

PARTE SEGUNDA

ACCIONES DE EXCLUSIÓN  
DE LA VOCACIÓN HEREDITARIA CONYUGAL

por GRACIELA MEDINA

CAPÍTULO V

EXCLUSIÓN DEL CONYUGE POR MATRIMONIO  
CELEBRADO DENTRO DE LOS TREINTA DÍAS  
MEDIANDO ENFERMEDAD DEL OTRO

I. *Introducción*

228. Régimen legal .....	275
229. Fuentes .....	275
230. Proyectos de reforma .....	276
231. Legislación comparada .....	277
232. Fundamento .....	278
233. Presupuestos de aplicación: enunciación .....	278
234. Presupuestos objetivos .....	279
235. Presupuestos subjetivos .....	280
236. Excepción: regularización de una situación de hecho .....	283

II. *Acción de exclusión*

237. Juez competente y fuero de atracción .....	286
238. Vía procesal .....	286
239. Declaratoria de herederos .....	286
240. Sujeto activo .....	287
241. Sujeto pasivo .....	288
242. Carga de la prueba .....	288
243. Efectos de la exclusión .....	288
244. Análisis de precedentes jurisprudenciales .....	289
245. Prescripción .....	289
246. Conclusiones de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil ....	290

PARTE SEGUNDA

ACCIONES DE EXCLUSIÓN  
DE LA VOCACIÓN HEREDITARIA CONYUGAL

por  
GRACIELA MEDINA

## CAPÍTULO V

### EXCLUSIÓN DEL CÓNYUGE POR MATRIMONIO CELEBRADO DENTRO DE LOS TREINTA DÍAS MEDIANDO ENFERMEDAD DEL OTRO \*

#### I. INTRODUCCIÓN

##### 228. Régimen legal.

Esta causal de exclusión fue contemplada por Vélez Sarsfield en el art. 3573 del Código Civil, que originariamente disponía: “La sucesión deferida al viudo o viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar cuando el matrimonio se hubiese celebrado hallándose enfermo uno de los cónyuges, y si muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes”.

Una ley de fe de erratas modificó ese precepto, el cual quedó redactado así: “La sucesión deferida al viudo o viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes”.

Finalmente, en el año 1968 la ley 17.711 agregó la siguiente frase: “salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho”.

##### 229. Fuentes.

El codificador, que en general había sido muy cuidadoso en la cita de las fuentes, no aclaró en esta norma cuáles eran los antecedentes en que había abrevado.

La doctrina que estudia el problema tiene dudas en cuanto al origen del artículo, porque para el momento de sanción del Código

\* Ver modelos de escritos en el Apéndice, ps. 469 a 474.

Civil no había ninguna legislación vigente con un precepto semejante.

Se recuerda que en el derecho francés anterior a la codificación tuvieron lugar la declaración francesa de noviembre de 1639 y el edicto de mayo de 1697, que en realidad no prohibía los matrimonios *in extremis*, pero les quitaba sus efectos patrimoniales y, más precisamente, los hereditarios<sup>1</sup>.

También se cita como antecedente un artículo similar presentado por las Cortes de Burdeos al ser proyectado el Código Civil francés, pero que no tuvo acogida<sup>2</sup>.

Díaz de Vivar entiende que Vélez Sarsfield se inspiró en una norma similar del Código peruano, que expresaba: "No se concede cuarta conyugal al que se casa en artículo muerte"<sup>3</sup>.

Parece difícil que las ordenanzas francesas y el Código del Perú hayan sido las fuentes del codificador, ya que ellas hacen referencia a la cuarta conyugal, y es sabido que el codificador le dio al cónyuge el carácter de heredero; por otra parte, en esos textos se hace referencia al matrimonio *in extremis*, que no es la situación contemplada por nuestro legislador.

Consideramos, siguiendo en esto a Cifuentes, que "se trata de una disposición original de Vélez (...). Parece, más bien, que fue elaborado siguiendo una idea sobre la idiosincrasia nacional, sin que hayan influido las legislaciones foráneas"<sup>4</sup>.

Lo cierto es que esta causal de exclusión tiene, en la actualidad, carta de ciudadanía en la materia. Ningún proyecto de reforma ha tratado de suprimirla, sino de mejorarla, y ha sido copiada por otras legislaciones latinoamericanas.

### 230. Proyectos de reforma.

El proyecto de 1936 contemplaba la causal de exclusión en estudio en el art. 1999, que expresaba: "La sucesión entre esposos no tendrá efectos: 1) cuando el matrimonio se hubiera celebrado *in extremis*, y el cónyuge muriese de la misma enfermedad, dentro de los treinta días siguientes. Este precepto no regirá en caso de probarse que el casamiento tuvo por fin regularizar una convivencia anterior...".

<sup>1</sup> Pothier, *Traité du contrat de mariage*, en *Ouvres*, anotadas por M. Bouget, Paris, 1845-1852, t. VI, n° 429, p. 195.

<sup>2</sup> Voto del doctor Lagos, C. Civ. 2°, "J.A.", 38-1174.

<sup>3</sup> Oscar Díaz de Vivar, *El cónyuge recién casado hereda. El art. 3573 del Código Civil*, Ed. Rosso, Bs. As., 1931, p. 19.

<sup>4</sup> Santos Cifuentes, *Matrimonio durante la última enfermedad*, "J.A.", Serie Contemporánea, Doctrina, 1972, p. 283.

Advertimos en este anteproyecto la clara referencia al matrimonio *in extremis*, que no se observa en nuestro texto vigente.

En el anteproyecto de 1954, entre los *casos de exclusión* figura el art. 722, que dice: "Carecerá el cónyuge superviviente de vocación hereditaria: 1) cuando el autor de la herencia se hallase mortalmente enfermo al contraer las nupcias y se produjera su deceso por esa causa dentro de los treinta días siguientes a la celebración del matrimonio. Sin embargo, no regirá esta exclusión si el esposo sobreviviente hubiese ignorado el peligro de muerte del causante o no tuviera intención de lucrar con la herencia al contraer matrimonio, o si el casamiento se hubiese hecho para regularizar una convivencia anterior...".

Del anteproyecto de 1954 surgen, como excepciones a la exclusión, la ignorancia de la enfermedad y la carencia de intención de captación de la herencia, que no se hallan en la norma actual.

Ello implica que el legislador de 1968, aun conociendo estos proyectos de reforma, no tomó de ellos ni el concepto de matrimonio *in extremis*, como requisito de funcionamiento de la exclusión, ni la falta de propósito de lucro del viudo, como motivo de excepción en la aplicación de la norma.

Es importante tener en cuenta lo que acabamos de expresar como pauta de interpretación de la legislación vigente.

### 231. Legislación comparada.

Hallamos normas similares a nuestro art. 3573 en el Código de Bolivia de 1976, así como en los modernísimos códigos del Perú de 1984 y del Paraguay de 1986. Veamos:

1) Código de Bolivia, art. 1107: "La sucesión del cónyuge sobreviviente no tiene lugar cuando: a) el matrimonio se celebra hallándose enfermo el otro cónyuge y su muerte acaece dentro de los treinta días siguientes como consecuencia de aquella enfermedad...".

2) Código del Perú, art. 826: "La sucesión que corresponde al viudo o viuda no procede cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio hubiera sido celebrado para regularizar una situación de hecho".

3) Código del Paraguay, art. 2587: "La sucesión de los esposos no tendrá lugar: a) cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrar el matrimonio, muriese de esa enfermedad

dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho, haya o no hijos...".

### 232. Fundamento.

La nota de Vélez al art. 3573 es muy ilustrativa en cuanto al fundamento de esta causal de exclusión.

Señalaba el codificador: "No hay razón alguna para dar a los cónyuges derechos sucesorios cuando el matrimonio es *in extremis*. En alguna provincia de la República, se ha dado derecho sucesorio a los cónyuges sobre los parientes colaterales, y se han visto matrimonios *in extremis* verdaderamente escandalosos, con solo el objeto de heredar inmediatamente al enfermo".

Evidentemente, el fundamento reside en evitar que el matrimonio sea realizado con la finalidad espuria de servir de causa al llamamiento hereditario conyugal.

"Se quiere que el matrimonio, que tiene fines específicos y trascendentes, no sea tomado como medio para captar herencias"<sup>5</sup>.

Se señala también que el consentimiento matrimonial podría haber sido prestado sin libertad, por la conjunción de maquinaciones tenebrosas con el estado de enfermedad del causante, que lo colocaba en una situación débil<sup>6</sup>.

No pensamos que este último haya sido el motivo, porque la falta de consentimiento anularía el matrimonio. El fundamento de la norma ha de ser buscado en la intención del legislador de evitar un casamiento cuyo interés sea captar la herencia.

### 233. Presupuestos de aplicación: enunciación.

La doctrina generalizada reconoce en la norma que examinamos la existencia de presupuestos objetivos y subjetivos.

Los presupuestos objetivos son tres: 1) enfermedad de uno de los cónyuges; 2) gravedad de la enfermedad; 3) muerte dentro de los treinta días.

El presupuesto subjetivo está constituido por el conocimiento de la enfermedad por el otro contrayente. Se discute la exigibi-

<sup>5</sup> José Luis Pérez Lasala, *Derecho de sucesiones*, Depalma, Bs. As., 1978-1981, t. II, n° 41.

<sup>6</sup> Nora Lloveras y Mónica Assandri, *Exclusión de la vocación hereditaria entre cónyuges*, Lerner, Córdoba, 1989, p. 41.

lidad de un segundo presupuesto subjetivo, cual es el ánimo de captar la herencia.

Seguidamente procederemos a analizar estos presupuestos.

#### 234. Presupuestos objetivos.

A) *Enfermedad de uno de los cónyuges*. La primera condición para que proceda el supuesto de exclusión contemplado en el art. 3573 es que el cónyuge esté enfermo, es decir, que tenga en su organismo una alteración que impida a su persona el ejercicio de todas sus funciones.

B) *Gravedad de la enfermedad*. La enfermedad que sufra el causante debe ser de una importancia cualitativa tal que éste llegue a la muerte como consecuencia de ella.

Aunque se requiere una enfermedad grave, no es necesario que el paciente guarde cama, pues, como lo señalaba Machado, si bien en la enfermedad grave "se supone que el enfermo debe guardar cama, no es de absoluta necesidad, porque hay enfermedades graves que permiten estar en pie"<sup>7</sup>.

La muerte debe ser consecuencia directa de la enfermedad, no provenir de concausas distintas. Así lo expresaba Lafaille, al decir: "Si el deceso corresponde a complicaciones distintas o circunstancias diversas, aun cuando la enfermedad haya venido a cooperar en ese resultado, no regiré el artículo, que debe ser de interpretación restrictiva. El mal que existía al casarse debe ser la causa determinante de la muerte"<sup>8</sup>.

Puesto que lo que se exige es la gravedad, "una enfermedad benigna, agravada después o que llevó a la muerte por la interposición de concausas imprevisibles, no configura el requisito del art. 3573"<sup>9</sup>.

C) *Muerte dentro de los treinta días*. La muerte del cónyuge debe producirse dentro de los treinta días de la celebración del matrimonio. Este es un plazo elegido por el legislador sin ningún fundamento; sin embargo, es el mismo que se repite en todos los códigos latinoamericanos, y se mantiene inalterado en los proyectos de reformas.

<sup>7</sup> José Olegario Machado, *Exposición y comentario al Código Civil argentino*, Bs. As., 1932, t. IX, p. 938.

<sup>8</sup> Héctor Lafaille, *Curso de derecho civil. Sucesiones*, Ed. Biblioteca Jurídica, Bs. As., 1959, t. II, n° 19, b.

<sup>9</sup> María Josefa Méndez Costa, *La exclusión hereditaria conyugal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982, p. 62.

El cómputo del término ha de realizárselo conforme a lo preceptuado por el Código Civil en su art. 24, comenzando a contarlos desde la medianoche del día del matrimonio, hasta la medianoche del día de la muerte.

### 235. Presupuestos subjetivos.

A) *Conocimiento de la enfermedad.* La casi totalidad de la doctrina nacional acepta que la enfermedad debe ser conocida por el sobreviviente y, por tanto, ha de haber estado exteriorizada o manifestada<sup>10</sup>.

Sin embargo, Cifuentes pone de resalto que ese requisito no es exigido por el legislador, y que la exclusión se produce pese a la ignorancia de ambos sobre la muerte que sobreviene<sup>11</sup>. No compartimos la posición rigurosamente objetivista de Cifuentes.

La exigencia de que el sobreviviente haya tenido conocimiento de la enfermedad que aquejaba a su esposo o esposa es un recaudo impuesto por el fundamento mismo de la causal de exclusión, cual es el de evitar situaciones escandalosas con el solo objeto de heredar inmediatamente al cónyuge (nota al art. 3573); es decir que *la norma se refiere a una intencionalidad que aparece como causa impulsiva del acto jurídico matrimonial.*

Si bien la causa impulsiva o motivo permanece, por regla general, en un plano de ajuridicidad, en este caso asume relieve por razón de la norma que estudiamos. En efecto: con esta norma el codificador hace, en definitiva, una aplicación específica de la noción de causa inmoral; al identificar esa causa inmoral en una norma excluyente, le da relevancia como causa ilícita.

Por otro lado, si se tratara de una causal de exclusión objetiva, quedaría comprendido aun el sobreviviente a quien su cónyuge enfermo ocultó la enfermedad que lo aquejaba, de donde ese silencio omisivo del fallecido se volvería en contra del supérstite sin ninguna razón que lo justifique.

<sup>10</sup> Juan Carlos Rébora, *Derecho de las sucesiones*, Ed. La Facultad, Bs. As., 1932, n° 323; Enrique Díaz de Guijarro, *El matrimonio "in extremis" y el concubinato anterior en relación a los derechos hereditarios del cónyuge supérstite*, "J.A.", 48-473; Carlos Mario Fernández Bourreau, *Vocación hereditaria del cónyuge: su pérdida a través del art. 3573 del Código Civil*, "J.A.", 1977-III-703; Méndez Costa, ob. cit., p. 61; Lloveras y Assandri, ob. cit., p. 42; Pérez Lasala, ob. cit., n° 41; Lafaille, ob. cit., t. II, n° 20; Guillermo Borda, *Tratado de derecho civil argentino. Sucesiones*, 3° ed., Perrot, Bs. As., 1970, n° 860-B.

<sup>11</sup> Cifuentes, ob. cit., p. 288.

B) *Animo de captar la herencia*. No hay acuerdo en la doctrina en cuanto a si el "ánimo de captar la herencia" constituye o no un requisito de procedencia de la exclusión del cónyuge superviviente; en otros términos, si se exceptúa de la exclusión al viudo que no obstante haber conocido la grave enfermedad que llevó a la muerte a su consorte en un plazo de menos de treinta días, no se casó con el ánimo de captar la herencia, sino con cualquier otro propósito.

Un gran sector de la doctrina entiende que éste es un requisito de funcionamiento de la norma y, por tanto, lo hace valer como exclusión del principio general. Es decir que aun cuando quienes ejercen la acción prueben que la muerte del cónyuge, originada en una enfermedad grave conocida por el sobreviviente, acaeció dentro del plazo legal, el viudo mantendrá su vocación hereditaria si demuestra que no ha tenido intención de captar la herencia. Considera, en definitiva, que estamos frente a una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario.

Se señala que "el esfuerzo de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, antes de 1968, se dirigió a superar la apariencia absoluta de la letra de la ley, construyendo una presunción *iuris tantum* cuando el matrimonio se celebraba en las condiciones apuntadas, admitiendo la prueba por el superviviente, en cada caso, de no existir de su parte el propósito de captación de la herencia"<sup>12</sup>.

Nosotros entendemos que el ánimo de lucro no configura un requisito de la causal de exclusión, por lo cual la demostración de que el matrimonio fue celebrado sin intenciones espurias no eximirá al viudo de su exclusión de la herencia. Ello está motivado en los siguientes razonamientos:

1. *Ausencia del requisito en la norma legal*. En el texto de la norma, en su actual redacción, no está incorporado el requisito del ánimo de captar la herencia.

Con anterioridad a la reforma del año 1968 se forzaba el texto legal, para impedir que los matrimonios celebrados *in extremis*, con el fin de regularizar una situación de hecho, cayeran dentro de la causal de exclusión<sup>13</sup>.

Esto dio lugar a que en el proyecto de 1954 se dijera claramente: "Sin embargo, no regirá esta exclusión si el esposo sobreviviente hubiese ignorado el peligro de muerte del causante o no tuviera intención de lucrar con la herencia al contraer matri-

<sup>12</sup> Lloveras y Assandri, ob. cit., p. 44.

<sup>13</sup> Eduardo Prayones, *Derecho civil. Sucesiones*, Ciencias Económicas, Bs. As., 1957, p. 183; Lafaille, ob. cit., p. 74.

*monio*, o si el casamiento se hubiese hecho para regularizar una convivencia anterior”.

Si hubiera sido sancionada una norma como la trascrita, obviamente, el ánimo de lucro sería una condición de la exclusión, y, por ende, la prueba de su no existencia daría lugar a exceptuación.

Pero el legislador de 1968, que conocía bien este proyecto, no incorporó el ánimo de lucro ni como causal de exclusión autónoma ni como requisito de procedencia de la prevista en el art. 3573, limitándose a incorporar la última parte del texto referido.

Debemos hacernos cargo de que al tratar de los recaudos hemos subrayado que el sobreviviente tiene que haber conocido la enfermedad, y hemos fundado tal solución en la noción de causa motivo o impulsiva, inmoral e ilícita.

Ello no autoriza a sostener que el demandado por esta causal de exclusión pueda exceptuar basándose en la inexistencia de este móvil inmoral o ilícito. *En el caso, la ley presume la existencia de la causa ilícita, sin admitir prueba en contrario.* Justamente, porque —como se verá más adelante— es virtualmente imposible la prueba de las intenciones, y, además, quien se casa en esta situación conoce —porque a la ley se la presume conocida por todos— cuál es el efecto legal previsto.

Según nuestro juicio, al no estar incluido el ánimo de lucro en la norma, es indiferente que se demuestre que el casamiento fue celebrado por los más sagrados motivos, si se dan las condiciones objetivas del art. 3573.

2. *Razones de seguridad.* Admitir lo contrario implicaría abrir una brecha a la incertidumbre y a la inseguridad en un problema tan importante como es el de conceder o denegar el derecho a la herencia <sup>14</sup>.

3. *Imposibilidad de prueba.* Enseña Méndez Costa que “no procede que se intente demostrar la falta de ánimo de lucro, por la casi imposibilidad de poner en evidencia intenciones y propósitos íntegramente subjetivos” <sup>15</sup>.

En definitiva, entendemos que la prueba de la falta del ánimo de captar la herencia no influye en la aplicación de la norma.

<sup>14</sup> Pérez Lasala, ob. cit., n° 42, *in fine*.

<sup>15</sup> Méndez Costa, ob. cit., p. 74.

### 236. Excepción: regularización de una situación de hecho.

La ley 17.711 introdujo, como excepción a la causal de exclusión contemplada en el art. 3573, el propósito de *regularizar una situación de hecho*.

En el anteproyecto de 1954, las causales de excepción eran: 1) la falta de conocimiento de la enfermedad; 2) la falta de intención de captar la herencia; 3) el propósito de regularizar una situación de hecho.

El legislador de 1968 sólo incorporó el último de los supuestos de excepción, que era, sin lugar a dudas, el que más problemas jurisprudenciales había acarreado, sobre todo porque en esa época no regía en nuestro país el divorcio vincular, con lo cual el número de concubinatos era mucho mayor, y la única forma de regularizar esa relación era esperar a que el concubino adquiriera habilidad nupcial por la muerte de su cónyuge.

En definitiva, la excepción para la aplicación del art. 3573 del Código Civil se da cuando el matrimonio es celebrado para otorgar legalidad a una situación fáctica que escapa al marco de la ley; caso típico: el matrimonio celebrado por personas que han vivido largos años en concubinato y que ante la cercanía de la muerte desean regularizar su situación.

Cabe puntualizar cuáles son las situaciones de hecho a que se refiere la norma.

A) *Concubinato*. Ninguna duda cabe de que la regularización de una relación concubinaria encuadra en los supuestos de excepción a los cuales se refiere la norma. Es decir que si entre los contrayentes del matrimonio medió una convivencia con los caracteres de singularidad, estabilidad y posesión de estado inherentes al estado de casados, la enfermedad de uno de los cónyuges conocida por el otro, que provoca la muerte de aquél dentro de los treinta días de dicha celebración, no obstará a la subsistencia de la vocación hereditaria del supérstite<sup>16</sup>.

En cambio, la doctrina no es unánime en el supuesto de concubinato adulterino. El concubinato adulterino es la relación concubinaria que mantienen dos personas cuando alguna de ellas,

<sup>16</sup> Eduardo Moreno Dubois y Wenceslao Tejerina, *El estatuto sucesorio del cónyuge supérstite*, en *Examen y crítica de la reforma al Código Civil*, La Plata, 1972, t. IV-II, p. 486.

o ambas, no pueden contraer matrimonio por haber un matrimonio anterior subsistente.

El problema se presenta cuando alguno de los adúlteros adquiere aptitud nupcial y se casa con su concubina mediando enfermedad que produce la muerte antes de los treinta días.

Belluscio señala que el concubinato adulterino carece de la jerarquía ética necesaria para servir de excepción al matrimonio *in extremis*, aunque reconoce que la norma "no da pie para efectuar tal distinción, ya que su fin obvio es evitar la captación, y en tal caso ella no se daría" <sup>17</sup>.

Sin embargo, Méndez Costa sostiene que pese al "silencio de la norma, ésta no puede comprender al concubinato adulterino, porque si bien, según lo afirmado, no ha sido establecida para premiar el concubinato, es innegable que lo torna invocable para hacer valer el derecho hereditario. Y es sabido que ningún derecho puede apoyarse en la violación de la ley. Quien lo hiciera esgrimiría su propia torpeza, determinando la lógica respuesta negativa a su pretensión. Otro argumento decisivo se desprende del art. 1071 del Código Civil. El art. 3573 no puede contradecirlo permitiendo acogerse al ejercicio de un derecho excediendo los límites impuestos por la moral y las buenas costumbres" <sup>18</sup>.

Por nuestra parte, entendemos que por más reprochable que sea el concubinato adulterino anterior, no constituye ningún impedimento para contraer matrimonio. Por tanto, mediando un matrimonio válido respecto del cual la ley estima que no ha sido realizado para captar herencia, porque regulariza una situación de hecho, no cabe no aplicar el supuesto de excepción en orden a una calificación cualitativa de la situación de hecho anterior.

Aplicar la excepción sólo cuando la situación de hecho está acorde con la norma moral implicaría excluir gran número de casos, cuando ésa no ha sido la intención del legislador. Pensemos en el supuesto de la seducción, que la propia Méndez Costa acepta como incluido en la preceptiva del art. 3573, *in fine*, del Código Civil: la seducción de mujer honesta encierra una inmoralidad, y no vemos por qué en este caso no se violentaría el art. 1071, y sí en el caso del concubinato adulterino.

Lo que ocurre es que la regularización de una situación de hecho no confiere efectos a esa situación de hecho, sino que per-

<sup>17</sup> Augusto Belluscio, *La sucesión intestada en la reforma del Código Civil*, separata de la revista "Lecciones y Ensayos", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., 1969, n° 16, p. 43.

<sup>18</sup> Méndez Costa, ob. cit., p. 71, n° 29.

mite inferir la inexistencia de una voluntad tendiente a aprovechar la herencia<sup>19</sup>.

En definitiva, concluimos que *la calificación de adulterino del concubinato no influye en la excepción contemplada en el último párrafo del art. 3573.*

B) *Noviazgo*. Indiscutiblemente, el noviazgo constituye una situación de hecho, pero esta situación de hecho no es irregular; por tanto, mal puede entrar en el supuesto de la norma, porque no se puede entender que el casamiento de dos novios suponga regularizar una situación de hecho<sup>20</sup>.

Con referencia al noviazgo, enseña Méndez Costa que "la cualidad de *irregular* aplicada por el texto, en forma expresa, a la situación en que vivían los contrayentes (es obvio que sólo lo irregular puede regularizarse) obliga a desconocer el derecho hereditario del sobreviviente, puesto que el noviazgo es *ajurídico* (carece de efectos jurídicos), pero ni es ilegal ni irregular"<sup>21</sup>.

C) *Legitimación de hijos naturales*. Antiguamente se señalaba que también podría ser encuadrada como supuesto de "regularización de una situación de hecho" la legitimación de hijos naturales, o el matrimonio contraído para legitimar la prole, aunque no hubiera mediado concubinato o éste hubiera finalizado.

Hoy, tras la reforma introducida en 1985 por la ley 23.264, ha desaparecido el instituto de la legitimación, y se ha equiparado a los hijos extramatrimoniales con los matrimoniales; por tanto, este supuesto es de imposible configuración.

D) *Otros supuestos fácticos*. La doctrina admite como supuestos de excepción el matrimonio celebrado mediando promesa de matrimonio incumplida, porque regulariza la situación de los prometidos, y el casamiento celebrado para reparar la seducción de mujer honesta<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Eduardo Zannoni, *Derecho de las sucesiones*, Astrea, Bs. As., 1983, p. 116, n° 877.

<sup>20</sup> Jorge Maffía, *El derecho sucesorio en la reforma del Código Civil*, Astrea, Bs. As., 1972, n° 62; Pérez Lasala, *ob. cit.*, t. II, p. 107, n° 42; Horacio Poviña, *Sucesión de los cónyuges y de los parientes colaterales*, Plus Ultra, Bs. As., 1973, n° 154.

<sup>21</sup> Méndez Costa, *ob. cit.*, p. 71, n° 30.

<sup>22</sup> Alberto G. Spota, *Sobre la reforma del Código Civil*, Depalma, Bs. As., 1969, n° 224, *in fine*.

## II. ACCIÓN DE EXCLUSIÓN

**237. 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 variaría este principio, porque no consideramos de aplicación al caso el art. 3285 del Código Civil, que dice: "Si el difunto no ha dejado más que un solo heredero, las acciones han de dirigirse ante el juez del domicilio de este heredero, después que hubiere aceptado la herencia".

La norma legal trascrita constituye sólo una excepción al inc. 4 del art. 3284; en consecuencia, el juez competente ha de ser el del último domicilio del causante.

Habiendo sido iniciado el proceso sucesorio, actuará el fuero de atracción del sucesorio, en vista de la amplitud de los términos del art. 3284.

**238. Vía procesal.**

La demanda ha de ser planteada en el marco del proceso ordinario, ya que la vía incidental no permite la amplitud probatoria que requiere esta acción. Y comúnmente irá acompañada de una acción de petición de herencia<sup>23</sup>.

**239. Declaratoria de herederos.**

La cuestión reside en determinar si en caso de que el tribunal se halle ante una partida que acredite la celebración del matrimonio antes de los treinta días de la fecha de la muerte, debe o no incluir al viudo en la declaratoria de herederos.

Si la causal de exclusión exigiera solamente una comprobación de fechas, sin ninguna duda el cónyuge sobreviviente no debería ser incluido; pero como además de las fechas hay que demostrar otras circunstancias, en general, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que corresponde declarar heredero al

<sup>23</sup> Fernández Bourreau, ob. cit.

cónyuge supérstite —como en el caso del indigno— hasta que se demuestre, en el respectivo juicio ordinario, la existencia de la causal de exclusión<sup>24</sup>.

Sin embargo, se conoce la existencia de casos en que los tribunales excluyeron al cónyuge supérstite por oposición de los demás herederos, con lo cual se obligó al viudo a accionar por petición de herencia, trasformando la excepción en acción.

En efecto: la acción está pensada para lograr la exclusión de herencia del cónyuge supérstite y, en su caso, para que éste se defienda oponiendo la excepción prevista en la norma, esto es, que el matrimonio tuvo por finalidad "regularizar una situación de hecho".

Empero, si se excluye al supérstite de la declaratoria de herederos, la situación se invierte, y el viudo deberá ejercer una acción de petición de herencia fundada en que la causa final del matrimonio, en la última enfermedad, fue regularizar la situación fáctica existente.

En síntesis, creemos que la exclusión inicial de la declaratoria de herederos no es el mecanismo legal previsto, aunque así lo ha resuelto la Cámara Nacional Civil, Sala D, en sentencia del 22/4/80.

#### 240. Sujeto activo.

Dado que esta causal de exclusión constituye una sanción que se equipara a la indignidad, es de aplicación el art. 3304. En consecuencia, tienen legitimación para accionar los parientes a quienes corresponda suceder a falta del excluido de la herencia o en concurrencia con él. Los demás parientes, aunque invoquen la defensa de la memoria del muerto, no pueden interponer la acción.

Consideramos que el fisco también puede demandar la exclusión si por falta del cónyuge tiene que recibir bienes hereditarios. Creemos que el hecho de que la exclusión se funde en motivos morales, o de que los parientes sean los más adecuados para resolver si deben o no ventilar esas causas, no es razón suficiente para negarle acción al fisco<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Cám. Apel. Mercedes, 3/9/55, "J.A.", 1955-III-354.

<sup>25</sup> José Luis Pérez Lasala, *Curso de derecho sucesorio*, Depalma, Bs. As., 1989, p. 147.

#### 241. Sujeto pasivo.

La acción debe ser entablada contra el cónyuge que ha celebrado matrimonio dentro de los treinta días mediando enfermedad del otro cónyuge.

La legitimación pasiva deriva del estado matrimonial que surge de las partidas de casamiento, sin que sea necesario, para iniciar la exclusión, que el cónyuge haya sido declarado heredero mediante auto de declaratoria de herederos.

#### 242. Carga de la prueba.

Los actores deberán demostrar los requisitos de procedencia de la acción: que el causante estaba enfermo, que murió a causa de esta enfermedad, que el matrimonio fue celebrado treinta días antes de la muerte, y que la cónyuge conocía esta enfermedad. Las más de las veces, no será necesario demostrar el conocimiento de la enfermedad y de su riesgo, pues se estará frente a hechos notorios, por lo cual bastará probar esa característica<sup>26</sup>.

No se debe demostrar que hubo ánimo de captar la herencia de parte de la viuda, porque ya hemos señalado que no constituye un requisito de procedencia de la acción.

El cónyuge sobreviviente podrá demostrar que la causa de la muerte no fue la enfermedad, sino diversas concausas, o que el matrimonio lo celebró aun a sabiendas de la enfermedad, pero con el fin de regularizar una situación de hecho.

El principio general que se ha impuesto en materia de prueba, en virtud de sostenida jurisprudencia y doctrina, es que "la aplicación del art. 3573 aparece convertida en una cuestión de hecho, que requiere prueba minuciosa, clara y terminante"<sup>27</sup>.

#### 243. Efectos de la exclusión.

Los efectos que produce la exclusión hereditaria conyugal dependerán de si el cónyuge ha entrado o no en posesión de la herencia. Si ha entrado en posesión de la herencia, le serán aplicadas las reglas del heredero aparente<sup>28</sup>. Por consiguiente:

<sup>26</sup> Conf.: Méndez Costa, ob. cit., p. 72.

<sup>27</sup> C.N.Civ., Sala D, 22/4/80, "J.A.", 1980-2-505.

<sup>28</sup> Conf.: Zannoni, ob. cit., p. 117.

1) frente a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, los actos de disposición de la herencia serán siempre válidos, tenga o no buena fe el cónyuge sobreviviente (art. 3430);

2) frente a los herederos, la posición del viudo dependerá de su buena o mala fe: si es de buena fe, deberá sólo restituir el precio; si es de mala fe, deberá además los daños y perjuicios (art. 3430).

#### 244. Análisis de precedentes jurisprudenciales.

Cám. Nac. Civ., Sala D, 22/4/80<sup>29</sup>: En primera instancia, los hermanos del causante lograron que no se incluyera a la cónyuge en la declaratoria de herederos. Ella accionó basándose en el art. 3573, y logró que el *a quo* hiciera lugar a la demanda, por entender que el matrimonio había sido celebrado para regularizar una situación de hecho.

La Cámara revocó el procedimiento del tribunal inferior, por considerar insuficiente la prueba del concubinato.

Es de destacar que el matrimonio había sido celebrado el 29 de setiembre de 1975 y el causante murió el 1 de octubre siguiente. La apertura del juicio sucesorio fue realizada veinte días después por la cónyuge sobreviviente, denunciando como domicilio real uno distinto del domicilio del causante, primera circunstancia que hizo dudar a la Cámara de la existencia de un concubinato. Por otra parte, de haber mediado un concubinato con tales características, habrían sido llamados como testigos los vecinos del último domicilio del difunto, cosa que no ocurrió, pues todos los declarantes vivían lejos, pocas veces habían visto al causante, y no afirmaron que éste le diera trato marital a la actual viuda, quien sólo logró probar que los unía una gran amistad.

Ante estas circunstancias, el tribunal entendió que no quedaba demostrado que el casamiento había sido realizado para regularizar una situación de hecho, y excluyó al cónyuge sobreviviente de la herencia.

#### 245. Prescripción.

La acción de exclusión hereditaria conyugal es una acción personal a la cual se aplica, en nuestra opinión, la prescripción de diez años establecida en el art. 4023, pues falta una disposición que establezca un plazo especial.

<sup>29</sup> "L. de S. C. c. S., P.", "LL.", 1980-D-506; "E.D.", 87-710.

El plazo comienza a correr desde el fallecimiento del causante. Cuando la acción de exclusión va acompañada de una acción de petición de herencia —que es imprescriptible—, en la práctica, esta última sólo es viable si no ha prescrito la acción de exclusión del cónyuge<sup>30</sup>.

Lo dicho es aplicable a todos los casos de exclusión de la vocación hereditaria conyugal. Ello, sin perjuicio de la posibilidad de la usucapión respecto de los bienes singulares de la herencia en favor de los poseedores de dichos bienes<sup>31</sup>.

La cónyuge excluída podrá, en consecuencia, alegar la prescripción adquisitiva de los bienes que componen la herencia.

#### 246. Conclusiones de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

En las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en San Carlos de Bariloche en 1989, se recomendó lo siguiente: "La exclusión hereditaria que el art. 3573, Cód. Civil, prevé no tendrá lugar cuando se acredite que el matrimonio se celebró con el propósito de captar la herencia, sea probando la existencia de una previa situación de hecho, que puede ser un concubinato o una relación afectiva que no llegue a configurarlo, o probando otros hechos que acrediten la falta de intención captatoria, como, por ejemplo, el desconocimiento de la enfermedad"<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Conf.: *supra*, n° 216, letra E.

<sup>31</sup> Conf.: Pérez Lasala, *Derecho de sucesiones*, ob. cit., vol. I, "Parte general", p. 833.

<sup>32</sup> XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, conclusiones de la Comisión 6, *Sucesiones: nuevos aspectos de la exclusión hereditaria conyugal*, San Carlos de Bariloche, abril de 1989.