

## CAPÍTULO X

### EXCLUSIÓN DE LA VOCACIÓN HEREDITARIA CONYUGAL EN LA SEPARACIÓN PROVISIONAL

#### I. *Introducción*

341. La separación provisional en la Ley de Matrimonio Civil .....	397
342. La separación provisional en la ley 17.711 .....	399
343. La separación provisional como causal de exclusión hereditaria en la ley 23.515 .....	400
344. La atribución del hogar conyugal como separación provisional decretada judicialmente .....	401

#### II. *Acción de exclusión*

345. Juez competente. Vía procesal adecuada. Participación del cónyuge separado en el sucesorio. Posibilidad de ser designado administrador de la sucesión. Sujeto activo y sujeto pasivo: Remisión .....	403
346. Presupuestos de ejercicio de la acción .....	403
347. Carga de la prueba .....	403
348. Medios de prueba .....	404
349. Efectos de la exclusión con respecto al inmueble atribuido .....	405
350. Efectos especiales de la exclusión hereditaria conyugal con respecto al inmueble alquilado .....	406

## CAPÍTULO X

### EXCLUSIÓN DE LA VOCACIÓN HEREDITARIA CONYUGAL EN LA SEPARACIÓN PROVISIONAL \*

#### I. INTRODUCCIÓN

#### 341. La separación provisional en la Ley de Matrimonio Civil.

Nuestro Código Civil preveía, en su redacción originaria, la posibilidad de dar en depósito a la mujer en una casa honesta. De allí fue tomado el art. 68 de la ley 2393, que admitía que el juez pudiera declarar la “separación provisoria” de los cónyuges como medida anterior al juicio de divorcio.

El art. 68 de la Ley de Matrimonio Civil, en su redacción originaria, establecía: “Puesta la acción de divorcio, o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez, a instancia de la parte, decretar la separación personal de los casados y el depósito de la mujer en casa honesta, dentro de los límites de su jurisdicción”.

La consecuencia de la “separación judicial” de los cónyuges en el orden sucesorio era la pérdida de la vocación hereditaria, que estaba dispuesta por el art. 3575 del Código Civil, el cual establecía: “Cesa también la sucesión de los cónyuges entre sí (...) estando provisoriamente separados por juez competente”.

El primer interrogante que tales normas le plantearon al intérprete fue el de determinar si la vocación hereditaria cesaba con la sola “separación provisoria”, o si hacía falta un elemento intencional para producir la pérdida de la vocación hereditaria conyugal; dicho en otros términos, si bastaba la declaración judicial de separación para hacer cesar los derechos hereditarios entre los cónyuges, o si también se requería la prueba de la culpabilidad. Pensemos en que la medida era decretada no bien iniciado el juicio, o antes, según los casos, y que por eso no había determi-

\* Ver modelo de escrito en el Apéndice, ps. 493 a 495.

nación de culpabilidades; con lo cual, al no ser tomado en cuenta el elemento intencional, podía suceder que se incurriera en la exclusión hereditaria por mediar separación provisional dispuesta por juez competente, aunque se tratara de un cónyuge inocente.

La norma del art. 3575 tenía cierta similitud con el art. 1933 del Código alemán, que establecía la pérdida de la vocación hereditaria sin prejuzgar la culpabilidad<sup>1</sup>.

Algunos autores sostuvieron la aplicación automática de la norma del art. 3575, es decir, que una vez decretada la separación provisoria se perdía la vocación hereditaria, por cuanto en la etapa del juicio en que ella tenía lugar no se podía determinar culpabilidades<sup>2</sup>.

Empero, la mayor parte de la doctrina nacional se inclinó por el criterio de que era indispensable que hubiera un elemento intencional —la culpabilidad— para declarar la pérdida de los derechos hereditarios. Así, Prayones<sup>3</sup> y Lafaille<sup>4</sup> sostuvieron que la norma no podía ser aplicada literalmente. Tales autores afirmaron que, fallecido uno de los cónyuges durante la tramitación del juicio en el cual se había decretado la separación provisoria, cabía examinar la culpa para reconocer el derecho hereditario del inocente y negárselo al culpable.

El proyecto de 1936, en el art. 1999, determinaba cuatro causales de exclusión: 1) matrimonio celebrado *in extremis*; 2) en matrimonios separados por sentencia judicial, quien hubiera dado causa para ello, es decir, el culpable; 3) en matrimonios separados de hecho sin voluntad de unirse, también quien hubiera dado causa para ello, o sea, el culpable; 4) en matrimonios separados provisoriamente por mandato judicial, también se determinaría, en oportunidad de la sentencia, quién era el culpable. Vemos, pues, que en este anteproyecto no sólo hacía falta la separación provisoria, sino que también se requería la declaración de culpabilidad.

En estos casos, la jurisprudencia aplicó siempre las mismas soluciones que en la separación de hecho, con lo cual llegó a los mismos resultados<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Luis De Gásperi, *Tratado de derecho hereditario*, t. III, p. 86.

<sup>2</sup> Martínez Paz, citado por Julio López del Carril, *Derecho sucesorio*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1969, p. 84.

<sup>3</sup> Eduardo Prayones, *Nociones de derecho civil. Derecho de sucesión*, versión de Américo S. Cacici, Bs. As., 1957, p. 187.

<sup>4</sup> Héctor Lafaille, *Curso de derecho civil. Sucesiones*, Bs. As., 1959, t. II, cap. X, par. 5, n° 30.

<sup>5</sup> Augusto César Belluscio, *Vocación sucesoria*, Depalma, Bs. As., 1975, p. 33.

### 342. La separación provisional en la ley 17.711.

La ley 17.711 modificó el art. 68 de la Ley de Matrimonio Civil, sustituyéndolo por el siguiente: "Deducida la acción de divorcio o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal".

Esta norma suprimió la separación provisional de los casados, originando una discordancia entre el art. 68 de la Ley de Matrimonio Civil y el art. 3575 del Código Civil.

Un prestigioso sector de la doctrina consideró que ante la nueva redacción otorgada al art. 68 de la Ley de Matrimonio Civil por la ley 17.711, desaparecía la causal de exclusión. En este orden de ideas, López del Carril expresó: "Pensamos que la «separación personal de los casados» y la «separación provisoria por juez competente» han cesado como causal de exclusión de la vocación hereditaria sucesoria. Para ello nos amparamos en la redacción del art. 68, L.M.C.". Y seguía afirmando dicho autor que "nuestro criterio actual es que la exclusión hereditaria conyugal queda sujeta a la imputación de culpa que resulte de la sentencia definitiva en ese juicio por divorcio"<sup>6</sup>.

En igual sentido se manifestó Belluscio, al decir que en la reforma no se advirtió que al ser modificado el art. 68 de la Ley de Matrimonio Civil, se suprimió la separación provisoria de los cónyuges como medida cautelar del divorcio, con lo cual se privó de posible aplicación a la exclusión, aunque el resultado no era distinto, pues a la separación producida durante la tramitación del proceso de divorcio debía considerársela de hecho<sup>7</sup>. Zannoni señaló que si bien esto era así, no se debía pasar por alto que la separación de los cónyuges durante el juicio de divorcio no era enteramente asimilable, como *factum*, a la mera separación de hecho. Ésta podía constituir abandono, en tanto que aquélla no, pues el juicio de divorcio implicaba la facultad de cualquiera de los cónyuges de retirarse del hogar, sin perjuicio de la continuidad de los deberes que imponía el vínculo subsistente<sup>8</sup>.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria se inclinó por aceptar que la resolución judicial que imponía el retiro de uno de los cónyuges del hogar conyugal correspondía a las circunstancias referenciadas por el art. 3575 del Código Civil<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> López del Carril, ob. cit., p. 85.

<sup>7</sup> Belluscio, ob. cit., p. 34.

<sup>8</sup> Eduardo Zannoni, *Derecho de las sucesiones*, Astrea, Bs. As., 1983, t. II, p. 135.

<sup>9</sup> Jorge O. Maffía, *Tratado de las sucesiones*, Depalma, Bs. As., 1982, t. II, p. 392.

### 343. La separación provisional como causal de exclusión hereditaria en la ley 23.515.

En el régimen de la ley 23.515 se repite el problema que ya los doctrinarios vislumbraban con la ley 17.711, por cuanto el art. 3575, en su actual redacción, establece: "Cesa también la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí (...) estando provisionalmente separados por juez competente". Y agrega el segundo párrafo: "Si la separación fuese imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria siempre que no incurriera en las causales de exclusión previstas en el art. 3574".

El segundo párrafo del art. 3575 despejó las dudas que había generado la Ley de Matrimonio Civil, en su redacción originaria, con relación a si bastaba la mera separación provisional o si también era necesaria la declaración de culpabilidad. Con la redacción dada a la norma en la actualidad, no caben dudas de que hoy no basta la separación provisional, sino que a más habrá que demostrar la culpabilidad para excluir al sobreviviente.

Pero el problema se presenta porque en la parte de los "Derechos personales en las relaciones de familia" (sección segunda del Código) no se hace referencia a la separación provisional de los cónyuges, sino a la posibilidad de ser excluido del hogar conyugal o reintegrado a él. El art. 231 del Código Civil, reformado por la ley 23.515, establece: "Deducida la acción de separación personal o de divorcio vincular, o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal o ser reintegrado a él".

Creemos que cuando el art. 3575 contempla como causal de exclusión la separación provisional declarada por juez competente, está haciendo referencia a los casos de exclusión y reintegro del hogar conyugal.

Pensar que por el hecho de que en la parte matrimonial no se haya legislado sobre la separación provisional, tal causal de exclusión no existe, es dejar al art. 3575 parcialmente vacío de contenido, situación, ésta, que evidentemente no fue la querida por el legislador, el cual conocía la discusión planteada durante la vigencia de la ley 17.711 y, sin embargo, mantuvo la separación provisional dictada por juez competente como causal de exclusión.

Participan de este criterio las doctoras Lloveras y Assandri, quienes afirman: "La hipótesis del art. 3575 del Código Civil apun-

ta a la separación provisional antes o durante el juicio en trámite, es decir, a la medida ordenada en virtud del art. 231 del mismo cuerpo legal en concordancia con el art. 211, Cód. Civil”<sup>10</sup>.

#### 344. La atribución del hogar conyugal como separación provisional decretada judicialmente.

Hemos dicho que la causal de exclusión consistente en la separación provisional decretada judicialmente se da en los casos de atribución del hogar conyugal. Corresponde examinar cuándo y cómo se produce la atribución del hogar conyugal, para ver de qué manera las características especiales de este proceso influyen en la exclusión hereditaria conyugal.

En la doctrina francesa, al juez que debe juzgar en los procesos de divorcio se lo ha denominado “el hombre orquesta”<sup>11</sup>, porque, a más de dirimir la controversia, tiene que desempeñar roles de “conciliador”, “consejero matrimonial” y “organizador de lo provisorio”.

Dentro de la *organización de lo provisorio*, en muchos casos hay que atribuir el hogar conyugal, excluyendo a uno de los esposos o reintegrando al otro, y en otros se debe autorizar a uno de los cónyuges a abandonar el hogar conyugal.

Uno de los aspectos en que se refleja la gravísima crisis que vive nuestro país es la *falta de viviendas*. La realidad muestra que cada vez es mayor el problema habitacional, y ello, lógicamente, influye en el momento del divorcio, porque las soluciones tradicionales ya no dan resultado. En otras épocas, el problema de no compartir la misma casa habitación era solucionado con el traslado de la mujer a la casa de sus progenitores o con el alquiler de otra vivienda por el marido; pero ambas circunstancias son difíciles en nuestros días, por el reducido tamaño de los inmuebles destinados a vivienda o por las dificultades propias de la locación<sup>12</sup>.

Con anterioridad al juicio de divorcio o durante él, los cónyuges, en caso de urgencia, pueden solicitarle al juez el abandono del hogar conyugal, sin que implique abandono malicioso la exclusión del otro cónyuge o el reintegro del peticionante. Tales

<sup>10</sup> Nora Lloveras y Mónica Assandri, *Exclusión de la vocación hereditaria entre cónyuges*, p. 153.

<sup>11</sup> J. C. Groslière, *Le juge aux affaires matrimoniales*, Paris, 1976, p. 73.

<sup>12</sup> Guillermo Borda, *En torno a un candente problema: divorcio y vivienda*, “L.L.”, 83-1094.

medidas son siempre provisorias, irrenunciables, personales, y dependen de circunstancias de hecho.

En principio, debe otorgárselas como medidas cautelares, cuando se acredita sumariamente el derecho y se prueba el peligro en la demora, y perduran mientras subsisten las circunstancias que les dieron origen.

La atribución de la vivienda a uno de los cónyuges ha de definírsela valorando las circunstancias fácticas del caso, según las reglas de la sana crítica y teniendo en cuenta que difícilmente se presentan dos supuestos iguales.

Entre los criterios que se ha tenido en cuenta para dar preferencia a uno de los esposos respecto del otro, cabe destacar los siguientes:

a) *Tenencia de menores.* Se ha preferido al cónyuge a cargo del cual ha quedado la guarda de menores, privilegiando, de este modo, al grupo familiar integrado por el padre y los hijos, en el entendimiento de que le será más fácil hallar otra vivienda a quien está solo, que a un grupo más numeroso<sup>13</sup>.

b) *Lugar de trabajo.* Si en la sede del hogar uno de los cónyuges desempeña su profesión habitual (p. ej., un médico que durante años ha ejercido en ese lugar), corresponde preferir a éste, siempre que no medien otras circunstancias especiales<sup>14</sup>.

c) *Situación de la mujer.* En diversos pronunciamientos se ha optado por preferir a la mujer, al considerar que generalmente es la que tiene mayores dificultades para conseguir una vivienda<sup>15</sup>.

d) *Cónyuge enfermo.* Si uno de los cónyuges está enfermo y, por tanto, tiene mayores dificultades para conseguir una nueva vivienda, se debe optar por la exclusión del otro.

Hemos creído necesario traer a colación el tipo de proceso en que se dicta la atribución del hogar conyugal —el cual, como ya señalamos, es un proceso cautelar—, y también los criterios de atribución que se toma en cuenta, para poner de relieve que difícilmente de este proceso de exclusión obtengamos elementos como para demostrar la culpabilidad o la inocencia, y que del

<sup>13</sup> C.N.Civ., Sala D, 20/8/84, "L.L.", 1985-C-648; ídem, Sala E, 10/4/85, "L.L.", 1985-D-4.

<sup>14</sup> Carlos A. Lagomarsino, *Juicio de divorcio*, Hammurabi, Bs. As., p. 70.

<sup>15</sup> C.N.Civ., Sala C, 1/11/84, "L.L.", 1985-D, caso 5512.

hecho de que alguien sea excluido del hogar conyugal no se puede deducir su culpabilidad en la separación, elemento, éste, necesario para determinar la exclusión hereditaria conyugal.

## II. ACCIÓN DE EXCLUSIÓN

- 345. Juez competente. Vía procesal adecuada.  
Participación del cónyuge separado en el sucesorio.  
Posibilidad de ser designado administrador de la sucesión.  
Sujeto activo y sujeto pasivo: Remisión.**

Con relación a estos temas, nos remitimos a lo ya dicho en los parágrafos 330 a 335.

- 346. Presupuestos de ejercicio de la acción.**

Muchos autores equiparan la exclusión en la separación provisional con la exclusión en la separación de hecho; pero las situaciones son diferentes, porque también son diferentes los presupuestos de aplicación.

En la exclusión por separación de hecho son necesarios dos presupuestos: 1) la separación de hecho, y 2) la culpabilidad o la inocencia. La separación de hecho es un estado que habrá que demostrar como tal, y que difícilmente podrá ser demostrado con un instrumento público.

También en la exclusión por separación provisional son necesarios dos presupuestos: 1) la resolución judicial de atribución del hogar conyugal, y 2) la culpabilidad. La diferencia estriba en que el primero de estos presupuestos siempre podrá ser demostrado por un instrumento público en que conste la decisión judicial.

- 347. Carga de la prueba.**

El caso se presenta cuando, dictada la atribución del hogar conyugal y comenzado el juicio contradictorio de divorcio o de separación personal, uno de los cónyuges muere durante su tramitación.

En materia de separación de hecho, nosotros hacíamos una doble distinción, conforme a la menor o mayor duración de la

separación de hecho, admitida hoy como causa objetiva de divorcio vincular. Esta disquisición carece de importancia en el tema que nos ocupa ahora, ya que estamos frente a un proceso contradictorio en que mal se puede objetivar las causas por el mero trascurso de los plazos. En la separación de hecho (con el fin de compatibilizar el art. 3575 con los arts. 204 y 214), decíamos que a los efectos de lograr la exclusión sucesoria del cónyuge superviviente, los legitimados debían probar que había mediado una separación de hecho voluntaria entre los cónyuges superior a dos años, y que no les era necesario probar la culpabilidad del viudo, por cuanto, al ser incorporada una causal objetiva de separación personal, a ésta se la obtenía mediante la acreditación del hecho objetivo de la separación por un plazo determinado, sin necesidad de demostrar la culpabilidad.

Lo dicho no puede ser aplicado al tema que estamos desarrollando, porque por más que hayan pasado dos años desde la atribución del hogar conyugal, puesto que ella fue hecha como medida cautelar en un juicio contradictorio, no se le puede aplicar los principios correspondientes a los divorcios objetivos; por eso siempre habrá que probar la culpabilidad.

La prueba de la culpabilidad del excluido del hogar conyugal es necesaria porque nuestra legislación sigue encuadrada en el marco subjetivista, que hace prevalecer la imputabilidad de las conductas conyugales, disponiendo sanciones para quien dio causa al divorcio o, en su caso, a la separación.

Por otra parte, a la culpabilidad no se la presume, y esto es un principio básico en derecho civil, de gran aplicación en este supuesto. Si observamos cuáles son los criterios de preferencia para atribuir el hogar conyugal, vemos que el hecho de ser excluido de éste, por lo común, es independiente de la culpabilidad en la ruptura del proyecto de vida matrimonial. ¿Acaso se podría presumir la culpabilidad de quien fue excluido del hogar conyugal para dar preferencia al grupo mayor, constituido por la madre y los hijos? ¿Se podría presumir la culpabilidad de aquel a quien no se le atribuyó el hogar conyugal para otorgárselo al cónyuge enfermo? Evidentemente, no. Por eso, habrá que demostrar la culpabilidad mediante cualquier medio de prueba.

#### **348. Medios de prueba.**

A más de lo antedicho en el párrafo 338, debemos agregar que son útiles todos los medios de prueba incorporados en el juicio de divorcio.

En este sentido, Zannoni expresa que "el ámbito de aplicación del art. 3575, en cuanto establece la exclusión hereditaria de los cónyuges «provisoriamente separados por juez competente», se ciñe a los casos en que durante el juicio de divorcio acaezca el fallecimiento de uno de ellos. En tal caso, si bien la acción de divorcio caduca, los herederos podrán intentar excluir al supérstite probando que dio causa a la separación"<sup>16</sup>.

Por su parte, Lloveras y Assandri aclaran: "El análisis de la culpa en la separación provisional de los esposos, ordenada como medida de urgencia antes de iniciar el juicio de separación personal o de divorcio vincular, y también como medida previa o cautelar en el respectivo juicio, se encuentra en el análisis de las causas subjetivas mentadas para la separación personal y el divorcio vincular (arts. 202, 204, segunda parte, 214, Cód. Civil)"<sup>17</sup>.

#### 349. Efectos de la exclusión con respecto al inmueble atribuido.

Conforme al art. 231, antes o durante el juicio de divorcio el juez puede ordenar la atribución del hogar conyugal. El problema se presenta cuando el cónyuge excluido de la sucesión del causante pretende seguir viviendo en ese bien y éste pertenece al caudal relicto, ya porque es un bien propio del causante, ya porque se trata de un bien ganancial.

La cuestión estriba en determinar si el cónyuge supérstite mantiene el derecho de ocupar la vivienda, o si puede ser excluido por los herederos.

Creemos que la atribución del hogar conyugal realizada por el juez del divorcio confiere, al cónyuge a quien se lo otorga, un mero derecho personal. Y, por otra parte, le otorga al excluido una obligación personal de permitir que su ex esposo se mantenga en el que fue sede del hogar conyugal.

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

a) *Intransmisibilidad de este tipo de derecho.* Como lo marcamos al principio, la atribución del hogar conyugal responde a principios de orden asistencial; constituye un derecho subjetivo

<sup>16</sup> Zannoni, ob. cit., p. 135.

<sup>17</sup> Lloveras y Assandri, ob. cit., p. 157.

familiar, cuyas características principales son la inherencia personal y la intrasmisibilidad a los herederos, conforme a lo dispuesto por el art. 498 del Código Civil.

b) *Carácter asistencial a semejanza del derecho alimentario.* Lo cierto es que el derecho de habitar el que fue el inmueble familiar no es un derecho meramente patrimonial, sino que se halla imbuído de un carácter asistencial. Carácter asistencial que se advierte claramente cuando no hay acuerdo sobre la atribución del hogar conyugal y el juez debe decidir al respecto, supuesto en el cual se valora, principalmente, cuál es el más necesitado de los dos cónyuges.

Este carácter asistencial lo asemeja a las obligaciones alimentarias, y como éstas no obligan a los herederos, debemos concluir afirmando que la obligación del cónyuge excluido del que fue sede del hogar conyugal, de permitir que el otro continúe habitando en él, no se trasmite a los herederos.

### 350. Efectos especiales de la exclusión hereditaria conyugal con respecto al inmueble alquilado.

Puede ocurrir que el hogar conyugal haya estado constituido en un inmueble alquilado y, aun en tal caso, éste deba ser atribuido a uno de los cónyuges<sup>18</sup>.

Si el hogar conyugal estuvo constituido en un inmueble alquilado y al cesar la convivencia, con la consiguiente atribución del hogar conyugal, el cónyuge que contrató en carácter de locatario o sublocatario continúa en la ocupación del inmueble sede del hogar conyugal, prosiguen las relaciones contractuales originarias no obstante el cambio del grupo conviviente.

En el caso de ocupación del inmueble alquilado, sede del hogar conyugal, por el cónyuge no contratante, se aplica analógicamente el art. 9 de la ley 23.091, y al cónyuge que permanece en la vivienda debe considerárselo continuador de la locación, por conformar el grupo conviviente<sup>19</sup>.

Ésta fue la conclusión a que se llegó, por unanimidad, en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, en las cuales se dijo: "Debe

<sup>18</sup> Fernando Pérez Lasala y Graciela Medina, ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Civil en Homenaje a la Dra. Méndez Costa, Santa Fe, 7 y 8 de noviembre de 1990.

<sup>19</sup> Nelly Minyersky de Mensse y otros, *Atribución del hogar conyugal*, "L.L.", 1987-A-1152, Doctr.

otorgarse protección jurídica al hogar conyugal aun cuando éste estuviere constituido en un inmueble alquilado. En caso de ocupación de ese inmueble por el cónyuge no contratante se aplica, analógicamente, el art. 9 de la ley 23.091, debiendo considerarse al cónyuge que permanece en la vivienda continuador de la locación, por conformar un grupo conviviente”.

Esta interpretación es unánime en doctrina en lo que atañe a la atribución del hogar conyugal durante el juicio de divorcio. Pero si en este último le es atribuido a la cónyuge el inmueble alquilado, y al morir el locatario original ella es excluida de su sucesión, ¿pueden los herederos del locatario original pretender excluirla del inmueble en el cual funcionó el hogar conyugal?

Creemos que si a la cónyuge sobreviviente se le atribuyó el inmueble alquilado y se la consideró continuadora de la locación, a la muerte del locatario original sus herederos ya no pueden invocar el art. 9 de la ley 23.091, y tampoco pretender, en consecuencia, la continuación de la locación en su carácter de herederos, ni la exclusión de la cónyuge del que fue su hogar conyugal.