscilante, hasta que en el año 1986 un fallo plenario determinó: "La carga de la prueba de las causales de la exclusión sucesoria del cónyuge supérstite, por su culpabilidad en la separación de hecho a que se refiere el art. 3575 del Código Civil, recae sobre quienes cuestionaron la vocación hereditaria del cónyuge supérstite".

En el mismo sentido se expidieron las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, al recomendar: "La carga de la prueba de las causales de la exclusión hereditaria contemplada en el art. 3575, Código Civil, compete a quien o a quienes ejercen la pretensión respectiva contra el cónyuge supérstite" ⁴⁴.

ción hereditaria entre cónyuges separados de hecho, "L.L.", 1977-C-205; Carlos Guillermo Ocampo, *La vocación sucesoria entre cónyuges y la separación de hecho*, "L.L.", 1982-D-1032; Jorge Maffia, *Separación de hecho y vocación hereditaria*, "J.A.", 1977-IV-500; voto del doctor Belluscio, C.N.Civ., Sala C, 11/3/77, "L.L.", 1977-C-205.

⁴³ Consideraban que al viudo le correspondía probar su inocencia, entre otros: José Luis Pérez Lasala, *Curso de derecho sucesorio*, Depalma, Bs. As., 1989, p. 491; Guillermo Borda, *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, Bs. As., 1970, t. II, ps. 66 y ss.; Augusto M. Morello, *La carga de la prueba en la separación de hecho*, "J.A.", 1968-IV-691; Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., p. 201; voto del doctor Cifuentes, C. N. Civ., Sala C, 11/3/77, "L.L.", 1977-C-205.

⁴⁴ *Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Recomendaciones*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987, p. 74.

B) *La vigencia de la ley 23.515 y su influencia en el régimen de la prueba.* Como ya hemos dicho, la ley 23.515 ha admitido la separación de hecho como causal objetiva de divorcio vincular y de separación personal. Trascurridos dos o tres años, según el caso, se puede demandar la separación personal o el divorcio vincular con la sola acreditación de que ha mediado separación de hecho entre los cónyuges. Si alguno de los cónyuges alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos otorgados al cónyuge inocente (art. 204, Código Civil).

Advertimos que la separación de hecho ha sido incorporada en nuestro derecho como causal objetiva.

Probado que se ha producido este estado durante un período de tiempo, *sin juzgar la culpabilidad, se puede pretender el divorcio.* Si esto lo llevamos al plano de la exclusión hereditaria conyugal, podemos decir que por aplicación conjunta de los arts. 204 y 3575, demostrando que se ha producido la separación de hecho por más de dos años, sin probar la culpabilidad, se puede pedir la exclusión. Como afirma Zannoni, es necesario "ensayar una interpretación integradora del actual texto del art. 3575 con la reforma en materia de separación personal y divorcio vincular dispuesta por la misma ley 23.515"⁴⁵.

Por otra parte, la necesidad de concordar las reglas del divorcio con las de la exclusión, y fundamentar las soluciones dadas en la exclusión por separación de hecho en el régimen del divorcio —que es más completo que el de la exclusión—, ha sido una constante en nuestra doctrina y legislación. En efecto: con anterioridad a la ley 17.711, para dejar a salvo los derechos sucesorios del cónyuge inocente en la separación de hecho se acudía a las reglas del divorcio, y esto influyó en la reforma introducida por aquella ley.

⁴⁵ Eduardo Zannoni, *Manual de derecho de las sucesiones*, 2ª ed. actualizada, Astrea, Bs. As., 1989, p. 433. Empero, la interpretación integradora del autor citado no es exactamente igual que la nuestra, ya que afirma: "Pareciera, pues, que así como para nuestro derecho positivo la separación de hecho sin voluntad de unirse trasciende, por sí misma, como causa objetiva de separación personal que priva de vocación, debe reputarse también como situación que coloca a los cónyuges separados de hecho en la hipótesis primaria del art. 3575, y que, en consecuencia, debería el supérstite que pretende heredar probar él —del mismo modo que en el caso del art. 204, párr. 2º— que no dio causa a la separación de hecho, o, lo que es igual, que la culpa debe ser atribuida al causante".

337. Diversidad de régimen conforme al plazo de la separación personal y su influencia en la carga de la prueba.

Es preciso establecer un régimen diverso según la duración de la separación de hecho; ello, por cuanto si no son demostrados los extremos del sistema objetivo (separación, más plazo de dos años), hay que atenerse al sistema subjetivo y por eso se debe acreditar la culpa.

La determinación de un doble régimen probatorio fue propugnada por Zannoni en el libro en homenaje al doctor Borda⁴⁶, y por Zannoni y Bossert en el proyecto *de lege ferenda* presentado en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil⁴⁷, que decía: "Cesa la vocación hereditaria de los cónyuges que hubiesen estado separados de hecho, sin voluntad de unirse, durante cinco años o más anteriores al fallecimiento de uno de ellos. Si al día del fallecimiento no hubiera transcurrido ese tiempo, los herederos podrán solicitar la exclusión hereditaria del supérstite probando que dio causa a la separación".

Aun cuando la reforma no acogió el texto propugnado, creemos que la existencia de un doble régimen en materia de divorcio permite establecer un doble sistema de prueba en la separación de hecho para excluir al cónyuge supérstite, según que la duración de la separación sea inferior o superior a los dos años; pese a ello, consideramos conveniente la reforma expresa del art. 3575. Veamos:

A) *Separación de hecho superior a dos años.* A los fines de lograr la exclusión sucesoria del cónyuge supérstite, los legitimados deberán probar que hubo una separación de hecho voluntaria entre los cónyuges superior a dos años. No les será necesario probar la culpabilidad del viudo, por cuanto al ser incorporada una causal objetiva de separación personal, a ésta se la obtiene mediante la acreditación del hecho objetivo de la *separación por un plazo determinado*, sin necesidad de demostrar la culpabilidad. Este sistema se refleja en el pedido de exclusión.

Ello responde a la necesidad imperiosa de encuadrar el art. 3575 en el contexto de nuestro derecho positivo, a fin de lograr

⁴⁶ Eduardo Zannoni, *La separación de hecho como causal de divorcio, en Homenaje al Dr. Guillermo Borda*, ps. 366 y ss.

⁴⁷ Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni, ponencia presentada en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

una interpretación ordenadora, sistemática y coherente del ordenamiento jurídico (arts. 204, 214 y 3575, *in fine*).

Iniciada la acción por exclusión, el cónyuge supérstite puede probar su inocencia. Si bien se ha dicho que ésta es una prueba diabólica, no lo es tanto si pensamos en que la prueba de la inocencia puede devenir, o bien de la prueba de la involuntariedad de la separación (p. ej., en el caso de que se acredite que ésta se debió a una internación psiquiátrica o a una condena penal), o bien de la demostración de la culpabilidad de su consorte.

Demostrada la inocencia, el viudo conserva la vocación sucesoria, ya que la demanda por exclusión no ha de prosperar.

Aun en el supuesto de que los legitimados demuestren que hubo una separación de hecho por más de dos años, el cónyuge mantendrá sus derechos sucesorios si logra acreditar una reconciliación posterior a la separación⁴⁸.

B) *Separación de hecho por menos de dos años.* Cuando al momento de la muerte del causante la separación de hecho sea inferior a dos años, para excluir al cónyuge supérstite los interesados deberán acreditar, a más de la separación de hecho voluntaria, la culpabilidad del viudo.

La prueba de la culpabilidad del viudo será necesaria por lo siguiente:

1) El contexto de nuestra legislación sigue encuadrado en el marco subjetivista, que hace prevalecer la imputabilidad de las conductas conyugales, disponiendo sanciones para quien dio causa al divorcio o, en su caso, a la separación de hecho. Ello implica que cuando no se dan las causales objetivas, la única manera de obtener el divorcio, o, en su caso, la exclusión del cónyuge supérstite, es demostrar la culpa en la ruptura de la cohabitación.

2) A la culpabilidad no se la presume. Si bien es cierto que se puede afirmar que el deber de cohabitación es recíproco y permanente, y que la falta a ese deber es antijurídica⁴⁹, no menos cierto es que no se debe confundir antijuridicidad con culpabilidad. De ahí que, como lo puso de relieve la doctora Méndez Costa, en la mera separación se puede vislumbrar una conducta antijurídica, pero no culpable, porque la interrupción de la convivencia puede obedecer tanto a la culpa del causante, como a la del supérstite, como a ambos esposos⁵⁰.

⁴⁸ Graciela Medina, *La reconciliación*, "Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza", n° 7-8, ps. 28/29.

⁴⁹ Santos Cifuentes, voto en disidencia en el fallo plenario de la Cámara Nacional Civil de la Capital, 12/2/86, "L.L.", 1986-B-155.

⁵⁰ María Josefa Méndez Costa, *Interpretación del art. 3575 del Código Civil*, "L.L.", 1981-C-413.

En definitiva, de la mera separación no se puede presumir la culpabilidad, y si no está demostrada la culpabilidad no se puede excluir al viudo, por lo cual los interesados en su exclusión deberán probar tal factor de atribución.

3) Es un principio general de derecho presumir la inocencia; por ende, no se puede partir de la idea de que a la separación de hecho deba presumírsela culpable, ni querida y consumada de común acuerdo.

La presunción ha de ser en favor de la inocencia del supérstite, hasta tanto se demuestre, o bien su culpabilidad, o bien que el quebrantamiento del deber de cohabitación fue negocial.

C) *Conclusiones de jornadas.* Las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en San Carlos de Bariloche en abril de 1989, recomendaron, en despacho no unánime, lo siguiente: "Debe modificarse el art. 3575, Cód. Civil, a efectos de armonizar su contenido con el art. 204 del Código, disponiendo que si la separación de hecho se hubiere mantenido por un término mayor de dos años, a los interesados en la exclusión del sobreviviente les bastará probar dicha separación, pudiendo éste evitar la exclusión mediante la prueba de su inocencia; en caso de no haber superado los dos años, se mantendrá el régimen según el cual el actor debe probar la separación de hecho sin voluntad de unirse y también la culpa del supérstite"⁵¹.

En sentido diferente, las Cuartas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, realizadas en el año 1989, propiciaron *de lege lata*: "Es prueba relevante de la separación de hecho, a los efectos del art. 3575 del Código Civil, la interposición de la demanda de separación personal o divorcio vincular por presentación conjunta (arts. 205 y 215, Cód. Civil) y el allanamiento a la demanda fundada en la causal de separación de hecho (arts. 204 y 214 del Código)".

"El art. 204 del Código Civil ha derogado la doctrina del plenario «Mauri de Mauri, Francisca, y Mauri, Enzo Oscar, s/Sucesión abintestato», de la Cámara Nacional Civil; en consecuencia, la separación de hecho sin voluntad de unirse priva objetivamente a los cónyuges de vocación hereditaria, salvo que el supérstite alegue y pruebe no haber dado causa a la separación".

D) *Jurisprudencia posterior a la ley 23.515. Derogación tácita del plenario "Mauri de Mauri".* La Cámara Nacional Civil de la

⁵¹ El despacho fue firmado por los doctores Pérez Lasala, Fernando, Levy, Meza, Bossert, Lloveras, Waignmaster, Iñigo.

Capital, Sala C, ha resuelto: "El segundo párrafo, que se refiere a la carga probatoria, del fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de fecha 12 de febrero de 1986, en autos «Mauri de Mauri, Francisca, y otros, s./ Sucesión», quedó derogado con la ley 23.515, modificando categóricamente el punto de vista referido a la presunción.

"Si hay divorcio en vida por causa del art. 204 del Código Civil —separación de hecho por dos años—, el sobreviviente, el viudo, debe probar su inocencia. Lo establece el art. 3574 del Código citado".

Este fallo es trascendental, porque deja sin efecto el plenario "Mauri de Mauri", aun cuando no compartimos la solución final ⁵¹ b^{is}.

338. Medios de prueba.

A los fines de acreditar la separación de hecho y la culpabilidad hay que probar hechos, para lo cual todos los medios de prueba son válidos, conforme a lo dispuesto por los arts. 1191 y 1192 del Código Civil.

Los elementos de juicio que se aporte para demostrar tal separación tienen que ser precisos; no basta la prueba de meras desavenencias conyugales ⁵².

Ninguna duda cabe de que debe ser admitida la confesión expresa o tácita del supérstite. Ello, porque al disolverse el vínculo con la muerte, no hay impedimento para la admisión de la prueba confesional, además de que hoy se admite este medio probatorio en materia de divorcio, conforme a lo establecido por el art. 232, Cód. Civil, reformado por la ley 23.515. En cuanto a la confesión tácita, ella puede surgir de la rebeldía del demandado, por aplicación de los arts. 60 y 356, inc. 1, Cód. Proc. Nac., o de la incomparecencia a la audiencia de absolución de posiciones (art. 417, Cód. Proc. Nac.).

La prueba instrumental, de enorme relevancia, puede surgir, en general, de las declaraciones realizadas en escrituras públicas al tiempo de comprar inmuebles. Tales manifestaciones de la persona a quien se pretende excluir son trascendentales. En este sentido, se ha resuelto: "Debe aceptarse la exclusión del esposo de la sucesión de la esposa cuando media constancia fir-

⁵¹ b^{is} C.N.Civ., Sala C, 2/10/90, "Begue, Roberto E., suc.", "L.L.", 1991-D-419, con nota de Alberto Jorge Gowland, *La vocación sucesoria del separado de hecho sin voluntad de unirse*.

⁵² Cám. Civ. 1º Cap., 10/10/46, "L.L.", 44-755.

mada, reconocida, de que estaban separados sin voluntad de unirse y la prueba en contrario carece de precisión”⁵³.

Las manifestaciones vertidas en el testamento, afirmando que el causante se hallaba separado de hecho, son insuficientes por sí para probar la falta de cohabitación voluntaria, sin perjuicio de que pueden valer como un medio de prueba más⁵⁴.

La jurisprudencia ha señalado: “El hecho de que el marido le haya dejado a su esposa una cantidad de dólares estadounidenses al retirarse del hogar, no probaría que ella estuviera de acuerdo con una separación de hecho; a lo sumo, que se avino a quedar económicamente resguardada”⁵⁵.

339. Efectos de la exclusión.

La exclusión hereditaria conyugal produce efectos respecto del cónyuge excluido, respecto del cesionario y respecto de terceros.

A) *Efectos respecto del cónyuge excluido.* Si el cónyuge ha entrado en posesión de la herencia, obteniendo declaratoria de herederos en su favor, debe ser considerado poseedor de mala fe, porque le resultaría imposible acreditar su buena fe. En consecuencia, debe restituir los frutos que hubiese percibido y los que por su culpa hubiese dejado de percibir (arts. 2444 y 2938, Cód. Civil).

El separado de hecho excluido puede conservar las mejoras de embellecimiento si al hacerlo no causa perjuicio a la cosa, y puede pedir el reintegro de los gastos necesarios si esas mejoras han aumentado el valor de la cosa.

B) *Efectos respecto del cesionario.* Si el excluido hubiera cedido la herencia, deberá también responder ante el cesionario por evicción, ya que el cedente garantiza la calidad de heredero (art. 2160), salvo que los derechos hereditarios hubiesen sido cedidos como litigiosos o dudosos (art. 2161).

En el caso de que el cónyuge ceda sus derechos hereditarios como litigiosos o dudosos, no responde por evicción, porque el cesionario ha tomado sobre sí el riesgo no sólo del contenido de la herencia, sino también del carácter de heredero cedente.

La denominación “derechos hereditarios” puede abarcar tam-

⁵³ C.N.Civ., Sala C, “L.L.”, 65-524; C. Apel. Bahía Blanca, “J.A.”, 1956-III-117.

⁵⁴ Cám. Civ. 1º Cap., 10/10/46, “L.L.”, 44-755; Cám. Civ. 2º Cap., 5/9/47, “J.A.”, 1981-I-504.

⁵⁵ C.N.Civ., Sala C, 18/9/84, “L.L.”, 1985-A-557.

bién los derechos originados en la sociedad conyugal, sin que por eso pierda su carácter y se convierta en otro contrato ⁵⁶.

En este caso habrá que interpretar cuál fue la voluntad del cedente. Si solamente cedía sus derechos hereditarios y resultó excluído de la sucesión, deberá responder por evicción. Pero si cedía sus derechos a los gananciales y en la sucesión sólo había bienes gananciales sobre los cuales el cónyuge no heredaba por concurrir con hijos, el hecho de la exclusión no debe perjudicar la validez del contrato de cesión.

En este sentido se ha expedido la Suprema Corte de Buenos Aires, al decir: "Si el esposo cede todos los derechos y acciones que le correspondan o pudieran corresponderle en la sucesión de su esposa, y ésta no deja bienes propios, la cesión no puede tener otro objeto que los bienes que integran la parte de aquél como socio en la sociedad conyugal, porque de otra manera el contrato carecería de sentido, al recaer sobre algo inexistente" ⁵⁷.

C) *Efectos frente a terceros*. Si el excluído ha entrado en posesión de la herencia y ha obtenido en su favor declaratoria de herederos, debe ser considerado heredero aparente.

Por tanto, frente a terceros serán válidos los actos de administración realizados por el cónyuge excluído, por aplicación del art. 3429, que dice: "El heredero está obligado a respetar los actos de administración que ha celebrado el poseedor de la herencia a favor de terceros, sea el poseedor de buena o mala fe". Es decir que si el divorciado ha realizado un contrato de locación, éste debe ser respetado, salvo que el tercero sea de mala fe.

340. Efectos especiales con relación al inmueble que habita el excluído.

A) *Derecho de locación*. Puede ocurrir que el inmueble que habita el excluído haya sido locado por el causante, durante la cohabitación. En este supuesto, cabe preguntarnos si el cónyuge excluído del sucesorio debe desalojar el inmueble.

Entendemos que la solución deviene de la aplicación del art. 9 de la ley 23.091, que dice: "En caso de abandono de la locación o de fallecimiento del locatario, el arrendamiento podrá ser continuado en las condiciones pactadas, y hasta el vencimiento del plazo contractual, por quienes acrediten haber convivido y recibido del mismo ostensible trato familiar".

⁵⁶ C.N.Civ., Sala G, 9/9/83, "Veigan Meilán de Campos García", "E.D.", fallo 37.777.

⁵⁷ S. C. B. A., 11/10/60, "L.L.", 101-303; "E.D.", 18/5/84.

La norma trascrita debe ser aplicada analógicamente, considerando al cónyuge excluido como continuador de la locación, por haber convivido con el locatario o haber recibido de éste trato familiar.

B) *El derecho de habitación del cónyuge supérstite.* Si el cónyuge separado de hecho ha sido excluido del sucesorio porque se lo ha considerado culpable de la separación de hecho, no cabe admitir que tenga derecho de habitación en los términos del art. 3573 bis del Código Civil. A igual solución se llega ya sea que se considere el derecho real de habitación como un derecho propio o como un derecho hereditario.

Si se considera que la adquisición es *iure proprio*, el cónyuge culpable de la separación personal, que hubiera sido excluido de la herencia y pretendiera ejercer el derecho habitacional del cónyuge supérstite, debería ser rechazado, por ejercer una pretensión con evidente abuso del derecho ⁵⁸.

De igual manera, se le debe negar el derecho de habitación al excluido si se admite la adquisición *iure hereditatis*, en virtud de la aplicación del art. 3575 ⁵⁹.

C) *Bien de familia.* El art. 34 de la ley 24.395 faculta a toda persona a constituir en bien de familia un inmueble urbano o rural cuyo valor no exceda de las necesidades de sustento y vivienda.

El problema se presenta cuando se ha constituido un bien de familia nombrando como beneficiaria a la cónyuge, y luego ésta se separa de hecho y es excluida de la sucesión del causante.

En este caso, entendemos que se podrá solicitar la desafectación del bien de familia, a pedido de la mayoría de los herederos, por aplicación analógica del art. 49, inc. c, de la ley 14.394.

En el supuesto de que el inmueble constituido en bien de familia sea ganancial y los herederos soliciten la desafectación del bien sobre la base del 50 % de su valor, el excluido de los derechos sucesorios, que tiene, a su vez, derecho al 50 % sobre el inmueble, se puede oponer a la desafectación. En tal caso hay que aplicar analógicamente el art. 2706 del Código Civil, y el juez debe decidir sumariamente a solicitud de cualquiera de los interesados ⁶⁰.

⁵⁸ María Josefa Méndez Costa, *Régimen sucesorio de los bienes gananciales*, Ediar, Bs. As., 1977, n° 223.

⁵⁹ Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., p. 221.

⁶⁰ Conf.: Elías P. Guastavino, *Derecho de familia patrimonial. Bien de familia*, t. II, p. 359.