

CAPÍTULO VIII

LA EXCLUSIÓN HEREDITARIA CONYUGAL Y EL DIVORCIO VINCULAR

I. Introducción

302. El divorcio vincular en el Código Civil, en la Ley de Matrimonio Civil 2393 y en la ley 14.394	345
303. El caso "Sejean"	346
304. El divorcio vincular en la ley 23.515	347
305. Fundamento de la pérdida de la vocación hereditaria conyugal producida por el divorcio vincular	349
306. La exclusión hereditaria conyugal y la ley 14.394	350
307. Solución jurisprudencial por plenario de la Cámara de la Capital	351
308. La ley 17.711 y la pérdida de los derechos hereditarios en el divorcio vincular	351
309. ¿Subsiste la vocación hereditaria del cónyuge divorciado vincularmente por la ley 14.394?	352
310. Conversión en vincular de un anterior divorcio decretado por culpa de uno de los cónyuges. Derechos adquiridos	353
311. Exclusión hereditaria conyugal por divorcio vincular declarado en el extranjero. Planteo del problema	356
312. A) Pérdida de la vocación hereditaria por sentencia de divorcio dictada en el extranjero con anterioridad a la vigencia de la ley 23.515	356
313. B) Pérdida de la vocación hereditaria por sentencia de divorcio dictada en el extranjero a partir de la vigencia de la ley 23.515 ...	358
314. Precedentes jurisprudenciales	359
315. Divorcio y reconciliación	362
316. El divorcio vincular y los derechos sucesorios de la nuera viuda ..	362
317. Efectos de la exclusión hereditaria conyugal por divorcio vincular en aspectos relacionados con el fenómeno sucesorio	363

II. Cuestiones procesales

318. Juez competente y fuero de atracción	366
319. Procedimiento: distinciones	367
320. Sujeto activo	368
321. Sujeto pasivo	369
322. Defensas que puede oponer el cónyuge a quien se pretende excluir ..	370
323. Prueba: carga y medios	372
324. Efectos de la exclusión	372

CAPÍTULO VIII

LA EXCLUSIÓN HEREDITARIA CONYUGAL Y EL DIVORCIO VINCULAR *

I. INTRODUCCIÓN

302. El divorcio vincular en el Código Civil, en la Ley de Matrimonio Civil 2393 y en la ley 14.394.

El divorcio vincular se caracteriza por disolver el vínculo conyugal y otorgar habilidad nupcial a los divorciados.

En el Código de Vélez se había legislado sobre divorcio, pero no se admitía que éste fuera causal de disolución del matrimonio. Cabe recordar que Vélez se adhirió, en materia matrimonial, al derecho canónico. Si bien el divorcio vincular había sido conocido y acogido en el derecho romano, la Iglesia Católica lo había combatido duramente, y es de destacar que en la época en que se sancionó el Código de Vélez, no era generalmente admitido en la legislación comparada.

Siguiendo a la legislación canónica, el art. 198 establecía: “El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que sea disuelto el vínculo matrimonial”; y en forma concordante con tal disposición, el art. 219 disponía: “El matrimonio válido no se disuelve sino por muerte de uno de los esposos”.

En el año 1889 se sancionó la Ley de Matrimonio Civil, que llevó el número 2393 y que continuó con el mismo criterio en cuanto a la no admisión del divorcio vincular. Esta ley reprodujo en sus arts. 64 y 81 lo dispuesto por Vélez Sarsfield en los arts. 218 y 219.

* Ver modelo de escrito en el Apéndice, ps. 487 a 489.

A partir del año 1898 se sucedieron diversos proyectos de leyes que contemplaban el divorcio vincular, pero éste fue acogido en nuestra legislación en 1954.

La ley 14.394, de dicho año, admitía el divorcio vincular en el art. 31, el cual establecía que "también transcurrido un año de la sentencia que declaró el divorcio, cualquiera de los cónyuges podrá presentarse al juez que la dictó pidiendo que se declare disuelto el vínculo matrimonial, si con anterioridad ambos cónyuges no hubieran manifestado por escrito al juzgado que se han reconciliado. El juez hará la declaración sin más trámite, ajustándose a las constancias de los autos. Esta declaración autoriza a ambos cónyuges a contraer nuevas nupcias".

La ley 14.394 sólo legislaba sobre divorcio vincular en la normativa transcrita, que era demasiado escueta para solucionar todos los problemas derivados del estado de divorciado. Entre las interpretaciones conflictivas se hallaba la referente a los derechos sucesorios de los cónyuges divorciados, aspecto, éste, no abordado por la ley.

El divorcio vincular incorporado por la ley 14.394 tuvo efímera duración en nuestro país, ya que quedó suspendido por el decreto-ley 4070/56.

303. El caso "Sejean".

Durante 99 años estuvo en vigencia la Ley de Matrimonio Civil y su régimen de matrimonio indisoluble por divorcio, hasta que el 27 de noviembre de 1986 la Corte Suprema de la Nación dictó resolución en el caso "Sejean". En este fallo se declaró la inconstitucionalidad del art. 64 de dicha ley, que decía: "El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial". La Corte consideró disuelto el vínculo y readquirida la habilidad nupcial de los contrayentes¹.

El histórico precedente contó con mayoría de tres votos, la cual fundó su decisión, entre otras consideraciones, en que el art. 64 de la Ley de Matrimonio Civil era contrario a la dignidad del hombre porque impedía volver a casarse, y en que vulneraba el art. 20 de la Constitución nacional, que consagra el derecho a casarse, el cual no puede ser alterado por vía de reglamentación.

La minoría sostuvo, en cambio, que la posibilidad de considerar vincular o no vincular el matrimonio era una de las opcio-

¹ C.S.N., 27/11/86, "L.L.", 1986-E-647.

nes con que contaba el legislador, y que ésta no podía ser revisada por los jueces. Aclaró también que el derecho a casarse era un derecho que admitía reglamentación, y que declarar la disolubilidad del vínculo era una tarea propia del Poder Legislativo, y no del Judicial.

El caso "Sejean" generó gran incertidumbre, por cuanto algunos tribunales seguían el criterio de la Corte, en tanto que otros consideraban que éste no era obligatorio y no disolvían el vínculo. En definitiva, el trascendental fallo dejó librada al arbitrio judicial una cuestión tan importante como la disolubilidad del matrimonio, generando inseguridad absoluta en cuanto a los efectos posteriores de esta disolución y sobre la vocación sucesoria de los ex cónyuges.

El resolutivo fue criticado, por el exceso de facultades que se atribuyó la Corte². De él se dijo que se trataba de una sentencia que hacía historia, aunque la "trascendencia social e histórica no es sinónimo de acierto jurídico"³. Pero lo cierto es que apuró el trámite de la ley, que ya tenía media sanción en Diputados, y que fue definitivamente sancionada el 8 de junio de 1987, con el número 23.515.

304. El divorcio vincular en la ley 23.515.

La ley 23.515, llamada "Ley de divorcio vincular", que incorporó este último en nuestro país, fue tachada de inconstitucional, por vulnerar el art. 2 de la Constitución nacional, el cual establece que el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano. Sin embargo, la jurisprudencia se inclinó por considerarla constitucional, diciendo: "La ley 23.515, en cuanto consagra el divorcio vincular, no viola garantías explícitas o implícitas de la Constitución nacional, que no incorporó directiva alguna sobre el punto, deferido a la sanción del legislador"⁴.

No se puede afirmar que una ley que acepta el divorcio vincular vulnere el art. 2 de la Constitución, porque este artículo no creó un estado confesional, ni convirtió a la religión católica en religión del Estado, obligatoria para todos los ciudadanos, sino que tuvo por fin privilegiar a la Iglesia Católica en sus relaciones con aquél, al contribuir a su sostenimiento y protección⁵.

² C.S.N., 27/11/86, "L.L.", 1986-E-647.

³ Miguel M. Padilla, *Una sentencia resonante*, "L.L.", 1986-E-647.

⁴ C.N.Civ., Sala A, 9/2/88, "V. A. de V. M.", "L.L.", 1988-B-15.

⁵ Eduardo Zannoni, *Conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular*, "L.L.", 1988-B-15.

El actual régimen del Código Civil permite obtener el divorcio vincular por causales objetivas, por causales subjetivas y por conversión.

Las causales subjetivas del divorcio vincular son el adulterio, el abandono voluntario y malicioso, las injurias graves, la tentativa contra la vida del otro cónyuge o de los hijos, sean o no comunes, y la instigación a cometer delitos (todas ellas están contempladas en el art. 202 del Código Civil); a más de éstas, constituye también una causal subjetiva la establecida en el último párrafo del art. 204 del Código, consistente en la prueba de no ser culpable de la separación de hecho por más de tres años.

Las causales objetivas del divorcio vincular son la separación de hecho por más de tres años, sin voluntad de unirse, y la demanda por presentación conjunta, contempladas en los arts. 214 y 215 del Código Civil.

No es una causal autónoma de divorcio la enfermedad mental de uno de los cónyuges con el alcance del art. 203, la cual, en principio, sólo da derecho a pedir la separación personal, aunque luego pueda ser convertida en divorcio vincular.

Decimos "en principio" porque una sentencia muy reciente ha permitido demandar al cónyuge enfermo por divorcio vincular, directamente, mediando separación de hecho por más de tres años. Así, se dijo: "Debe reconocerse al cónyuge sano el derecho para demandar el divorcio vincular por la separación de hecho cuando, paralelamente, impetra que queden consagrados los particulares efectos que el art. 208 del Código Civil reserva para la separación y ulterior divorcio, admitidos en el art. 203 del ordenamiento citado". "La separación por más de tres años confiere indiscutiblemente al marido la posibilidad de divorciarse de manera actual, con abstracción de la razón que originó este antecedente fáctico"⁶.

También se puede obtener el divorcio vincular mediante el procedimiento de conversión. Se puede accionar: por la conversión de una sentencia anterior de divorcio obtenida durante el régimen de la ley 2393, o por conversión de una sentencia de separación personal dictada durante la vigencia de la ley 23.515, o por conversión de una sentencia de separación personal decretada en el extranjero, cuando la sentencia ha sido dictada en la Argentina.

⁶ C.N.Civ., Sala A, 11/12/89, con nota de Eduardo Zannoni, *Divorcio vincular decretado mediando separación de hecho sin voluntad de unirse de los cónyuges y enfermedad mental grave de carácter permanente del demandado*, "L.L.", diario del 4/6/90.

Todos los supuestos de obtención del divorcio vincular tienen el común denominador de que producen la pérdida de la vocación hereditaria conyugal, conforme al art. 3574, último párrafo, que dice: "Estando divorciados vincularmente por sentencia de juez competente, o convertida en divorcio vincular la sentencia de separación personal, los cónyuges perderán los derechos declarados en los artículos anteriores".

305. Fundamento de la pérdida de la vocación hereditaria conyugal producida por el divorcio vincular.

En tanto que en la separación personal la cónyuge inocente conserva la vocación hereditaria, en el divorcio vincular la pierde. Ello implica que a los fines de los efectos sucesorios que produce el divorcio vincular, la inocencia o la culpabilidad no entrañan ninguna diferencia, porque inocentes y culpables pierden los derechos hereditarios.

La jurisprudencia ha dicho que el "divorcio vincular hace cesar la vocación hereditaria conyugal, por desaparecer el fundamento objetivo de ésta"⁷.

La doctrina ha señalado los siguientes fundamentos para la pérdida de la vocación hereditaria conyugal por el divorcio vincular:

A) *Disolución del vínculo.* Los autores, en general, han establecido que la pérdida de la vocación hereditaria se fundamenta en la inexistencia de vínculo al momento de apertura de la sucesión⁸, es decir, en la carencia del *ius conyugii* al momento de la muerte del causante⁹.

Aclara Lezana que para heredar hay que tener, ante todo, el título. Si el supérstite ha dejado de ser cónyuge en virtud del divorcio vincular, carecerá de título para suceder al causante, aunque el divorcio haya sido decretado por culpa de éste¹⁰.

En igual sentido, Zannoni sostiene actualmente que la falta de vocación hereditaria entre los ex cónyuges se funda en que "la inexistencia del vínculo conyugal destituye el fundamento de la vocación hereditaria conyugal"¹¹.

7 C.N.Civ., Sala A, 9/2/88, "L.L.", 1988-D-15.

8 Jorge O. Maffía, *Manual de derecho sucesorio*, n° 67.

9 Aquiles A. Guaglianone, "J.A.", 1963-II-199.

10 Julio I. Lezana, *Ninguno de los cónyuges hereda al otro una vez declarado el divorcio vincular, y cualquiera de ellos puede pedir la disolución de la sociedad conyugal*, "J.A.", 1955-II-9.

11 Eduardo Zannoni, *Manual de derecho de sucesiones*, Astrea, Bs. As., 1989, p. 428.

B) *Aptitud nupcial*. Enseña D'Antonio que "el fundamento de la privación de este efecto radica, mayormente, en razones de equidad, y se vincula, esencialmente, con el restablecimiento de la aptitud nupcial, que ubica a los divorciados ante la natural eventualidad de celebrar un nuevo matrimonio. Ello determina una situación éticamente insoslayable, y lleva a considerar como riguroso privar de derechos hereditarios a quien goza de tal posibilidad, que, de concretarse, hará nacer para el contrayente la calidad de heredero por el nuevo vínculo"¹².

C) *Inexistencia de afecto presunto del causante*. Apunta Lloveras que "el afecto presunto del causante, la comunidad de vidas y sentimientos, funda el llamado sucesorio del supérstite. Tal fundamento no subsiste entre cónyuges divorciados"¹³, y ello origina la pérdida de la vocación hereditaria.

No creemos que el fundamento de la pérdida de la vocación hereditaria entre ex cónyuges sea la falta de comunidad de vidas o la falta de afecto presunto, porque tampoco existe comunidad de vidas ni afecto presunto en el cónyuge culpable de la separación personal, y, sin embargo, la ley le otorga derechos sucesorios al inocente. Es que *el cónyuge inocente de la separación personal mantiene el título jurídico de cónyuge, que origina el llamamiento sucesorio, en tanto que el cónyuge divorciado carece de título jurídico para concurrir a la sucesión por llamado de la ley*.

306. La exclusión hereditaria conyugal y la ley 14.394.

La brevísima normativa de la ley 14.394 relativa al divorcio no contenía disposición jurídica alguna que hiciera referencia a los efectos sucesorios de aquél.

Ello motivó que la doctrina se dividiera entre quienes sostenían que el divorcio vincular hacía perder la vocación hereditaria conyugal en todos los casos¹⁴, quienes pensaban que el cónyuge inocente mantenía sus derechos sucesorios¹⁵, y quienes

¹² Daniel Hugo D'Antonio, *Régimen legal del matrimonio civil (ley 23.515)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1987, p. 152.

¹³ Nora Lloveras y Mónica Assandri, *Exclusión de la vocación hereditaria entre cónyuges (ley 23.515)*, p. 99.

¹⁴ Lezana, ob. cit.; Julio A. Villa Perincioli, *El divorcio dirimente debe causar la supresión de la vocación hereditaria*, "J.A.", 1955-IV-16, Doctrina.

¹⁵ Enrique Díaz de Guijarro, *El mantenimiento de la vocación hereditaria del cónyuge inocente pese a la disolución del vínculo*, "J.A.", 1956-I-67; Julio J. López del Carril, *Sucesión del cónyuge: lecciones y ensayos*, Bs. As., 1959, p. 30, § 12.

opinaban que el cónyuge inocente mantenía su vocación hereditaria siempre que no hubiera pedido personalmente la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular, o no se hubiera vuelto a casar¹⁶.

307. Solución jurisprudencial por plenario de la Cámara de la Capital.

Las diferentes posturas doctrinales originaron distintos lineamientos jurisprudenciales, que obligaron a la Cámara Civil de la Capital a dictar un fallo plenario, en el año 1962, que señaló: "El divorcio vincular que autorizó el art. 31 de la ley 14.394 no hace cesar el derecho sucesorio del cónyuge no culpable, a menos que con ulterioridad a la sentencia que lo declaró inocente haya incurrido en algún acto que cause la caducidad de su vocación sucesoria"¹⁷.

La mayoría de los votantes en el plenario concordaron en afirmar que ante la inexistencia de otra norma legal que previera los efectos sucesorios del divorcio vincular incorporado por el art. 31 de la ley 14.394, se debía aplicar por analogía el art. 3574 del Código Civil, que preveía la conservación del vínculo para el cónyuge inocente.

308. La ley 17.711 y la pérdida de los derechos hereditarios en el divorcio vincular.

A pesar de que el plenario de la Cámara Civil de la Capital vino a dar solución a la divergencia jurisprudencial en la Capital Federal, puesto que aquél no era de aplicación obligatoria en todo el país, en las provincias seguían reiterándose los fallos contradictorios, lo cual generaba inseguridades acerca de un tema de orden público. Por eso la ley 17.711 vino a establecer seguridad legislativa, reglando expresamente sobre la vocación sucesoria de los cónyuges que hubieran alcanzado el divorcio vincular durante la brevísima vigencia de éste.

Siguiendo la doctrina del plenario, la ley 17.711, en su art. 6, determinó: "En los matrimonios que fueron disueltos durante la vigencia del art. 31 de la ley 14.394, el cónyuge inocente conserva el derecho a alimentos y vocación hereditaria, salvo que hubiese pedido la disolución del vínculo, contraído nuevas nupcias o incurrido en actos de grave inconducta moral".

¹⁶ Guillermo Borda, *Tratado de derecho de sucesiones*, t. II, ps. 60 y ss.
¹⁷ C.N.Civ., en pleno, 22/11/62, "E.D.", 3-486.

309. ¿Subsiste la vocación hereditaria del cónyuge divorciado vincularmente por la ley 14.394?

En doctrina se ha planteado la cuestión de si subsiste la vocación hereditaria del cónyuge divorciado vincularmente por la ley 14.394.

Barbero sostiene que el divorciado vincularmente bajo el régimen de la ley 14.394 conserva su vocación hereditaria, fundado en que el art. 6 de la ley 17.711 no fue derogado, ni expresa ni tácitamente, por la ley 23.515. Por tanto, este autor entiende que el cónyuge divorciado vincularmente por el art. 31 de la ley 14.394, si es inocente, conserva vocación hereditaria, salvo que haya pedido la disolución del vínculo, contraído nuevas nupcias o incurrido en actos de grave inconducta moral.

En tal orden de ideas, manifiesta que para que el cónyuge inocente, divorciado por la ley 14.394, pierda sus derechos hereditarios, será necesario que convierta su situación en divorcio vincular según el régimen de la ley 23.515¹⁸.

No compartimos la interpretación anterior, a pesar de advertir que ella se esfuerza por proteger al cónyuge inocente del divorcio vincular, interés, éste, que resulta saludable. No obstante ello, pensamos que no subsiste la vocación hereditaria del cónyuge inocente divorciado vincularmente por la ley 14.394, por las siguientes consideraciones:

a) No admitimos que una misma situación jurídica tenga dos soluciones distintas, porque esto contraría el principio de igualdad constitucional. Por ello, no podemos aceptar que el cónyuge inocente divorciado vincularmente por la ley 14.394 tenga derechos hereditarios, y el cónyuge inocente divorciado vincularmente por la ley 23.515 carezca de ellos.

b) El legislador del 87 optó por la pérdida de la vocación hereditaria en caso de disolución del vínculo por divorcio; toda disposición anterior que se oponía a ello (caso del art. 6 de la ley 17.711) quedó derogada por el art. 9 de la ley 23.515, que "deroga todas las leyes que se opongan a la presente ley".

Estamos frente a un típico caso de derogación tácita por incompatibilidad de contenido¹⁹, ya que resulta incongruente, incompatible e inarmónico aceptar que en un caso el divorcio produzca la pérdida de la vocación hereditaria, y en otro no.

¹⁸ Omar U. Barbero, *Subsistencia de la vocación hereditaria del cónyuge divorciado vincularmente por ley 14.394*, "E.D.", 126-923.

¹⁹ Werner Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, 4ª ed., Depalma, Bs. As., 1973, n° 254.

c) Por otra parte, el instituto de la conversión está pensado para transformar la separación personal o divorcio sin efecto vincular en divorcio vincular, y no para transformar un divorcio vincular en otro divorcio vincular.

Es absurdo convertir un divorcio vincular en otro divorcio vincular a los fines meramente hereditarios, máxime cuando los restantes efectos que producía el divorcio según la ley 14.394, necesariamente, han de ser regidos por la ley 23.515, por cuanto el régimen de divorcio de aquélla ha sido derogado expresamente por el art. 9 de ésta.

310. Conversión en vincular de un anterior divorcio decretado por culpa de uno de los cónyuges. Derechos adquiridos.

Durante el régimen de la ley 2393, el cónyuge divorciado inocente conservaba vocación sucesoria. La vigencia de la ley 23.515 le otorgó al cónyuge culpable la posibilidad de transformar la sentencia de separación personal en divorcio vincular. Uno de los efectos de la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular es la pérdida de los derechos hereditarios, como expresamente lo dispone el art. 3574 del Código Civil.

La pérdida de los derechos sucesorios por conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular dio lugar a que la doctrina y la jurisprudencia se plantearan si tal pérdida vulneraba los derechos adquiridos del cónyuge inocente. Dos fueron las respuestas a tal interrogante. Veámoslas:

A) *La conversión en vincular de un anterior divorcio decretado por culpa de uno de los cónyuges vulnera derechos adquiridos y es inconstitucional.* Se sostiene que en el supuesto de una sentencia que declare la responsabilidad unilateral de un cónyuge en la separación, el posterior pedido de conversión en divorcio vincular, realizado unilateralmente por el cónyuge culpable, ha de ser interpretado a la luz de los principios de la "conyugalidad responsable", por lo cual habrá que atenerse siempre a la conservación de la vocación hereditaria del cónyuge inocente.

Partiendo de tal principio, se ha dicho que el valor superior de la "conyugalidad responsable" debe superar los lineamientos de una "exégesis esclerosante"²⁰, que implicaría dejar en manos del

²⁰ Posición sostenida por la doctora Estévez Brasa en el fallo plenario del 22/6/90 ("L.L.", 30/8/90).

cónyuge culpable la posibilidad de hacer cesar la vocación hereditaria del inocente, aun cuando este último no deseara la disolución vincular —ya sea por virtud de principios morales o religiosos, ya para conservar la vocación hereditaria del art. 3574—, pues quedaría subordinado a la reacción del culpable, el cual, aun sin ánimo de contraer nuevas nupcias, obtendría la cesación de la vocación hereditaria de quien tuvo motivos para reclamar el divorcio ²¹.

Los partidarios de esta solución afirman que “la conversión en divorcio vincular de la anterior sentencia de separación personal, con pérdida de esa vocación hereditaria, implica una trasgresión al derecho de propiedad en sentido lato, que según nuestro más alto tribunal alcanza a todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de su vida y fuera de su libertad” ²². En definitiva, entienden que el separado inocente tiene un derecho adquirido a suceder al culpable, y que la privación de tal derecho adquirido por el divorcio vincular es inconstitucional.

B) *La conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular no vulnera derechos adquiridos por el inocente.* No compartimos la tesis anterior, porque consideramos que no es cierto que el cónyuge inocente de la separación personal tenga algún derecho adquirido en la sucesión del culpable, por cuanto los derechos hereditarios se actualizan a la muerte del causante; hasta tanto, únicamente se generan meras expectativas, que sólo constituyen derechos eventuales.

Hay que recordar que la vocación hereditaria es el llamamiento actual y efectivo, y no meramente eventual, a la sucesión del causante ²³, y que este llamamiento, según el art. 3282, Cód. Civil, se produce a la muerte del *de cuius*.

Conforme a lo antedicho, si a la muerte del causante el divorciado carecía de derecho hereditario actual, no se puede sostener válidamente que la ley 23.515 lo haya privado de un derecho adquirido, sino de una mera expectativa que no atañe al derecho de propiedad, ni aun entendiendo la propiedad en los términos amplios que la Corte ha recogido en el *leading case* “Bourdieu c. Municipalidad de la Capital” ²⁴.

²¹ Del voto del doctor Calatayud en el plenario de la C.N.Civ. del 22/11/62 (“E.D.”, 5-486).

²² Voto del doctor M. de Mundo en el plenario del 22/6/90 (“L.L.”, 30/8/90).

²³ José Luis Pérez Lasala, *Curso de derecho sucesorio*, Bs. As., 1989, p. 83.

²⁴ C.S.N., “Bourdieu, Pedro, c. Municipalidad de la Capital”, 16/12/55.

En este orden de ideas, en las Jornadas de Responsabilidad por Daños en Homenaje al Profesor Bustamante Alsina se sostuvo que la pérdida de la vocación sucesoria como consecuencia del divorcio no es indemnizable, porque estamos frente a un daño meramente eventual²⁵.

C) *Solución del plenario de la Cámara Nacional Civil de la Capital del 22 de junio de 1990.* La Cámara Nacional en pleno de la Capital resolvió lo siguiente: "Al convertirse en vincular un anterior divorcio decretado por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, la aplicación inmediata del art. 3574 del Código Civil (texto según la ley 23.515) no afecta derechos adquiridos por el declarado inocente"²⁶.

A más de los argumentos expuestos precedentemente, el voto de la mayoría, en forma impersonal, señaló: "La situación que plantea el tema de la convocatoria no es única ni exclusiva de la implantación del divorcio vincular; por el contrario, se ha dado en múltiples oportunidades en que se modificaron disposiciones sucesorias, con los consiguientes cambios de aspectos patrimoniales de los sujetos implicados. Así, por ejemplo, cuando la ley 17.711 declaró disueltas de pleno derecho las sociedades conyugales correspondientes a divorcios anteriormente decretados (art. 1306 del Código Civil), no existe noticia de que algún cónyuge inocente haya invocado con éxito, como «derecho adquirido», el de mantener la vigencia de la sociedad conyugal, fundado en que el régimen vigente cuando se decretó el divorcio daba esta opción. Ni que, cuando la misma redujo la vocación legítima a los parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, se haya dado el caso —por ejemplo— de un primo segundo (sexto grado) que después del 1/7/68 hubiera invocado como «derecho adquirido» el de suceder al primo de su padre, todavía vivo, porque la legislación anterior lo reconocía hasta los parientes en sexto grado. O, para no agotar la mención, que cuando la ley 23.264 igualó las porciones hereditarias de los hijos, algún legítimo haya pretendido el doble que un extramatrimonial²⁷, por reputar subsistente a su respecto la ley 14.367, aunque el deceso y con él la trasmisión se hubiesen operado después de la vigencia de aquélla".

Concluimos afirmando que el art. 3574, en cuanto prevé la pérdida de los derechos hereditarios —aun para el cónyuge inocente

²⁵ Jornadas de Responsabilidad por Daños en Homenaje al Profesor Bustamante Alsina, 30 de junio de 1990, Comisión 1.

²⁶ C.N.Civ., en pleno, 22/6/90, "R. P. c. B.N.", "L.L.", diario del 30/8/90.

²⁷ Del voto de la mayoría, efectuado en forma impersonal, en el plenario de la C.N.Civ. del 22/6/90 ("L.L.", 1990-D-337).

de una separación personal anterior, convertida con posterioridad en divorcio por el culpable—, no es inconstitucional, porque no vulnera derechos adquiridos.

311. Exclusión hereditaria conyugal por divorcio vincular declarado en el extranjero. Planteo del problema.

La cuestión radica en determinar si una sentencia de divorcio vincular dictada en el extranjero disuelve el vínculo del matrimonio celebrado en la Argentina y, por aplicación del art. 3574, produce la exclusión hereditaria conyugal.

La respuesta al problema será diferente según las hipótesis fácticas del caso, ya que pueden darse distintos supuestos. Uno de ellos es aquel en que la sentencia de divorcio vincular fue dictada en el extranjero con anterioridad a la vigencia de la ley 23.515, situación bastante frecuente cuando en nuestro país no regía el divorcio vincular. En este caso se debe distinguir cuál era la ley aplicable, que se determina según el domicilio conyugal. Un supuesto diferente es el del divorcio dictado en el extranjero después de la vigencia de la ley 23.515, caso en que también habrá que atenerse a la ley aplicable, y determinar la existencia o no de convenios con el país donde se dictó el divorcio. Todo ello, con el fin de poder establecer si entre los efectos producidos por la sentencia de divorcio figura el de la exclusión hereditaria conyugal.

312. A) Pérdida de la vocación hereditaria por sentencia de divorcio dictada en el extranjero con anterioridad a la vigencia de la ley 23.515.

Con anterioridad a la vigencia de la ley 23.515, la inexistencia del divorcio vincular en nuestro país llevaba a que la gente obtuviera el divorcio en el extranjero, y celebrara matrimonios también allí, aun cuando mantenía su domicilio en la Argentina y, en muchos casos, ni siquiera conocía el país donde se había casado y divorciado. Se buscaba legitimar uniones de hecho mediante los denominados "matrimonios de papel"²⁸.

Si en la actualidad alguien comparece con una sentencia de

²⁸ Se lograba el dictado de sentencias de divorcio en países donde los cónyuges no tenían el domicilio, por imperio de la aplicación de la "competencia por sumisión", consistente en la prórroga de la competencia por voluntad de las partes. Ver, al respecto, César Augusto Belluscio, *La nueva legislación mejicana sobre divorcio de extranjeros*, "L.L.", 144-1164.

divorcio dictada en el extranjero, ya sea para excluir a quien se ha presentado en el juicio sucesorio alegando ser cónyuge, o pretendiendo ser declarado heredero, en virtud de un juicio de divorcio y de un posterior matrimonio en el extranjero, hay que determinar, a los fines del exequátur, los siguientes requisitos: a) la autenticidad de la sentencia; b) la competencia del juez que la dictó; c) el conocimiento del juicio por las partes en virtud de la citación; d) el carácter definitivo del fallo; e) el contenido, que no debe contrariar al orden público²⁹.

Sin ánimo de agotar las hipótesis que pueden presentarse, creemos conveniente tratar los siguientes supuestos:

a) *Domicilio conyugal en el país y sentencia dictada en el extranjero*. A pesar de que en nuestro país rige hoy el principio del divorcio vincular, tal sentencia no sería válida, por cuanto con anterioridad a la ley 23.515 regía la ley 2393, que en su art. 104 establecía que "las acciones de divorcio y de nulidad de matrimonio deben intentarse en el domicilio de los cónyuges". Como la sentencia no fue dictada en el domicilio conyugal, no sería título suficiente para excluir al cónyuge del sucesorio del otro. Cabe aclarar que la competencia que establecía el art. 104 de la Ley de Matrimonio Civil era de orden público interno y, por tanto, no podía ser alterada por la sumisión real o ficticia a la competencia de un tribunal extranjero³⁰.

En este sentido, se ha dicho que si el último domicilio estuvo en el país, la sentencia dictada en violación de la competencia de los tribunales argentinos no debe ser reconocida, ni siquiera con los efectos que la ley argentina le atribuye al divorcio³¹.

b) *Domicilio conyugal en el extranjero y matrimonio celebrado en la Argentina*. En principio, una sentencia dictada en el extranjero, disolviendo por divorcio un matrimonio celebrado en la Argentina durante la vigencia de la ley 2393, no modifica los derechos hereditarios del cónyuge, porque tal sentencia no produce la disolución del vínculo; en efecto: según el art. 7 de la ley 2393, "la disolución en país extranjero de un matrimonio celebrado en la República Argentina, aunque sea de conformidad a las leyes

²⁹ Vico, *Curso de derecho internacional privado*, t. II, p. 322.

³⁰ Werner Goldschmidt, *Derecho internacional privado*, n° 358, p. 432; Arturo Acuña Anzorena, *Ineficacia jurídica de la sentencia extranjera que resuelve el divorcio de los cónyuges domiciliados en la República*, "L.L.", 18-131.

³¹ Lascano, *El domicilio conyugal y los divorcios en el extranjero*, "J.A.", 69-60, Doctrina.

de aquél, si no lo fuere a las de este Código no habilita a los cónyuges para casarse”.

Por otra parte, la sentencia extranjera de divorcio vincular de un matrimonio celebrado en la Argentina durante la vigencia de la ley 2393, no cumpliría uno de los principios del exequátur, cual es el de no vulnerar el orden público. Concordamos con Belluscio en que el art. 7 de la ley 2393 era de orden público internacional, en tanto no reconocía la disolución del vínculo matrimonial celebrado en la Argentina por divorcio vincular decretado en el extranjero³².

c) Divorcio decretado en el extranjero de un matrimonio celebrado en el extranjero. La sentencia de divorcio dictada en el extranjero de un matrimonio celebrado en el extranjero, en principio, produce el cese de la vocación sucesoria, aunque tal pérdida sería dudosa en el supuesto de que el matrimonio hubiese sido contraído en un Estado que no admite el divorcio vincular y se hubiera divorciado en otro.

313. B) Pérdida de la vocación hereditaria por sentencia de divorcio dictada en el extranjero a partir de la vigencia de la ley 23.515.

La validez o invalidez de la sentencia dependerá, principalmente, de la competencia del tribunal extranjero. Según la legislación actual, es competente para dictar el divorcio el tribunal del último domicilio de los cónyuges o el del domicilio del cónyuge demandado.

En tal sentido, expresa el art. 227 del Código Civil: “Las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos del matrimonio, deberán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado”. Por otra parte, el art. 164 de dicho Código dice que “la separación personal y la disolución del matrimonio se rigen por la ley del último domicilio de los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 161 del Código Civil”. En virtud de las normas trascritas, y teniendo en cuenta que la ley 23.515 derogó el art. 7 de la ley 2393 (que impedía la disolución del vínculo por divorcio dictado en el extranjero), hay que entender que la disolución del vínculo por divorcio

³² Augusto César Belluscio, *Derecho de familia*, Depalma, 1981, t. III, p. 719.

obtenido en el extranjero produce la pérdida de la vocación hereditaria conyugal cuando ha mediado efectivo cambio del domicilio matrimonial o cuando el domicilio del demandado se halla en el extranjero.

A los efectos de una mejor comprensión, corresponde distinguir las distintas situaciones.

a) Matrimonio celebrado en el país y disuelto en el extranjero. Siempre y cuando sean respetadas las reglas de la competencia del último domicilio conyugal, el matrimonio celebrado en la Argentina puede ser disuelto por divorcio en cualquier país que lo admita (art. 164, Cód. Civil; art. 13, inc. B, Tratado de Montevideo de 1889; y art. 15, inc. B, Tratado de Montevideo de 1940), y ello acarrea la pérdida de la vocación hereditaria conyugal.

b) Separación personal dictada en el extranjero y conversión de la sentencia de divorcio en la Argentina. El art. 161 del Código Civil establece: "El matrimonio celebrado en la República cuya separación personal haya sido legalmente declarada en el extranjero, podrá ser disuelto en el país en las condiciones establecidas en el art. 216, aunque el divorcio vincular no fuera aceptado por la ley del Estado donde se decretó la separación".

En virtud de la conversión, en nuestro país, de la sentencia de separación personal dictada en el extranjero, se pierde la vocación hereditaria conyugal.

c) Matrimonio celebrado en el extranjero y disuelto en la República Argentina. Conforme a lo dispuesto por los arts. 159 y 164 del Código Civil, el divorcio en la Argentina de un matrimonio celebrado en el extranjero será causal de pérdida de la vocación hereditaria conyugal cuando el matrimonio haya tenido su domicilio conyugal en la Argentina.

d) Matrimonio celebrado y disuelto en el extranjero. El matrimonio celebrado en el extranjero y disuelto también en el extranjero produce la pérdida de la vocación sucesoria conyugal.

314. Precedentes jurisprudenciales.

1) La Sala B de la Cámara Nacional Civil se expidió sobre la validez de una sentencia extranjera de divorcio vincular, dictada durante el régimen de la ley 2393, cuya ejecución se intentó estando ya vigente la ley 23.515.

Se trataba de un matrimonio celebrado en la Argentina cuyos cónyuges posteriormente se habían domiciliado en los Estados Unidos, país donde se divorciaron vincularmente.

La Cámara se expidió por la validez de la sentencia extranjera en virtud de que había sido dictada por un tribunal competente, ya que tanto la legislación anterior como la actual consagraban la ley del domicilio como la llamada a regular la disolución del vínculo. Puesto que el último domicilio de los cónyuges se hallaba en los Estados Unidos, se estimó que la sentencia había sido dictada por tribunal competente. Y si bien en el momento del dictado de la sentencia regía la ley 2393, que impedía la disolución del vínculo, dado que al momento del pronunciamiento regía la ley 23.515, que lo permite, la Sala entendió que no había violación del orden público interno.

Al respecto, se señaló lo siguiente: "En materia matrimonial, el orden público ha sufrido una gran variación, desde que el principio fundamental de la indisolubilidad del vínculo ha pasado ahora a ser el de la disolubilidad. Esto es la consecuencia de la naturaleza de este instituto excepcional, absolutamente dependiente de la evolución de los valores de una sociedad y, por lo tanto, variable. Y es por esta variabilidad que su contenido debe analizarse, ineludiblemente, al momento de resolver la petición de que se trate, y no conforme a los principios que nutrían el ordenamiento social al tiempo de sucederse los hechos relevantes del caso. Ello así, no existe impedimento a la aplicación de la ley norteamericana, en tanto confiere efectos vinculares a la sentencia de divorcio que se pretende reconocer"³³.

No compartimos el fallo citado anteriormente, al menos en materia sucesoria, porque admite como vincular el divorcio de un matrimonio argentino durante la vigencia de la ley 2393. Ello lleva implícito admitir la validez de matrimonios posteriores celebrados en fraude de la ley argentina, e implica concederle al divorcio dictado en contravención de la ley 2393 los efectos de la exclusión hereditaria conyugal, y al matrimonio celebrado en el extranjero, la vocación sucesoria.

Las consecuencias prácticas serían problemáticas. Pensemos en los miles de "matrimonios de papel" que fueron celebrados en el extranjero, y que podrían iniciar una acción de petición de herencia, sobre todo teniendo en cuenta que ésta es imprescriptible.

En definitiva, consideramos que las sentencias dictadas en el extranjero en contradicción de las disposiciones de la ley 2393 no producen la disolución del vínculo, sin perjuicio de que se recu-

³³ C.N.Civ., Sala B, 4/8/89, "U.N.M.", "L.L.", diario del 29/1/90.

rra al procedimiento de la conversión; lo contrario sería concederle efecto retroactivo a la ley 23.515 en materia tan importante como lo es la disolución del vínculo matrimonial.

2) En otro caso, resuelto por la jurisprudencia mendocina en el año 1990, se llegó a una conclusión diferente, que merece un relato pormenorizado ³⁴:

F. A. se casó en nuestro país, en el año 1951, con la señora J. A., de quien se divorció mediante sentencia judicial de fecha 16 de marzo de 1959. En 1961, F. A., domiciliado en la Argentina, sin cambiar de domicilio, se divorció en Méjico y se casó por poder, en ese país, con la señorita M. P. G., también domiciliada en la Argentina.

El señor F. A. estaba imposibilitado de contraer nuevas nupcias con M. P. G., por cuanto al momento de su divorcio en nuestro país regía la indisolubilidad del vínculo. Por tanto, el matrimonio celebrado con la causante era inválido para la ley argentina.

A la muerte de la señorita M. P. G., acontecida en 1985, el señor F. A. se presentó al expediente sucesorio con la partida de matrimonio mejicana y obtuvo declaratoria de herederos en su favor.

La jurisprudencia de la Cámara Nacional en pleno autoriza a desconocerle valor, en nuestro territorio, a un segundo matrimonio en el extranjero estando subsistente el vínculo en la Argentina ³⁵. En igual sentido, la doctrina de la Corte Suprema de la Nación ha señalado que carecen de efecto las uniones matrimoniales celebradas en el extranjero en violación de la ley argentina, y que nuestros jueces y funcionarios así deben declararlo sin necesidad de trámite previo ³⁶. Tal doctrina no ha variado con la vigencia de la ley 23.515; muy por el contrario, ha sido adoptada en el art. 160 ³⁷.

Advirtiendo el error que había cometido, el tribunal declaró la nulidad de la declaratoria de herederos de F. A., fundado en que al momento del matrimonio celebrado en el extranjero regía la ley 2393, que no contemplaba la disolución del vínculo —incluso, esa legislación era la aplicable al momento de la muerte de la señorita M. P. G.—, y en que los derechos hereditarios se adquieren al momento de la muerte del causante, y el hecho de que con posterioridad se hubiera dictado la ley 23.515 no modificaba los llamamientos hereditarios realizados. Ésta es la doctrina que

³⁴ Expediente 58.688, "Del Río García, María Paz, p./Sucesión", Juzgado Civil, Comercial y de Minas 16, de Mendoza (inédito, firme).

³⁵ María Josefa Méndez Costa, *La exclusión hereditaria conyugal*, p. 124.

³⁶ C.S.N., "J.A.", 1976-IV-436.

³⁷ Eduardo Zannoni, *Régimen del matrimonio civil y del divorcio (ley 23.515)*, Astrea, Bs. As., 1987, p. 17.

se ha aplicado con relación a los hijos extramatrimoniales y su equiparación con los matrimoniales, en la ley 23.264.

Por otra parte, la actual legislación, modificada por la ley 23.515, establece en su art. 160 que "no se reconocerá ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si mediaren algunos de los impedimentos de los incs. 1, 2, 3, 4, 6 o 7 del art. 166".

El matrimonio celebrado por F. A. y M. P. G. contenía el impedimento de ligamen contemplado en el art. 166, inc. 6, del Código Civil y en el art. 9, inc. 5, de la ley 2393; por tanto, no se le podía reconocer efectos en el país (conf.: doctrina de los arts. 11 y 13 de los tratados de Montevideo de 1889 y 1940, respectivamente, y fallo de la Cám. Nac. Civ., en pleno, 8/11/73, "L.L.", 154-208).

315. Divorcio y reconciliación.

Producida la reconciliación entre los divorciados antes de la muerte del causante, ella no ha de generar ningún efecto con relación a la pérdida de la vocación hereditaria conyugal, ya que el divorcio ha disuelto el vínculo matrimonial, que es lo que otorgaba el título hereditario.

Disuelto el vínculo por el divorcio, aunque los cónyuges se hayan perdonado las ofensas y hayan reanudado la vida en común, no renace la vocación hereditaria, salvo en el supuesto de que contraigan nuevo matrimonio. Al respecto, el art. 234, Cód. Civil, establece: "La reconciliación posterior a la sentencia firme de divorcio vincular sólo tendrá efectos mediante la celebración de un nuevo matrimonio".

316. El divorcio vincular y los derechos sucesorios de la nuera viuda.

El art. 3576 bis del Código Civil preceptúa: "La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de sus suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubieren correspondido a su esposo en dicha sucesión. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos de los arts. 3573, 3574 y 3575".

La norma trascrita no deja lugar a dudas en cuanto a que el divorcio vincular hace cesar los derechos hereditarios de la nuera viuda. La solución legislativa se funda en que el llamamiento de la viuda del hijo premuerto del causante proviene

del vínculo matrimonial. Disuelto el vínculo matrimonial por el divorcio, lógico es que cesen tales derechos hereditarios.

317. Efectos de la exclusión hereditaria conyugal por divorcio vincular en aspectos relacionados con el fenómeno sucesorio.

Corresponde examinar qué efectos producen el divorcio vincular y la exclusión hereditaria conyugal en algunos aspectos relacionados con el fenómeno sucesorio pero, al mismo tiempo, independientes de éste.

A) *Derecho habitacional*. El art. 3573 bis del Código Civil establece: "Si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge superviviente tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge superviviente contrajere nuevas nupcias".

La norma trascrita fue incorporada por la ley 17.711, es decir, con anterioridad a la vigencia del divorcio vincular, y no fue reformada por la ley 23.515. Hoy debemos armonizar el derecho habitacional con el régimen de divorcio vincular.

Antes de la vigencia de la ley 23.515, la mayoría de la doctrina nacional se inclinaba por negar este derecho cuando mediaba pérdida de la vocación hereditaria conyugal³⁸. Aun quienes consideraban que el derecho de habitación viudal era un derecho *iure proprio*, estimaban que se lo perdía en los casos de los arts. 3573, 3574 y 3575³⁹. Pero la mayoría coincidía en otorgárselo a la cónyuge inocente del divorcio o de la separación personal, la cual, por otra parte, mantenía derechos sucesorios⁴⁰.

Tras la reforma introducida por la ley 23.515, puede ocurrir que a pesar del divorcio, la cónyuge inocente continúe habitando en el que fue el hogar conyugal, ya sea por aplicación del art. 1277,

³⁸ Alberto Molinario, *Estudio del art. 3573 bis del Código Civil*, "L.L.", 1975-B-1040.

³⁹ Méndez Costa, ob. cit., p. 245.

⁴⁰ Omar U. Barbero, *El derecho habitacional viudal*, Bs. As., 1979, n° 20; Marina Mariani de Vidal, *Ley 20.978: Derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente*, "L.L.", 1976-C-498; Carlos Vidal Taquini, *El derecho real de habitación del cónyuge superviviente*, "Revista del Notariado", 1975, p. 1531.

Cód. Civil, o por el art. 211. No obstante su inocencia, el divorcio vincular le acarrea la pérdida de su vocación hereditaria conyugal. Cabe preguntarnos si también pierde el derecho a seguir habitando en la vivienda que fue sede del hogar conyugal.

Aun cuando la solución nos parece *injusta*, creemos que tal como está redactada la norma, no se puede admitir que el divorciado tenga derecho de habitación viudal, aunque entendemos que éste es un derecho que surge *iure proprio*. En efecto: después del divorcio no se puede seguir hablando de "hogar conyugal" ni de "cónyuge supérstite", ya que se deja de ser cónyuge, ni tampoco de "concurrencia" de otras personas con vocación hereditaria, porque el divorciado no concurre a la herencia. En definitiva, no se da ninguno de los presupuestos de aplicación de la norma, por lo cual estimamos que el divorciado carece del derecho otorgado al cónyuge supérstite por el art. 3573 bis del Código Civil.

Por otra parte, no se puede dejar de advertir que la intención del legislador de la ley 23.515 ha sido excluir de la herencia al divorciado; y cuando algún derecho le ha querido otorgar, lo ha dicho expresamente, como en el supuesto del cónyuge enfermo, cuyos gastos de recuperación constituyen una carga para la sucesión.

El problema de la vivienda y de la protección del hogar conyugal fue un tema ampliamente abordado en la reforma de la ley 23.515 (arts. 211 y 203, Cód. Civil, entre otros); sin embargo, las protecciones no fueron extendidas expresamente para después de la muerte, con lo cual creemos que no hubo intención del legislador de otorgarlas.

B) *Estado de indivisión impuesto por el cónyuge supérstite.*

El principio de la división forzosa a pedido de cualquiera de los herederos, aplicado indiscriminadamente, puede producir graves perjuicios económicosociales. De ahí que las legislaciones modernas hayan buscado paliativos que contemplen la indivisión temporaria en forma más o menos duradera. En estos casos, los estados de indivisión pueden ser impuestos por el causante o por el cónyuge supérstite, o pueden provenir de convenios entre los coherederos ⁴¹.

El art. 53 de la ley 14.394 contempla el caso especial de la indivisión peticionada por el cónyuge supérstite. Dicha norma establece: "Cuando en el acervo hereditario existiere un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de

⁴¹ José Luis Pérez Lasala, *Derecho de sucesiones*, vol. I, "Parte general", p. 609.

otra índole tal que constituya una unidad económica, el cónyuge superviviente que lo hubiese adquirido o formado en todo o en parte, podrá oponerse a la división del bien por un término máximo de diez años. (...) Lo dispuesto en este artículo se aplicará igualmente a la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos”.

Cabe preguntarnos si la divorciada superviviente puede solicitar la indivisión poscomunitaria sobre la base de la norma trascrita.

Con anterioridad a la ley 23.515, Zannoni sostenía que “el superviviente, siendo inocente del divorcio decretado, tendrá derecho a pedir la indivisión, pues conserva, asimismo, vocación hereditaria en la sucesión del causante” (art. 3574)⁴².

En la actualidad, puesto que el divorcio vincular produce la pérdida de los derechos hereditarios, no se le puede otorgar a la divorciada el derecho a pedir la indivisión poscomunitaria, ya que no conserva vocación hereditaria, no obstante el título de cónyuge, pues su estado civil es el de divorciada, y porque no media una residencia habitual de los esposos, por haber cesado la convivencia. En definitiva, creemos que no se dan los presupuestos para que se le permita a la divorciada obtener la indivisión de una herencia a la cual ella no tiene vocación.

C) *Derecho de pensión*. La ley 17.562 —completada por la ley 23.263— niega el derecho de pensión cuando los cónyuges se han divorciado por culpa de uno de ellos o de ambos, con anterioridad a la muerte del causante, excepto cuando el divorcio ha sido decretado según el art. 67 bis de la ley 2393 y se ha dejado a salvo el derecho a pedir alimentos.

Tales normas son anteriores a la vigencia de la ley 23.515, y no han sido reformadas después de ella. Como consecuencia de la inadecuación legislativa, se generan dudas sobre si el divorcio vincular hace cesar el derecho de pensión o se mantiene la misma solución que para la separación personal.

Belluscio entiende que en virtud de que el divorcio vincular produce la pérdida de los derechos hereditarios, también acarrea la pérdida del derecho de pensión. En este sentido, expresa que “el divorcio extingue el derecho a pensión; así resultaría de la circunstancia de no haber ya derecho sucesorio abintestato después del divorcio (art. 3574, párr. 4º, Cód. Civil, texto según ley 23.515), y de que la eventualidad de la pérdida del derecho a pensión está prevista entre los elementos a tener en cuenta para

⁴² Eduardo Zannoni, *Derecho de las sucesiones*, Bs. As., 1982, t. I, p. 627.

fijar los alimentos (art. 207, inc. 4). Por un lado, las soluciones del derecho a pensión son similares a las del derecho hereditario, y, por otra parte, no parece concebirse otra causa de pérdida eventual del derecho a pensión que el divorcio vincular"⁴³.

No compartimos la opinión anterior; al contrario, consideramos que el hecho de que el divorcio vincular produzca la pérdida de los derechos hereditarios no acarrea sin más la pérdida del derecho de pensión, el cual podrá ser otorgado al cónyuge inocente del divorcio vincular, y en los casos de divorcio por mutuo acuerdo, si se hubiera dejado a salvo el derecho a pedir los alimentos.

Fundamos nuestra postura en la naturaleza del derecho de pensión, que no es sucesoria, sino asistencial, y en que no cabe, por ende, aplicar las normas del derecho sucesorio, sino las del derecho alimentario, que es el que más se le asemeja. Por tanto, en la medida en que el cónyuge divorciado vincularmente conserva derecho alimentario, guarda también derecho de pensión.

II. CUESTIONES PROCESALES

318. Juez competente y fuero de atracción.

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

Aun cuando el cónyuge supérstite apareciera como único heredero, no sería tribunal competente el del último domicilio del heredero, pues no resulta de aplicación el art. 3285, 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. Esta es la posición sostenida por el más alto tribunal de la Nación en la causa "Himpelbacher, Carlos", al decir: "Aun cuando el causante deje un solo heredero, la sucesión debe promoverse en el lugar del domicilio de aquél. El art. 3285 sólo fija la jurisdicción del juez al que corresponde entender en las acciones personales que se dirigen contra el heredero único aceptante de la herencia, pero no señala un principio distinto sobre la competencia judicial para el trámite sucesorio, que es la que resulta del último domicilio"⁴⁴.

⁴³ César Augusto Belluscio, *Manual de derecho de familia*, t. 1, p. 439.

⁴⁴ C.S.N., 18/7/68, "J.A.", 1968-V-341.

El proceso sucesorio ejerce el fuero de atracción sobre la excepción de exclusión hereditaria conyugal, aun después de que formalmente el fuero de atracción finalice. En efecto: se ha sostenido que el fuero de atracción finaliza con la partición e inscripción de los bienes. Pero aun cuando haya cesado, se lo reabre si se trata de acciones que interesan a la relación sucesoria, como en el caso de inclusión de herederos preteridos, petición de herencia, nulidad de la partición, etc.⁴⁵. Dado que esta acción irá acompañada, generalmente, de una acción de petición de herencia, resulta incuestionable la reapertura del fuero de atracción si ha finalizado por partición.

319. Procedimiento: distinciones.

Procesalmente, pueden presentarse diferentes situaciones, ante las cuales puede variar el procedimiento a seguir.

Puede ocurrir que el cónyuge divorciado se presente al sucesorio pretendiendo ser declarado heredero. Ello es posible cuando el divorciado se presenta con una vieja partida de casamiento, anterior a la inscripción de la sentencia de divorcio. En este supuesto se pueden dar dos hipótesis: *a)* que logre la declaratoria de herederos, o *b)* que antes de ello los restantes coherederos traten de excluirlo. Veámoslas:

a) Caso en que no se ha dictado la declaratoria de herederos. Entendemos que si no se ha dictado la declaratoria de herederos, la vía procesal adecuada es la incidental, pues, en principio, todo se reduce a cotejar la prueba: si la sentencia de divorcio es posterior a la partida de matrimonio que se ha acompañado, no tendrá lugar la inclusión del divorciado en la declaratoria de herederos.

El proceso ordinario constituiría un desgaste jurisdiccional inútil, ya que no se requiere amplitud de debate ni de prueba, por lo cual el incidente guarda un marco de defensa apropiado y resguarda el principio de economía procesal. (Al respecto, ver el desarrollo del tema en el parágrafo 256.)

b) Caso en que se ha obtenido la declaratoria de herederos. En esta hipótesis se puede buscar la exclusión hereditaria conyugal por vía del incidente de nulidad, del recurso de apela-

⁴⁵ Conf.: Santiago Fassi, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, t. III, p. 251, n° 3969.

ción, del recurso de nulidad o de la demanda ordinaria, soluciones, éstas, que fueron analizadas en el parágrafo 257.

Sobre la nulidad de la declaratoria de herederos, la jurisprudencia ha dicho: "Si bien es cierto que, por principio general, las modificaciones o reformas —con mayor razón la nulidad— de la declaratoria de herederos deben tramitarse por la vía ordinaria, hay casos en que es posible y conveniente, por razones de economía procesal, apartarse de esa regla general y deducirlas en el mismo sucesorio. Así, por ejemplo, cuando el principio de bilateralidad esté asegurado de manera tal que el derecho de defensa y la consiguiente garantía no resulten vulnerados, máxime si, como en autos, se encuentran reunidos los distintos elementos probatorios y de convicción que serían los necesarios para plantear y resolver la cuestión por separado; a lo que debe agregarse la circunstancia, también favorable a la no separación, del planteamiento de que no haya otras personas que pretendan tener derechos a la sucesión, con lo cual, *prima facie*, no se ocasionan perjuicios ni se provocan dilaciones que afecten a individuos que tengan o puedan tener el carácter de herederos"⁴⁶.

Alguna jurisprudencia ha sostenido que quien no cuestiona la inclusión de la cónyuge en la declaratoria de herederos no puede luego cuestionarla. Entendemos 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 por tal.

Lo antedicho se basa en que "el estado de las personas es una cuestión de orden público, por lo que resulta de ningún efecto el reconocimiento que quiera hacer uno de los sucesores. Puede sí reconocer, transar o realizar cualquier acto de disposición patrimonial, que sí pertenece a la esfera del derecho privado y al efecto de la partición de bienes"⁴⁷.

320. Sujeto activo.

Son sujetos activos los siguientes:

A) *Coherederos*. Indiscutiblemente, la demanda puede ser entablada por los herederos llamados a suceder en concurrencia con el divorciado culpable o en el lugar de éste. El caso de concurrencia sería aquel en que la demanda la entablaran los hijos o los ascendientes que concurrieran a la sucesión con el cónyuge

⁴⁶ C. 2° Apel. Mercedes, 10/12/63, "D.J.B.A.", 73-77.

⁴⁷ C.J. Salta, Sala II, 3/3/71, "L.L.", 144-573 (27.375-S).

ge; o también podría ser intentada por los colaterales que en caso de no prosperar la exclusión se verían postergados por el cónyuge. En el supuesto de los colaterales, junto con la demanda de exclusión se puede entablar la de petición de herencia.

B) *Coherederos incapaces*. En caso de que los coherederos que tienen legitimación sean menores —supuesto de los hijos que concurren con la madre—, el ministerio pupilar puede pedir la exclusión haciendo uso de la representación promiscua que le confiere el art. 59, Cód. Civil, o también puede pedir la designación de un tutor especial para que represente los intereses del menor.

C) *Acreedores*. Como se trata de una acción de contenido patrimonial, puede ser entablada por los acreedores de los sucesores que concurren con el cónyuge o que pretendan ocupar su lugar. Los acreedores, en este caso, actuarían por acción subrogatoria.

No pueden pedirla, en cambio, los acreedores de la sucesión, quienes carecen de interés en ello, ya que pueden cobrarse de los otros coherederos o embargar los bienes del sucesorio.

D) *Ministerio fiscal*. La intervención del ministerio fiscal cesa después de dictada la declaratoria de herederos; por tanto, no es parte en el incidente de exclusión promovido con posterioridad a ella ⁴⁸. Sin embargo, el fisco puede pedir la exclusión hereditaria si al excluir al cónyuge los bienes del sucesorio pertenecieran al Estado.

321. Sujeto pasivo.

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

Si el divorciado ha transmitido *mortis causa* sus derechos hereditarios, la litis deberá ser trabada con sus sucesores.

Si el divorciado ha cedido los derechos hereditarios, creemos que de todas maneras la acción debe intentársela 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 heredero ⁴⁹. Ello, sin perjuicio de que si el cedente es excluido

⁴⁸ C. 1^o Apel. Mar del Plata, Sala I, 19/6/73, "L.L.", 155-610.

⁴⁹ Pérez Lasala, *Derecho de sucesiones*, ob. cit., p. 768.

de la herencia, deba responder frente al cesionario en virtud del art. 2169, Cód. Civil.

322. Defensas que puede oponer el cónyuge a quien se pretende excluir.

El cónyuge a quien se pretende excluir puede intentar como defensa: *a)* la reconciliación; *b)* la nulidad de la inscripción de la sentencia de separación personal; *c)* la falsedad del instrumento donde consta el divorcio; *d)* la prescripción. Ellas han sido analizadas en los párrafos 261 y siguientes. Cabe, sin embargo, hacer algunas consideraciones acerca de la reconciliación, y desarrollar defensas especiales, que puede oponer el divorciado por reconciliación, y defensas propias de las sentencias extranjeras.

A) La reconciliación. Para que la reconciliación borre los efectos del divorcio se debe acreditar el nuevo matrimonio entre los cónyuges. Probado éste, la pretensión exclusoria tiene que ser desestimada.

B) Falta de notificación de la conversión. Hemos sostenido la necesidad de notificar al otro cónyuge, en un procedimiento incidental, el pedido de conversión, a fin de asegurar la defensa en juicio de la persona y sus derechos, como lo dispone el art. 18 de la Constitución nacional⁵⁰.

Creemos que la necesidad de la notificación se impone porque el cónyuge a quien se le demanda la conversión debe tener la oportunidad de oponer a ésta las defensas posibles; entre ellas, la reconciliación, que borra los efectos de la sentencia de separación personal.

Cabe recordar que el art. 234 del Código Civil (al igual que el art. 77 de la Ley de Matrimonio Civil derogada) establece que la reconciliación restituye todo al estado anterior a la demanda de divorcio, y que no son necesarias, para que produzca dichos efectos, ni la comprobación en el expediente, ni la inscripción registral, ni el nuevo matrimonio entre los cónyuges⁵¹.

Producida la reconciliación —según opinión unánime de la doctrina—, renacen los efectos personales del matrimonio, y los cónyuges reconciliados se someten nuevamente al régimen de la

⁵⁰ Graciela Medina, Adolfo Mariano Rodríguez Saá, Graciela Mastracusa y Graciela Coussirat, *Divorcio: Conversión, procedimiento y efectos (art. 8, ley 23.515)*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1987, p. 39.

⁵¹ Nora Lloveras, *Divorcio y reconciliación*, "L.L.", 1984-III-755.

sociedad conyugal. Es evidente que cuando alguno de los cónyuges pide la conversión, hay que darle a la otra parte la posibilidad de alegar una reconciliación posterior a la sentencia. Lo contrario llevaría a la total indefensión de quien se vería privado de una serie de derechos patrimoniales, que habían renacido en su favor por efecto de la reconciliación.

A pesar de que estamos convencidos de la necesidad de dar traslado del pedido de conversión, sabemos que ésta no es una tesis unánime en la jurisprudencia nacional. Por ello, podría ocurrir que la sentencia de conversión del divorcio vincular en separación personal hubiera sido dictada sin la intervención del otro cónyuge, en cuyo caso, cuando se lo pretendiera excluir con base en una sentencia dictada en un proceso en que no fue respetado su derecho de defensa, podría oponer como excepción la nulidad de la sentencia.

C) *Defensas específicas en el caso de sentencia de divorcio dictada en el extranjero.* En el supuesto de que la exclusión se base en una sentencia de divorcio dictada en el extranjero, la cónyuge a quien se pretenda excluir podrá alegar que la sentencia respectiva fue obtenida con violación de la garantía de defensa en juicio, de la cosa juzgada o de la instancia abierta previamente en nuestro territorio (art. 517, Cód. Proc. Nac.).

La cosa juzgada puede ser alegada cuando hay una sentencia anterior, dictada por un tribunal nacional, que ha rechazado el pedido de divorcio por las mismas causales por las cuales se ha concedido el divorcio en el extranjero.

También se podrá plantear como defensa el hecho de que el divorcio no fue decretado por sentencia judicial, sino por autoridad administrativa. En este sentido, se ha dicho: "Creemos que no consulta la exigencia del debido proceso el dictado de un mero acto administrativo no judicial, aun cuando la legislación extranjera acuerde valor definitivo a dicha actuación, salvo que se trate de una disposición administrativa pura, en que el acto administrativo, ajustado al derecho del país en que se desarrolló en integralidad la relación, esté previsto como única instancia posibilitante de la separación personal o el divorcio"⁵².

Por otra parte, se podrá alegar la nulidad, inoponibilidad o inexistencia —según la postura que se adopte— del divorcio dictado en el extranjero por un tribunal incompetente, conforme a los arts. 164 y 227, Cód. Civil.

⁵² Eduardo J. Pettigiani, *El divorcio extranjero y la ley 23.515, "L.L."*, 1988-E-1049.

323. Prueba: carga y medios.

Está a cargo de quien pretende la exclusión probar la existencia del divorcio, y el cónyuge a quien se pretende excluir deberá acreditar, a su vez, los extremos en que basa su defensa.

El divorcio puede ser demostrado por la copia de la sentencia debidamente certificada, o por las constancias del expediente, o por el asiento marginal en la partida de matrimonio. Si el divorciado alega un nuevo matrimonio, deberá acreditar su existencia mediante la correspondiente partida matrimonial o por la libreta de matrimonio.

Las libretas de familia tienen igual valor probatorio que las partidas y, por tanto, sus constancias son suficientes para acreditar el vínculo con el causante⁵³. La única objeción que se podría hacer a la aceptación de la libreta de familia como medio idóneo para acreditar la vocación sucesoria, sería que en ella no figuran las modificaciones en el contenido de las inscripciones; pero esta objeción deja de tener validez si se advierte que lo mismo puede ocurrir con una partida anterior a alguna rectificación. En todo caso, quien pretenda oponer la libreta de matrimonio a una sentencia de divorcio, naturalmente, tendrá que contar con una libreta de fecha posterior a dicha sentencia.

324. Efectos de la exclusión.

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

A) *Efectos respecto del cónyuge excluido.* El cónyuge excluido tiene que restituir los bienes que haya recibido. El divorciado que ha entrado en posesión de los bienes de la herencia, obteniendo declaratoria de herederos en su favor, debe ser considerado poseedor de mala fe. En consecuencia, tiene que restituir los frutos que haya percibido y aquellos que por su culpa se haya dejado de percibir (art. 2938). Debe también restituir los productos (art. 2444).

En principio, el excluido en razón del divorcio debe devolver las mejoras, pero puede pedir el reintegro de los gastos necesarios si esas mejoras han aumentado el valor de la cosa, hasta la concurrencia de ese valor (art. 2441), y retirar las mejoras de embellecimiento si al hacerlo no causa perjuicios a la cosa.

⁵³ C. Apel. C.C. Rosario, Sala IV, 20/9/76, "L.L.", 1977-A-426.

Si ha cedido la herencia, debe también responder ante el cesionario por evicción, ya que el cedente garantiza la calidad de heredero (art. 2160), salvo que los derechos hereditarios hayan sido cedidos como litigiosos o dudosos (art. 2161).

En el caso de que el divorciado ceda sus derechos 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 del cedente.

B) *Efectos respecto de 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, por ejemplo, ha realizado un contrato de locación, éste debe ser respetado, salvo que el tercero sea de mala fe.