

# LA SUCESION INTESTADA EN LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO  
Profesor Titular (i) de Derecho Civil V

## PRIMERA PARTE

### LA SUCESIÓN DEL CÓNYUGE

#### I. PRECEDENTES HISTÓRICOS

##### 1. *Derecho Romano.*

Fundado el derecho sucesorio *ab intestato* en la antigua Roma en el vínculo de la agnación (*agnatio*), no podía el matrimonio por sí solo ser fuente de vocación intestada. Pero si se trataba de matrimonio *cum manu*, la mujer quedaba sometida a la patria potestad del marido —si éste era *sui iuris*— o del *pater familias* del marido si él era *alieni iuris*. De ahí que al fallecer el esposo, en el primer caso, o su *pater familias*, en el segundo caso, se encontrase entre los *heredes sui et necessarii* y en consecuencia heredase al marido o al suegro, respectivamente, como si se tratase de una hija más (*loco filiar*).

Pero el decauso del matrimonio *cum manu* trajo como consecuencia la falta de vocación sucesoria intestada de la esposa. Quizás no tanto por remediar esa situación como para evitar la vacancia de las herencias, el derecho pretoriano introdujo la *bonorum possessio unde vir et uxor*, por la cual la posesión de los bienes del causante era otorgada al cónyuge sobreviviente a falta de los herederos intestados del derecho civil (descendientes y demás agnados) y de parientes consanguíneos hasta el sexto grado, o el séptimo si se trataba de tataranietos del bisabuelo del causante.

Después, Justiniano reconoció en la Novela 53 derecho a uno u otro cónyuge que quedase pobre de recibir la cuarta parte de los bienes del premuerto rico, cualquiera fuese el número de hijos, con el propósito —según dijo— de que la pobreza de un cónyuge se remediase con las riquezas del otro.

Pero modificó más tarde dicha solución, limitándola en favor de la mujer. En la Novela 117 sólo acordó a la viuda pobre y sin dote el derecho de recibir —aun en concurrencia con los parientes del marido— una cuarta parte de la herencia si había hasta tres hijos, y una porción viril si había cuatro o más. En caso de concurrir con hijos del matrimonio, esa porción la recibía en usufructo, en tanto que la nuda propiedad pasaba a aquéllos. En todo caso, la porción no podía exceder de cien libras de oro. Por la Novela 118, confirió derecho hereditario a cualquiera de los cónyuges, a falta de descendientes, ascendientes o colaterales hasta el séptimo grado.

Finalmente, el emperador León estableció en la constitución 22 que el viudo o viuda con hijos que no vuelve a casarse hereda con ellos al cónyuge difunto en una parte viril y en propiedad.

### 2. *Derecho germánico.*

El derecho germánico desconocía el derecho sucesorio del cónyuge, pues la sucesión era deferida a los parientes consanguíneos, y en defecto de ellos, a los vecinos unidos por la comunidad del terruño. En la evolución de las costumbres germánicas, aparecieron los beneficios de supervivencia (*gatus de surute*) en favor de la mujer, los que consistieron especialmente en el usufructo de una porción de los bienes del marido, que a su muerte se consolidaba con la nuda propiedad de los hijos.

### 3. *Antiguo derecho francés.*

El derecho consuetudinario francés, al seguir los lineamientos del derecho germánico, no reconoció derecho sucesorio interesado al cónyuge. Pero por un lado, al aparecer el régimen matrimonial de comunidad, el cónyuge sobreviviente o los herederos del fallecido recibieron su porción en los muebles y ganancias. Y por otro, se otorgó a la viuda la *douaire* (palabra francesa sin traducción exacta al español, pero que suele denominarse viudedad o cuota de viudez), derecho al usufructo de una cuota de los bienes propios del marido, que a falta de convención se fijaba en el tercio en unas costumbres y en la mitad en otras. A fines del siglo XV y durante el siglo XVI comenzó a reconocerse el derecho sucesorio de uno u otro cónyuge sobreviviente sobre los propios, a falta de parientes consanguíneos (Costumbres de Bourges, 1481; de Berry, 1539; de Poitou, 1559; resoluciones del Parlamento de París de 1582 y 1600).

En tanto, en las regiones de derecho escrito regía el derecho romano prejustiniano, hasta que se produjo la introducción del derecho de Justiniano, alrededor del siglo XIII. Fuera de los

derechos derivados de tal legislación, se reconocía a la mujer el aumento de dote, por el cual podía retirar de los bienes del marido premuerto un valor igual al de la dote, y al marido el contraumento, según el cual podía retener todo o parte de la dote en caso de fallecimiento de la mujer. Por otra parte, la cuarta marital de la legislación Justiniana se hizo extensiva al marido.

#### 4. Código Napoleón.

Producida la Revolución Francesa, la ley del 17 de Nivoso del año II suprimió la *douaire* y todos los beneficios de supervivencia. Otorgó al cónyuge derecho sucesorio sólo a falta de parientes. Igual solución adoptó el Código Napoleón, que colocó al cónyuge en el último orden de los herederos ab intestato, después de descendientes y ascendientes legítimos, colaterales e hijos naturales.

#### 5. Antiguo derecho español.

El Fuero Juzgo, sobre la base del edicto pretoriano *unde vir et uxor*, concedió a la viuda el usufructo de una parte igual a la de cada uno de los hijos, derecho que perdía si contrala segundo matrimonio, y a ambos cónyuges el derecho de heredarse después de los colaterales en séptimo grado. Igual solución adoptó el Fuero Real.

En cambio, la Partida 6<sup>a</sup>, tit. 13, ley 7, acordó a la mujer viuda la herencia en propiedad de una cuarta parte de los bienes del marido, aunque hubiese hijos; pero con el límite máximo de cien libras de oro, y con la condición de que la viuda no tuviese bienes suyos con que vivir honestamente. Ambos cónyuges se heredaban recíprocamente después de los colaterales en décimo grado.

La tendencia moderna se inicia con la ley de mostrencos de 1835, que consideró al cónyuge heredero intestado en defecto de ascendientes, descendientes, hijos naturales y colaterales hasta el cuarto grado; es decir, con preferencia sobre los colaterales del quinto al décimo grado, con la limitación de que a su fallecimiento los bienes inmuebles de abuelengo debían volver a los colaterales de grado ulterior. Entre tanto, en las comarcas forales se conocía el usufructo por el supérstite de todo o parte de los bienes del difunto.

El proyecto de 1851 establecía el derecho sucesorio intestado del cónyuge, fijándolo en 1/5 si había descendientes, 1/4 si heredaban ascendientes y 1/3 a falta de unos y otros.

## II. DERECHO COMPARADO

### 6. *Derecho francés.*

Excluido como fue el cónyuge del derecho de heredar ab intestato por los ascendientes y descendientes legítimos, los colaterales y los hijos naturales (Cód. Napoleón, art. 767) y otorgado ese derecho a los colaterales hasta el decimoséptimo grado (Cód. Napoleón, art. 765), bien pronto surgieron las críticas hacia el sistema adoptado. Pues si bien la comunidad legal le otorgaba la mitad de muebles y ganancias, quedaba privado de todo derecho sobre los propios. Y si esa situación podía ser remedada mediante el otorgamiento de beneficios en las convenciones matrimoniales, en las que inclusive podía establecerse el régimen de comunidad universal —con lo que recibiría la mitad de todos los bienes— se señalaba la existencia de casos en que un marido rico, pero con fortuna compuesta de bienes propios, dejaba a su viuda en la miseria.

Primero la ley del 14 de julio de 1866 aumentó el derecho hereditario del cónyuge en materia de derechos de autor, y luego se sucedieron las reformas al sistema del código sancionadas el 9 de marzo de 1891, el 3 de abril de 1917, el 29 de abril de 1923, el 3 de diciembre de 1930 y el 26 de marzo de 1957.

El sistema actual es el siguiente: El cónyuge hereda la totalidad en plena propiedad cuando no hay parientes en grado sucesible ni hijos naturales, o cuando hay colaterales que no sean hermanos o descendientes de los hermanos del causante. Recibe la mitad en plena propiedad cuando el causante no deja en una de las líneas (paterna o materna) ningún pariente legítimo en grado sucesible o sólo deja colaterales que no sean hermanos o descendientes de éstos. Fuera de esos casos tiene derecho al usufructo de un cuarto si quedan hijos del matrimonio; de una parte igual a la del hijo legítimo cuya porción sea menor, sin que pueda exceder de un cuarto, si el causante deja hijos de un matrimonio anterior; de la mitad si quedan hijos naturales, descendientes legítimos de éstos, hermanos, descendientes de los hermanos o ascendientes; de la totalidad si quedan padres o hermanos naturales. Pero en los casos en que recibe el usufructo, los herederos pueden, hasta la partición definitiva, exigir que tal derecho sea convertido en una renta vitalicia equivalente, con tal de que presten garantías suficientes.

### 7. *Otras legislaciones.*

El código alemán acuerda al cónyuge sobreviviente un cuarto de la herencia cuando concurre con descendientes, y la mitad cuando concurre con padres, abuelos, o descendientes de unos y otros. A falta de tales parientes, recibe la totalidad. (art. 1930).

El código italiano de 1942 atribuye al cónyuge una cuota en usufructo cuando concurren hijos legítimos, solos o con hijos naturales; la cuota es de la mitad si concurre un solo hijo y de un tercio si dos o más. Cuando concurre con hijos naturales se le defiere en propiedad un tercio de la herencia; la mitad si concurre con ascendientes legítimos o hermanos; tres cuartos si hay otros parientes hasta el cuarto grado, y la totalidad de no haberlos (arts. 581 a 585).

El código español confiere la herencia al cónyuge en propiedad sólo a falta de descendientes, ascendientes, hermanos y sobrinos (arts. 946 y 952). Pero en caso de concurrir hijos o descendientes le acuerda el usufructo de un tercio (arts. 834/36), de la mitad si concurren ascendientes (art. 837) y de dos tercios si sólo quedan hermanos o sobrinos (art. 838). Los herederos pueden sustituir el usufructo por una renta vitalicia, o bien por los productos de determinados bienes o un capital en efectivo (art. 839).

El código suizo permite al cónyuge que concurre con descendientes optar entre el usufructo de la mitad de la herencia o la propiedad de un cuarto; si con padres o sus descendientes, entre el usufructo de tres cuartos o la propiedad de un cuarto; si con abuelos y bisabuelos o sus descendientes, entre el usufructo del todo o la propiedad de la mitad. A falta de tales parientes, hereda por el total (art. 462).

El código portugués de 1966 da al cónyuge sobreviviente el usufructo de toda la herencia cuando heredan los hermanos o sus descendientes. Es excluido por descendientes y ascendientes, y hereda todo a falta de ellos y de hermanos y sus descendientes (arts. 2146/47).

El código mejicano de 1928 sólo permite al cónyuge concurrir con los hijos si carece de bienes o los que posee no igualan la porción de cada hijo; en tales casos recibe, respectivamente, la porción de un hijo o lo necesario para integrarla. Si concurre con ascendientes recibe la mitad de la herencia; si con hermanos, dos tercios; y a falta de ascendientes, descendientes y hermanos, toda la herencia (arts. 1624/29).

El código peruano de 1936 le acuerda una parte de hijo legítimo si concurre con hijos legítimos o sus descendientes, si concurre con los padres una parte igual, si sólo hay descendientes o hermanos, la mitad de la herencia, y a falta de ellos, el total (art. 760/69).

El código venezolano de 1942 le confiere una parte de hijo si concurre con descendientes legítimos, y la mitad de la herencia si concurre con ascendientes (arts. 824/26).

En Uruguay, el cónyuge supérstite que concurre con hijos legítimos o sus descendientes sólo recibe la "porción conyugal", consistente en una parte igual a la legítima de un hijo, sin poder

exceder de un cuarto; dicha porción se le confiere si carece de lo necesario para su sustento, y en caso de tener algunos bienes, sólo se le da lo necesario hasta completar la porción (arts. 874/88). A hijos de hijos legítimos, concurre con ascendientes legítimos e hijos naturales, y excluye a hijos y padres adoptivos y colaterales (arts. 1025 y ss.). Regímenes parecidos rigen en Chile y Colombia.

Como puede apreciarse con esta somera reseña, las soluciones de las distintas legislaciones difieren sensiblemente. La tendencia de la legislación contemporánea es la de aumentar sus antes menguados derechos, pero en ningún caso se llega a la extensión que les acuerda el derecho argentino.

### III. DERECHO PATRÍO Y CÓDIGO CIVIL.

#### 8. Leyes anteriores al Código.

Bajo la dominación española y en los primeros años de nuestra vida libre, regían aquí las Partidas. El cónyuge, pues, sólo heredaba después de los colaterales en décimo grado, sin perjuicio de la cuarta parte acordada a la viuda pobre. Por la extensión de los parientes que lo excluían, el primero de estos derechos era prácticamente ilusorio; y en cuanto al segundo, al decir de Vélez Sársfield en la nota al art. 3572 del Código, su observancia fue siempre muy dudosa.

El mejoramiento de su posición iniciado con la ley española de 1835 debió influir en el Río de la Plata, como que en Uruguay una ley del 16 de junio de 1837 le acordó la totalidad de la herencia si no había descendientes ni ascendientes legítimos o naturales; es decir, con preferencia sobre todos los colaterales. Igual solución se adoptó en las provincias argentinas de La Rioja en 1855 y Jujuy en 1856, en uso de la transitoria facultad de dictar la legislación de fondo que les reservaba el art. 105 de la Constitución de 1853, en tanto no fuesen sancionados los códigos por el Congreso federal.

Lo mismo decidió el entonces Estado de Buenos Aires, en ley del 27 de mayo de 1857, en cuya tramitación legislativa intervino Vélez Sársfield como ministro de gobierno que fue hasta el día 5 de dicho mes. Disponía dicha ley: *Art. 1.º* — *En las sucesiones intestadas, faltando herederos forzosos, la mujer legítima heredará el marido y éste a aquélla, con exclusión de todo colateral.* *Art. 2.º* — *En caso de separación judicial durante la cual sobrevenga el finamiento de un cónyuge, el causante de aquélla perderá el derecho que esta ley le acuerda.*

Quedó así preparado el campo para que Vélez Sársfield elevase notablemente la posición sucesoria del cónyuge, sin resistencias y aun continuada esa tendencia más allá en los intentos

de reforma, como que no arraigaron en nuestro medio las ideas prevalentes en Europa, donde la sucesión del cónyuge en plena propiedad pareció un medio injustificado de efectuar el traspaso de los bienes de una familia a otra.

#### 9. Régimen del Código Civil respecto de los bienes propios.

Consecuente con esos antecedentes, al redactar el Código Vélez Sáenzfeld confirió al cónyuge la situación que en líneas generales aun hoy mantiene respecto de la sucesión intestada: no es excluido por ningún heredero, concurre con ascendientes y descendientes, y excluye a colaterales (Cód. Civil, arts. 3570/72). Por otra parte, y en esto innovó aun con respecto a las anteriores legislaciones provinciales, le dio la calidad de legitimario<sup>2</sup>, fijando su legítima en la mitad de la herencia (Cód. Civil, arts. 3592 y 3595).

En caso de concurrencia con ascendientes y descendientes, el Código fijó así sus respectivas porciones: 1°) con hijos legítimos (a los que se equipararon los adoptivos desde la sanción de la ley 13.252), una parte igual a la de cada uno de éstos; es decir, división por cabezas (art. 3570); 2°) con hijos naturales (legítimos o extramatrimoniales a partir de la ley 14.367), división por mitades: mitad para el cónyuge y mitad para el hijo o hijos (art. 3578); 3°) con hijos legítimos (o adoptivos desde la ley 13.252) e ilegítimos, una parte igual a la de cada uno de los primeros. Es decir, en el sistema del Código, debía suponerse cuádruple el número de los hijos legítimos y cónyuge, asignándose cuatro partes a cada hijo legítimo, cuatro al cónyuge, y una a cada hijo natural (arts. 3570 y 3579); en el modificado por la ley 14.367, considerárase doble el número de hijos legítimos y cónyuge, asignándose dos partes a cada hijo legítimo, dos partes al cónyuge, y una a cada hijo extramatrimonial (arts. 3570, 3579 y 8 de la ley 14.367); 4°) con ascendientes legítimos, división por cabezas cualquiera fuese el número de ascendientes (art. 3571); 5°) con padres naturales, mitad a éstos y mitad al cónyuge, según la interpretación doctrinaria fundada en el art. 3597, última parte, por la cual son de 1/4 las legítimas de unos y otro, cuando concurren; 6°) con ascendientes legítimos e hijos

<sup>2</sup> Es preferible utilizar la palabra legitimario que la locución heredero forzoso que emplea el Código, no tanto por la posible confusión con el heredero necesario del derecho romano, que no era quien no podía ser privado de su porción por el testador sino quien no estaba facultado para renunciar a la herencia sino más bien por la circunstancia de no ser imprescindible en nuestro régimen que la legítima sea recibida a título de heredero: nada tendrá que reclamar quien sin ser instituido heredero haya recibido su legítima "por cualquier título" (Cód. Civil art. 3690) esto es, por vía de donación en vida del causante o por legado hecho en su testamento.

naturales (juego, extramatrimoniales), mitad para los ascendientes, un cuarto para el cónyuge y un cuarto para los hijos (artículo 3581).

Fijáronse también las siguientes causas de exclusión: fallecimiento dentro de 30 días de la celebración del matrimonio por enfermedad de que se padecía ya en ese momento (art. 3573); culpa en el divorcio (art. 3574); separación de hecho sin voluntad de unirse, o separación provisoria decretada por juez competente (art. 3575).

#### 10. Régimen del Código Civil respecto de los bienes gananciales.

Ni las legislaciones vigentes en la época de redacción del Código, ni las posteriores, distinguieron los derechos sucesorios del cónyuge por ser los bienes propios o gananciales, a pesar de legislarse el régimen matrimonial de comunidad restringida.

Introdujo, sin embargo, Vétex Sársfield la norma del art. 3576 —al parecer de su propia creación, pues carece de nota que explique su origen o fundamentos— que en su primitiva redacción decía así: "En todos los casos en que el viudo o la viuda son llamados a la sucesión, no tendrán parte alguna en la división de los bienes que le corresponden al muerto por gananciales del matrimonio que se hubiesen dividido con el cónyuge sobreviviente". El sentido de la norma era más o menos claro: privábase al supérstite de derecho hereditario sobre lo que el pre-muerto hubiese recibido como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal operada en vida de ambos, pero su derecho de heredar sobre tal mitad de gananciales no se perjudicaba si la disolución sólo tenía lugar en virtud de la muerte. Piensan Lafaille y De Gasperi que la intención del codificador fue la de no asignar nuevos derechos sobre los gananciales al cónyuge que ya había recibido su parte en ellos en vida del otro, quizás por temer que en tal caso las ventajas fuesen excesivas, ya que en el fondo no hay razones fundamentales para distribuir de distinta manera la sucesión de propios y de gananciales. Aunque por mi parte añado que tampoco las hay para distinguir entre la disolución de la sociedad conyugal en vida o por muerte, ya que en uno u otro caso igualmente el supérstite recibe su mitad.

Pero la interpretación judicial no fue ésa, ya que los tribunales entendieron que el cónyuge nunca heredaba sobre los gananciales. Y al comentar la norma, Segovia entendió que las palabras finales —que se hubiesen dividido con el cónyuge sobreviviente— eran innecesarias, y que el artículo debió ser redactado en esta forma: "La porción legítima del cónyuge no se computa sobre la mitad de gananciales correspondientes al difunto, o a sus herederos, y sí únicamente sobre el capital propio de éste". Agregó, sin embargo, que la cuestión cambiaba de aspecto cuan-



do no había ascendientes ni descendientes<sup>2</sup>. Igual opinión sustentaba Machado.

Al considerar el Congreso la ley de fe de erratas, se aceptó sin mayor examen que el artículo en cuestión tenía una redacción errata, que su interpretación era la dada por la doctrina y la jurisprudencia. Adoptóse un texto conforme con tal interpretación, y la norma quedó redactada así: "En todos los casos en que el viudo o la viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes o ascendientes, no tendrá parte alguna en la división de los bienes que correspondiesen al cónyuge premuerto, a título de gananciales del matrimonio con el referido viudo o viuda". La pretendida rectificación importó, pues, dos modificaciones: limitar la exclusión del cónyuge al caso de concurrencia con descendientes o ascendientes, y ampliarla al supuesto de disolución de la sociedad conyugal por muerte.

Quedó así consagrado el sistema por el cual el cónyuge era excluido de la sucesión de bienes gananciales por ascendientes y descendientes, manteniendo su vocación sucesoria intestada sólo para excluir a los colaterales. Con lo que en caso de estar compuesto el acervo sólo de gananciales nada recibía a título de heredero: era, pues, un heredero y legitimario sin derecho sucesorio alguno en caso de haber descendientes o ascendientes del causante, lo que llevó a Chameton a calificarlo de "heredero sine re" y a Rêbora a considerar la situación como una "paradoja sucesoria".

Pero la fe de erratas no concluyó con las dificultades interpretativas, pues subsistió la cuestión de determinar si los ascendientes y descendientes a que el artículo se refería eran sólo los legítimos o también los naturales, ya que habría excesivo que éstos también excluyesen al cónyuge de la sucesión en los gananciales. En favor de la primera interpretación se pronunciaron Lafaille, Fornieles, Bibiloni, Chameton, Molinas y López del Carril, y el Ser. Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en Córdoba en 1961; ella se fundó en que hasta el artículo en cuestión, el Código al hablar de "ascendientes o descendientes" se refiere a los legítimos, ya que de los parientes naturales sólo confirmó derecho hereditario a padres e hijos y no a ascendientes y descendientes en general, y que al aludir a ellos los designó con aquellas palabras y no con éstas. Por la segunda se inclinaron Machado, Liernera, Rêbora, De Gáspari y Borda, no en todos los casos por considerar justa la solución sino más bien por la falta de distinción en el artículo y por eliminar dudas el 3578, que al reglar la sucesión de hijos naturales en concurrencia con viudo

<sup>2</sup> Szecovya, Lisandro: "El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas", t. II (Bs. As. 1881), nota 19 al art. 3578 de su numeración, y concordantes.

o viuda establece que éstos tomarán la mitad de la herencia si los bienes no fuesen gananciales del matrimonio. La jurisprudencia se inclinó en este sentido<sup>3</sup>.

#### 11. Proyectos de reforma.

Bibiloni propuso dos modificaciones sustanciales. Respecto de la concurrencia del cónyuge con ascendientes legítimos, limitó la división por cabezas al caso de los padres, estableciendo que en caso de concurrir con otros ascendientes correspondería la mitad al cónyuge y la mitad a los ascendientes. En cuanto al art. 3576, mantuvo la regla a pesar de expresar que lo hacía sin convicción alguna y considerándola equivocada, pero limitó la exclusión del cónyuge al supuesto de concurrencia con ascendientes y descendientes legítimos. El proyecto de 1936 siguió iguales criterios, aunque modificó la redacción (art. 2000).

El anteproyecto de 1954 propuso, en cambio, elevar el derecho sucesorio del cónyuge en concurrencia con los padres legítimos a los 3/5 y con otros ascendientes legítimos a los 3/4. Respecto de los bienes gananciales, limitó a los descendientes legítimos la exclusión del cónyuge (art. 721).

Por último, el anteproyecto de De Gáspari siguió el sistema del proyecto de 1936 (art. 3295).

### IV. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 17.711

#### 12. Concurrencia con ascendientes legítimos.

Una de las soluciones más criticadas del Código respecto de la sucesión del cónyuge era la división por cabezas en caso de concurrencia con ascendientes legítimos, ya que ella importaba la posibilidad de que tal derecho disminuyese a medida que fuera más lejano el parentesco con los ascendientes. Así, en concurrencia con los dos padres, el cónyuge recibía 1/3, con cuatro abuelos 1/5, etc. No dejaba de ser arbitrario que al sobrevivir uno sólo de los padres del premuerto heredase la mitad y en caso de concurrir ambos sólo un tercio.

He indicado precedentemente cuáles fueron las soluciones de los proyectos de reforma a este respecto. La reforma no ha acogido ninguna de ellas, sino que ha establecido la división por mitades en todo caso. Dice, en tal sentido, el nuevo art. 3571, 1er.

<sup>3</sup> Cám. Civ. 1ª, 28-10-15, Jur. Arg., t. 14, nec. doctrina, p. 56; 30-5-21, Jur. Arg. 10-5-40; 24-37, Jur. Arg. 28-90. Cám. Civ. 2ª, 20-12-26, La Ley 5-32; 8-8-48, La Ley 54-47, Jur. Arg. 849-1-717. Sup. Corte de Buenos Aires, 20-12-60. La Ley 102-336, Jur. Arg. 961-1V-128. Sup. Corte de Tucumán, 17-11-39, La Ley 17-23, rectificando la posición anterior del 8-12-35, Jur. Arg. 52-974. En contra: Sup. Trib. Entre Ríos, 24-3-51, Jur. Arg. 931-1V-111.

párrafo: "Si han quedado ascendientes y cónyuge supérstite, heredará éste la mitad de los bienes propios del causante y también la mitad de la parte de gananciales que correspondía al fallecido. La otra mitad la recibirán los ascendientes legítimos".

Mejoróse así el sistema propuesto por Bibiloni, el proyecto de 1936 y De Gáspari, al fijarse en todos los casos el derecho del cónyuge en la mitad, sin reducirse al tercio en caso de concurrir con ambos padres. No alcanzó, sin embargo, a otorgársele las mayores proporciones que le confería el anteproyecto de 1954. Lo único criticable es que resultaba innecesario referirse expresamente a la parte de gananciales del fallecido, pues como más adelante se verá, la modificación del art. 3576 implicaba por sí sola que en la concurrencia con ascendientes no debiere distinguirse entre bienes propios y gananciales.

### 13. Concurrencia con padres naturales.

En el Código, el supuesto de concurrencia con padres naturales no estaba expresamente previsto y, como expuse anteriormente, sólo podía ser determinado mediante el juego armónico con normas referentes a la legítima. Pero el asunto era discutible, porque también habría podido sostenerse la aplicación de la división por cabezas, ya que el art. 3571 aludía a "ascendientes" sin distinciones.

A eliminar ese inconveniente, y a la vez reducir el derecho sucesorio de los padres naturales, tiende el segundo párrafo del nuevo art. 3571, así redactado: "Si sobrevinieren padres naturales les corresponden la mitad de lo previsto para los ascendientes legítimos". Si bien la solución adoptada no puede ser dudosa (1/4 para los padres naturales, 3/4 para el cónyuge), la redacción es deplorable, ya que para asignar el cuarto a los padres naturales debía habérselo dicho directamente así, sin necesidad de recurrir al circunloquio de referirse a la mitad de la parte de quienes tienen la mitad. Por otra parte, bien señala Liambás que reducir al cuarto los derechos de los padres por ser naturales sin decir claramente que se aumenta a tres cuartos la parte del cónyuge conduce al riesgo de que se interprete que queda un cuarto vacante que debe ser atribuido al fisco.

De todas maneras, cuadra señalar que la solución adoptada importa un mejoramiento para el cónyuge respecto del anteproyecto de Bibiloni, el proyecto de 1936 (art. 2605) y el anteproyecto de De Gáspari (art. 3304), que daban a los padres la mitad si concurrían ambos, y si concurría uno solo, el tercio. En cambio, coincide con el anteproyecto de 1954, que otorga los 3/4 al cónyuge y 1/4 al padre o padres naturales (art. 729).

#### 14. Concurrencia con ascendientes legítimos e hijos ilegítimos.

Establece el nuevo art. 3581: "Si quedasen cónyuge supérstite, ascendientes legítimos e hijos extramatrimoniales, aquél concurrirá a dividir la sucesión de la siguiente manera: de los bienes propios, el cónyuge supérstite tomará la mitad a título de herencia, los ascendientes, cualquiera sea su número, recibirán la cuarta parte, y la otra cuarta parte será para los hijos extramatrimoniales. En los bienes que correspondieren al causante, como gananciales de su matrimonio, el cónyuge tomará, además de los que le correspondan por la liquidación de la sociedad conyugal, un tercio de la parte del fallecido; los ascendientes, cualquiera sea su número, recibirán otro tercio y la otra tercera parte corresponderá a los hijos extramatrimoniales".

Era, también, criticable la solución del Código en este supuesto de concurrencia, pues mejoraba a los ascendientes y colocaba al cónyuge en la misma posición que los hijos naturales. De ahí que, en general, la modificación sea acertada.

Sin embargo, ella es susceptible de objeciones de forma y de fondo. Si se está legislando el derecho hereditario, no es serio decir que el cónyuge tomará la mitad de los bienes propios "a título de herencia"; ¿a qué otro título podría tomarlos? Ni al referirse a los gananciales correspondía decir que tomará "además de los que le correspondan por la liquidación de la sociedad conyugal. . .", pues por una parte ello es obvio, ya que el ser heredero de ninguna manera puede excluir los derechos emergentes de la sociedad conyugal, y por otra parte lo que se recibe en virtud de la liquidación de ésta no se lo recibe como herencia sino como participación en el capital social.

En cuanto al fondo, no había por qué hacer una distinción respecto de los bienes gananciales. Como más adelante explicaré, la exclusión del cónyuge en la sucesión de los gananciales se limita ahora al supuesto de concurrencia con descendientes legítimos. Ni los ascendientes legítimos ni los hijos naturales excluyen sobre esos bienes al cónyuge ni disminuyen sus derechos. ¿Por qué, entonces, habrán de disminuirlos cuando en lugar de concurrir unos u otros lo hacen ambos a la vez?

La solución difiere, a mi parecer mejorándolas, de las dadas por los proyectos de reformas. Para Biblioni, el proyecto de 1936 (art. 2002) y De Góssperi (art. 3300) la división se hacía por partes iguales entre el cónyuge, los padres legítimos y el hijo natural; de haber otros ascendientes, recibían la parte de un padre, y de haber varios hijos naturales se dividían la parte de uno solo. En cuanto a los bienes gananciales, la concurrencia de ascendientes legítimos excluía al cónyuge. En el anteproyecto de 1954 se asignaba 1/4 a los hijos naturales y 3/4 para el cónyuge y ascendientes legítimos, quienes dividían en la proporción co-

respondiente al supuesto de concurrencia entre ellos solos; es decir,  $9/20$  al cónyuge y  $6/20$  a los padres, o  $9/16$  al cónyuge y  $3/16$  a los otros ascendientes.

#### 15. Sucesión en los gananciales.

La nueva norma del art. 3576 dispone:

*"En todos los casos en que el viudo o viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes matrimoniales no tendrá el cónyuge sobreviviente parte alguna en la división de bienes gananciales que correspondiesen al cónyuge prefallido.*

*"Si concurren con hijos extramatrimoniales, el cónyuge recibirá, además de su parte en la división de los gananciales, la mitad que correspondía al fallecido y la otra mitad la recibirán los hijos extramatrimoniales".*

Con esta disposición queda superado el problema a que daba lugar la norma anterior, a la vez que se limita al caso de concurrencia con descendientes matrimoniales la exclusión del cónyuge en la sucesión de los gananciales. Se adopta así la solución del anteproyecto de 1954, desechándose la de Bibiloni, el proyecto de 1936 y el de De Gásperi, que incluían también a los ascendientes legítimos. Aun cuando resulta dudoso que deba mantenerse la distinción entre la sucesión de los propios y la de los gananciales —que no reconoce antecedente en el derecho comparado— la norma puede ser aprobada, ya que además de responder a la tradición nacional arraigada a partir de la ley 6 de erratas, y aun desde la anterior interpretación doctrinaria y jurisprudencial del Código, representa frente a otras legislaciones la contrapartida del más extenso derecho sucesorio acordado al cónyuge. Por otra parte, éste no podrá quejarse de que lo desplacen de la sucesión sus propios hijos. Resta, sin embargo, la duda sobre si no habría sido conveniente otorgar al cónyuge el usufructo de los bienes gananciales heredados por los hijos, ya que ello evitaría los inconvenientes derivados de la división que éstos pueden exigir, ahora sólo limitada por la indivisión parcial y temporal a que da derecho el art. 53 de la ley 14.394.

Pero si no es objetable en el fondo, la disposición sí lo es en la forma. En su primer párrafo se repite un error del Código —ya señalado por Segovia—, el de expresar que el cónyuge no tendrá parte alguna "en la división de bienes gananciales"; debió decirse que no tendrá parte alguna —o, mejor aún, no heredará— en los bienes gananciales que correspondiesen al fallecido. En cuanto al segundo párrafo, es totalmente superfluo, ya que si el derecho a suceder en los gananciales sólo se limita cuando concurren descendientes legítimos no era necesario aclarar que en la concurrencia con los legítimos dividirán por mitades. Por otra parte, se insiste en la también superflua referencia a la par-

te del cónyuge en la división de los gananciales. Y finalmente, existe un evidente error de copia al decir "la mitad que correspondía al fallecido" en lugar de "la mitad de lo que correspondía al fallecido"; de lo contrario, lo que se lee es que el cónyuge recibirá su mitad de gananciales, la mitad correspondiente al pre-muerto, y otra mitad los hijos; es decir, un todo compuesto por tres mitades.

Finalmente, y como también señala Llambías, para coordinar los textos debió haberse suprimido del art. 3575 la frase "al los bienes no fuesen gananciales del matrimonio", frase que carece de sentido, pues la división entre cónyuge e hijos legítimos se hace del mismo modo sean los bienes propios o gananciales. Más claro y sencillo habría sido suprimir tal frase y el segundo párrafo del nuevo art. 3576.

#### 16. Exclusión del cónyuge en el matrimonio in extremis.

Disponía el art. 3573 del Cód. Civil: "*La sucesión deferida al viudo o viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes*".

Explicó Vélez Sarsfield en la nota respectiva que no existía razón alguna para dar a los cónyuges derechos sucesorios cuando el matrimonio es in extremis, y que en las provincias en que se había dado derecho sucesorio al cónyuge con preferencia sobre los colaterales se habían visto matrimonios verdaderamente escandalosos con el solo objeto de heredar inmediatamente al enfermo.

Esta norma está muy lejos de ser común en la codificación moderna. Dentro de ella sólo se señalan como antecedente el art. 930 del código peruano de 1852, según el cual "*no se concede carta conyugal al que se casa en artículo de muerte*", disposición bastante oscura. Y con posterioridad al código de Vélez, el art. 315 del código boliviano modificado en 1882 —notoriamente fundado en la norma argentina— según el cual "*la sucesión deferida al viudo o viuda en los tres artículos anteriores no tendrá lugar cuando el matrimonio se hubiese celebrado por necesidad, hallándose enfermo uno de los cónyuges, y muriese éste de esa enfermedad dentro de los sesenta días siguientes*".

En cambio, el antiguo derecho francés registra disposiciones tendientes a impedir que el matrimonio in extremis produzca efectos, particularmente en materia sucesoria. La Declaración del 26 de noviembre de 1839 sobre las formalidades del matrimonio y otros aspectos de éste, tras considerar en su art. 5º incapaces de suceder a los hijos nacidos de matrimonios clandestinos y a sus descendientes, estableció en el art. 6º que igual pena

sufrirían los hijos de mujeres a quienes los padres habían mantenido, y con las que se casaron recién al fin de la vida. Más allá fue un edicto de marzo de 1697, que consideró a los hijos de tales uniones incapaces de suceder tanto *ab intestato* como por testamento. De esas disposiciones la doctrina extrajo que los matrimonios *in extremis* eran válidos como sacramentos pero quedaban privados de todo efecto civil que no fuese la legitimidad de los hijos, legitimidad que, sin embargo, iba acompañada de la privación de derecho sucesorio; la privación de efectos civiles se producía también, al decir de Pothier, con relación a los cónyuges, con mayor razón que respecto de los hijos. Por otra parte, se entendía que debía tratarse de matrimonios precedidos de concubinato y en los cuales cualquiera de los cónyuges se hallase, a su celebración, afectado de heridas o enfermedades que en un plazo más o menos largo debiesen ser fatales, o fuese de edad muy avanzada. Esta legislación no pasó a la intermedia ni al Código Napoleón.

Esta disposición dio lugar a dificultades interpretativas desde las exposiciones de los primeros comentadores del código. Machado la criticó acerbamente por considerar que la ley suponía en tales matrimonios un sórdido interés, cuando en la generalidad de los casos son la consagración de vínculos existentes no confesados públicamente pero que se quiere legalizar. A pesar de ello, consideraba que la norma debía ser aplicada literalmente; es decir, que bastaba la reunión de los tres requisitos explícitamente resultantes de ella (matrimonio contraído estando enfermo uno de los cónyuges, fallecimiento dentro de los treinta días, y muerte como consecuencia de la misma enfermedad) sin que interesase la intención, por lo que debía regir aun cuando el propósito no hubiese sido de lucrár sino, por ejemplo, de regularizar un concubinato. La única limitación en esa posición fue la de exigir que la enfermedad fuese conocida, declarada por facultativos. Sin embargo, y a pesar de lo dicho en la nota del codificador —cuyo valor interpretativo negó— sostuvo que no era necesario que se tratase de un matrimonio *in extremis*.

Otra fue la posición de Llerena, quien sostuvo que el artículo se refería sólo al matrimonio *in extremis*; es decir, el celebrado con persona postrada en cama por una enfermedad peligrosa, de la cual se cree que morirá, enfermedad tal que por su manifestación exterior haga creer llegado el último extremo de la vida del individuo, de modo que al casarse pudiese deducirse que la finalidad no fuese la de formar una nueva familia sino sólo la de hacer heredero al cónyuge.

A partir de Prayones, con pocas variantes la doctrina coincidió en que no bastaba la reunión de los elementos objetivos contemplados en el artículo sino que era necesario algún elemento subjetivo. Así, Prayones afirmó que el propósito de la disposición

era el de impedir los matrimonios efectuados sin el propósito de responder al fin de la institución sino sólo al de captar una herencia, por lo que no debía aplicarse a los que legalizasen un largo concubinato, aun cuando fuesen matrimonios *in extremis*. Lafaille, que además de tratarse de un matrimonio *in extremis*, se reuniesen los elementos intencionales de conocimiento de la enfermedad y ánimo de suceder, de cuya existencia habría una presunción *iuris tantum* al configurarse los requisitos legales, y que no se darían cuando el matrimonio tienda a legalizar un estado anterior. Formiles, Rébora, Borda, Díaz de Guijarro y López del Carril sustentaron similares posiciones. Y la Conferencia Nacional de Abogados reunida en Córdoba en 1927 recomendó que se dejase a salvo el caso en que se procura legitimar una situación de hecho preexistente. Frente a esa interpretación casi unánime de la doctrina moderna, sólo se alzó Martínez Paz, quien sostuvo que bastaba que se tratase de un matrimonio *in extremis*, por considerar que se trataba de una desheredación legal por motivos morales.

En la jurisprudencia, tras algunas vacilaciones se impuso la tesis que requiere la intención de captar la herencia, de modo que se resolvió que el artículo no es aplicable cuando la enfermedad es ignorada o nada hace prever la muerte<sup>4</sup>, ni cuando el matrimonio contraído *in extremis* sólo tiene por fin legalizar el concubinato anterior<sup>5</sup>.

En cuanto a las reformas propuestas, Bibiloni sólo incluyó la palabra "conocidamente" entre "hallándose" y "enfermo", por considerar que no bastaba la muerte repentina que revela la existencia anterior de una enfermedad desconocida, ni el estado de salud más o menos delicado que no constituye enfermedad declarada. El proyecto de 1936 establecía que la sucesión entre cónyuges no tendría lugar "cuando el matrimonio se hubiera celebrado *in extremis*, y el cónyuge muriese de la misma enfermedad, dentro de los treinta días siguientes. Este precepto no regiría en caso de probarse que el casamiento tuvo por fin regularizar una concupiscencia anterior" (art. 1999, inc. 1°). El Anteproyecto de 1954, que "no regiría esta exclusión si el esposo sobreviviendo hubiese ignorado el peligro de muerte del causante o no hubiera

<sup>4</sup> Cám. Civ., 16-6-1898, Fallos 103-47, Cám. Civ. 1ª, 28-6-31, Jur. Arg. 89-6-17, Cám. 2ª, La Plata, 22-10-28, Jur. Arg. 22-1229.

<sup>5</sup> Cám. Civ. 16-6-1898, Fallos 103-47, Cám. Civ. 1ª, 25-3-32, Jur. Arg. 38-1078; 22-11-34, Jur. Arg. 48-673 (Este tribunal rectificó su posición anterior, adoptada en fallo del 17-9-27, Jur. Arg. 22-363). Cám. Civ. 2ª, 13-6-27, Jur. Arg. 25-188; 18-10-33, Jur. Arg. 48-1121; 16-4-43, Jur. Arg. 94-11-483; 25-7-48, Jur. Arg. 948-IV-224. Cám. Nac. Civ., Sala D, 23-3-58, La Ley 83-70, Jur. Arg. 968-II-289. Sup. Corte de B. A., 28-2-62, La Ley 104-667, Jur. Arg. 962-111-345. Cám. Fed. de la Cap., 22-3-33, Jur. Arg. 41-77. Cám. Fed. de Bahía Blanca, 20-12-45, Jur. Arg. 946-IV-188. Cám. Corrientes, 25-4-49, Jur. Arg. 969-IV-858.



intención de hacer con la herencia al contraer matrimonio; o si el concubinato se hubiese hecho para regularizar una concubina anterior" (art. 722, inc. 1º). Algo más compleja era la solución de De Gásperi, quien establecía que no tendría lugar la sucesión entre cónyuges cuando se celebrase el matrimonio *in extremis* después de una convivencia inmoral y muriese el cónyuge de la misma enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que respondiese a una promesa recíproca anterior de matrimonio o que se probase que tuvo por fin legitimar hijos habidos de precedentes relaciones concubinarias (art. 3294).

La ley 17.711 añade al art. 3573 la frase "salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho", con lo que adopta la solución de la jurisprudencia y del proyecto de 1936. Queda así completada una evolución que arranca de las normas reales francesas del siglo XVII, cuyo fin era privar de efectos a los matrimonios *in extremis* que legitimasen un concubinato, para arribar al resultado inverso, esto es, el de asignárselos sólo en dicho caso. A la vez, se consagra por primera vez en la ley civil la producción de efectos jurídicos por el concubinato, ya que el matrimonio *in extremis* sólo conferirá derecho sucesorio entre cónyuges si se integra con él.

Sin embargo, la exclusión de la prohibición en este supuesto no ha de hacer deducir que no queden también excluidos otros casos en que tampoco exista el solo propósito de heredar, como el ya señalado por la doctrina y por Babiloni de desconocimiento de la enfermedad por el contrayente sano, o el contemplado por De Gásperi de que el acto responda a una promesa anterior; es decir, el celebrado por quienes ya eran novios anteriormente. En concreto, lo que ha de entenderse es que en las condiciones del artículo rige una presunción *iuris tantum* de captación de herencia, desvirtuable en todo caso en que puede demostrarse que no existió esa intención; pero superior era la redacción del Anteproyecto de 1934, que fijaba con más claridad ese resultado.

Crítica López del Carril la solución de la reforma por no haber establecido que la convivencia anterior al matrimonio deba ser suficientemente larga y prolongada; de todas maneras, creo que el criterio interpretativo no puede ser distinto: en especial, habrá de requerirse que la convivencia date de antes de la enfermedad, o por lo menos de antes que pudiera preverse que ella llevase al desenlace fatal. También afirma López del Carril que la norma no debe ser aplicada cuando uno de los contrayentes no pudo celebrar el matrimonio antes por estar ligado por un matrimonio anterior disuelto en los 30 días anteriores a la muerte del causante; por cierto, no parece moral que el concubinato adulterino integre el derecho sucesorio emergente del matrimonio *in extremis*, pero la norma no da pie para efectuar la distinción, ya que su fin obvio es evitar la captación y en tal caso ella

no se daría. En cuanto al punto de vista formal, señala con razón Liambias que debió aludirse a la convivencia anterior, pues "situación de hecho" es una fórmula harto vaga y poco explicativa.

#### 17. *Inconducta del divorciado inocente.*

Disponía el art. 3574 del Código: "Estado divorciadas por sentencia de juez competente, el que hubiere dado causa al divorcio no tendrá ninguno de los derechos declarados en los artículos anteriores".

Añadió la ley 17.711 el siguiente segundo párrafo: "Empero, el cónyuge inocente perderá el derecho hereditario si hubiere incurrido en adulterio o en actos de grave inconducta moral, con posterioridad a la sentencia de divorcio". El agregado no responde a ninguno de los proyectos de reformas, pero sí a una fuerte orientación doctrinaria y jurisprudencial anterior en el sentido de mantener la vigencia del deber de fidelidad después del divorcio<sup>4</sup>, una de cuyas consecuencias es la de privar de derecho hereditario al inocente que luego incurre en violación de ese deber, privación que también fue admitida en algunos casos por la jurisprudencia<sup>5</sup>.

Al consagrar la persistencia de ese deber, el nuevo art. 71 bis de la ley de matrimonio permite al cónyuge culpable del divorcio accionar contra el inocente para que se lo coloque también en la categoría de culpable "cuando hubiere incurrido en adulterio, infidelidad o en grave inconducta moral posterior a la sentencia". La disposición referente al derecho sucesorio suprime la referencia a la infidelidad, de donde resulta la siguiente diferencia práctica: El culpable, en vida, puede demandar al inocente para se lo lleve a la condición de culpable —lo que excluye el futuro derecho hereditario— por la sola comisión de actos de infidelidad que no lleguen a configurar adulterio; fallecido aquél, en cambio, sus sucesores sólo podrán reclamar la exclusión de la herencia del inocente si acreditan el adulterio o los actos de grave inconducta moral, sin que baste la simple infidelidad.

La norma en examen merece aprobación, pues si bien está bastante alejado de la lógica y de la realidad social el mantenimiento del deber de fidelidad después del divorcio —consecuencia del desactualizado régimen de divorcio limitado o separación de cuerpos subsistente en nuestro país— no parece justo que quien ha organizado su vida sexual libremente, especialmente si

<sup>4</sup> V. más "Notiones de Derecho de Familia", t. V, n.º 298.

<sup>5</sup> Cdm. Nac. Civ. Sala D, 9-5-52, La Ley 67-294, 125-06, La Ley 123-783, Jur. Arg. 962-V-425; Sala A, 22-12-56, La Ley 126-67, Jur. Arg. 963-III-176. Sup. Corte de Buenos Aires, 12-9-61, La Ley 168-271, Jur. Arg. 962-I-406.

se une en concubinato o celebra un matrimonio en país extranjero, por más inocente que haya sido prestada luego la herencia del culpable.

¿Qué debe entenderse por "actos de grave inconducta moral"? En opinión de Lagomarsino, deben excluirse los actos de inconducta sexual, tratados autónomamente en las referencias a la infidelidad y al adulterio. Comprenderíase, pues, "toda actividad desarrollada por el cónyuge inocente que lesiona moralmente al otro por el deshonor que esa conducta comporta", como por ejemplo la desprecupación dolosa del cuidado y educación de los hijos que se le confiaron, los vicios de ingestión de alcaholes, el juego o la bebida en forma exagerada, o la comisión de delitos graves.

### 18. Separación de hecho.

Por el art. 3575 del Código, "cesa también la sucesión de los cónyuges entre sí, si viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse, o estando provisoriamente separados por juez competente".

También esta disposición dio lugar desde un comienzo a disensiones doctrinarias. Porque por una parte Segovia, Martínez Paz y De Gásperi sostuvieron su aplicación puramente objetiva, criterio fundado en que importa una sanción contra la separación de hecho —situación que constituye una violación de la obligación legal de cohabitar que la ley no debe fomentar— y que si bien reconoce un fundamento correcto conduce al inconveniente resultado de que el inocente se vea forzado a promover juicio de divorcio para mantener su derecho hereditario frente al culpable, o bien a instar la reanudación de la vida en común por más afrentosa que le sea. Esa posición fundó una jurisprudencia que se manifestó hasta época relativamente reciente<sup>6</sup>, pero motivó la crítica del resto de la doctrina —Llerena, Machado, Prayones, Lafaille, Fornieles, Rébora, Bihlioni, Borda, Spota, Díaz de Guisjarro, López del Carril, Fassí, Morello, Guastavino— que la entendió aplicable sin distinciones sólo al supuesto de separación de hecho de común acuerdo, pero afirmó que de no ser así la sanción sólo debía tener efecto el culpable de la separación, con lo que se mantiene el derecho hereditario del cónyuge abandonado o del que debe retirarse del hogar en virtud de la conducta culpable del otro, pero que se abstiene de promover la demanda de divorcio.

<sup>6</sup> Cám. Civ. 3-12-1904, Fallos 169-111. Cám. Civ. 1<sup>ª</sup> 8-9-03, La Ley 48-494, Jur. Arg. 947-111-718. Cám. Civ. 2<sup>ª</sup> 10-7-34 Jur. Arg. 43-180. Sup. Corte de Buenos Aires 28-2-46, Jur. Arg. 948-1338. Cám. 1<sup>ª</sup> La Plata 27-3-35, Jur. Arg. 15-484, Cám. 2<sup>ª</sup> La Plata 14-11-50, La Ley 61-708, Jur. Arg. 951-11-68.

La jurisprudencia se inclinó finalmente en ese sentido<sup>6</sup> pero subsistió alguna desorientación debida a la exigencia de voluntad de volver a unirse. En algunos fallos de la Cámara Civil 1<sup>a</sup> inspirados en votos del Dr. Barraquero, y de la Cámara Nacional Civil, Sala E, con voto del Dr. Villar<sup>7</sup> se estableció que lo que la ley sanciona no es la separación de hecho sino la falta de voluntad de unirse, de modo que no debe investigarse la culpabilidad en la separación sino la falta de interés de reanudar la vida en común: si ésta se da en ambos cónyuges, los dos pierden la vocación hereditaria; si en uno sola, únicamente éste. Era un criterio erróneo, ya que es obvio que no puede imponerse la voluntad de reanudar la vida en común a quien se separó en razón de las ofensas recibidas; de lo contrario se vuelve a la imposición de la iniciación del juicio de divorcio a quien quiere mantener su derecho hereditario, lo que no es correcto, pues no existe ningún interés social en que tal juicio se promueva si el cónyuge agraviado se contenta con vivir separado y no desea sacar a relucir públicamente los hechos ocurridos entre él y su consorte. La no voluntad de unirse es un elemento que la ley incluye para caracterizar la separación, distinguiéndola de las transitorias que pueden estar motivadas por razones de fuerza mayor —enfermedades que requieren tratamiento en lugar distinto del domicilio matrimonial, ausencia motivada por razones de trabajo, desempeño de funciones transitorias en lugar alejado, etc.— pero ni la falta de esa voluntad puede ser hábil para privar de derechos a quien se separó justificadamente pero sin promover el juicio de divorcio a que tenía derecho, ni la voluntad de volver a unirse puede borrar la conducta del culpable y obligar al inocente a perdonarlo y reanudar la convivencia, bajo sanción de pérdida del derecho hereditario.

A disipar esas dudas viene la reforma de la ley 17.711, al

<sup>6</sup> Cám. Civ. 1<sup>a</sup>, 12-7-40, La Ley 12-232; 3-10-50, Jur. Arg. 861-1-431, Cám. Civ. 2<sup>a</sup>, 22-6-37, La Ley 7-167; 20-5-49, Jur. Arg. 948-111-81, Cám. Nac. Civ., Sala A, 22-4-55, La Ley 80-140, Jur. Arg. 933-1V-338; 22-12-68, La Ley 126-67, Jur. Arg. 987-111-176, Sala B, 22-9-62, Jur. Arg. 963-1V-24, Sala C, 22-11-41, La Ley 45-524, Jur. Arg. 932-1-197, Sala D, 10-4-53, La Ley 71-224; 22-12-65, Jur. Arg. 967-111-196, Sala F, 20-3-69, La Ley del 10-7-49, t. 134, fallo 63.611, Cám. 1<sup>a</sup> Corrientes 12-12-49, Jur. Arg. 950-1-324, Cám. 2<sup>a</sup> La Plata, 10-6-53, La Ley 71-224; 7-4-64, Diario de Jurisprudencia de Buenos Aires 71-369, Sup. Corte Mendoza 20-8-44, Digesto Jurídico La Ley t. 1, voz "sucesión", sum. 2678, Sup. Trib. de Río Negro 21-5-44, La Ley 114-375, Jur. Arg. 964-VI-536, Cám. 2<sup>a</sup> Santa Fe 15-6-52, Juris 2-31.

<sup>7</sup> Cám. Civ. 1<sup>a</sup>, 14-5-47, La Ley 46-716; 8-9-47, La Ley 48-494, Jur. Arg. 947-111-716, Cám. Nac. Civ., Sala E, 14-7-61, La Ley 104-126, con disidencia del Dr. Calatayud. En el sentido de requerir a la vez la inocencia y la realización sin éxito de gestiones para la reanudación de la vida en común: Sup. Corte de Buenos Aires 28-4-68, Diario de Jurisprudencia de Buenos Aires 79-17.

añadir al art. 3575 el siguiente segundo párrafo: "Si la separación sólo fuere imputable a culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria, siempre que no incurriese en las causas de exclusión previstas en el artículo anterior". Queda así consagrado el criterio correcto, a la vez que se prevé la posibilidad de pérdida del derecho hereditario por parte del inocente de la separación si luego incurre en los hechos que también lo hacen perder al divorciado inocente, esto es, adulterio o actos de grave inconducta moral.

En el primer aspecto, la norma coincide con las propuestas por Babiloni, el proyecto de 1936 (art. 1999, inc. 3ª) y el anteproyecto de 1954 (art. 722, inc. 3ª); no así con el anteproyecto de De Gásperi, que sólo se atiene a la falta de voluntad de unirse del difunto, con lo que sienta el erróneo principio de que el abandono de uno de los cónyuges priva de su sucesión al otro (art. 3294, inc. 3ª).

#### 19. Separación judicial provisoria.

El art. 3575 también priva de derecho sucesorio a los cónyuges separados provisoriamente por decisión judicial. La norma preocupó a Prayones y Lafaille, pues aplicada literalmente daría lugar a que la separación provisoria decretada en el juicio de divorcio privase de derecho sucesorio a ambos cónyuges y la sentencia que declarase la culpa de uno restituyese el derecho del otro. Tal solución no podía sostenerse, de manera que los mencionados 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. La jurisprudencia aplicó siempre en tales casos las mismas soluciones que en la separación de hecho, con lo que llegó a los mismos resultados.

La reforma aclara definitivamente la cuestión en tal sentido, con lo que coincide con Babiloni, el proyecto de 1936 y el anteproyecto de 1954. Pero no advirtió que al modificarse el art. 68 de la ley de matrimonio se suprimió la separación provisoria de los cónyuges como medida cautelar del juicio de divorcio, con lo que se priva de posible aplicación a la solución, aunque el resultado no será distinto, pues la separación producida durante la tramitación del proceso de divorcio deberá considerarse "de hecho".

#### 20. Divorcio vincular.

También viene a solucionar la reforma el problema del derecho hereditario de los cónyuges cuyo divorcio absoluto se decretó durante la vigencia plena del art. 31 de la ley 14.394. En este sentido dispone el art. 6 de la ley 17.711: "En los matrimo-

ños 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 hubiere pedido la disolución del vínculo, contraído nuevos nupcias o incurrido en actos de grave incoherencia moral".

Se consagra así para tal supuesto, doctrinariamente discutido, la solución del fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 22 de noviembre de 1962<sup>11</sup>, según el cual subsistía el derecho hereditario del inocente a menos que después de la sentencia que así lo consideró hubiese incurrido en actos que causaran la caducidad de la vocación sucesoria. Pero se aclaró cuáles serían esos actos. Los cometidos antes del divorcio absoluto quedarían regidos por el nuevo art. 3574, pero de los posteriores se excluye naturalmente el adulterio, pues no podría cometerlo quien no está ya ligado por el deber de fidelidad.

## SEGUNDA PARTE

### LA SUCESIÓN DE LA MUJER VIUDA

#### 21. Antecedentes de la norma.

Bien que no recordado por ninguno de los comentaristas de la reforma, el precedente más remoto de sucesión de la viuda se halla en el primitivo derecho romano. En efecto, contraído el matrimonio cum manu con un *dominus iuris* sujeto a la potestad de su pater, la mujer quedaba sometida a la *manus* de éste, lo que importaba que, aun viuda, heredase al suegro como una hija más (*loco filiae*). Pero caído en desuso el matrimonio cum manu, desapareció el derecho sucesorio intestado de la viuda, y la sucesión ab intestato no volvió a deferirse entre afines en ninguna de las legislaciones antiguas ni modernas.

En Italia, sostuvo Polacco que de haber afines del difunto, al menos en primer grado, no debía ir al Estado la herencia entera sino que por lo menos una parte debía ser asignada a aquéllos; pues si entre suegros o suegras y yernos o nueras existe obligación alimentaria, es justo que en caso de herencia no se los pretiera completamente para atribuir todo al Estado, como si de la familia no quedase ni la más leve sombra. El proyecto de Código Civil fue más allá, atribuyendo en tal caso la totalidad de la herencia a los afines; el art. 138 expresaba en tal sentido: "A quien muere sin dejar parientes en grado de suceder ni cónyuge, suceden en cuotas iguales yernos y nueras, o, en defecto de éstos, suegros y suegras". Pero la disposición propuesta no pasó al texto definitivo del código de 1942.

<sup>11</sup> La Ley 108-642, Jur. Arg. 943-II-189.

En nuestro país, la innovación de acordar derecho sucesorio a la nueva viuda parte del proyecto de 1936, cuyo art. 2001 expresaba: "La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo, no sobrevinieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que hubieren correspondido a su esposo en las dichas sucesiones. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos del art. 1999" (El art. 1999 era el que excluía al cónyuge de la sucesión en los casos de matrimonio in extremis, separación judicial o separación de hecho). El informe de la comisión no dio mayor explicación sobre la norma adoptada que la de haber considerado razonable reconocer tal derecho a la viuda, y el único de sus integrantes que aludió al tema —Martínez Paz— explicó que el propósito era el de reparar los males producidos por una muerte prematura y asegurar, dentro de la familia, la persistencia del vínculo moral indiscutible.

La innovación no debió parecer impropia a quienes más tarde se dieron a la tarea de reformar la legislación civil, pues con sólo modificaciones formales la disposición fue repetida en el art. 723 del anteproyecto de 1954 y en el art. 3296 del anteproyecto de De Gasperi. Explicó el autor de este último que es una norma justiciera para la viuda que las más de las veces carece de recursos para subsistir, y que le permite concurrir a la sucesión de los suegros por un derecho que no es de representación sino propio.

La reforma de 1968 adoptó casi textualmente la disposición del proyecto de 1936. Expresa, en efecto, el nuevo art. 3576 bis: "La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo, no sobrevinieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que hubiese correspondido a su esposo en dichas sucesiones. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos de los arts. 3573, 3574 y 3575 o si hubiere incurrido en actos de notoria inconducta moral". Varios e importantes son los problemas a que ha dado lugar esta norma entre quienes hasta ahora la han glossado.

## 22. Fundamento.

Uno de los interrogantes que se plantea, y que parecería puramente teórico pero tiene sus implicancias prácticas, es el de establecer cuál es el fundamento del nuevo derecho sucesorio creado, el vínculo familiar existente —parentesco por afinidad— o un motivo puramente asistencial.

En el primer sentido se inclina Salas, quien considera claro que el fundamento no puede ser asistencial, pues nada obsta para que la nueva rica suceda a suegros pobres, aun en concurrencia con cuñados quizás aún más pobres.

En cambio, Moreno Dubois compara la situación con el originario derecho sucesorio de la viuda pobre e indotada y otros antecedentes históricos y de derecho comparado, y piensa que la voluntad del legislador ha sido la de proteger a la beneficiaria de la norma, ya que sólo le acuerda el derecho cuando permanece viuda y no tiene hijos; es decir, en los casos en que no le asiste ni el derecho alimentario contra el nuevo cónyuge o los hijos, ni el usufructo de los bienes de éstos de ser menores. Estima que la falta de consideración de su situación económica no altera esa situación, y entre otras razones añade que si el fundamento fuese el vínculo no habría por qué haber excluido de igual derecho al yerno. Del mismo parecer es Goyena Copello.

En una tercera posición, Maffia entiende que una y otra explicación no son excluyentes, sino que se integran y juntas dan el fundamento del precepto. Y en el mismo orden de ideas, Guastavino expone que el derecho sucesorio de la nuera tiene como presupuesto el vínculo de afinidad existente con los suegros, en tanto que su finalidad específica consiste en satisfacer la necesidad de una mayor protección o asistencia.

### 23. *Naturaleza jurídica del derecho acordado.*

Varias posiciones se han sustentado con relación a la caracterización de la naturaleza jurídica del derecho sucesorio acordado a la nuera viuda. Se discute si es heredera —y de serlo, si por derecho de representación anómala o por derecho propio—, legataria de cuota legal, legitimaria no heredera, heredera de vocación limitada o sucesora universal no heredera. Consideraré los fundamentos de cada doctrina según sus expositores, sus principales consecuencias, y las objeciones que merecen.

a) *Heredera por derecho de representación anómala.* — Plantea Salas el problema de si se trata de una heredera o de una "legataria legal", de cuota. Cree que el texto de la norma da pie para esta última interpretación, pero a pesar de eso considera preferible la primera, pues su inclusión en el capítulo referente a la sucesión de los cónyuges parece tender a establecer una especie de representación anómala, ya que se trata de remediar la preterencia del marido.

Como consecuencia de la calidad de heredera que le atribuya, entiende que a falta de descendientes, ascendientes y colaterales debe atribuírsele la totalidad de la herencia, sin que en tal caso su vocación quede limitada al cuarto y se entreguen los tres cuartos restantes al fisco.

A mi juicio, existen razones fundamentales para no aceptar que la nuera viuda sea heredera, ya que no concurren en ella elementos esenciales para asignarle tal calidad. En primer lugar, es característica del heredero la vocación universal, y esa voca-



ción aquí no se presenta, ya que la propia ley limita su derecho a una cuota de lo que hubiese correspondido en la sucesión a su marido de haber vivido; resulta claro, pues, el propósito de que no reciba más allá de esa porción, o, en definitiva, que jamás pueda recibir más de la cuarta parte de la herencia, situación que se presenta en el caso en que a su difunto esposo le hubiese correspondido la totalidad. Por otra parte, quienes la consideran heredera sólo estiman que tiene vocación universal frente al fisco, de manera que de haber colaterales serían éstas las que recibirían los tres cuartos restantes y sólo en su ausencia se le acordaría la totalidad; la solución no es posible, pues de reconocérsela calidad de heredera no excluiría sólo al fisco sino también a los colaterales, que se encuentran en un orden sucesorio posterior al del cónyuge. Se trata de una arbitrariedad interpretativa sin apoyo legal.

En segundo término, el heredero de grado más próximo excluye al de grado más remoto (Cód. Civil, art. 3548). Y esa situación no se da en la nueva viuda, que no excluye a los parientes de grado más remoto sino que concurre con ellos. A falta de otros hijos del causante, los tres cuartos restantes de la herencia son deferidos a ascendientes o colaterales.

Tampoco puede considerarse que suceda por representación del marido premuerto. Se ha señalado que no hay representación, ni aun anómala, porque el derecho de representación sólo se da en la línea recta descendente y respecto de los descendientes de los hermanos (Cód. Civil, art. 3549), y porque los representantes suceden en toda la porción del representado y no en una parte de ella (Cód. Civil, art. 3549). Entiendo que esas consideraciones no son decisivas, pues nada obsta para que otras disposiciones de la ley establezcan un derecho de representación parcial o en diferentes líneas. En cambio, el derecho de la nueva se diferencia fundamentalmente del derecho de representación en los siguientes aspectos: 1º) El representante concurre con los herederos de igual grado y excluye a los de grado más remoto; la nueva viuda, en cambio, concurre no sólo con los herederos de igual grado que su esposo premuerto sino también con los de grado más remoto y aun con el fisco; 2º) El representante concurre a la sucesión no sólo en el caso de premuerte del representado sino también en los casos de renuncia (art. 3554), indignidad (art. 3501) y desheredación (art. 3749); la nueva sólo en caso de premuerte del marido, no en los de renuncia, indignidad y desheredación, en los que no reuniría la condición requerida en el art. 3576 bis por no ser viuda.

b) *Heredera por derecho propio.* — Guastavino comparte la opinión de que es heredera, pero afirma que no lo es por derecho de representación, sino por derecho propio. En defensa de la calidad de heredera invoca la ubicación del art. 3576 bis dentro

del capítulo referente a la sucesión del cónyuge, la aplicación de las causales de pérdida de la vocación hereditaria relativas a éste y no las normas sobre caducidad de los legados, la aplicabilidad de la limitación de su derecho a una cuarta parte sólo cuando concurre con otros herederos. Y para concluir que hereda por derecho propio y no por representación se apoya en la ubicación del artículo en el título referente al orden de las sucesiones intestadas y no en la parte relativa al derecho de representación, en que el hecho de suplir una premortencia no implica necesariamente representación, en no ser descendiente del premuerto, en no recibir la misma parte de la herencia que habría correspondido a éste sino sólo una porción, en la inaplicabilidad del requisito de habilidad para suceder al causante (art. 3331) y en la no exclusión de los otros herederos. Del mismo parecer es López del Carril.

Del carácter de heredera por derecho propio se extraen las siguientes consecuencias: 1º) Tiene derecho de acrecer, por lo que si es única sucesora excluye al fisco; 2º) Goza de la presunción de aceptación beneficiaria de la herencia (art. 3363), pero puede asumir responsabilidad *ultra vires* en los casos previstos por la ley (arts. 3363, 3366 y 3404); 3º) Tiene derecho de intervenir en la administración y en la partición de la herencia.

Esta tesis mereció las mismas objeciones que la anterior, ya que si bien no la considera representante del esposo prefallido, incurre en el error de asignarle una vocación universal que la ley le niega expresamente.

c) *Legataria legal de cuota*. — Por considerarla legataria de cuota "ex lege" se inclina Moreno Dubois, quien niega que sea heredera y que tenga derecho de representación. Estima que es legataria por tratarse de un sucesor *mortis causa* que no puede ser identificado con el heredero; de cuota porque recibe una parte alícuota del acervo, y "ex lege" porque su derecho proviene de la voluntad de la ley y no de la del causante. Lambias admite que podría calificársela de legataria legal de cuota, pero señala que de todas maneras diferiría del legatario de cuota por su carácter forzoso.

De considerarla legataria de cuota "ex lege" se extraerían las siguientes consecuencias: 1º) Carece de vocación universal, y de ninguna manera puede recibir más de la cuarta parte del acervo; 2º) No responde *ultra vires* ni sus cuando incurra en actos que la ley veda al heredero beneficiario; 3º) Su aceptación se presume mientras no medie renuncia expresa de su derecho (art. 3804); 4º) Se aplicarían las causas de ingratitud del art. 3843.

De legados "ex lege" se habla en la doctrina alemana, italiana y española. El código alemán reconoce en su art. 1932 al cónyuge que concurre con parientes del segundo orden sucesorio

(padre y madre, y sus descendientes) o con abuelos, el derecho de retirar de la sucesión, fuera de su parte hereditaria, los objetos del hogar que no sean accesorios del inmueble y los regalos de bodas, y somete ese beneficio a las normas relativas a los legados. El art. 1969 obliga al heredero a suministrar alimentos durante los 30 días siguientes a la muerte del causante a los miembros de la familia de éste que al momento de la muerte convivían en su hogar y recibían alimentos de él; también en este caso se aplican las normas de los legados. La doctrina alemana ve en estos supuestos, casos de legados legales.

La doctrina italiana considera que hay legados "ex lege" cuando la ley acuerda a determinadas personas derechos sucesorios diferentes de la universalidad de los bienes o de una cuota de ellos; tales, los casos en que el cónyuge superviviente sucede en el usufructo, la asignación vitalicia concedida al hijo natural no reconocido o no reconocible, y la sucesión legítima del Estado. También en la doctrina española y en la uruguayaya se ha sostenido la existencia de legados legales en supuestos semejantes.

Participo de la opinión de que no se trata de un legado legal de cuota, aunque quizás en el fondo se trate de una cuestión de denominación. Pero me parece que lo fundamental para negar esa calidad es que en nuestro derecho son legados las liberalidades hechas por el causante en su testamento, sin que se conozcan legados legales; y no serían aplicables las normas referentes a los legados en general, ni aun supletoriamente, pues en caso de ser preciso llenar vacías legales habría acudir en primer lugar a las disposiciones relativas al legatario de cuota y en segundo término a las referentes al heredero, ya que es obvio que si inclusive en el supuesto del legado de cuota la situación legal se asemeja más a la del heredero que a la del legatario particular, más aún ocurre así en el caso de la viuda.

d) *Legitimario no heredero*. — Tras refutar las tesis de que es heredera y de que es legataria de cuota "ex lege", Matia sostiene que se trata de una legitimaria no heredera. Legitimaria, porque en virtud del art. 3592 del Código, que se remite a los cinco primeros capítulos del título anterior —en los que está comprendido el art. 3576 bis— lo es; mas no heredera, por falta de vocación al todo.

De esa posición concluye que no continúa la persona del causante, no representa a la masa sucesoria, no es propietaria de la universalidad ni de los elementos que la componen, no responde *ultra vires*, no debe ni le es debida relación, y es un copropietario virtual de la herencia, cuyo derecho a la partición se subordina al de los acreedores hereditarios.

Aunque positivamente cierto que es legitimaria y no es heredera, considero que no queda con esto fijado su carácter. El supuesto típico de legitimario no heredero era, en el Código, el que

hacia uso del derecho acordado por el art. 3354; es decir, quien renunciaba a la herencia sin perjuicio de tomar su legítima. Esa posibilidad no existe ya, por la derogación del mencionado artículo, pero eso no quita que puedan aún existir legitimarios no herederos: tales, los que han recibido su legítima o más que ella por donaciones hechas por el testador en vida, por legados, o por ambas cosas a la vez, y se encuentren frente a heredero instituido en el testamento, que nada podrán reclamar a éste ni a otros beneficiarios; o los que por haber recibido menos que su legítima sólo pueden pedir el complemento de ésta (art. 3400), o aun preteridos —conforme con el nuevo régimen de la preterición— sólo tienen derecho de reclamar su legítima (art. 3715). En todos esos casos, el derecho del legitimario no heredero se agota con la entrega de su legítima, pero esa situación no impide que pueda llegar a ser heredero además de legitimario si no existen herederos instituidos, si los hay pero repudian la herencia o son declarados indignos o si el testador no ha distribuido la totalidad de sus bienes.

En cambio, la viuda es legitimaria que jamás puede llegar a ser heredera, ya que su derecho se detiene en el límite máximo que la ley le fija: el cuarto del acervo.

e) *Heredero de vocación limitada.* — Sostiene Molinario que el derecho sucesorio de la viuda configura un derecho hereditario de vocación limitada. Explica que la circunstancia de que hasta la sanción de la ley 17.711 hubiese sido nota esencial para investir la calidad de heredero el llamado a la universalidad, no es obstáculo para que desde la vigencia de esa ley se admita que en nuestro derecho existen dos clases de herederos, ambos sucesores universales, pero uno con vocación al todo y otro con vocación limitada. Y que la existencia de herederos con vocación limitada no constituye una novedad, pues existen los siguientes antecedentes: en derecho romano, la consideración como heredero del legatario de cosa cierta a falta de institución de herederos, con el fin de que continuase el culto familiar; en el código alemán, la institución de heredero por parte alicuota, que no otorga derecho de acrecer por sobre esa cuota (art. 2088); en el anteproyecto de Biliboni, que reemplaza la figura del legatario de cuota por la del heredero de institución limitada a una fracción de la herencia; en el proyecto de 1836, que siguió igual sistema (arts. 2068 y 2068); y en el anteproyecto de 1954, que aclaró aún más el régimen de los anteriores, al establecer que el heredero instituido en una fracción de la herencia no tiene vocación a la universalidad si el testador no se la confiere, que si las fracciones exceden de la unidad se reducen proporcionalmente, y que si no alcanzan a ella el remanente corresponde a los herederos legítimos, salvo en caso de no haberlos, en que se aumentan proporcionalmente.

La diferencia esencial entre que se la considere legataria legal o heredera de vocación limitada radica en el régimen de aceptación y de responsabilidad. De ser legataria legal, su aceptación se presume y nunca responde *ultra vires*; de ser heredera de vocación limitada, es necesaria la aceptación de la herencia, y rige la presunción de aceptación beneficiaria, con las excepciones legales.

Entiendo que no existe mayor inconveniente en aceptar esta tesis, pero de todas maneras cabe señalar que en todos los precedentes citados por su sostenedor, la calidad de heredero de vocación limitada deriva de la voluntad del testador y no de la ley. Por otra parte, se trata de regímenes sucesorios en que se suprime la figura del legatario de cuota para reemplazarla por la del heredero con vocación limitada, y esa supresión no se ha producido en nuestro Código. Por lo tanto, no existe razón para que no se le apliquen en primer lugar las soluciones relativas al legatario de cuota, ya que existe mayor similitud con éste que con el heredero.

f) *Sucesora universal no heredera.* — He dejado para último término la posición a mi juicio más clara y adecuada, expuesta por Lamblas, quien considera que se trata de un supuesto particular o sui generis de sucesora universal no heredera. Sucesora universal porque recibe una fracción o cuota de la universalidad de bienes transmitida (art. 3263); no heredera porque su llamado no alcanza potencialmente al todo sino sólo a una fracción, en la cual queda confinada su vocación sucesoria.

Entiendo que esta es la posición más adecuada, pues evita someter una situación nueva a moldes rígidos anteriores que no compaginan con ella. La prueba está en que casi todos los que han intentado asimilarla a otra figura debieron establecer diferencias con ésta. Así, quienes consideraron que hereda por derecho de representación debieron agregar que se trataba de un derecho de representación andámico, quienes como legataria de cuota, que es un legado de cuota legal, y quien heredera, heredera con vocación limitada. Quizás todas esas posiciones tengan algo de razón, pues algún ingrediente del derecho de representación hay en quien requiere el postfallecimiento de un heredero para suceder, algo del legado de cuota existe en el derecho del que no puede acrecer más allá de cierta porción de la herencia, y también algo de heredero en quien recibe su llamado de la ley y no del testamento. Pero esa reunión de elementos diversos sólo puede conducir a la conclusión de que se trata de una figura de caracteres particulares.

Esos caracteres la sitúan dentro de los sucesores universales no herederos, ya que en nuestro código "sucesor universal es aquel a quien pasa todo, o una parte alícuota del patrimonio de otra persona" (art. 3263), y la nueva viuda recibe una alícuota

de la herencia. Mas no es heredera, porque carece de vocación al todo. Se halla, pues, entre los sucesores universales no herederos, que son el legatario de cuota y el legitimario no heredero, pero su situación es parcialmente diferente de uno y de otro.

#### 24. Caracteres del derecho sucesorio de la nuera.

Fijada la naturaleza jurídica del derecho acordado a la nuera, considerándola sucesora universal no heredera del causante, corresponde establecer cuáles son los caracteres de tal derecho.

En primer lugar, carece de vocación universal o vocación al todo; es decir, de la posibilidad de recibir la totalidad de la herencia en caso de no concurrir otros sucesores legítimos o testamentarios. Su máximo derecho es el de recibir la cuarta parte del acervo, que se da en el caso en que de haber vivido su esposo hubiese sido heredero único. Pero no debe confundirse la falta de vocación universal con la falta de derecho de acrecer, que lo tiene, aunque limitado. Por ejemplo si el causante tiene dos hijos, uno prefallcido, a la esposa de éste le corresponde un octavo de la herencia (un cuarto de la mitad, que es la porción que le habría correspondido al esposo de haber vivido); pero si el hijo sobreviviente renuncia a la herencia, acrece a un cuarto de ésta, ya que en tal situación al marido prefallcido le habría correspondido el total. Es un derecho de acrecer limitado a la cuarta parte de la herencia, similar al de los colegatarios de cuota, que lo tienen dentro de la cuota legada <sup>12</sup>.

Por analógica aplicación de las normas que rigen a los legados de cuota, se presume la aceptación de su porción en tanto no medie renuncia expresa (art. 3804), pero debe pedir su entrega (arts. 3767 y 3788). Responde con su porción por la parte proporcional de las deudas del causante, pero nunca ultra vires (arts. 3499 y 3500). Tiene derecho a los frutos y productos de los bienes de la herencia desde que solicitó la entrega de su porción. Y tiene derecho de intervenir en el juicio sucesorio y en la administración de los bienes, ya que está interesada en el inventario, el avalúo, la partición y en la gestión de los bienes en tanto la división no se lleve a cabo.

Es legitimaria, y su legítima es de 1/4 de la que habría correspondido a su esposo. O sea 1/5 si éste era hijo legítimo o adoptivo, y 1/8 si era hijo extramatrimonial. En esto la doctrina concuerda, con la sola excepción de Goyena Copello quien, con evidente error, le niega carácter de legitimaria, fundado en la falta de norma expresa que fije su legítima; parece obvio que

<sup>12</sup> Por ejemplo, si el causante dispone: "Lego la mitad de más bienes a Juan, Pedro y Diego", y Juan renuncia al legado, Pedro y Diego —que de concurrir los tres recibirían cada uno 1/6— aumentan su derecho a 1/4.

si le asiste derecho de recibir una cuarta parte de lo que habría recibido el marido, no puede ser privada de la cuarta parte de lo que no habría podido ser privado éste, sin que obste a ello la inexistencia de una disposición concreta que establezca el monto de su legítima, ya que ésta puede extraerse por deducción, y que el art. 3578 bis está comprendido en uno de los capítulos a los cuales alude, para expresar quiénes son legitimarios, el art. 3592.

Más complejo es el problema de si debe o no colación. Coincidió con Guastavino en que debe colacionar las donaciones recibidas del suegro después de muerto el marido, porque entonces ya es legitimaria (art. 3476), como también en que no debe colacionar las recibidas antes, porque en virtud de la segunda parte del art. 3481 el esposo no debe colacionar lo donado a su esposa por su padre o madre<sup>12</sup>, de manera que la colación no incide en el cálculo de la porción que corresponde al hijo, y por implicancia, tampoco en la porción de la nuera, que se calcula sobre aquélla.

En cambio, disiento parcialmente con dicho autor cuando sostiene que no debe colacionar las donaciones hechas al marido premuerto. Porque entonces no es de aplicación la norma recién mencionada, que se refiere a las donaciones hechas por el suegro o la suegra al yerno o nuera, y aquí se trata de donaciones hechas al hijo. A mi juicio, la solución es colacionar la donación para calcular la parte del hijo, y luego determinar el cuarto de la nuera<sup>13</sup>.

## 25. Requisitos de su derecho sucesorio

Los requisitos para que se dé este derecho sucesorio son los siguientes:

- 1º) Que se trate de la nuera. No está comprendida, pues, la nieta o la bisnieta política viuda.
- 2º) Que sea viuda al abrirse la sucesión. Es decir, que su marido haya fallecido antes que su suegro, y que no haya con-

<sup>12</sup> Art. 3481. — Los padres no están obligados a colacionar en la herencia de sus ascendientes, lo donado a un hijo por aquéllos; ni el esposo o la esposa, lo donado a su consorte por el suegro o suegra, aunque el donante disponga expresamente lo contrario.

<sup>13</sup> Por ejemplo: El causante tiene 2 hijos, de los cuales uno muere antes que él dejando viuda sin hijos y el otro sobrevive. En vida donó a su hijo premuerto \$ 2.000.000 y al morir deja un activo líquido de \$ 8.000.000.

Si no debiese colacionarse lo recibido en vida por el premuerto la nuera viuda recibiría \$ 1.000.000, que es el cuarto de la mitad que habría correspondido al hijo si hubiera sobrevivido, precludiendo de la colación.

En cambio, si se tiene en cuenta la colación para calcular la parte del hijo, la masa de cálculo es de \$ 10.000.000 m/m. De sobrevivir le

traído nuevas nupcias antes de la muerte de éste. Es indiferente que el marido prefallcido haya sido hijo legítimo, adoptivo o ilegítimo.

Si el marido está ausente con presunción de fallecimiento, se aplica la misma solución aunque no sea precisamente viuda sino presenta viuda, sin perjuicio de que en caso de reaparecer el marido debe devolver a éste lo recibido (arg. arts. 28 y 29 de la ley 14.384), ni de la limitación temporaria de su derecho de disponer de los bienes (arts. 28 y 30, ley cit.).

También rige su derecho en caso de matrimonio putativo con buena fe de ella, siempre que la nulidad se declare después de la muerte del marido (arg. arts. 87 y 88 de la ley de matrimonio).

En caso de divorcio vincular anterior a la muerte del marido entiende Maffia que ningún derecho tiene, porque no es viuda, a pesar de lo dispuesto en el art. 8 de la ley 17.711. En mi parecer, cabe la aplicación analógica de esta norma, por lo que mantendría su derecho si no fue ella quien pidió la disolución del vínculo ni contrajo nuevo matrimonio.

3º) Que no tenga hijos o éstos hayan fallecido. Existe consenso en la doctrina respecto de que por "hijos" debe entenderse "descendientes", no sólo porque en muchas ocasiones el código utiliza aquella palabra con ese sentido amplio, sino también porque los descendientes de grado ulterior heredarán por representación del hijo, con lo que excluyen a la nuera.

Delicado problema es el de establecer si la ley se refiere a los hijos que sean descendientes del causante, es decir, los engendrados por el marido premuerto, o están comprendidos los hijos de la viuda que no lo sean de aquél. Por cierto, el problema se da respecto de los hijos anteriores al matrimonio, porque si fuesen posteriores la nuera estaría excluida por su adulterio o por su inconducta ulterior a la viudez. Consideran que son los hijos del marido premuerto Salas, Moreno Dubois, Guastavino y Lambias, especialmente en razón de que los hijos de la viuda que no lo son de su marido tampoco son herederos del padre de éste, de modo que no la excluyen; en cambio, Maffia —con quien concuerda en este aspecto Goyena Copello— afirma que se trata de cualesquier hijos, ya que la ley no distingue y además se da la contrapartida de que los hijos del marido que no lo sean de ella heredan por representación de su padre y no excluyen a la viuda. Sin dejar de reconocer lo lógico de este razonamiento, creo pre-

habrían correspondido \$ 3.000.000, ya que los \$ 2.000.000 para completar su mitad los había recibido por donación. De manera que a la nuera le corresponde 1/4 de \$ 3.000.000, es decir, \$ 750.000.

Pero de ninguna manera debe colacionar la donación con relación a su parte, pues entonces los \$ 2.000.000 recibidos por el hijo prefallido absorberían totalmente su porción.



ferible la primera solución, pues más que ser la falta de hijos un requisito del derecho de la nuera parece que su existencia la excluyese, de donde debe tratarse de hijos del marido.

Conforme con lo dicho por Guastavino, y con la conclusión precedente, no la excluyen los hijos adoptivos —aunque sean adoptados también por el marido premuerto— pues no son herederos del padre o madre del adoptante (art. 12, 2ª parte, ley 13.252).

Si el hijo o los hijos de la viuda renuncian a la herencia del abuelo o son indignos o desheredados, se plantea igual disidencia. Salas, Guastavino y Liambás entienden que en tal caso la nuera recibe su porción, pues el renunciante se considera como inexistente a los efectos sucesorios (art. 3353) y en los demás casos la situación es similar. En cambio, Maffia y López del Carril entienden que no por esas situaciones deja de ser la viuda una viuda con hijos, por lo que quedaría excluida. A mi juicio, la viuda debe recibir su porción siempre que los hijos renunciantes, indignos o desheredados no sean representados por sus descendientes, pues la existencia de éstos la excluiría.

## 26. Exclusión.

La nuera viuda queda excluida de la sucesión de los suegros en los siguientes casos:

1º) Si su matrimonio fue in extremis y el marido falleció dentro de los 30 días de la enfermedad que lo aquejaba entonces, salvo que hubiese habido concubinato anterior (art. 3573).

2º) Si fue culpable del divorcio o si después de éste y antes de enviudar incurrió en adulterio o en actos de grave inconducta moral (art. 3574).

3º) Si vivía separada de hecho de su marido sin voluntad de unirse, por consenso mutuo o culpa de ella, o cuando sin su culpa en la separación hubiese incurrido —antes de la viudez— en adulterio o actos de grave inconducta moral (art. 3575).

4º) Cuando después de la viudez hubiese incurrido en actos de notoria inconducta moral (art. 3578 his, última parte).

Producida la viudez, la ley exige para la extinción del derecho sucesorio que la inconducta sea notoria y no simplemente grave. Debe tratarse, como dice López del Carril, de inconducta pública y a sabiendas de todos. No bastarían, pues, las relaciones sexuales mantenidas más o menos ocultas, pero sí el concubinato, que es una situación evidentemente notoria. Por otra parte, aquí la inconducta moral debe ser apreciada de distinta manera que en los arts. 3574 y 3575; en éstos, queda excluida la inconducta

especial por haber sido objeto de previsión expresa; en cambio, en el 3576 bis está incluida.

Todo ello, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre indignidad, y aun las de la desheredación, pues puede considerársela descendiente por afinidad (arts. 3744 y 3747). Mas no las de revocación de legados por ingratitud (art. 3843), pues a pesar de su analogía con la figura del legatario de cuota, su vocación legítima hace más aplicables las disposiciones que privan de ella que de la vocación testamentaria.

## 27. División de la herencia.

Para dividir la herencia a la cual concurre la viuda debe efectuarse una doble operación: primero calcular la parte que habría correspondido al marido premuerto y extraer el cuarto; luego, distribuir el resto precindiendo de la viuda.

Por ejemplo, si el causante tuvo tres hijos, uno premuerto. De haber sobrevivido éste, le correspondería  $1/3$ , luego a la viuda le toca  $1/4$  de  $1/3$ , o sea  $1/12$ . El resto lo dividen por cabezas los otros dos hijos,  $11/24$  cada uno.

Si tuvo dos hijos —uno premuerto— y cónyuge, sobre los bienes propios igual división. Sobre los gananciales, a cada hijo correspondría  $1/2$ . Luego, a la viuda le corresponde  $1/4$  de  $1/2$ , que es  $1/8$ , al hijo sobreviviente  $7/8$ .

Si deja padre legítimo, un hijo extramatrimonial y la viuda del hijo legítimo premuerto. A éste correspondrían  $2/3$ , pues excluiría al padre legítimo y concurriría con el hijo ilegítimo tomando el doble que éste. Luego la viuda recibe  $1/6$  ( $1/4$  de  $2/3$ ) y el resto se distribuye entre el hijo ilegítimo y el padre legítimo, por partes iguales ( $5/12$  cada uno).

He de aclarar que yerran Zannoni y López del Carril, quienes efectúan el cálculo mediante la aplicación del procedimiento del art. 3579 y su nota. Pues no es lo mismo heredar el cuarto de lo que habría correspondido al hijo prefallecido que el cuarto de lo que reciben los otros hijos. Así, en el primero de los ejemplos puestos más arriba, el resultado de esa errónea interpretación sería asignar  $1/9$  a la viuda y  $4/9$  a cada hijo, pero  $1/9$  no es "la cuarta parte de los bienes que hubieran correspondido al esposo".

## 28. Apreciación crítica de la reforma.

Algunas objeciones.

Así, Salas y Goyena Copello objetan que no se haya dado igual derecho al yerno. Coincido con Llambías en que objeción no es valedera. No sólo por la existencia de una personalidad distinta que justifica un tratamiento jurídico difer-

para el varón y la mujer —argumento de dicho autor— sino también porque la norma viene a contemplar fundamentalmente la situación de la mujer viuda cuyo marido no deja gananciales y que puede haber tenido una situación desahogada durante el matrimonio y la pierde luego, a la vez que con la muerte de los suegros pierde el derecho alimentario respecto de los afines. En tal caso, parece justo que la viuda reciba por lo menos algo de lo que habría recibido su marido si sobreviviese, y que habría recibido indirectamente de haber muerto primero los suegros y luego el marido. No rigen las mismas razones para el viudo, que tal como debió sostener el hogar debe sostenerse luego a sí mismo y no aguardar la herencia que habría recibido su esposa. Por otra parte, nada tiene que hacer aquí la igualdad jurídica de los cónyuges, que no obsta al tratamiento preferente para la mujer en los casos en que la ley pueda remediar desigualdades naturales (como, por ejemplo, en el art. 85 inc. 3º de la ley de matrimonio, o en el propio régimen de los bienes gananciales, ya que la actividad económica fundamental sigue siendo desplegada —en la mayoría de los casos— por el marido).

Crítica Salas la falta de reciprocidad, pues no se acuerda a los suegros derecho sucesorio en la sucesión de la nuera. También cabe replicar, con Llambías, que no siempre el derecho sucesorio es recíproco: el nieto ilegítimo hereda al abuelo si no hay doble generación ilegítima (art. 3582), pero el abuelo nunca hereda al nieto ilegítimo (arts. 3582 y 3584).

Mayor es el embate que lleva contra la nuestra norma Molinario, quien de ninguna manera acepta la concesión de derecho sucesorio a los afines.

A mi juicio, si una norma se considera justa, la falta de precedentes legales o de concordancia con el sistema tradicional de distribución de la sucesión intestada no puede ser un obstáculo fundamental para su consagración. Por mi parte, habría ido más allá, concediendo a la viuda derecho de representación en la sucesión de los ascendientes de su marido premuerto a falta de hijos que ejerzan ese derecho de representación. De tal modo, sin crear figuras nuevas se mantendría el orden lógico de la transmisión de los bienes sin perjuicio para nadie. Porque si el derecho de representación se acuerda a los nietos cuando la naturaleza trastorna ese orden lógico poniendo fin a la vida del hijo antes que a la del padre, y permite así que el nieto herede bienes que de otro modo habría heredado su padre y luego aquél de éste, no puede desconocerse que también es lo ordinario que la mujer sobreviva al hombre. De manera que también resulta perjudicada la mujer cuyo marido muere antes que su suegro, ya que de no ser así aquél habría heredado a éste, y presumiblemente ella al marido; el otorgamiento de derecho de representación a falta de hijos volvería las cosas a su orden normal.

## TERCERA PARTE

### LA SUCESIÓN DE LOS COLATERALES

#### 29. Limitación del derecho sucesorio intestado.

Disponía el art. 3585 del Código: "No habiendo descendientes ni ascendientes, ni viudo o viuda, ni hijos naturales, heredarán el difunto sus parientes colaterales más próximos en grado hasta el sexto inclusive, salvo el derecho de representación para concurrir los sobrinos con sus tíos. Los iguales en grado heredarán por partes iguales."

Modifica dicha disposición la ley 17.711, que deja redactada la primera parte del art. 3585 en la siguiente forma: "No habiendo descendientes ni ascendientes, ni viudo o viuda, ni hijos extramatrimoniales, heredarán el difunto sus parientes colaterales más próximos hasta el cuarto grado inclusive, salvo el derecho de representación para concurrir los sobrinos con sus tíos. Los iguales en grado heredarán por partes iguales."

La primera modificación es formal y consiste en reemplazar la calificación de "naturales" por "extramatrimoniales" con relación a los hijos; concuerda así el artículo con el régimen establecido en la ley 14.367, por el cual todos los hijos nacidos fuera de matrimonio tienen derecho sucesorio intestado en la sucesión de sus padres, y no sólo los naturales. Lamentablemente, no se ha aprovechado la oportunidad para corregir otras dos deficiencias formales del artículo: la omisión de la calificación de "legítimos" al referirse a los ascendientes y descendientes, y el no haber contemplado a los padres naturales, ya que también éstos excluyen de la sucesión a los colaterales (art. 3584).

En cuanto a la reforma de fondo, consiste en limitar el derecho sucesorio a los parientes en cuarto grado, en lugar del sexto como en el sistema anterior. Concordantemente, la ley 17.940 cambió la palabra "sexto" por "cuarto" en el art. 3545.

La modificación responde a lo propuesto en el anteproyecto de 1854 (art. 730, último párrafo), no así al anteproyecto de Bibilioni, al proyecto de 1936 ni al anteproyecto de De Gásperi, todos los cuales mantenían la sucesión ab intestato hasta el sexto grado; a pesar de ello, Lafaille también sostenía que debía reducirse el marco hereditario del Código Civil para que los bienes fuesen recogidos por la comunidad a falta de parientes próximos.

La tendencia restrictiva se manifiesta en el derecho comparado. Así, el Código Napoleón reconocía el derecho sucesorio intestado hasta el 12º grado, pero la ley del 31 de diciembre de 1917 lo redujo al cuarto, manteniéndolo a la vez hasta el 12º en los casos en que el difunto era incapaz de testar y no estaba sujeto a interdicción legal. En España, las Partidas lo llevaban hasta el 10º grado; lo mismo propuso el proyecto de 1851, pero

el código lo limitó al 6º y un decreto-ley de 1928 al 4º. El código uruguayo lo fijaba en el 10º grado, pero se lo redujo al 6º en 1910 y al 4º en 1931. Establecen el límite en el 6º grado el código venezolano de 1942 (art. 829); en el 6º grado los códigos chileno (art. 962), brasileño (art. 1612) y portugués de 1966 (art. 2150); en el 4º grado el código mejicano de 1928 (art. 1836), el peruano de 1936 (art. 760) y el colombiano (art. 1051).

La reforma importa una consecuencia en cuanto al derecho de representación. Por aplicación de la regla del art. 3551, la representación de los descendientes de los hermanos sólo alcanza hasta los nietos; los bisnietos quedarían excluidos por ser parientes en quinto grado. Desde otro punto de vista, limita el alcance de la familia en sentido jurídico hasta los parientes en 4º grado, ya que más allá el parentesco no produce efecto jurídico alguno.

### 30. Colaterales extramatrimoniales.

Aunque las Partidas (Partida 6ª, tit. XIII, ley 12), el Código Napoleón (art. 766) y el chileno (art. 993) reconocían derecho sucesorio intestado a los hermanos naturales, Vélez Sarsfield no dio solución explícita a este punto. Sólo resultaba indudable del art. 3582 —según el cual el hijo natural no hereda a los parientes legítimos de sus padres ni éstos a aquél— que no existía tal derecho entre el hermano que fuese hijo natural y el que fuese hijo legítimo. Restaba, pues, la duda del caso en que ambos fuesen hijos naturales.

Aunque Machado, Martínez Paz y Llambías sostuvieron la solución negativa —fundados en esencia en que al referirse el art. 3585 a los colaterales sólo comprende a los parientes legítimos, ya que de lo contrario debería reconocerse vocación a todos los colaterales ilegítimos y no sólo a los hermanos, en contradicción con el art. 3582 que la niega entre abuelo y nieto natural, y en la falta de texto expreso que la otorgue— la mayoría de la doctrina nacional se inclinó por la afirmativa, aunque más no fuese por la interpretación a contrario sensu del 3583 o por preferir al hermano sobre el físico. En tal sentido se pronunciaron Segovia, Llerena, Prayones, Lafaille, Fornieles, Spota, Colombo, Dassen, Portas, Salas, Burda y De Gáspari. La jurisprudencia predominante acogió la misma interpretación.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Cámara Civil de la Capital, 31-3-1928, Fallos 100-234; 29-12-1898, Fallos 111-365, Cámara Civil 2ª, 15-6-18, Gaceta del Foro 14-281; 13-11-31, Gaceta del Foro 25-287; 23-12-45, La Ley 41-321, Cámara Civil 2ª, 23-7-37, Gaceta del Foro 9-243; 14-11-30, La Ley 16-763, 29-10-47, La Ley 48-310, Suprema Corte de Buenos Aires 20-6-53, La Ley 71-503, Jur. Arg. 953-117-401, Sup. Corte Tucumán, 2-3-48, La Ley 52-921, Jur. Arg. 948-17-54, Sup. Trib. Corrientes, 22-9-48, Jur. Arg. 908-TV-163, Sup. Corte Salta, 18/12/47, Jur. Arg. 943-I-498, Cámara Federal Bahía Blanca, 20-12-45,

En cuanto a los demás colaterales, prevaleció la tesis de que sólo heredaban por representación los descendientes legítimos del hermano natural. De otro modo, la vocación quedaba excluida bien porque al remontarse al tronco común para establecer el parentesco se presentase una serie de dos generaciones ilegítimas, bien porque se tratase de pariente ilegítimo de pariente legítimo, y en ambos casos cabía aplicar la exclusión del art. 3582.<sup>14</sup>

Una y otra interpretación han quedado consagradas legalmente en el nuevo segundo párrafo añadido por la reforma al art. 3585, el que dice así: "El derecho de herencia entre colaterales extramatrimoniales queda limitado a los hermanos, salvo el derecho de representación de los descendientes legítimos del hermano prefallecido." La solución coincide con la propuesta por Babilonia, el proyecto de 1936 (art. 2006), el anteproyecto de 1954 (art. 730 bis) y el anteproyecto de De Gáspari (art. 3305), con la única diferencia de que en todos éstos se legislaba en artículo aparte y con la expresa indicación de que la herencia en tal supuesto se defería a falta de colaterales legítimos. De todas maneras, es obvio que es así.

Si bien aprueba la solución Llambías, le efectúa atinadas objeciones. En primer lugar, que literalmente el derecho de los hermanos naturales quede supeditado a la inexistencia de ascendientes ni descendientes (primer párrafo del artículo), lo que no tiene sentido en la familia natural, en que abuelos y nietos no son herederos; los hermanos naturales deben heredar, pues, aunque haya abuelos y nietos naturales. Objeta también el mantenimiento de la solución del 3582 que veda heredar tanto al

La Ley 42318. Cámara Rosario, 17-3-35. La Ley 14941. Cámara Mendoza, 8-4-37, Jur. Arg. 60-324. Cámara Comodoro Rivadavia, 14-4-51. La Ley 62-326. Jur. Arg. 923-III-7. Cámara Nac. Paz, sala 1ª, 29-4-51. La Ley 103-917. Jur. Arg. 942-I-124.

En contra: Cámara Nac. Civil, Sala D, 20-2-52. La Ley 664. Sup. Trib. La Rioja 10-4-46, Jur. Arg. 949-II-230. Cám. Córdoba, 7-3-60, Jur. Arg. 959-II-338.

<sup>14</sup> Los casos posibles entre tío y sobrino son los siguientes:

1º Hijo legítimo de hermanos que son ambos hijos ilegítimos. No se heredan porque existen dos generaciones ilegítimas consecutivas.

2º Hijo legítimo o ilegítimo de hermanos que son uno hijo legítimo y otro hijo ilegítimo. No se heredan por falta de vínculo entre pariente legítimo y pariente ilegítimo.

3º Hijo ilegítimo de hermanos que son ambos hijos legítimos. No se heredan por igual razón.

4º Hijo legítimo de hermanos que son ambos hijos ilegítimos. El sobrino hereda al tío por representación, pero no a la inversa.

En el caso de primos entre los que medie parentesco legítimo e ilegítimo, nunca hay herencia porque en todos los casos existen vínculos de una y otra clase, lo que los excluye. Y si el parentesco es puramente ilegítimo porque la doble generación ilegítima consecutiva también produce exclusión.

hijo ilegítimo respecto de su hermano, hijo legítimo, cuanto a éste respecto de aquél; en el primer caso la solución se justifica en beneficio de la filiación legítima, pero en el segundo considera que no puede ser el carácter de hijo legítimo un obstáculo para heredar.

### 31. *Hermanos y medio hermanos.*

Disponía el art. 3586 del Código Civil: "El hermano de padre y madre excluye en la sucesión del hermano difunto, al medio hermano o que sólo lo es de padre o de madre."

La exclusión del medio hermano por el hermano entero respondía a la tradición romana y española. Era la solución de la Novela 118 de Justiniano, del Fuero Juzgo (L<sup>o</sup> 4, tit. 2, ley 2; tit. 4, ley 3; tit. 5, ley 5), del Fuero Real (L<sup>o</sup> 3, tit. 6, leyes 1 y 12) y de las leyes 7 y 8 de Toro. Y a pesar de que el proyecto español de 1851 y otras legislaciones de la época que Vélez cita en la nota se inclinaban por conferir al hermano bilateral un derecho doble que al unilateral, o bien por considerar a uno y otro en paridad de condiciones, el codificador manifestó no hallar razón suficiente para apartarse de la tradición.

La exclusión parece una solución excesiva. Y es así como los Códigos francés (art. 752), holandés (art. 904), español (art. 949), italiano (de 1865, art. 741; de 1942, art. 570), alemán (arts. 1925 y 1927, suizo (art. 458), chileno (art. 990), mejicano (art. 1831), uruguayo (art. 889), brasileño (art. 1614) y portugués (de 1867, art. 2001; de 1966, art. 2145) acuerdan al hermano de doble vínculo doble porción que al unilateral. Otras legislaciones —el código colombiano (art. 1051), el peruano de 1936 (art. 771) y el venezolano de 1942 (art. 829) los consideran en las mismas condiciones. La primera solución fue la de todos los proyectos de reforma (Babiloni, art. 3158; 1936, art. 2007; 1954, art. 730; De Gáspari, art. 3306), y ha venido a ser consagrada en el nuevo texto del art. 3586, según el cual "el medio hermano en concurrencia con hermanos de padre y madre, hereda la mitad de lo que corresponde a éstos".

Este criterio merece la aprobación de Llambias, quien considera que la exclusión era muy dura porque relegaba a unos hermanos a la condición de extraños frente a otros, y que la participación igualitaria también sería injusta pues desconocería la inclinación natural originada en el doble lazo de sangre.

## CUARTA PARTE

### LA SUCESIÓN DEL ADOPTANTE

#### 32. Régimen de la ley 13.252.

Al introducir en nuestro derecho la ley 13.252 la institución de la adopción, dispuso en su art. 18: "El adoptante no hereda al adoptado. Los descendientes legítimos del adoptado tienen derecho de representación en la sucesión del adoptante."

Esta solución, fundada en el injustificado temor de que se adoptase en mérito de una futura sucesión —presunción doblemente irrazonable, por lo raro de que los menores adoptados tengan bienes, de que aun teniéndolos mueran antes que el adoptante, y por lo injusto de privar de derecho sucesorio a quien los atendió con los cuidados de un padre— mereció la crítica de la doctrina, a pesar de lo cual fue mantenida en el anteproyecto de De Gáspari (art. 286).

El tema se planteó en el III Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba en 1961. El despacho de la comisión, que no alcanzó a ser tratado en el plenario, aconsejaba modificar el art. citado en la siguiente forma: "El adoptante hereda al adoptado, salvo en los bienes que éste recibió por herencia, legado o donación de sus padres o parientes consanguíneos. Sin embargo, el adoptante heredará al intestato dichos bienes cuando no existan parientes del adoptado con vocación hereditaria. Los descendientes legítimos del adoptado tienen derecho de representación en la sucesión del adoptante." Luego, las Segundas Jornadas de Derecho Civil reunidas en Corrientes en 1965 propiciaron que el adoptante heredase al adoptado, sin distinción en cuanto al origen de los bienes.

#### 33. Sistema de la reforma.

La ley 17.711 ha introducido en el Código el nuevo art. 3569 bis, el cual, sin derogar en forma expresa el art. 18 de la ley de adopción lo deja sin efecto al disponer otra cosa. Establece el nuevo artículo: "El adoptante hereda al adoptado, salvo respecto de los bienes que éste hubiere recibido a título gratuito de la familia de sangre. Los descendientes legítimos del adoptado tienen derecho de representación en la sucesión del adoptante."

Se ha aceptado, pues, el despacho de la comisión del Congreso de 1961, con una modificación: la supresión del derecho del adoptante sobre los bienes recibidos a título gratuito de la familia de sangre en el caso de no sobrevivir ningún pariente del adoptado.



La solución es, en general, justa. Cabe señalar, sin embargo, que la tendencia más generalizada en el derecho comparado es la de negar derecho sucesorio intestado al adoptante. Se lo otorgan, con caracteres limitados: el código brasileño, a falta de descendientes y de padres de sangre del adoptado; el código federal mejicano, donde concurre por cabezas con los ascendientes de sangre, y con 1/3 con el cónyuge del adoptado; el código uruguayo, pero colocándolo después de descendientes legítimos, ascendientes legítimos, hermanos legítimos, cónyuge, hijos naturales e hijos adoptivos; la ley española de 1958, en iguales condiciones que para el padre natural; y el código francés, cuyo art. 368-1 (ley 66-500 del 11-7-66) establece un derecho de reversión de los bienes donados o heredados del adoptante en favor de éste o sus descendientes, de los donados o heredados por sus padres en favor de éstos o sus descendientes, y la división por mitades entre la familia de origen y la del adoptante del resto de los bienes. Todo ello sin perjuicio de que la situación del adoptante sea totalmente igual a la del padre legítimo en los supuestos de legitimación adoptiva —admitida en Uruguay y Chile— o de adopción plena —aceptada en Francia y Portugal— pues en estas instituciones desaparece todo vínculo con la familia de sangre para incorporarse plenamente el adoptado a la del adoptante en condición igual a la del hijo legítimo.

#### 34. Posición hereditaria del adoptante.

En principio —y en virtud de que la adopción crea un vínculo legal de familia (art. 1° de la ley 13.252), de que dicho vínculo entre adoptante y adoptado es similar al que existe entre padre e hijo legítimo (art. 12 de la ley 13.252), y de que el nuevo artículo que legisla el derecho sucesorio del adoptante ha sido incluido en el capítulo referente a la sucesión de los ascendientes legítimos— el derecho hereditario del adoptante es similar al del padre legítimo.

Por consiguiente, es excluido por los hijos y descendientes legítimos y adoptivos (arts. 3567 del Cód. Civil y 12 de la ley 13.252), concurre con el cónyuge y con los hijos y nietas ilegítimos (arts. 3567, 3571, 3580 y 3581), y excluye a otros ascendientes (art. 3569) y a colaterales (art. 3585).

Pero de ese derecho es privado sobre los bienes que el adoptado recibió a título gratuito de sus parientes de sangre, lo que importa una limitación al principio del art. 3547 según el cual no debe atenderse al origen de los bienes que componen la herencia. Fallecido sin descendientes el hijo adoptivo, los bienes que componen su herencia deben ser divididos en dos masas: 1°) La formada por los bienes recibidos a título gratuito de sus parientes de sangre. La sucesión de estos bienes se deferirá de acuerdo

con las normas de la sucesión intestada, con prescindencia del art. 3569 bis, es decir, como si no existiese el adoptante; 2º) La formada por los bienes recibidos a título gratuito del o los adoptantes, de los parientes de éstos, o de extraños, y por los bienes adquiridos a título oneroso. En la sucesión de estos bienes concurre el adoptante.

De la primera masa queda totalmente excluido el adoptante, ya que así lo dispone el artículo. Pero la solución sea inconveniente, pues importa no sólo que el padre adoptivo sea excluido por parientes más o menos lejanos del adoptado sino inclusive que a falta de parientes con derecho sucesorio intestado los bienes en cuestión los recibe el fisco. Lamentablemente se ha omitido la cláusula del despacho de la comisión del III Congreso Nacional de Derecho Civil, según la cual dichos bienes serían heredados por el adoptante de no haber parientes del adoptado con vocación hereditaria.

Por otra parte, resulta claro que los bienes que integran esta primera masa se distribuyen entre los parientes de sangre según las reglas del derecho sucesorio. Es inadmisibles la opinión de Poutalé según la cual ellos revierten a la familia de sangre por un derecho similar al establecido en el art. 388-1 del código francés; un derecho de características tan especiales no puede existir si la ley no lo crea expresa y claramente. Por lo demás, cabría aplicar el principio de la subrogación real, según el cual entran en esta masa el precio de venta de los bienes que originariamente la componían, o los nuevos bienes adquiridos con dicho precio o con el dinero que formase parte de ella.

En cuanto a la segunda masa, el adoptante hereda como padre legítimo, según he dicho antes. Pero no está clara la situación cuando subsisten los padres, sean legítimos o naturales, del adoptado. Según Poutalé, ninguno de los parientes de sangre del adoptado tendría derecho sobre estos bienes, lo que importaría la exclusión de los padres; López del Carril sostiene que la adopción, al otorgar derecho sucesorio al adoptante, importa la pérdida de la vocación sucesoria de los padres; y Borda estima que así como en la primera masa heredaban los padres de sangre con exclusión de los adoptantes, en la segunda heredan éstos con exclusión de aquéllos. En cambio, Guastavino y Maffía entienden que concurren adoptante y padre.

A mi juicio, la solución lógica sería excluir de la sucesión de estos bienes a los padres de sangre, ya que si al desentenderse de la crianza y educación del hijo permitieron que fuese adoptado por otro, no merecen obtener beneficio alguno sobre bienes que el adoptado adquirió por su propio esfuerzo o por donación, herencia o legado de los adoptantes, sus parientes o extraños. Sin embargo, no existe norma alguna que pueda dar base a tal exclusión en tanto no se configure alguna de las causales legales

de indignidad. La solución —mala, pero legal— es la concurrencia de adoptante y padre.

Lo dificultoso es establecer cómo dividirán la herencia. Si el adoptado es hijo legítimo, considero que la división deberá hacerse por cabezas, ya que subsistan uno o dos adoptantes y uno o dos padres, todos los sobrevivientes tienen igual derecho (arg. art. 3568, 1.ª parte). Nuevamente la solución es mala, pues importa que de sobrevivir un adoptante y los dos padres legítimos aquél reciba 1/3 y entre los dos últimos los 2/3; pero dentro de los textos legales no encuentro fundamento para resolver otra cosa.

Más difícil es lograr solución al supuesto de concurrencia de adoptante y padre natural, ya que el primero está en la situación de padre legítimo y naturalmente no puede haber a la vez padre legítimo y padre natural, de modo que la ley no pudo prever la concurrencia a la sucesión de uno y otro. De manera que en este caso, o se mantiene la división por cabezas, o se aplica por analogía la solución relativa a la concurrencia de hijo legítimo e hijo natural, es decir, se asigna a cada uno de los adoptantes una porción doble de la correspondiente a cada uno de los padres naturales.

De cualquier modo, la situación reclama a gritos una reforma, ya preconizada por Liambás, quien estima que debe aclararse que sobre los bienes comprendidos en su vocación sucesoria el adoptante es asimilado al padre legítimo, excluyendo a los ascendientes del adoptado. La norma podría redactarse así: "El adoptante hereda al adoptado como si fuese padre legítimo, salvo sobre los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de sus ascendientes o colaterales de sangre si le sobreviviesen otros de tales parientes. Con excepción de tales bienes, los padres de sangre pierden el derecho de heredar ab intestato a su hijo como consecuencia de la adopción de éste por un tercero." Propongo decir "ascendientes o colaterales de sangre" en lugar de "padres o parientes consanguíneos" pues no habría razón alguna para incluir en la excepción a los derechos del padre adoptivo a los bienes eventualmente recibidos por el adoptado de sus descendientes. En cuanto a la segunda cláusula del art. 3569 bis, debería ser trasladada al art. 3566, pues nada tiene que hacer en el capítulo referente a la sucesión de los ascendientes.

## BIBLIOGRAFIA

(Trabajos referentes a los temas tratados en este artículo publicados después de sancionada la ley 17.711)

### 1) Libros

LLAMBIAS, Jorge J.: "Estudio de la reforma del Código Civil, ley 17.711" (Buenos Aires 1969), IV parte, cap. V.

GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis: "Reformas al Código Civil", 2 to (Buenos Aires 1969).

"Reformas al Código Civil (ley 17.711)". Volumen que compendia el curso de estudio y debate llevado a efecto por el Colegio de Abogados de la 1ª circunscripción judicial de la Prov. de Santa Fe, (Rosario 1968).

LOPEZ DEL CARRIL, Julio J.: "Derecho sucesorio" (Buenos Aires 1969) Cap. III: Sucesión del cónyuge, Cap. VI: Sucesión del adoptante.

### 2) Artículos

GOYENA COPELLO, Néstor J.: "El derecho sucesorio en la reforma civil", La Ley del 6-3-69; "Acerca del derecho conferido a la viuda, sin hijos y de buena conducta por el art. 3576 bis del Código Civil", La Ley del 28/7/69 (t. 135).

QUASTAVINO, Elías P.: "Derecho sucesorio de la nuera", La Ley del 2-6-69 (t. 134). "Algunos aspectos de las reformas en derecho sucesorio", Rev. del Colegio de Abogados de La Plata, nº 21, pág. 425.

LACOMARINO, Carlos A. R.: "Infidelidad, adulterio y actos de grave inconducta moral posteriores al divorcio", La Ley del 14-4-69 (t. 134).

LLAMBIAS, Jorge J.: "Ley 17.711, Reforma del Código Civil", IV parte, en Jur. Arg. 12 y 13/3/69.

MAFFIA, Jorge O.: "El derecho sucesorio de la nuera" La Ley del 28-5-69 (t. 134); "Derechos sucesorios del cónyuge", La Ley del 7-8-69 (t. 135).

MORENO DUBOIS, Eduardo E.: "Naturaleza del derecho sucesorio otorgado a la viuda sin hijos en la sucesión de sus suegros", La Ley, t. 132. "Aspectos de especial interés en materia sucesoria" Rev. del Colegio de Abogados de La Plata, nº 21, pág. 403.

POURTALE, Carlos Alfredo: "Un nuevo heredero: el adoptante", La Ley t. 131, pág. 1474.

SALAS, Adolent E.: "La sucesión de la nuera", Jur. Arg. 968-IV-631.

ZANNONI, Eduardo A.: "Sucesión del cónyuge", La Ley del 17-4-69 (t. 134).