

## CAPÍTULO VI

### EXCLUSIÓN DE LA VOCACIÓN HEREDITARIA CONYUGAL EN LA SEPARACIÓN PERSONAL CON ATRIBUCIÓN DE CULPA

#### I. *Introducción*

247. Antecedentes históricos del divorcio dentro del derecho argentino	291
248. Separación personal con atribución de culpa: concepto	293
249. Causales	293
250. Exclusión hereditaria conyugal del cónyuge separado culpable	293
251. Fundamento de la exclusión hereditaria del cónyuge declarado culpable	294
252. Condiciones de procedencia de la exclusión	295
253. Caso de muerte de un cónyuge antes de ser dictada la sentencia	296

#### II. *Acción de exclusión*

254. Juez competente y fuero de atracción	300
255. Procedimiento: distinción	300
256. A) Caso en que no se ha dictado declaratoria de herederos	300
257. B) Caso en que se ha obtenido declaratoria de herederos	302
258. Sujeto activo	303
259. Sujeto pasivo	305
260. Defensas que puede oponer el cónyuge al cual se pretende excluir: enunciación	305
261. Prueba de la exclusión	309
262. Medios de prueba	310
263. Efectos de la exclusión hereditaria: enunciación	310
264. A) Efectos respecto del excluido: principio	310
265. Restitución de los bienes hereditarios	311
266. B) Efectos respecto de terceros	311
267. C) Efectos respecto de los descendientes del cónyuge excluido	312
268. Posibilidad de que la cónyuge excluida sea designada administradora de la sucesión	312
269. Cónyuge excluido y beneficiado con posterioridad en el testamento	313
270. Posibilidad de adquirir por sucesión la misma herencia de la cual se está excluido	313

## CAPÍTULO VI

### EXCLUSIÓN DE LA VOCACIÓN HEREDITARIA CONYUGAL EN LA SEPARACIÓN PERSONAL CON ATRIBUCIÓN DE CULPA \*

#### I. INTRODUCCIÓN

#### 247. Antecedentes históricos del divorcio dentro del derecho argentino.

Veamos los siguientes aspectos:

1. *Régimen del Código Civil de 1871.* En el Código Civil se establecía una diferencia entre quienes, casados ante la Iglesia Católica, se divorciaban con autorización de ésta o sin su autorización. En el primero de los casos regía el derecho canónico en relación con la persona de los cónyuges, la crianza y educación de los hijos y los bienes de la sociedad conyugal, y el derecho civil era utilizado para definir las expensas en juicio y los alimentos (arts. 201, 202, 203, Cód. Civil).

Los matrimonios de los no católicos estaban regidos por el Código Civil, y el divorcio era otorgado solamente por tres causales: adulterio, tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, y ofensas físicas o malos tratamientos (art. 204).

2. *Ley 2393 (1888).* A muy poco tiempo de la vigencia del Código Civil se dictó la Ley de Matrimonio Civil, que aceptó el divorcio como *sanción* por la culpa de uno de los cónyuges en el quebrantamiento de la unión conyugal.

Esta ley tipificaba taxativamente los supuestos en que se podía pedir el divorcio, los cuales estaban contemplados en su art.

\* Ver modelos de escritos en el Apéndice, ps. 475 a 478.

67, y eran: el adulterio, la tentativa contra la vida del otro, la provocación a cometer delitos, la sevicia, las injurias graves, los malos tratamientos y el abandono.

3. *Ley 17.711 (1968)*. A partir del año 1968, con la vigencia de la ley 17.711 quedó admitido en nuestro país el divorcio *remedio*, pues se previó, aparte de los casos de divorcio *sanción por culpa*, el divorcio por presentación conjunta, cuando median causas graves que hicieran imposible la vida en común (art. 67 bis de la ley 2393).

4. *Ley 23.515 (1987)*. La ley 23.515, del año 1987, modificó profundamente el régimen del divorcio en nuestro país, al instaurar un sistema que distingue entre el divorcio vincular y la separación personal; en el primero hay disolución del vínculo, en tanto que en la separación personal no lo hay.

Por otra parte, tanto al divorcio vincular como a la separación personal se puede llegar mediante un procedimiento con atribución de culpa o un procedimiento sin atribución de culpa. El procedimiento sin culpa puede ser entablado por presentación conjunta o por causales objetivas.

La nueva ley ha ampliado el marco de posibilidades para el divorcio *remedio*, ya que durante la vigencia de la ley 17.711 sólo se podía dar, en el caso de presentación conjunta, cuando median causas que hicieran imposible la vida en común, en tanto que ahora, a más de ese supuesto, han sido incorporados supuestos objetivos, como la separación de hecho sin voluntad de unirse, el alcoholismo o la drogadicción<sup>1</sup>.

En definitiva, se ha pasado de un modelo unitario de divorcio (divorcio *sanción* sin disolución del vínculo) a un modelo pluralista de divorcio (*divorcio sanción* o *remedio*, *separación personal sanción* o *remedio*). Respecto del régimen francés posterior a 1975 —que es, en algunos aspectos, similar al nuestro— se ha señalado: "La amplia gama de soluciones que brinda la ley busca beneficiar la posibilidad de finalizar un matrimonio de la manera más apropiada a cada situación"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> M. E. Lloveras de Resk, S. Rubín de Tecco y N. Lloveras, *Régimen legal aplicable al matrimonio civil. Ley 23.515*, Comercio y Justicia, Córdoba, 1987, p. 10; Eduardo A. Zannoni, *Régimen del matrimonio civil y divorcio. Ley 23.515*, Astrea, Bs. As., 1987, p. 129; Abel Fleitas Ortiz de Rosas, *Separación personal y divorcio vincular en el nuevo régimen legal*, "L.L.", 1987-D-1008.

<sup>2</sup> Jean Michel Jacquet, *Le rôle de la cause dans le nouveau droit français du divorce*, "Revue Trimestrielle de Droit Civil", n° 4, octubre-diciembre 1984, p. 615.

Tras analizar cuáles son las formas de divorcio en nuestro país, corresponde estudiar ahora, separadamente, cuándo se produce la exclusión hereditaria conyugal en el régimen de la separación personal y en el divorcio vincular.

#### 248. Separación personal con atribución de culpa: concepto.

La separación personal consiste en "la cesación de la obligación de cohabitar, sin que el vínculo matrimonial desaparezca"<sup>3</sup>.

La diferencia con respecto al divorcio vincular estriba en que aquélla no disuelve el vínculo y, por tanto, impide volver a casarse.

#### 249. Causales.

Se puede obtener la separación personal mediante un juicio contradictorio en el cual se demuestre que uno de los cónyuges fue el culpable del fracaso matrimonial. Para ello será necesario probar la existencia de alguna de las causas contempladas en el art. 202 del Código Civil, que son las siguientes: el adulterio (inc. 1), el atentado contra la vida del otro cónyuge o de los hijos (inc. 2), la instigación a cometer delito (inc. 3), las injurias graves (inc. 4), el abandono voluntario y malicioso (inc. 5).

A más de las causales contempladas en el art. 202 citado, se otorga la separación personal con atribución de culpa, en el supuesto de separación personal, cuando alguno de los cónyuges demuestra no haber dado causa a la separación, con lo cual queda como cónyuge inocente.

#### 250. Exclusión hereditaria conyugal del cónyuge separado culpable.

El régimen legal argentino establece la exclusión hereditaria del *cónyuge separado que resulta culpable en el juicio de divorcio*. El art. 3574 del Código Civil preceptúa: "Estando separados los cónyuges por sentencia de juez competente fundada en los casos del art. 202, el que hubiere dado causa a la separación no tendrá ninguno de los derechos declarados en los artículos anteriores. (...) En caso de decretarse la separación por mediar separación

<sup>3</sup> César Augusto Belluscio, *Manual de derecho de familia*, Depalma, Bs. As., t. II, 1987, p. 363.

de hecho anterior, el cónyuge que probó no haber dado causa a ella conservará su vocación hereditaria en la sucesión del otro".

En definitiva, se puede lograr la exclusión hereditaria conyugal del cónyuge que ha sido declarado culpable, en un procedimiento contradictorio, por las causales contempladas en el art. 202, o por la separación de hecho sin voluntad de unirse por un término de dos años, con atribución de culpabilidad (art. 204, *in fine*).

### 251. Fundamento de la exclusión hereditaria del cónyuge declarado culpable.

Para hablar del fundamento de la exclusión del cónyuge, ante todo, hay que establecer cuál es el fundamento de la sucesión del cónyuge. La sucesión del cónyuge tiene como fundamento principal el afecto presunto del causante<sup>4</sup>.

Se ha señalado que para que "pueda hablarse de afecto presunto del causante hacia el sobreviviente, el matrimonio debe mantenerse en su integridad, lo que implica la exclusión del divorcio y de la separación de hecho entre los cónyuges. Mediando divorcio o separación, el afecto entre ellos no se puede presumir, y entonces cesa la vocación hereditaria"<sup>5</sup>.

Zannoni señala que "la conservación de la vocación hereditaria sin correspondencia con la comunidad de vida y de afectos que da razón de ser y sustento al llamamiento es, al cabo, una pura especulación patrimonial, fuente de pleitos derivados de apetencias que no conciben con la subsistencia meramente formal del vínculo"<sup>6</sup>.

Advertimos que en los supuestos de separación personal, a pesar de que al afecto presunto del causante no se lo puede presumir, la ley ha otorgado vocación sucesoria al cónyuge inocente de la separación.

La exclusión sucesoria del cónyuge tiene su explicación en las características del régimen del divorcio sanción. Lloveras dice que "el cónyuge inocente que no ha provocado ni generado la situación fáctica que traduce la sentencia de separación personal, ajustando su conducta al estatuto matrimonial, recibe su protección sucesoria al mantener su llamamiento"<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> José Luis Pérez Lasala, *Derecho de sucesiones*, Depalma, Bs. As., t. II, 1981, p. 88.

<sup>5</sup> Pérez Lasala, *ob. cit.*, p. 89.

<sup>6</sup> Zannoni, *ob. cit.*, p. 129.

<sup>7</sup> Nora Lloveras y Mónica Assandri, *Exclusión hereditaria entre cónyuges*, Córdoba, 1989, p. 62.

De esta manera, se sanciona al cónyuge culpable de la separación, mediante su exclusión de la sucesión del inocente, y, a la vez, se mantiene la vocación del cónyuge inocente. Pero el culpable podrá hacérsela perder muy fácilmente, acudiendo al procedimiento de la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular. Triste protección sucesoria se le da al inocente de la separación conyugal, ya que durará el tiempo necesario para que el cónyuge culpable pida la conversión.

Concluimos, pues, afirmando que el fundamento de la exclusión sucesoria del cónyuge declarado culpable del divorcio reside en la idea de sancionar su culpabilidad en el quebrantamiento del matrimonio.

Cabe preguntarse si hoy en día ese fundamento es válido, ya que nos hallamos en un proceso de revisión sobre el sentido del divorcio, y un gran sector de la doctrina no acepta la atribución de culpabilidad en el divorcio, porque entiende que éste debe ser siempre un divorcio remedio objetivo<sup>8</sup>.

Nosotros entendemos que no se puede descartar la culpabilidad como causa de divorcio, ya que el principio milenar de la culpa se halla enraizado con la función "fundamental que cumple el derecho de valorar las conductas de los seres humanos para regirlas. (...) Por un imperativo de carácter ético, el derecho no puede tratar de la misma manera a aquellos que han actuado ilícitamente, con menosprecio a la ley, y a los que han observado una conducta irreprochable"<sup>9</sup>. Por ello aceptamos que entre las sanciones impuestas al cónyuge culpable figure la pérdida de la vocación hereditaria.

## 252. Condiciones de procedencia de la exclusión.

Para que proceda la exclusión a causa de la separación personal tiene que mediar una sentencia de separación personal que declare la culpabilidad de uno de los cónyuges. Como reverso de esta moneda, el cónyuge inocente de esta separación personal mantiene su vocación hereditaria por voluntad del legislador. En definitiva, las condiciones de exclusión son dos: culpabilidad y sentencia.

*a) Culpabilidad.* Se da cuando uno de los cónyuges resulta culpable y el otro inocente, en cuyo caso el no culpable continúa teniendo vocación hereditaria.

<sup>8</sup> Jacquet, ob. cit., p. 615.

<sup>9</sup> Roberto Brebbia, *Vigencia y jerarquía de la responsabilidad civil por culpa en el derecho argentino*, "L.L.", 24/3/90.

Puede ocurrir que uno de los cónyuges, demandado por el otro por las causales del art. 202, reconvenga por idéntica o diferente causal y que ambos prueben la verdad de sus afirmaciones. Corresponderá, entonces, declarar el divorcio por culpa de ambos cónyuges, supuesto en que los dos perderán la vocación hereditaria, la cual requiere, para su existencia, la condición de inocente<sup>10</sup>.

En definitiva, cuando haya un solo culpable, éste será el único excluido, en tanto que cuando la culpabilidad sea mutua o concurrente, la exclusión también lo será.

*b) Sentencia.* En principio, es necesaria la existencia de una sentencia de separación personal que declare la causa del divorcio.

### 253. Caso de muerte de un cónyuge antes de ser dictada la sentencia.

La doctrina especializada en el tema se ha preguntado qué ocurre en el supuesto de que uno de los cónyuges muera antes del dictado de la sentencia. Como el art. 3574 exige sentencia de divorcio, se ha planteado el interrogante acerca de si los herederos del fallecido pueden continuar la acción iniciada por él, para conseguir la exclusión del viudo o viuda mediante la declaración de culpabilidad. Al respecto, han sido propugnadas dos soluciones:

*a) Solución negativa.* Se basa en el carácter estrictamente personal de la acción de divorcio, que impide que dicha acción se transmita a los herederos. Para que una acción personal pueda ser continuada por otros es necesario que la ley lo autorice expresamente, y aquí no existe tal autorización. Se estima que por encima de los intereses económicos de los actores está la consideración ética de no seguir removiendo los conflictos internos de un matrimonio después de que la muerte de uno de los esposos ha disuelto el vínculo. Esta tesis ha sido sostenida por la mayoría de la doctrina<sup>11</sup> y mantenida con firmeza por la jurisprudencia<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> María Josefa Méndez Costa, *La exclusión hereditaria conyugal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982, p. 104.

<sup>11</sup> Enrique Martínez Paz, *Introducción al derecho de la sucesión hereditaria*, Bs. As., 1953, p. 226; Guillermo Borda, *Tratado de derecho civil. Familia*, t. 1, n° 531; Horacio Poviña, *Sucesión de los cónyuges y de los parientes colaterales*, Plus Ultra, Bs. As., 1973, p. 169.

<sup>12</sup> Cám. Civ. 1° Cap., 20/8/43, "J.A.", 1954-III-475; Cám. Civ. Cap., Sala B, 19/8/52, "L.L.", 68-1; ídem, Sala A, 20/4/54, "L.L.", 74-613.

b) *Solución positiva*. Se basa en la inexistencia de regla legal alguna que impida continuar la acción de divorcio.

Las acciones personales —según esta posición— impiden a los herederos iniciarlas, pero no proseguirlas cuando han sido iniciadas por los propios interesados.

“Entre nosotros —dice Lafaille—, como ninguna regla se opone a ello, los herederos tendrían, sin duda, personería para proseguir la causa hasta la terminación y obtener el fallo definitivo que produjera el resultado de privar al culpable de todo título sucesorio (. . .). De otro modo, la muerte produciría, como corolario inesperado, el producir una amnistía completa al consorte, por culpable que fuese, y se vería en la inmoralidad de que la mujer adúltera pudiera reclamar en juicio y recoger de todos modos, a pesar de la prueba concluyente, los bienes del difunto a la vista y paciencia de los parientes más próximos”<sup>13</sup>. La acción ya no tendería a la declaración del divorcio (pues el matrimonio quedó disuelto al morir uno de los esposos) sino en la medida en que ésta significara, a su vez, la declaración judicial de que media exclusión hereditaria<sup>14</sup>.

c) *Antecedentes legislativos*. El art. 630 del anteproyecto de Biliboni decía: “La acción de divorcio aún pendiente de sentencia queda extinguida por la muerte de una de las partes. Si constituyera el divorcio una cuestión prejudicial de una acción patrimonial, y la acción de divorcio hubiera sido deducida por el esposo, puede ser continuada por o contra los herederos del cónyuge muerto, para decidir la patrimonial pendiente de resolución. También puede ser continuada por el cónyuge demandado o sus herederos cuando la imputación hecha por la demanda importe grave daño a su honor”<sup>15</sup>.

El art. 722 del anteproyecto de 1954 proponía: “Si a la muerte del causante estuviese pendiente el juicio de divorcio, los herederos podrán acreditar la culpabilidad del cónyuge supérstite para excluirlo de la herencia”.

d) *Nuestra opinión*. Creemos necesario, ante todo, establecer una diferenciación entre la posibilidad de iniciar una acción de divorcio *post mortem* y la posibilidad de continuarla:

<sup>13</sup> Héctor Lafaille, *Curso de derecho civil. Sucesiones*, Bs. As., 1932-33, t. 2, n° 99.

<sup>14</sup> Alberto Spota, *Tratado de derecho civil*, t. 2, vol. 2, “Matrimonio”, Depalma, Bs. As., 1968, p. 801; Leonardo Colombo, *Situación hereditaria de un cónyuge que fue parte de un juicio de divorcio*, “L.L.”, 59-1049.

<sup>15</sup> *Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino*, Kraft, 1939, t. I, p. 255.

1. *Iniciación de una acción de divorcio "post mortem"*. Nos parece absolutamente imposible la iniciación de una acción de divorcio por quienes no sean cónyuges.

El divorcio es una cuestión estrictamente personal, que atañe a la esfera más íntima, más privada, y que está absolutamente excluida de la intervención de cualquier extraño; por tanto, se halla indiscutiblemente comprendida en el art. 498 del Código Civil, que dice: "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»".

Advierte Cifuentes sobre las consecuencias de no otorgar a la acción de divorcio este carácter personalísimo: "...destituida de ese carácter esencial, viene a ser posible sostener otras muchas cosas. Se viene a levantar la represa y el río fluye; la inundación se expande. Porque si no fuera una acción inherente tampoco personalísima, podría ser ejercida por subrogación de los acreedores de alguno de los cónyuges (art. 1196, Cód. Civil), podría ser cedida por aquéllos (art. 1445, Cód. Civil) y hasta renunciada, remitida y negociada con terceros. En fin, entraría en cualquier movimiento transaccional; quedaría en manos de sucesores universales y de sucesores singulares"<sup>16</sup>.

Cierto es que puede haber grandes intereses patrimoniales en la declaración de divorcio *post mortem*; pero en el caso de conflicto entre los intereses patrimoniales en juego y el respeto de una acción personal que atañe a la identidad personal<sup>17</sup>, hay que sacrificar uno de ellos en beneficio del otro, y el derecho de rango superior debe prevalecer sobre el derecho de rango inferior. Es indiscutible que en nuestro ordenamiento —según doctrina de nuestra Corte Suprema—<sup>18</sup>, en la cúspide de la jerarquía de los derechos se hallan los derechos de la personalidad, que comprenden el derecho de solicitar el divorcio. Por eso, ningún interés económico justifica su sacrificio, ni permite su ejercicio o continuación por terceros.

Por otra parte, no hay que perder de vista que la finalidad del ejercicio de la acción de separación personal es la disolución de la sociedad conyugal, y ésta ya se halla disuelta por la muerte.

<sup>16</sup> Santos Cifuentes, *La acción de divorcio contra el cónyuge heredero: pérdida de la vocación hereditaria del viudo*, "J.A.", 1972-760, Doctrina.

<sup>17</sup> Sobre el concepto del derecho a la identidad personal, ver: Carlos Fernández Sesarego, *El derecho a la identidad personal*, "L.L.", 12/6/90.

<sup>18</sup> Adrián Ventura, *La jerarquía de derechos y la doctrina de la Corte Suprema*, "L.L.", 13/6/90; Miguel A. Ekmekdjian, *Temas constitucionales*, cap. 1, La Ley, Bs. As., 1987.

2. *Continuación de la acción de divorcio "post mortem"*. Así como señalamos que el divorcio es una acción personal que no puede ser iniciada después de la muerte de uno de los cónyuges, también pensamos que no puede ser continuada por los herederos, ni por ningún interesado, ni por el propio Estado. Advertimos que la formulación del artículo del anteproyecto de Bibiloni es tan amplia que cualquier tercero podría continuar aquélla con tal de que alegara un interés económico.

El principal fundamento de orden jurídico que nos motiva radica en el principio general de que las acciones de familia no se transmiten a los herederos, salvo cuando la ley lo dispone así expresamente.

Colombo recordaba que era posible la continuación de las acciones de filiación o el reclamo del daño moral del fallecido. Y ante ello concluía que no era posible asegurar que la ley se encasillara en una orientación determinada completamente negativa<sup>19</sup>.

Corresponde valorar que cuando el derecho acepta la transmisibilidad de las acciones de familia a los herederos, es porque el fin principal de éstas no se ha extinguido con la muerte; p. ej., en la impugnación de la paternidad legítima<sup>20</sup>. En cambio, en el supuesto del matrimonio, dado que la muerte lo disuelve, el fin principal de la acción de separación personal ya no existe.

Por otra parte, los embates de índole ética —como los que hacía Lafaille al considerar inmoral que la adúltera heredase— pueden ser fácilmente replicados, ya que los herederos siempre podrán lograr la exclusión mediante la alegación de la separación de hecho sin voluntad de unirse, o la indignidad sucesoria<sup>21</sup>.

Sin necesidad de continuar el trámite del divorcio, se puede lograr la exclusión del cónyuge alegando la separación de hecho sin voluntad de unirse, y por razones de economía procesal corresponde utilizar la prueba incorporada en el juicio de divorcio.

La Cámara 2ª Civil y Comercial de La Plata ha dicho: "Si el juicio de divorcio incoado por la esposa sobreviviente feneció por declaración de caducidad de instancia, si bien se aniquilan los actos que constituyen la parte formal del procedimiento, no se

<sup>19</sup> Leonardo Colombo, *Situación hereditaria del cónyuge que fue parte en un juicio de divorcio no terminado debido a la muerte del otro cónyuge*, "L.L.", 59-1017, Doctrina.

<sup>20</sup> Argumento invocado por el doctor Moreno Hueyo en su voto en la Suprema Corte de Buenos Aires ("J.A.", 1948-IV-735).

<sup>21</sup> Germán J. Bidart Campos, *Prosecución del juicio de divorcio después de la muerte de un cónyuge*, "E.D.", 9-766.

destruye el valor extrínseco de la prueba producida, la que puede hacerse valer en otro juicio" <sup>22</sup>.

Si bien se trataba de un caso de caducidad, creemos que el precedente es válido para el supuesto de muerte.

## II. ACCIÓN DE EXCLUSIÓN

### 254. Juez competente y fuero de atracción.

El juez competente para lograr la exclusión del cónyuge culpable es el juez del sucesorio, aun cuando el cónyuge sea el único heredero, ya que no es de aplicación el art. 3285, sino el art. 3284, inc. 4 <sup>23</sup>.

Si ha sido iniciado el proceso sucesorio, éste ejerce el fuero de atracción.

### 255. Procedimiento: distinción.

Para determinar cuál es el procedimiento a seguir hay que establecer cuál es la situación a definir.

En principio, pueden darse dos circunstancias diferentes: a) que el cónyuge culpable se haya presentado iniciando la sucesión sin haber obtenido declaratoria de herederos, o b) que lo haya hecho habiendo obtenido declaratoria de herederos.

### 256. A) Caso en que no se ha dictado declaratoria de herederos.

Si aún no se ha dictado la declaratoria de herederos, la vía procesal adecuada ha de ser la incidental.

Consideramos que basta con ella, teniendo en cuenta que es un incidente, por tratarse de una cuestión accesoria que se plantea durante la sustanciación del proceso y en ocasión de éste <sup>24</sup>.

<sup>22</sup> C. 2<sup>a</sup> C. C. La Plata, Sala I, 29/5/80, "S. P. G. P. O. y otros c. S. R.", "Rep. L.L.", t. XLI, J-Z, p. 3157, sum. 124.

<sup>23</sup> Ver *infra*, cuando desarrollamos el tema al tratar la exclusión del cónyuge en el supuesto de matrimonio celebrado *in extremis*.

<sup>24</sup> Ramiro Podetti, *Teoría y técnica del proceso civil*, TEA, Bs. As., 1956, p. 95.

El proceso ordinario implicaría un desgaste jurisdiccional inútil, ya que no se requiere amplitud de debate ni amplitud de prueba, por lo cual el incidente guarda un marco de defensa adecuado, sin violentar el principio de economía procesal.

Compartimos el criterio de facilitar las soluciones en el sucesorio antes de acudir al procedimiento ordinario. En este sentido, la línea jurisprudencial admite que "si hay controversias entre los herederos sobre la calidad que pretenden algunos de ellos, y no hubo objeción al pedido de apertura a prueba, es precipitada la decisión del juez que desestima sin más trámite la decisión y manda a los interesados a accionar por petición de herencia, *pues deben facilitarse las soluciones en el sucesorio, en la medida de lo posible, antes de enviarlos al proceso de petición de herencia*"<sup>25</sup>.

No obstante ello, la Sala E de la Cámara Nacional Civil de la Capital considera que si el cónyuge ha acreditado el vínculo con la partida correspondiente, su exclusión debe ser efectuada por el procedimiento ordinario, y no es de aplicación la norma trascrita<sup>26</sup>. En sentido similar se ha pronunciado la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Rosario<sup>27</sup>.

Dado que la prueba del vínculo o de la exclusión es de relativa sencillez, entendemos que hay que atenerse a la posibilidad de la solución en el sucesorio.

Si no se compartiera tal criterio y se planteara la cuestión por la vía ordinaria, corresponderá la suspensión del dictado de la declaratoria de herederos<sup>28</sup>.

Aun cuando el cónyuge sobreviviente pudiera argüir la reconciliación, ella podría ser probada en la vía incidental. El criterio de admitir la prueba de la reconciliación en vía incidental es aceptado por la doctrina en el supuesto de conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> C. 1<sup>º</sup> C. C. Bahía Blanca, 31/7/79, "Martín de Raffy, Mario C., suc.", "Rep. L.L.", t. XXXIX, J-Z, p. 2150, sum. 81.

<sup>26</sup> C.N.Civ., Sala E, 12/9/78, "Cetrano, Roque, suc.", "L.L.", 1979-B-671 (35.038-S).

<sup>27</sup> C. Apel. C. C. Rosario, Sala 2, 8/10/79, "Rep. L.L.", t. XII, J-Z, p. 148, sum. 47.

<sup>28</sup> Así lo ha resuelto en casos similares la C.N.Civ., Sala E, 3/6/81, "M. M. C., suc.", "L.L.", 1982-A-255.

<sup>29</sup> Mariano Rodríguez Saá, Graciela Medina, Graciela Mastracussa y Graciela Cousirat, *Divorcio: Conversión, procedimientos y efectos* (art. 8, ley 23.515), ps. 24 y ss.

257. B) **Caso en que se ha obtenido declaratoria de herederos.**

En este supuesto caben distintas vías:

a) *Incidente de nulidad.* No vemos inconveniente para que la exclusión sea efectuada igualmente por la vía incidental.

b) *Recurso de apelación.* Si el cónyuge culpable del divorcio ha obtenido declaratoria de herederos, se puede petitionar por la vía de apelación y lograr que el tribunal de alzada corrija la indebida inclusión, si ha habido un planteamiento anterior sobre la inclusión o exclusión.

En todo caso, el cónyuge excluido puede acudir al recurso de apelación de la declaratoria de herederos, y lograr que el tribunal de alzada corrija la indebida exclusión.

Algunos ordenamientos procesales provinciales prevén expresamente la apelabilidad de la declaratoria de herederos. Así lo contempla el Código Procesal mendocino en el art. 320, que establece en su inc. V: "La sentencia de declaratoria de herederos o de reputación de vacancia de la herencia es apelable en forma libre".

A pesar de que la declaratoria de herederos es un procedimiento formal que no causa estado<sup>30</sup>, cabe también su apelación en el ordenamiento procesal nacional, por aplicación de la normativa que sobre apelaciones contempla el art. 242, inc. 2, del Código Procesal de la Nación.

La doctrina especializada en el tema ha admitido la apelabilidad de la declaratoria de herederos concedida libremente, sin perjuicio de que en caso de que se la confirme proceda el juicio ordinario tendiente a su modificación<sup>31</sup>.

c) *Recurso de nulidad.* Corresponde también impugnar la declaratoria de herederos en la cual se ha incluido indebidamente a la cónyuge cuando se trata de una nulidad típicamente procesal o de una nulidad absoluta, por habérsela dictado sobre la base de un matrimonio acreditado en forma supletoria, cuya existencia no se probó fehacientemente<sup>32</sup>.

Lo antedicho implica que cuando haya algún vicio procesal

<sup>30</sup> C.N.Civ., Sala D, 8/5/84, "Veglia, María T.", "L.L.", 1984-D-588.

<sup>31</sup> Héctor R. Goyena Copello, *Curso de procedimiento sucesorio*, 4ª ed., p. 445.

<sup>32</sup> Goyena Copello, ob. cit., p. 446.

se podrá lograr la exclusión hereditaria de la cónyuge por medio del incidente de nulidad o de la apelación por nulidad.

d) *Demanda ordinaria.* La última de las formas en que se puede lograr la exclusión del cónyuge es por medio del ejercicio de una acción ordinaria, cuando el cónyuge ya haya sido declarado heredero, o antes, cuando se pretenda ser reconocido en su lugar.

Al respecto, es de aplicación el art. 702 del Código Procesal de la Nación, que dice: "Cualquier pretendiente podrá promover demanda impugnando su validez o exactitud, para excluir al heredero declarado o para ser reconocido con él".

En el ordenamiento procesal mendocino se aclara expresamente: "Las cuestiones que se susciten sobre exclusión de herederos declarados, preterición de herederos forzosos en el testamento (...) y cualquier otra respecto a los derechos de la sucesión se sustanciarán en pieza separada y en procedimiento ordinario" (art. 323).

## 258. Sujeto activo.

La exclusión hereditaria por separación judicial decretada puede ser invocada por los herederos llamados a suceder en concurrencia con el divorciado culpable o en lugar de él<sup>33</sup>.

El problema consiste en determinar si pueden ser aceptados como accionantes otros interesados, como, por ejemplo, el fisco o los acreedores de los sucesores legitimados por la vía subrogatoria.

En cuanto a los acreedores de los herederos postergados por el viudo, entendemos que pueden intervenir, porque, como la separación ya está decretada, no cabe hablar de una acción personal, sino meramente patrimonial. En este caso es perfectamente posible el ejercicio de la acción subrogatoria por parte de los acreedores de los sucesores, para pedir la exclusión del cónyuge.

En defensa de los intereses de los incapaces —ya sean menores, personas por nacer, dementes declarados, o sordomudos que no saben darse a entender por escrito (art. 397, inc. 1, Cód. Civil)—, el ministerio pupilar, como representante promiscuo (art. 59, Cód. Civil), puede pedir la exclusión del cónyuge o la designación de un tutor especial para que represente los intereses de

<sup>33</sup> Méndez Costa, ob. cit., p. 93.

los incapaces, que se hallan en colisión con los del cónyuge supérstite<sup>34</sup>.

En cambio, carecen de legitimación para pedir la exclusión hereditaria conyugal los acreedores de la sucesión, quienes para hacer efectivo su crédito no necesitan excluir al viudo, sino demandar a los herederos y embargar los bienes del sucesorio.

Tampoco están legitimados, en principio, los legatarios de cosa cierta, debido a que no tienen interés en el apartamiento del viudo o viuda.

El deudor de la sucesión no tiene personería para solicitar la exclusión del viudo o viuda, porque hasta tanto se haga efectiva la pérdida de la herencia, si media declaratoria de herederos el cónyuge ostenta la condición hereditaria, y quien le paga se libera de su obligación; por ello carece de interés en el planteo de la acción de exclusión del cónyuge<sup>35</sup>. "Aquí, razonablemente, puede aplicarse por analogía el art. 3299. Quien pretenda cubrir su incumplimiento, o pretenda blandir razones para no cumplir, no puede ser protegido pese a la causal flotante, no decretada, o, mejor dicho, judicialmente establecida, determinando la exclusión. El deudor no tiene legitimidad para invocar el divorcio o la separación de hecho, para detener la acción del viudo que le reclama el pago. Claro está que si otro heredero hubiera obtenido el apartamiento de aquél, la defensa sería viable, porque estaría reclamando quien dejó de ser heredero de su acreedor"<sup>36</sup>.

En un fallo de la Cámara 4ª Civil y Comercial de Córdoba se dijo: "La reforma de la declaratoria de herederos puede hacerse, en ejercicio de la acción ordinaria, por quien tenga interés, y puede solicitar exclusión de herederos *quien se opuso a su reconocimiento*"<sup>37</sup> (la bastardilla es nuestra).

Cabe preguntarse si el heredero que en el juicio sucesorio no se opuso a la inclusión del cónyuge, pierde su legitimación para demandar con posterioridad.

Compartimos en esto el criterio sentado por la Cámara Nacional Civil, Sala B, la cual ha dicho que "el hecho de que un heredero intervenga en el sucesorio y consienta la declaratoria de herederos no le impide discutir luego el derecho de quien ha sido tenido como tal"<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Santos Cifuentes, *Cónyuge causante de la separación judicial: pérdida de la vocación hereditaria del viudo*, "J.A.", 1972-633, Doctrina.

<sup>35</sup> Cifuentes, ob. cit. en nota anterior, p. 626.

<sup>36</sup> Idem, p. 627.

<sup>37</sup> C. 4ª C.C. Córdoba, 24/4/79, "Camino de Villagras, Dolores, c. López, Lorenzo, suc., y otra", "Rep. L.L.", t. XXXIX, J-Z, p. 2148, sum. 66.

<sup>38</sup> C.N.Civ., Sala B, 13/4/82, "T. A. M. y otro c. T. C., F. J. M., y otros", "Rep. L.L.", t. XLIII, J-Z, p. 2350, sum. 47.

Ello es así porque la declaratoria de herederos importa un proceso de verificación formal de la calidad hereditaria, que no causa estado. Es una sentencia que no tiene efecto de cosa juzgada, porque se limita a declarar quiénes han justificado su derecho.

#### 259. Sujeto pasivo.

Lógicamente, la acción de exclusión debe ser dirigida contra el cónyuge supérstite, que ha ocultado su culpabilidad en la separación personal y ha logrado ser incluido en el sucesorio, o pretende que se lo incluya.

Pero también puede ocurrir que el supérstite trasmita sus derechos hereditarios, en cuyo caso quienes pretendan la exclusión deberán accionar contra sus sucesores<sup>39</sup>.

#### 260. Defensas que puede oponer el cónyuge al cual se pretende excluir: enunciación.

El cónyuge a quien se pretende excluir puede intentar como defensas: a) la reconciliación; b) la nulidad de la inscripción de la sentencia de separación personal; c) la falsedad del documento que prueba el divorcio; d) la prescripción.

Corresponde el tratamiento por separado de cada una de ellas.

A) *La reconciliación.* La reconciliación consiste en la restitución del estado normal del matrimonio cuando dicho estado ha sido quebrado por desavenencias resultantes de causales de separación, o cuando esta última ha sido declarada<sup>40</sup>.

En la doctrina extranjera, Henry Lèon y Jean Mazeaud caracterizan la reconciliación como "el acuerdo de voluntades reflexivas de los cónyuges, resueltos a perdonarse los agravios y reanudar la vida en común"<sup>41</sup>.

En definitiva, la reconciliación es el acto jurídico que supone la voluntad de ambos cónyuges de restituir en su plenitud los deberes y derechos impuestos por el matrimonio<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> C.N.Civ., Sala C, 18/6/78, "G. de B. J. y otra c. B. M. C. y otros", "Rep. L.L.", t. XXXIX, J-Z, p. 2156, sum. 145.

<sup>40</sup> César Augusto Belluscio, *Manual de derecho de familia*, Depalma, Bs. As., 1977, t. I, p. 419.

<sup>41</sup> Jean Mazeaud y Henry Lèon, *Lecciones de derecho civil. Parte I*, Ejea, Bs. As., 1959, vol. IV, n° 1437, p. 429.

<sup>42</sup> Graciela Medina, *La reconciliación*, "Idearium", n° VII, p. 127.

El art. 234 del Código Civil, reformado por la ley 23.515, establece: "Se extinguirá la acción de separación personal o de divorcio vincular, y cesarán los efectos de la sentencia de separación personal, cuando los cónyuges se hubieren reconciliado después de los hechos que autorizaban la acción. La reconciliación restituirá todo al estado anterior a la demanda. Se presumirá la reconciliación si los cónyuges reanudaran la cohabitación".

Conforme a la norma trascrita, si entre los cónyuges hay reconciliación posterior a la sentencia de separación personal, renace la vocación hereditaria del cónyuge culpable, porque se restituye todo al estado anterior a la demanda.

Por ello, si se pretende excluir al cónyuge culpable, éste podrá defenderse alegando la reconciliación, que es un estado de hecho: no habiendo disolución del vínculo, no hay necesidad de volverse a casar después de la reconciliación, para borrar los efectos del divorcio.

Para quien opone como defensa la reconciliación, el problema reside en la prueba. La reconciliación puede ser probada por diversos hechos:

1. *La cohabitación.* Del texto de la ley surge que probada la cohabitación, se presume la reconciliación. Por ello, a la cónyuge supérstite le bastará probar que había cohabitado para que se presuma la reconciliación y resurjan sus derechos hereditarios.

Cabe preguntarse si esa presunción es *iure et de iure*. Guastavino entiende que estamos frente a una presunción *iure et de iure*, porque "no puede permitirse que el marido pueda alegar y probar que no tuvo intención de perdonar las faltas de su cónyuge"<sup>43</sup>.

La jurisprudencia y la doctrina han evolucionado en sentido distinto, y se ha admitido casi unánimemente que la cohabitación constituye una presunción *iuris tantum*<sup>44</sup>.

Entre otros casos jurisprudenciales en que se desvirtuó la presunción de reconciliación mediante prueba en contrario, hallamos un fallo de la Cámara de Apelaciones de La Plata en el cual se dijo que no cabía interpretar como reconciliación el regreso de la mujer al hogar conyugal cuando aquél estaba moti-

<sup>43</sup> José M. Guastavino, *Notas al Código Civil argentino*, Bs. As., 1983, t. II, p. 203.

<sup>44</sup> Roberto Gil Iglesias, *La reconciliación entre divorciados*, "L.L.", 89-682; Acdeel Ernesto Salas, *Caracteres y efectos de la reconciliación*, "J.A.", 1955-III-153; Alberto Spota, *Caracteres que debe revestir la reconciliación entre los cónyuges para constituir extintiva de la acción de divorcio o del divorcio no decretado*, "J.A.", 1955-II-256.

vado en consejos de su familia y con el fin de cuidar la educación y la salud de sus hijos <sup>45</sup>.

Tenemos, pues, que si el cónyuge superviviente prueba la cohabitación, hace jugar en su favor la presunción de reconciliación, que podrá ser destruída por quienes pretenden excluirla, y para destruir tal presunción deberán probar que la convivencia no importó una reconciliación. En este sentido, gran cantidad de precedentes jurisprudenciales han señalado que la simple convivencia de los esposos bajo el mismo techo no importa una reconciliación si se prueba que los cónyuges no cumplen con el débito conyugal sin motivos que lo justifiquen <sup>46</sup>. Al respecto, se ha considerado elocuente que las partes duermen en dormitorios separados <sup>47</sup>.

2. *Otros hechos que prueban la reconciliación.* La jurisprudencia ha entendido que presuponen la reconciliación los siguientes hechos:

- a) el reconocimiento de hijos <sup>48</sup>;
- b) el matrimonio religioso celebrado durante el reencuentro de los esposos <sup>49</sup>;
- c) el otorgamiento de poderes generales de administración y disposición.

Respecto de esto último, en un precedente jurisprudencial se señaló que "aun aceptando que los actos jurídicos efectuados, por los que se le confería a la demandada total poder de administración y disposición de los bienes del causante, no importan por sí una pauta total de reconciliación entre los esposos, limitándola a los intereses materiales, existen en el caso importantes testimonios respecto a la conducta exteriorizada por los esposos, que ponen de relieve, finalmente, la existencia del espíritu reconciliatorio" <sup>50</sup>.

B) *Nulidad de la inscripción de la sentencia de separación personal.* Este tema tiene gran relevancia con relación al mo-

<sup>45</sup> Cámara de Apelaciones de La Plata, Sala I, 27/7/45, "L.L.", 40-286; en igual sentido, Cámara Civil II Capital, setiembre de 1929, "J.A.", 31-212.

<sup>46</sup> C.N.Civ., Sala D, 22/4/81, "V. de K. M. c. K. M.", "L.L.", 1981-D-481.

<sup>47</sup> C.N.Civ., Sala G, 20/12/82, "C. de F., M. T., c. G., A.", "Rep. L.L.", t. XLII, A-I, p. 950, sum. 58.

<sup>48</sup> Cámara Civil 1ª Capital, 31/5/22, "J.A.", 8-448.

<sup>49</sup> C.N.Civ., Sala A, 14/4/83, "D. de D., B., c. S. de D., C.", "Rep. L.L.", t. XLIV, A-I, p. 877, sum. 118.

<sup>50</sup> C.N.Civ., Sala A, 14/4/83, "D. de D., B., c. S. de D., C.", "Rep. L.L.", t. XLIV, A-I, p. 877, sum. 119.

mento desde el cual la sentencia de separación personal queda firme.

Como ha señalado nuestra doctrina, una sentencia queda *consentida* cuando las partes, después de notificadas, han dejado transcurrir los plazos legales sin interponer recursos ante el superior; cuando, habiendo sido concedido el recurso interpuesto, se lo ha declarado desierto porque no se ha expresado agravios —quedando firme, en consecuencia, la sentencia de primera instancia—, o cuando se ha producido la perención de la instancia, por haber transcurrido los plazos legales sin que se haya elevado los autos al superior. Una sentencia queda *ejecutoriada* cuando es confirmada por el tribunal de apelaciones, si la de primera instancia era condenatoria, o cuando aquél la ha revocado, si era absolutoria. De tal manera, podemos decir que una sentencia está *firmе* cuando se halla consentida o ejecutoriada, con lo cual se convierte en un título ejecutorio, que les otorga a las partes la facultad de solicitar que el órgano jurisdiccional disponga la ejecución coactiva de dicha sentencia <sup>51</sup>.

El problema se puede presentar si antes de que quede firme la sentencia de divorcio, el causante muere sin ser notificado, pero la cónyuge, sin haber notificado la sentencia, ha gestionado y logrado su inscripción registral. Muerto el causante, la supérstite podría oponer la nulidad de dicha inscripción registral por no haber estado firme la sentencia.

Ahora bien: si la parte que gestionó la indebida inscripción registral es la que luego peticiona su nulidad, evidentemente, tal nulidad debe ser rechazada. Ello, porque si la cónyuge, considerando firme la sentencia, pidió y obtuvo el testimonio del divorcio, y solicita después —en el sucesorio de su esposo— la anulación de la inscripción, no hace más que alegar su propia torpeza, contradecir sus propios actos e invocar el error de derecho como excusa, conductas, éstas, que el ordenamiento jurídico no autoriza y que el órgano judicial no puede amparar sin riesgo de afectar la buena fe que debe imperar en las resoluciones jurídicas <sup>52</sup>.

Distinto es el supuesto en que la sentencia ha sido inscrita sin estar firme y tal inscripción la ha gestionado el causante. En este caso, si los herederos que pretenden excluir a la cónyuge oponen como prueba la inscripción registral, la cónyuge supérstite podrá oponer la nulidad de la inscripción registral.

<sup>51</sup> Hugo Alsina, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, Bs. As., 1962, t. V, ps. 112/13; Lino Enrique Palacio, *Derecho procesal civil*, Bs. As., 1982, t. VII, p. 284.

<sup>52</sup> C.N.Civ., Sala A, 23/6/83, "L.L.", 1983-D-255.

No obstante, siempre quedaría abierta la posibilidad de que la cónyuge fuera excluida mediante la aplicación del art. 3585 del Código Civil.

C) *Falsedad del documento con que se prueba el divorcio.* Otra de las defensas que lógicamente podría esgrimir el cónyuge es la falsedad del documento con el cual se prueba el divorcio.

Puesto que el divorcio se lo obtiene mediante sentencia, y ésta es un instrumento público, habrá que argüir de falsedad este último, basándose en la falsedad material de aquélla, por una falsificación completa, una alteración o una supresión<sup>53</sup>.

La impugnación de falsedad deberá ser tramitada por vía de incidente, conforme a lo previsto por el art. 395 del Código Procesal de la Nación.

Si la cónyuge supérstite promueve la impugnación de falsedad de la sentencia de divorcio, deberá promover el incidente dentro del plazo de diez días de realizada la impugnación, bajo apercibimiento de tenerla por desistida.

## 261. Prueba de la exclusión.

Quien pretenda la exclusión del cónyuge supérstite de la declaratoria de herederos, o su no inclusión en ella, basándose en la culpabilidad de aquél en la separación, deberá acreditar los extremos en que funda su pretensión.

En principio, el *onus probandi* le incumbe a quien pretende la exclusión del heredero, y no a éste<sup>54</sup>.

Empero, tal principio no es absoluto, ni lleva a sostener que el demandado deba quedar absolutamente exceptuado de la carga de allegar, a su vez, los elementos de juicio que sirvan para robustecer su posición<sup>55</sup>.

Por ejemplo, al cónyuge le bastará acreditar su vocación hereditaria con la partida de casamiento. Quien pretenda excluirlo tendrá que probar su culpabilidad en la sentencia de separación personal, y, a su vez, el supérstite, si se defiende, deberá demostrar los extremos de su defensa.

<sup>53</sup> José María Orelle, en *Código comentado*, de Belluscio y Zannoni, t. 4, p. 561.

<sup>54</sup> C.C.Civil Concepción, 10/4/80, "L.L.", 1981-48; "Rep. L.L.", t. XLI, 1981, J-Z, p. 3149, n° 49.

<sup>55</sup> C.N.Civ., Sala D, 8/5/84, "L.L.", 1984-D-588.

**262. Medios de prueba.**

La prueba legalmente preceptuada para establecer el estado de familia es el título de estado, que se logra con el instrumento o conjunto de instrumentos públicos de los cuales surge el estado de familia <sup>56</sup>.

Corresponde, entonces, acompañar las respectivas partidas o documentos que puedan ser computados a tal fin. En este caso, se podrá acompañar una fotocopia certificada de la sentencia de separación personal, o el propio expediente; esta última prueba es de mayor valor para verificar si la sentencia se halla consentida y debidamente notificada. También se puede probar la culpabilidad en el divorcio mediante la partida de casamiento en cuyo margen se ha inscrito aquél.

**263. Efectos de la exclusión hereditaria:  
enunciación.**

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

**264. A) Efectos respecto del excluido: principio.**

El efecto de la exclusión del cónyuge consiste en su separación de la herencia, considerándolo como si nunca hubiera sido heredero.

Si se ha dictado declaratoria de herederos, ésta deberá ser modificada, excluyendo de ella al cónyuge. Si no se ha dictado dicha declaratoria, no se podrá incluir en ella al cónyuge.

Este efecto principal acarrea importantes consecuencias si el excluido ha entrado en posesión de los bienes hereditarios, ya con declaratoria de herederos en su favor, ya sin ella, pues entonces deberá restituir los bienes a quienes correspondan.

Aun cuando se excluya a la cónyuge de la declaratoria de herederos, ella puede seguir participando en el proceso sucesorio si no ha sido liquidada la sociedad conyugal en el juicio de divorcio. Ello, porque la mitad de los bienes de ésta le corresponden a título de socia de la sociedad conyugal que se ha disuelto

<sup>56</sup> C.N.Civ., Sala A, 24/7/85, "G. L. y S. J.", "L.L.", 1985-D-404.

con el divorcio, y que no deben ser incluidos en el acervo hereditario. Pero a los fines de la partición, aun cuando haya sido excluída como heredera, puede participar en el sucesorio.

#### 265. Restitución de los bienes hereditarios.

El cónyuge excluído deberá restituirles a las personas a las cuales pase la herencia todos los objetos hereditarios de que hubiera tomado posesión (analogía art. 3305). Esta restitución comprende los siguientes aspectos:

a) *Frutos*. El cónyuge con sentencia de separación personal culpable, que ha entrado en posesión de la herencia, es, evidentemente, un poseedor de mala fe. Por eso está obligado a entregar los frutos que haya percibido y los que por su culpa haya dejado de percibir (art. 2938).

b) *Productos*. El régimen legal de los frutos no es aplicable a los productos, pues tanto el poseedor de buena fe como el de mala fe deben restituir los productos (arts. 3427 y 2444).

c) *Gastos y mejoras*. En principio, la restitución de los bienes hereditarios incluye las mejoras efectuadas en ellos. El art. 3425, 2ª parte, dice, en este sentido, que el tenedor de la herencia debe entregar los bienes hereditarios "con los accesorios y mejoras que ellos hubiesen recibido, aunque sean por el hecho del poseedor".

Empero, el cónyuge excluído culpable tiene derecho a ser indemnizado por las mejoras necesarias hechas en la cosa, y puede retenerlas hasta ser pagado por ellas (art. 2440). Los gastos necesarios para mejoras útiles sólo puede cobrarlos si esas mejoras han aumentado el valor de la cosa, y hasta la concurrencia de ese valor (art. 2441). En cuanto a las mejoras voluntarias o de embellecimiento, puede retirarlas si al hacerlo no causa perjuicio a la cosa<sup>57</sup>.

#### 266. B) Efectos respecto de terceros.

Si el cónyuge excluído ha enajenado bienes a terceros, habrá que atenerse a lo que expusimos en el parágrafo 243.

<sup>57</sup> José Luis Pérez Lasala, *Derecho de sucesiones*, vol. I, "Parte general", Bs. As., 1978.

**267. C) Efectos respecto de los descendientes del cónyuge excluido.**

No es aplicable analógicamente la solución preceptuada para los descendientes del indigno en el art. 3301, los cuales heredan por representación. Aquí, los descendientes del cónyuge excluido no heredan, a no ser que sean, a su vez, herederos del causante, en cuyo caso recibirán la herencia por derecho propio, y no por derecho de representación.

**268. Posibilidad de que la cónyuge excluida sea designada administradora de la sucesión.**

Puede plantearse el problema referido a si la cónyuge separada, que va a concurrir a la sucesión a los fines de la liquidación de la sociedad conyugal, puede ser designada administradora de la sucesión.

El art. 709 del Código Procesal de la Nación establece: "Si no mediare acuerdo entre los herederos para la designación del administrador, el juez nombrará al cónyuge supérstite, y a falta, renuncia o inidoneidad de éste, al propuesto por la mayoría, salvo que se invocasen motivos especiales que, a criterio del juez, fueran aceptables para no efectuar ese nombramiento".

Si la cónyuge ha sido declarada heredera, hasta tanto se la excluya debe ser designada administradora; ello, fundado en el interés por la disolución y liquidación de la sociedad conyugal y su eventual derecho hereditario.

Distinto es el supuesto en el cual ya ha sido excluida de la sucesión y su único interés reside en la disolución de la sociedad conyugal. Consideramos que en ese caso la cónyuge no tiene derecho a ser designada administradora, porque no entra en la intención del legislador, y porque generaría múltiples problemas en la marcha de la administración.

La jurisprudencia en general ha admitido la administración de la herencia por el cónyuge inocente, pero no por el culpable<sup>58</sup>. Ciertamente es que el cónyuge excluido puede devenir administrador en representación de su hijo menor, cuando éste cuente con mayoría suficiente para ser nombrado administrador. Pero reiteramos que el principio ha de ser el de la no designación del excluido como administrador, porque seguramente se generarían disidencias perturbadoras que en nada beneficiarían a la masa.

<sup>58</sup> C.N.Civ., Sala C, 21/12/82, "V. D. L.", "L.L.", 1983-B-543.

### **269. Cónyuge excluido y beneficiado con posterioridad en el testamento.**

Si con posterioridad a la sentencia de separación personal culpable el causante ha beneficiado testamentariamente a su ex cónyuge, no obstante la exclusión legal, éste mantiene sus derechos testamentarios, ya sea como heredero o como legatario.

Al respecto, Cifuentes señala que “el cónyuge incurso en culpa matrimonial u otro motivo de apartamiento puede verse beneficiado con un testamento ulterior. De igual modo que el perdón o la reconciliación dejan sin efecto la desheredación testamentaria (art. 3750), ese testamento destituye los efectos de la indignidad y de la exclusión del viudo. (...) Es decir que el cónyuge vino a perder el título hereditario como tal, pero lo reemplaza como testamentario. Y como aquí el conocimiento por parte del testador de las causales de exclusión no puede faltar, puesto que están fundadas en la quiebra misma del matrimonio, se ve claramente su intención de olvidar agravios, de perdonar”<sup>59</sup>.

A ello agregamos que si bien es cierto que puede ser heredero testamentario, el cónyuge culpable del divorcio no es heredero legitimario, y como ha perdido su condición de heredero forzoso, su designación testamentaria no debe violentar la legítima de los demás herederos.

### **270. Posibilidad de adquirir por sucesión la misma herencia de la cual se está excluido.**

Consideramos de aplicación analógica el art. 3303 del Código Civil, es decir, que el viudo solamente es excluido de la herencia de su cónyuge premuerto. Por ejemplo, si la madre es excluida de la sucesión del padre por su culpabilidad en el divorcio, y los bienes hereditarios pasan a su hijo, muerto éste, la madre podrá recoger los bienes que originariamente hacían parte de la herencia de la cual había sido excluida<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Cifuentes, ob. cit. en nota 34, ps. 26 y ss.

<sup>60</sup> La nota del art. 3303 del Código Civil dice: “Así, el indigno de heredar a Pedro no lo es de heredar al heredero de Pedro. Así también, si Juan, por causa de indignidad, ha sido excluido de la sucesión de Antonio, y esta sucesión, por cualquier causa, pasa a Pablo, Juan podrá, en calidad de heredero de éste, recoger los bienes que originariamente hacían parte de la herencia de que había sido excluido”.