

# Tensiones entre las asignaciones forzosas\*

Conflicts among Forced Shares

*Mabel Rivero de Arhancet\*\**

**RESUMEN.** Se trata de comparar las distintas asignaciones forzosas previstas en nuestro derecho sucesorio. El hecho de que estas sean de tal entidad que limitan la libertad del causante y que todas ellas tengan la calidad de asignaciones forzosas no impide su estudio a los efectos de prever, en caso de tensiones entre ellas, cuál tendrá prioridad sobre las restantes.

**PALABRAS CLAVE.** Derecho civil. Derecho sucesorio. Concubinato. Porción conyugal. Alimentos.

**ABSTRACT.** This work compares the various forced shares contemplated in our Succession Law. The fact that their very extent limits the freedom of the deceased and that all of them are forced in nature does not obstruct their study so that, should there be conflict among them, it is possible to anticipate which one shall prevail over the others.

**KEY WORDS.** Civil Law. Succession Law. Cohabitation. Community property portion. Alimony.

---

\* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 24 de junio de 2010. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 6 de setiembre de 2010, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\* Profesora titular grado 5 de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, y de Derecho Privado VI en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

**SUMARIO.** **1.** Introducción. **2.** Asignaciones forzosas de alimentos. 2.1. Acreedores alimentarios. 2.2. Cuantía de los alimentos. **3.** Porción conyugal. 3.1. Naturaleza jurídica. 3.2. Porción conyugal y donaciones. **4.** Derecho de habitación. 4.1. Fundamento del derecho de habitación. 4.2. Valor e imputación del derecho de habitación. 4.3. Concubinato y derecho de habitación. **5.** Legítimas. 5.1. Naturaleza de las legítimas. 5.2. Posibles conflictos de derechos.

# 1.

## INTRODUCCIÓN

El artículo 870 del Código Civil (CC) identifica las asignaciones forzosas como aquellas que el testador está obligado a hacer y que se suplen cuando no las ha hecho, aun en perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.

Del texto mencionado, las asignaciones forzosas pueden verse como una limitación a la libre voluntad del testador, en la medida en que el codificador acepta que tienen prioridad frente a la libre voluntad del causante cuando este dispone de sus bienes por testamento.

Pero no solamente tales asignaciones forzosas significan una limitación a la voluntad testamentaria. Al tratar el tema *donaciones*, en el artículo 1626, el codificador prohíbe donar entre vivos más de lo que pudiera disponerse por última voluntad, y entre paréntesis refiere al artículo 870 del texto codificado.

De los textos mencionados se desprende, pues, que las asignaciones forzosas tienen una especial protección por el codificador, ya que impiden que las personas las afecten, tanto por el testamento como por las donaciones que pudieran hacer en vida.

Ello no obsta, sin embargo, para que tales asignaciones puedan ser estudiadas teniendo en cuenta su diferente naturaleza, y ello con la finalidad de encontrar una respuesta en aquellos casos en que pudiera plantearse una colisión entre ellas.

Como veremos, dentro de nuestro sistema sucesorio algunas asignaciones forzosas —como es el caso de las legítimas, la porción conyugal y los derechos de habitación y uso—

pueden encontrarse limitadas no solamente entre sí, sino también en su contenido patrimonial, por otra asignación forzosa, como es el caso de los alimentos legales.

Podemos entonces preguntarnos si es posible que los alimentos en tanto asignaciones forzosas puedan ser de tal entidad como para no dar lugar a que se haga efectivo el derecho de los legitimarios a su legítima, o el del cónyuge supérstite a su porción conyugal.

O si es posible que el derecho de habitación pueda llegar a impedir que un legitimario pueda obtener su legítima, cuando por ejemplo el cónyuge supérstite tenga fortuna pero, careciendo de un inmueble similar a aquel que fue el asiento del hogar conyugal, se encuentre legitimado para hacer efectivo su derecho de habitación, casos estos en los cuales el legislador le ha conferido el derecho de habitación (artículo 887-1 CC).

Nos referiremos por lo tanto a los alimentos en cuanto asignación forzosa, a la porción conyugal, a las legítimas, derechos que han aparecido explícitamente referidos por el codificador en el mencionado artículo 870, a los derechos de habitación y uso conferidos al cónyuge supérstite por la ley 16081, del 18 de octubre de 1989, y a los derechos conferidos al concubino por la ley 18246, del 18 de diciembre de 2007, de Unión Concubinaria.

La doctrina ha aceptado que cuando la ley 16081 reconoce los derechos de habitación y uso en favor del cónyuge supérstite, lo hace en calidad de asignaciones forzosas, incluso presentándolos en el Código atados a la porción conyugal.

Actualmente podemos ver insertos en el Código Civil los derechos conferidos por la ley 16081 junto a las normas relativas a la porción conyugal, tal como lo dispuso la mencionada ley.

## 2.

### ASIGNACIONES FORZOSAS DE ALIMENTOS

De acuerdo al artículo 871, los alimentos que el difunto debía por la ley a ciertas personas, y que en razón de la indigencia de estas eran exigibles antes de abrirse la sucesión, gravan, por una cuantía que se determinará en unidades reajustables, la masa hereditaria; excepto en caso de que el testador hubiera impuesto ese gravamen a uno o más partícipes de la sucesión.

El texto debe llevarnos en primer lugar a identificar quiénes son esas personas frente a las cuales el causante estaría obligado a servir alimentos.

## 2.1. ACREEDORES ALIMENTARIOS

A tales efectos será necesario recurrir a los textos legales correspondientes, que son los que refieren a alimentos en el propio Código Civil (artículos 116 y siguientes) y también al Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), que ha creado nuevas personas obligadas a servir alimentos cuando estos fueran debidos a menores de edad o a quienes, mayores de edad, tengan menos de 21 años y no puedan solventar sus necesidades (artículo 51).

Entre los nuevos obligados a servir alimentos, el CNA trata el caso del cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto convivan con el beneficiario (artículo 51.2) y el concubino respecto a los hijos exclusivos de su pareja cuando convivan conformando una familia de hecho (artículo 51.3).

También debemos tener en cuenta la ley 18246, que crea la unión concubinaria y confiere derecho alimentario a personas unidas en tal tipo de unión; derecho con características particulares en la medida en que, sin dejar de tener en cuenta la necesidad de quien requiere los alimentos y la posibilidad de su prestación por el obligado a ello, limita tal derecho por un período que no podrá ser superior al de la convivencia habida entre el fallecido y su concubino supérstite.

Al tratar la asignación forzosa de alimentos se ha discutido si el reconocimiento de estos en cuanto asignación forzosa se origina con la demanda de alimentos, con la notificación de dicha demanda o con la sentencia que los declare.

El codificador se refiere a su *exigibilidad previa* a la muerte del causante, como surge del artículo 871 CC, lo que debe llevarnos a tener en cuenta la situación del posible acreedor de alimentos, tema vinculado además a que el causante fuera la persona a la que en vida podía recurrir para solicitarlos.

Entendemos que ello no debe llevarnos a confundir tal requisito con lo dispuesto en el artículo 48 del CNA, que a texto expreso dice lo que ya la doctrina y la jurisprudencia habían aceptado: que los alimentos se deben desde la interposición de la demanda.

Si bien se deben desde la interposición de la demanda, previamente es necesario tener en cuenta su exigibilidad, que estará dada, como decimos, por la necesidad de quien los pide y por la posibilidad de aquel a quien se los piden, debiendo el obligado ser la persona indicada para servirlos.

## 2.2. CUANTÍA DE LOS ALIMENTOS

La cuantía de los alimentos —que, como dice el artículo 871 CC, gravarán la masa hereditaria— deberá calcularse teniendo en cuenta, en cada caso concreto, la proximidad

del vínculo familiar entre quienes demanden los alimentos y la persona obligada, ya que, ciertamente, cuanto más próximo es el grado que une a acreedor y deudor, mayor será el deber alimentario.

Existe la posibilidad, como dice el artículo 872 CC, de que estos puedan ser rebajados si fueran desproporcionados a las fuerzas del patrimonio efectivo.

En el caso, por ejemplo, de que en vida el causante sirviera alimentos a su ex cónyuge por aplicación del artículo 183 CC, calculados aquellos por la actividad desarrollada por el obligado, a la muerte de este tales alimentos seguramente serán rebajados, al igual que lo habrían sido si en vida del obligado su situación económica se hubiera deteriorado (artículo 123 CC y artículo 155 CNA).

En definitiva, el cálculo de la suma que grave la masa hereditaria dependerá de múltiples factores a tener en cuenta: edad y salud del alimentario, período de vigencia de tales alimentos (como en el caso del concubinato), etcétera.

A la muerte del obligado a los alimentos, puede suceder que sus herederos y el acreedor lleguen a un acuerdo sobre el monto y la forma de servirlos.

Es importante recordar lo que ha enseñado VAZ FERREIRA<sup>1</sup> en cuanto a que la naturaleza de los alimentos varía cuando se trata de ellos como asignación forzosa. Cuando se reclaman los alimentos en vida, y en la medida en que tales alimentos entrañan un derecho a la vida, vinculante entre los integrantes de la familia, aquellos tienen naturaleza extrapatrimonial, lo que impide que el derecho en cuanto tal sea negociable, sin perjuicio de que puedan acordarse el monto, la forma de pago, etcétera (se acepta que en principio se satisfagan mediante dinero, pero sin descartar otras formas de hacerlo; por ejemplo, proporcionando vivienda o surtido de alimentos, según la situación).

También se ha propuesto el ejemplo del acreedor alimentario que asaltado perdiera el dinero recibido por tal concepto, y se ha aceptado que ello no le impedirá reclamar nuevamente el pago al deudor, quien deberá cumplir con la reclamación si está en condiciones de hacerlo.

A la muerte del deudor alimentario el deber alimentario se patrimonializa, y entendemos por lo tanto que no será aceptable igual respuesta que para las situaciones mencionadas.

Cuando muere el familiar que debe alimentos nos encontramos frente una deuda que deben pagar los herederos de aquel, y creemos por lo tanto que si se llegara a un acuerdo por

---

<sup>1</sup> Eduardo VAZ FERREIRA, *Tratado de las sucesiones*, tomo II, vol. I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993 (1967).

el cual, haciendo el cálculo adecuado, se conviniera una suma de dinero, la entrega de esta daría lugar a la extinción de la obligación.

En vida de acreedor y deudor, ese acuerdo no ha impedido formular una nueva reclamación si por circunstancias especiales y nuevas necesidades del acreedor la suma recibida fuera insuficiente para cubrir dichas necesidades, tras probar tales extremos.

Esto es así habida cuenta de la naturaleza extrapatrimonial de los alimentos, que, como decimos, entrañan el derecho a la vida, derecho que en el caso de los alimentos legales se fundamenta, según CICU, en un superior interés familiar-público, que al día de hoy mencionamos como *principio de solidaridad familiar*.

Es interesante tener en cuenta lo que al respecto ha dicho HUSSAREK, mencionado por Giorgio Bo,<sup>2</sup> en cuanto a que tanta es la influencia de los elementos morales que presiden el surgimiento de los vínculos alimentarios en el derecho de familia que esta obligación se configura no como una obligación patrimonial, sino como un deber familiar cuyo cumplimiento implica un sacrificio económico.

Cuando el obligado a servir los alimentos fallece, serán sus herederos, que pueden ser personas totalmente ajenas a la familia, quienes deberán cumplir con el deber alimentario reclamable al causante.

La naturaleza extrapatrimonial que tenía la obligación alimentaria desaparece con la muerte del alimentante, y sus sucesores quedan obligados a su vez a cumplir con lo que ahora es una deuda en sí misma, sin las características morales a las que hace mención HUSSAREK.

La peculiaridad de la deuda de alimentos en cuanto asignación forzosa pierde, a nuestro entender, los elementos que la identificaban cuando vivían acreedor y deudor, una de cuyas características especiales era el que pudiera modificarse según variaran las situaciones de acreedor y deudor.

Acá tenemos una norma especial, como es la del artículo 872 CC, que prevé la posibilidad de rebajar los alimentos pero no la posibilidad de aumentarlos, con lo que el codificador quita uno de los elementos identificatorios de la obligación alimentaria que aparece tanto en el artículo 123 del Código Civil como en el 58 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

En definitiva, entendemos que, fijados los alimentos de acuerdo a las circunstancias del caso, ya sea por acuerdo o por sentencia judicial, su cumplimiento significa la extinción de la obligación.

En tal caso, a diferencia de lo que mencionamos para cuando están vivos acreedor y deudor, el cambio de situación no permitiría reclamar nuevamente los alimentos, y ello,

<sup>2</sup> Giorgio Bo: *Il diritto degli alimenti*, Milán: Giuffrè, 1935.

entendemos, debido a la naturaleza patrimonial de la obligación que ahora vincula a los herederos del obligado con los reclamantes de alimentos.

Tal naturaleza patrimonial, a nuestro parecer, debe llevar a entender inaplicables a tales alimentos los caracteres mencionados en los artículos 124 y siguientes del Código Civil, reiterados en el artículo 52 del Código de la Niñez y la Adolescencia, en lo referido a que son imprescriptibles e inembargables.

### 3.

---

## PORCIÓN CONYUGAL

Entre las asignaciones forzosas mencionadas en el artículo 870 CC se encuentra la porción conyugal, regulada a su vez en los artículos 874 y siguientes de dicho cuerpo normativo. Mucho ha discutido la doctrina sobre la naturaleza jurídica de este derecho.

### 3.1. NATURALEZA JURÍDICA

Por nuestra parte entendemos que el codificador definió la porción conyugal en el artículo 874 CC en forma tal que ha dado lugar a las cavilaciones y dudas de la doctrina sobre su naturaleza jurídica.

Ciertamente, si uno tiene en cuenta lo dispuesto en dicha definición y en los dos artículos siguientes, puede pensar razonablemente que la porción conyugal tiene naturaleza alimentaria.

La terminología empleada por el codificador puede llevarnos a asociar la noción de *porción conyugal* con el concepto de *alimentos* a que refieren tanto el Código Civil como el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Dice el artículo 874 CC:

La porción conyugal es aquella parte del patrimonio del cónyuge premuerto, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación.

El artículo 877 a su vez dice:

El cónyuge sobreviviente que, al tiempo de fallecer el otro cónyuge, no tuvo derecho a porción conyugal, no la adquirirá después por el hecho de caer en pobreza.

Estos dos artículos refieren a situaciones claramente vinculadas a los alimentos, como es la referencia del artículo 874 cuando habla de “congrua sustentación” (a semejanza de lo dispuesto en el artículo 183, cuando refiere a la obligación del marido de “contribuir a la congrua y decente sustentación de la mujer no culpable”), mientras que el 877 refiere a la pobreza, elemento tenido en cuenta en materia de alimentos.

Pero si el intérprete prosigue estudiando los restantes artículos referidos a la porción conyugal, especialmente el artículo 881, referido al cálculo de esa parte, y el 883, referido a la responsabilidad del cónyuge porcionero, deberá desechar entonces la teoría que confiere a la porción conyugal naturaleza alimentaria.

Ello es así pues tanto en el caso en que el monto de la porción conyugal tenga el mismo contenido que el de la legítima rigurosa de un hijo, como surge del artículo 881, o ascienda a una cuarta parte de los bienes del causante, evidentemente no estamos frente a un caso de pobreza, sino que la porción conyugal puede ser elevadísima, lo que no armoniza con su definición.

Una objeción importante surge del artículo 883, en cuanto dispone que lo que perciba el viudo o viuda a título de porción conyugal solo tendrá la responsabilidad subsidiaria de los legatarios, pues en principio no puede aceptarse que quien recibe alimentos sea responsable por las deudas del alimentante.

En realidad, lo que el sobreviviente reciba por porción conyugal estará vinculado a las deudas del causante, en la medida en que se calculará en el primer orden de llamamiento sobre el acervo líquido (las deudas del causante son una deducción para llegar a dicho acervo) o fuera del primer orden sobre el acervo semilíquido (también las deudas hereditarias son una deducción previa al cálculo de la porción conyugal y del acervo líquido).

La responsabilidad que refiere el artículo 883 sería, por ejemplo, para el caso de que aparecieran nuevos acreedores con créditos insatisfechos. En ese caso tales acreedores deberán accionar contra los herederos, subsidiariamente contra los legatarios y también contra el porcionero que percibió su porción conyugal, ya que el artículo 883 asimila su responsabilidad a la de los legatarios, y si aceptamos su naturaleza alimentaria no parece adecuado admitir tal responsabilidad.

En sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2.º Turno<sup>3</sup> en 1969 se acepta la naturaleza alimentaria de la porción conyugal, y también en sentencia dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 4.º Turno<sup>4</sup> en 1960.

<sup>3</sup> FLEURQUIN, ESPÍNOLA y DUBRA, en *La Justicia Uruguaya*, c. 7086.

<sup>4</sup> Guido BERRO ORIBE, en *La Justicia Uruguaya*, c. 527.

Contra esta interpretación referida a la naturaleza de la porción conyugal encontramos otras, una de las cuales acepta naturaleza hereditaria y otra cuyo principal y actual exponente ha sido VAZ FERREIRA,<sup>5</sup> también aceptada por AREZO,<sup>6</sup> que entiende que se trata de un legado originado en la voluntad del legislador, de un legado legal.

Quienes reclaman naturaleza hereditaria para la porción conyugal se han basado en lo dispuesto en el artículo 874 y en el 881, al vincular el concepto de porción conyugal con el constituir “parte del patrimonio” del cónyuge premuerto o decir que es “la cuarta parte” de los bienes del difunto, conceptos que se asocian a la calidad hereditaria.

Se ha refutado esta posición especialmente de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 883 CC, cuando el codificador equipara la responsabilidad del porcionero a la responsabilidad subsidiaria de los legatarios, alegándose que lo que identifica la calidad de heredero es su responsabilidad directa por las deudas hereditarias, mientras que en este artículo se le confiere una responsabilidad que no condice con la naturaleza hereditaria de tal derecho.

En definitiva, aceptando la calidad de legatario legal del cónyuge sobreviviente, su derecho lo adquiere derivado de la ley, que le confiere un derecho de crédito frente a los herederos, como es el caso de los legatarios (salvo el caso especial de legatario de cosa cierta, como dice el artículo 938 CC), pero su derecho debe hacerse efectivo sobre bienes hereditarios.<sup>7</sup>

De aceptarse su naturaleza alimentaria, los herederos deberían satisfacer la porción conyugal, ya fuera con bienes hereditarios o no.

Si se le reconociera tal naturaleza, el porcionero se transformaría en coheredero con los restantes herederos del causante, con todas las consecuencias derivadas de ello, y debería intervenir en la partición como coheredero partiente, y mientras la partición no tuviera lugar debería administrar los bienes hereditarios conjuntamente con los herederos, etcétera.

De las sentencias referidas uno puede apreciar la importancia que ejerce la doctrina sobre la jurisprudencia, pues aquellas que le reconocen naturaleza de legado legal corresponden a una época en la que ya la posición de VAZ FERREIRA, catedrático y profesor emérito de la Facultad de Derecho, se había afianzado fuertemente.

---

<sup>5</sup> VAZ FERREIRA, o. cit. (nota 1).

<sup>6</sup> Enrique AREZO, *Porción conyugal*, AEU, 1978.

<sup>7</sup> VIÑA DE PRIGUE, PIANITZA y TOBIÁS, TAF 2.º, en *La Justicia Uruguaya* c. 13069, 1996.

Así podemos mencionar, además de la ya referida sentencia, la dictada por el Tribunal de Familia de 1.<sup>er</sup> Turno en 1988,<sup>8</sup> que aceptó por mayoría la posición de VAZ FERREIRA luego del año 2006<sup>9</sup> y posteriormente en el año 2007.<sup>10</sup>

En nuestro derecho vemos que al cónyuge supérstite se le confiere la mencionada calidad de asignatario forzoso, sin perjuicio de que en el segundo orden de llamamiento se le confiera también la simple calidad de heredero. La situación del cónyuge con derecho a la porción conyugal en cuanto asignación forzosa ha tenido su origen en el derecho chileno, seguido por el colombiano<sup>11</sup>, pero actualmente ha desaparecido en Chile, como consecuencia de la reforma prevista por la ley 19585.

Sobre ello ha mencionado René RAMOS PAZOS<sup>12</sup> que han sido grandes los problemas originados en el tema *porción conyugal* en Chile, los cuales prácticamente llevaban a que tal derecho no se hiciera efectivo por requerirse que el cónyuge no tuviera bienes, por lo que acepta con beneplácito que se haya suprimido la porción conyugal. En definitiva, según el autor mencionado, ahora también en Chile al cónyuge supérstite se le reconoce la calidad de legitimario.

Si mencionamos otros ordenamientos jurídicos podemos ver que al cónyuge supérstite se le ha reconocido calidad de legitimario, como por ejemplo en Argentina (artículos 3592 y 3570 CC) —incluso en la sucesión de los suegros, se le confiere derecho a la nuera viuda sin hijos por el artículo 3576 *bis*, derecho que ZANNONI<sup>13</sup> entiende que no le confiere la calidad de heredera—, o en Italia, que en el capítulo X del título I del Libro Segundo incluye al cónyuge al tratar a los legitimarios, con una reserva que varía según concorra con hijos o ascendientes del causante.

En realidad creemos poder afirmar que, si bien en nuestro ordenamiento jurídico la porción conyugal es una asignación forzosa, ella está condicionada a la situación económica del cónyuge supérstite, a diferencia, por ejemplo, de las legítimas, que no aparecen condicionadas (sin perjuicio de que el legitimario pueda perder su calidad de tal mediante la desheredación, pero no está condicionado el derecho en cuanto tal).

---

<sup>8</sup> BRITO DEL PINO, FERNÁNDEZ REY y VARELA DE MOTTA, TAF 1.º, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIX, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

<sup>9</sup> MONSERRAT, BACCELLI y MAGGI, TAF 1.º, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* t. XXXVII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

<sup>10</sup> BACCELLI, MAGGI y MONSERRAT, TAF 1.º, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXVIII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

<sup>11</sup> Augusto FERRERO, *Tratado de Derecho de sucesiones*, Lima: Grijley, 2002.

<sup>12</sup> René RAMOS PAZOS, en *Revista de Derecho*, vol. X, Valdivia, diciembre de 1999.

<sup>13</sup> Eduardo A. ZANNONI, *Manual de Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires: Astrea, 1997.

Decimos que el derecho a la porción conyugal está condicionado —o, como se ha dicho en alguna sentencia, el derecho del porcionero es un derecho eventual— pues de los artículos 875 y siguientes se desprende que si el sobreviviente tuviera bienes de cualquier origen, tales bienes se imputarán a la porción conyugal; por lo tanto, si aquellos excedieran el valor de la porción conyugal, este derecho no nacería.

Le quedaría al sobreviviente la opción de abandonar todos sus bienes para poder reclamar la porción conyugal que le correspondiera, pero, como vimos, el nacimiento del derecho en sí está condicionado a la situación económica del cónyuge supérstite.

Esto sin perjuicio de que el cónyuge testador pueda disponer expresamente la acumulación de la porción conyugal a la libre disposición,<sup>14</sup> lo cual se acepta en sentencia que recoge la posición de VAZ FERREIRA al respecto.

Como vemos, nuestro legislador no le ha conferido la calidad de legitimario al cónyuge supérstite; a nuestro entender ha privilegiado los derechos de los legitimarios y nos parece refutable la posición que busca proteger los derechos del cónyuge supérstite de la misma forma que lo ha hecho para proteger los derechos de los legitimarios.

Hemos visto que los derechos de los legitimarios no aparecen supeditados a su situación económica como sucede en el caso de la porción conyugal, que puede dar lugar a que el cónyuge supérstite no pueda reclamar tal derecho cuando sus bienes exceden el monto de esa porción.

Podemos también ver que, en la misma medida en que la porción conyugal no tiene naturaleza hereditaria, tampoco asume como los legitimarios (nos referimos específicamente a estos en calidad de asignatarios forzosos) la responsabilidad por las deudas del causante, ya que su responsabilidad es subsidiaria.

Marcamos específicamente estas diferencias a la hora de aceptar o rechazar que las donaciones que hubiera hecho en vida el causante puedan afectar al cónyuge porcionero en forma igual a como lo afectarían los derechos de los legitimarios.

### 3.2. PORCIÓN CONYUGAL Y DONACIONES

Ciertamente, cuando el codificador en el artículo 1639 previó la posibilidad de que los legitimarios pudieran accionar por reducción de donaciones, lo hizo tomando en cuenta solamente a los *herederos forzosos*, incluso mencionándolos en negrita con la finalidad de limitar los beneficiarios.

<sup>14</sup> PIANITZA Y VIÑA DE PRIGUE, TAF 2.º, en *La Justicia Uruguaya*, c. 12896, 1995.

El hecho de que la porción conyugal, en el primer orden de llamamiento, tuviera un contenido igual al de un hijo (artículo 881 CC) lleva a que en los hechos, calculada la porción legitimaria sobre el acervo imaginario (artículo 889 CC), el cónyuge se vea beneficiado por la conformación de tal acervo imaginario.

De todos modos el codificador ha marcado la diferencia entre el contenido de lo que reciba un hijo y el contenido patrimonial de la porción conyugal, ya que de acuerdo al artículo 883 CC esta no acrece, como sucede con las legítimas, ni tampoco se le confiere la calidad de intangible, como se les reconoce a las legítimas en el artículo 894 CC.

Entendemos que, cuando permitió la conformación del acervo imaginario agregando el valor de las donaciones que en cualquier momento hubiera hecho el causante al acervo líquido, atando así el valor de las legítimas al valor del acervo líquido aumentado por dichas donaciones, el codificador dictó una norma extraordinaria, aplicable solamente a las situaciones previstas a texto expreso.

Ha protegido en una forma inusitada y excesiva los derechos de los legitimarios, limitando la libertad del causante —en definitiva, sancionando su generosidad sin limitación en el tiempo—, con lo que ha creado también una dificultad para el tráfico de los bienes, ya que los donatarios están expuestos a la reducción de las donaciones.

Esto trae como consecuencia que muchas veces el negocio jurídico *donación* se disfraza con un ropaje jurídico diferente. Es decir que, por ejemplo, si una persona soltera, con bienes suficientes como para hacer donaciones actuando generosamente, al cabo de 20 o 25 años tiene hijos, estos a su fallecimiento puedan pretender reducir las donaciones que el causante hubiera hecho.

Entendemos que esto es exorbitante, como surge de los artículos 889 y 1639 CC.

La excepcionalidad del derecho acordado a los legitimarios, a nuestro parecer, no es extensible al caso de la porción conyugal.

El cónyuge porcionero queda beneficiado con dichas donaciones como consecuencia de que *la porción conyugal está atada al cálculo de las legítimas en el primer orden de llamamiento*, pero no como consecuencia de un reconocimiento especial conferido por el codificador.

En realidad, el codificador le permitió accionar solamente a los efectos de obtener la reforma del testamento, como surge del artículo 1010 CC.

En definitiva, cuando comparamos los derechos conferidos por el codificador a los distintos asignatarios forzosos, surge clara la prioridad que el codificador ha dado a las legítimas, criterio este que entendemos deberá tenerse en cuenta cuando en algún caso concreto existan tensiones entre las asignaciones forzosas.

Reiteramos, luego de mucho cavilar sobre el punto, que una especialísima acción como lo es la de reducción de las donaciones no puede extenderse más allá de aquellos a quienes excepcionalmente el codificador ha legitimado para ello.

A nuestro entender, el codificador ya protegió suficientemente al cónyuge supérstite cuando en el primer orden de llamamiento lo igualó en el contenido de la porción conyugal a la legítima rigurosa de un hijo.

También en el segundo orden de llamamiento lo protegió, en desmedro de los derechos de los restantes herederos previstos en el artículo 1026 CC, cuando, de acuerdo al artículo 1043, el contenido de la porción conyugal se calcula antes que el de los herederos forzosos (ascendientes legítimos), con lo que la legítima de estos queda disminuida por el cálculo previo de la porción conyugal.

Y más aún: le confirió al cónyuge supérstite la opción de suceder como heredero o recibir como porcionero.

Parece desmedido pretender que todavía pueda limitar la libre disposición de los bienes que el causante haya hecho en vida a título gratuito, limitación que se les confiere exclusivamente a los herederos forzosos en el mencionado artículo 1639 CC y que, por otra parte, también entendemos excesiva al no tener límite en el tiempo (límite que sí establece el Código argentino en el artículo 1832, que toma en cuenta los herederos forzosos existentes en el momento de hacer la donación para legitimarlos a promover la reducción de las donaciones).

A los derechos expresados, el legislador les ha conferido el derecho de habitación al que nos referiremos a continuación.

## 4.

### DERECHO DE HABITACIÓN

También el derecho de habitación concedido al cónyuge supérstite por la ley 16081 aparece ligado a las asignaciones forzosas, y específicamente a la porción conyugal, como surge de la redacción actual.

El texto mencionado dispone que si luego de pagadas las deudas de la sucesión quedara en el patrimonio de esta un inmueble, urbano o rural, destinado a vivienda o que hubiera constituido el hogar conyugal, ya fuera propiedad del causante, ganancial o común

del matrimonio, y concurrieran otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá el derecho real de habitación en forma vitalicia.

Tal redacción impide, a nuestro juicio, resolver sobre la discusión que refiere FERRERO<sup>15</sup> y también ZANNONI,<sup>16</sup> sobre si el inmueble en sí integraba el acervo sucesorio o solamente lo hacía el valor de la nuda propiedad.

Por esta ley, al cónyuge supérstite se le atribuye un derecho específico que es el derecho de habitación sobre el inmueble que hubiera sido el asiento del hogar conyugal, y atado a este el derecho gratuito de uso de los muebles que equiparan dicho inmueble.

Pero nos parece claro que el bien en su totalidad integra el acervo sucesorio, y que el derecho del cónyuge supérstite está atado al previo pago de las deudas hereditarias, las que afectan el cúmulo hereditario.

#### 4.1. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE HABITACIÓN

A la ley mencionada podemos reprocharle la falta de claridad sobre el fundamento del derecho de habitación, pues, a diferencia de lo establecido en otros ordenamientos jurídicos, como el argentino (excepto en Perú, donde tampoco hay limitación al valor del bien),<sup>17</sup> en el nuestro el inmueble sobre el que recae el derecho de habitación puede tener un valor muy elevado.

En el derecho argentino, del artículo 3573 *bis* del Código Civil surge que el mencionado derecho de habitación está limitado por el valor atribuido al bien de familia, pero en el derecho italiano no encontramos norma referida al valor máximo (redacción actual del artículo 540 del Código Civil).

En el Senado se fundamentó el derecho referido alegando que, cuando fallecía una persona, su cónyuge supérstite, que había vivido junto a ella y contribuido a la obtención de la vivienda, quedaba a expensas de los hijos ingratos, que lo llevaban a una situación de desamparo.

Sin embargo, nada de eso resulta importante para el legislador, según se advierte en la redacción de la ley, que por un lado da lugar a que se interprete que se ha querido proteger el valor afectivo del bien, sin tener en cuenta su valor económico.

Pero por otro lado ese punto pierde relevancia habida cuenta de los exiguos plazos de duración del matrimonio requeridos por la ley (881.5 881.6 CC), y también que si el

---

<sup>15</sup> FERRERO, o. cit. (nota II)

<sup>16</sup> ZANNONI, o. cit. (nota 13).

<sup>17</sup> FERRERO, o. cit. (nota II).

sobreviviente tiene otro inmueble propio, apto para vivienda, similar al que hubiera sido el hogar conyugal, en tal caso el derecho no nace (artículo 887.7).

Como vemos, si la idea que originó el derecho fue proteger al viudo o la viuda que había colaborado con su cónyuge en obtener los bienes y que corría el riesgo de quedar desprotegido por sus hijos ingratos, ella no fue de ninguna manera reflejada en los ambiguos textos, de los que por otro lado surge que el supérstite puede ser una persona de gran fortuna, pero en la medida en que no tenga otro inmueble similar al que fue el asiento del hogar conyugal puede reclamar el derecho de habitación conferido por la ley 16081.

Llama la atención lo exiguo del plazo de duración del matrimonio, aun cuando se tuviera en cuenta un concubinato previo, lo que en definitiva lleva de todos modos a la necesidad de contemplar tales plazos: dos años en un caso y 30 días en otros, lo que se presta a abusos de quien con el propósito de beneficiarse con tal derecho induzca al matrimonio a alguien de edad avanzada.

(Al respecto es interesante lo dispuesto en el artículo 3573 del Código Civil argentino, que no confiere los derechos sucesorios mencionados en artículos anteriores al caso en que uno de los esposos estuviera enfermo y falleciera de tal enfermedad dentro de los 30 días del matrimonio, salvo que este se hubiera celebrado para regularizar una situación de hecho.)

En síntesis, la ley requiere (artículo 881.1 CC) que si luego de pagadas las deudas de la sucesión quedara en el patrimonio de esta un inmueble urbano o rural destinado a vivienda que hubiera constituido el hogar conyugal, el cónyuge supérstite tendrá el derecho de habitación sobre él, derecho que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 541 es gratuito, lo que hace innecesario que en el artículo 881.1 se establezca su gratuidad.

El derecho referido está acompañado del derecho de uso, vitalicio y gratuito, sobre los muebles que equiparan el inmueble.

El inmueble referido puede ser propio del causante, ganancial o común con el supérstite, y lo mismo en lo referido a los muebles.

#### **4.2. VALOR E IMPUTACIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN**

Un tema muy complejo es el referido a la evaluación del derecho de habitación, que de acuerdo con VAZ FERREIRA<sup>18</sup> tendrá como punto de partida el cálculo de la renta que podría producir el precio de los bienes sobre los que recaen los derechos de habitación y

---

<sup>18</sup> VAZ FERREIRA, o. cit. (nota 1).

uso. Luego de ello deberá determinarse el tiempo probable de vida del cónyuge supérstite y finalmente calcular el valor capitalizado de dicha renta.

Entendemos que parece acertado tener en cuenta el alquiler que podría obtenerse por la vivienda, y esa suma anual aplicarla a los posibles años de vida del supérstite (ello supeditado a su edad y salud), sin perjuicio de tener en cuenta también la posible inflación.

Si el inmueble no estuviera afectado por el derecho de habitación los herederos podrían alquilar dicha vivienda, y a nuestro entender ello sería un punto de partida ajustado a cada situación.

La importancia de determinar el valor del derecho de habitación aparece específicamente identificada en el artículo 881 del Código Civil, incisos 4,5 y 6, los cuales determinan el régimen de imputación de tal derecho al acervo sucesorio.

Tal acervo será en definitiva el acervo líquido logrado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1043 CC, o sea, el acervo bruto afectado por las deducciones mencionadas en ese texto legal.

Dicho acervo estará entonces afectado por las asignaciones forzosas mencionadas, o sea, por los alimentos familiares referidos en el artículo 871 CC, y por la porción conyugal, que en definitiva y según el orden de llamamiento tendrá un contenido patrimonial igual al de la legítima rigorosa del hijo (artículo 883 CC), o fuera del primer orden de llamamiento será la cuarta parte del acervo semilíquido (como ha aceptado la doctrina).

La especial vinculación del derecho de habitación a la porción conyugal deriva de que si luego de calculado el valor del derecho de habitación, y debiendo imputárselo a la libre disposición, el derecho de habitación excediera el monto de la libre disposición, por el exceso se hará la imputación a la porción conyugal.

De ello puede derivar que el supérstite mantenga su derecho de habitación pero no pueda hacer efectiva la porción conyugal en su totalidad sino en una parte, y si hecha tal imputación existiera aún un sobrante de valor, la imputación se hará a la porción legitimaria.

Si los legitimarios fueran hijos comunes del causante y del cónyuge supérstite, puede suceder que tales hijos no reciban nada o reciban muy poco, y ello cuando el valor del derecho de habitación fuera extremadamente elevado, como sería el caso de un cónyuge supérstite muy joven y con muy buena salud.

Si los hijos fueran del causante y una tercera persona, o se tratara de legitimarios fuera del primer orden de llamamiento, como es el caso de los ascendientes legítimos (artículo 885), en tal situación la imputación no puede exceder de la mitad de las respectivas legítimas.

Finalmente, es del caso señalar que el propio legislador identificó la naturaleza jurídica de los derechos en estudio, ya que en el artículo 881.9 CC dispuso que el cónyuge supérstite se considerará legatario legal de los derechos reales recibidos, con la responsabilidad que a estos les es propia.

En tal caso debe recordarse, habida cuenta de la terminología empleada por el codificador al tratar los legados (lo que ha llevado a que los legatarios se entiendan acreedores por sus derechos), que cuando se trata de un legado de especie cierta el legatario adquiere la propiedad del bien por el modo sucesión, y será el heredero quien le conferirá la correspondiente posesión (artículos 937 y 938 CC).

Esto creemos que es importante tenerlo en cuenta porque si, por ejemplo, el causante hubiera dispuesto de sus bienes por múltiples legados y no existieran bienes suficientes para satisfacerlos todos, de acuerdo al artículo 940 se sacarán en primer lugar los de especie cierta. En tal caso tendría prelación el derecho referido, pero no solamente por ello, sino porque la propia ley se la ha dado, en la medida en que lo supedita a que queden bienes luego de pagadas las deudas hereditarias, y los legados no constituyen deudas hereditarias sino cargas sucesorias, o sea que nacen luego de la muerte del causante.

Dichas cargas estarán originadas en la voluntad del causante cuando testa haciendo legados, o en la voluntad del legislador que explícitamente en lo referido al derecho de habitación dispone que el cónyuge supérstite se considerará legatario legal de los derechos reales recibidos (habitación y uso de los muebles que hayan equipado el inmueble).

### 4.3. CONCUBINATO Y DERECHO DE HABITACIÓN

Es del caso mencionar que la ley 18246, referida a la unión concubinaria, atribuyó el derecho de habitación al concubino supérstite (reconocida la unión concubinaria de acuerdo a las exigencias de la ley), pero con un sentido mucho más claro y preciso que cuando legisló el derecho de habitación del cónyuge supérstite.

Efectivamente, se lo concedió al concubino que hubiera convivido en concubinato con el causante los últimos diez años, en forma ininterrumpida, que tuviera más de 60 años de edad y que *careciera de medios propios suficientes para asegurarse su vivienda* (artículo 11 de la ley).

El bien debía ser propio del fallecido o común con el concubino supérstite.

También se aceptó que el valor se imputara en primer lugar a la libre disposición (lo que puede dar lugar a no cumplir con las disposiciones testamentarias concernientes a la

libre disposición) y por el remanente a las legítimas de los descendientes comunes del fallecido y el concubino supérstite, sin poder afectarse las legítimas de otros herederos forzosos ni otras asignaciones forzosas.

Es decir que en este caso el propio legislador reguló el tema de las tensiones posibles entre asignatarios forzosos, llevando a alterar las legítimas de los descendientes comunes mencionados, pero no permitiendo que fueran alteradas las legítimas de otros legitimarios u otras asignaciones forzosas, como sería por ejemplo el caso del concubino que falleciera casado, en cuyo caso no podría ser afectada la porción conyugal del cónyuge supérstite por el derecho de habitación conferido al concubino sobreviviente.

También debemos tener en cuenta, como ya se ha mencionado, que el concubino supérstite puede tener derecho a alimentos en tanto asignaciones forzosas en caso de fallecimiento del otro integrante de la pareja.

En esas situaciones entendemos que el concubino supérstite deberá optar entre el derecho de habitación o el derecho a los alimentos, los que a su vez estarán condicionados al tiempo de convivencia. Si la convivencia y la edad le permiten acceder al derecho de habitación, presumiblemente le convendrá optar por tal derecho, pues, a nuestro entender, aunque el tiempo de convivencia fuera elevado, los alimentos no pueden afectar los derechos de los legitimarios, como surge del artículo 872, cuando admite la rebaja de los alimentos que fueran desproporcionados a las fuerzas del patrimonio efectivo.

En realidad todo dependerá de las fuerzas de la herencia, pues si se tratara de cuantiosos bienes hereditarios se podrían satisfacer los derechos de todos los asignatarios forzosos.

Respecto al cálculo del contenido patrimonial del derecho de habitación, habida cuenta de que el concubino beneficiario del derecho de habitación (y uso de los muebles que equipen el inmueble) se concederá a quien tenga más de 60 años, entendemos que en principio será más fácil el cálculo de tales derechos.

Los alimentos del concubino podrán estar a su vez condicionados a los posibles alimentos que hubiera estado sirviendo el fallecido a su ex esposa, de acuerdo al artículo 183 CC, que exige que sea mujer quien percibe los alimentos especiales referidos en el inciso primero del artículo mencionado.

En tal caso entendemos que se resolverá por acuerdo o por sentencia judicial la determinación del monto de los alimentos que pudieran corresponder al concubino supérstite y a la ex cónyuge.

Ahora bien, dado un bosquejo general de las asignaciones forzosas mencionadas, es del caso tener en cuenta que serán los herederos quienes deberán satisfacer los derechos referidos, y es posible que tales herederos sean a su vez asignatarios forzosos, como sucede en el primer y segundo orden de llamamiento, y pueden ser herederos tanto intestados como testamentarios, ajenos totalmente a la calidad de legitimarios.

## 5. LEGÍTIMAS

Como hemos señalado, si uno compara todas las asignaciones forzosas referidas por el codificador y las acciones específicamente conferidas a tales asignatarios forzosos, creemos que claramente surge la predilección del codificador por los legitimarios y los derechos a ellos conferidos.

VALLET DE GOYTISOLO,<sup>19</sup> al tratar las diferentes posiciones respecto a la libertad de disponer de los bienes, menciona entre varios autores a PUY MUÑOZ, quien partiendo de las tendencias fundamentales del hombre a ser sujeto de memoria, de sucesión, de tradición, de entrega y reentrega, y sujeto de creación, de penetración, de trabajo, de aportación y de invención, deduce que son derechos naturales de la persona humana: a) el derecho a la tradición, a la entrega, al aprovechamiento del pasado, a ser sujeto activo y pasivo de sucesión, y b) el derecho a la creación, al progreso, a la determinación del futuro, a ser sujeto activo y pasivo de trabajo. Agrega que la racionalidad humana es lo que lleva a que el hombre deje a sus herederos una auténtica herencia y un capital acumulado en cultura de hechos adquiridos y de cosas apropiadas.

El derecho a la sucesión lo entiende como derecho a la tradición, a ser beneficiario de la labor de los antepasados en general, que considera consecuencia de la racionalidad del hombre.

Hemos entendido interesante recoger el pensamiento de PUY MUÑOZ por parecernos que refleja el sentir común de las personas.

Claro está que frente a ello debemos recordar la posición de quienes entienden que cuando una persona fallece sus bienes deben retornar al Estado, dado que es de allí de donde han surgido sus derechos, posición que no ha impedido, como señala VAZ FERREIRA, que en un sistema comunista se haya aceptado la trasmisión hereditaria de determinados derechos

---

<sup>19</sup> Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, t. I, "Las legítimas", en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, vol. LVIII, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1974.

(como el de la vivienda) a determinadas personas, reconociendo en definitiva un derecho hereditario.

Nuestro codificador buscó, frente a posiciones encontradas al respecto, una respuesta equilibrada sobre los derechos enfrentados: o la posibilidad de disponer libremente de sus bienes o la de perder tal libertad, y estableció, como decimos, que el derecho a la libre disposición está atado a la presencia de determinados familiares.

Esto lo vemos en el artículo 1013 CC, cuando dice que para reglar la sucesión intestada la ley solo considera los vínculos de afecto y parentesco, no las prerrogativas de la línea, el sexo, la naturaleza o el origen de los bienes.

Nuestro codificador rechaza expresamente la vinculación de los bienes ya sea al mayorazgo (constitucionalmente rechazado) o a la pretensión que aún podemos encontrar en derecho comparado a que determinados bienes permanezcan en la familia en la cual se originaron.

De todos modos la declaración del artículo 1013 aparece posteriormente desarrollada en los artículos referidos al orden de llamamiento (1025 y siguientes), que identifican los herederos llamados por la ley, todos ellos parientes del difunto, salvo lo dispuesto por la ley 18246, que ingresa al concubino, quien como tal no es pariente, como posible heredero del concubino fallecido.

De tales herederos, el artículo 1085 menciona a los que les ha conferido la calidad de herederos legitimarios o herederos forzosos.

Del entramado de las distintas normas surge que los herederos forzosos tienen derecho a una parte de los bienes del causante, derecho del que solamente pueden verse privados por desheredación, como dispone el artículo 884 CC al decir que las legítimas son aquella parte de bienes que la ley asigna a cierta clase de herederos independientemente de la voluntad del testador, de la que no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredación.

### **5.1. NATURALEZA DE LAS LEGÍTIMAS**

La interrogante planteada por la doctrina respecto a la naturaleza de las legítimas, es decir, si la misma está atada a la calidad de heredero de sus beneficiarios o si su contenido está limitado a recibir bienes, independientemente de tal calidad de herederos de los legitimarios.

Que las legítimas están vinculadas a la calidad de heredero del legitimario, surge del artículo 1103 CC, que al tratar de la colación dispone que la donación hecha a título de legítima al que era entonces heredero forzoso se rescinde si este posteriormente dejó de serlo.

Aceptando, con la doctrina, que cuando un legitimario es beneficiado por una donación de su causante tal beneficio significa un adelanto de la herencia (salvo que el donante expresamente diga lo contrario), de ello surge que cuando pierde la calidad de heredero pierde también el anticipo de la herencia. Quiere decir que la legítima está atada a la calidad de heredero de quien tiene derecho a ella.

No sería entonces aceptable quitarle al heredero forzoso su calidad de tal contra su voluntad y concederle como contrapartida bienes en calidad de legatario.

Por otro lado, debemos reconocer que las legítimas son una parte de la herencia cuyo contenido patrimonial no puede ser vulnerado por voluntad del causante, y si así lo fuera, el codificador confirió a los herederos forzosos, a texto explícito, las acciones correspondientes, como lo son la acción de reforma del testamento (artículo 1007 CC) y la acción de reducción de las donaciones (artículo 1630 CC), así como la posibilidad de recurrir —al igual que a los herederos no legitimarios— a la acción de petición de herencia (artículo 677 CC) contra quien le desconozca su derecho hereditario.

Estas consideraciones generales las hacemos para buscar una respuesta a ciertas situaciones.

Cuando una persona fallece, sus herederos adquieren la propiedad y posesión de sus bienes, como dispone el artículo 1039 CC, que luego agrega algo fundamental: que estos deben soportar las deudas y cargas hereditarias.

Para conocer cuál es el contenido real del patrimonio hereditario que podrá beneficiar al heredero, o sea, para llegar a lo que el codificador denomina *acervo líquido*, deberá tenerse en cuenta a cuánto asciende este luego de cumplir con las deducciones mencionadas en el artículo 1043 CC.

Entre esas deducciones encontramos las derivadas de ciertas asignaciones forzosas, como los alimentos legales, la porción conyugal (esta última fuera del primer orden de llamamiento) y los derechos de habitación y uso conferidos por la ley 16081 al cónyuge supérstite.

## 5.2. POSIBLES CONFLICTOS DE DERECHOS

Si el heredero fuera un heredero forzoso podemos preguntarnos si es posible que las asignaciones forzosas sean de tal magnitud como para que el heredero forzoso no reciba bienes, sino que en definitiva se transforme en quien paga los alimentos y en quien paga la porción conyugal, aceptando que esta última tiene la naturaleza de un legado legal como actualmente lo admiten doctrina y jurisprudencia.

Esta primera pregunta la hacemos partiendo de la base de que no estamos en un primer orden de llamamiento, pues en tal caso la porción conyugal tendrá un contenido de igual valor a la legítima rigorosa de un hijo.

De todos modos, cualquiera fuera el orden de llamamiento, el acervo líquido estará condicionado por la asignación forzosa de alimentos.

No mencionamos las deudas hereditarias ni los gastos derivados del proceso judicial porque son inevitables.

En lo referido a la deuda de alimentos legales, creemos que ya el propio codificador, al admitir que aquellos puedan ser rebajados cuando sean desmesurados frente a las fuerzas de la herencia, como surge del artículo 872 CC, acepta que deben fijarse en suma tal que no afecte a las restantes asignaciones forzosas.

No parece razonable sacrificar especialmente las legítimas cuando, como decimos, ellas son las asignaciones forzosas que han merecido una especial protección del codificador.

Incluso cuando el legislador ha debido resolver la imputación del derecho de habitación (conferido muchas veces injustificadamente al cónyuge supérstite), ha llegado a sacrificar las legítimas en último caso.

Reiteramos que el derecho de habitación ha sido conferido muchas veces injustificadamente al supérstite, pues este puede ser una persona de gran solvencia económica, pero si entre sus bienes no tiene un inmueble similar al que fue asiento del hogar conyugal, puede reclamar el derecho de habitación.

Las breves referencias a las asignaciones forzosas claramente no constituyen un estudio en profundidad, sino que tienen por finalidad compararlas entre sí, como elemento que sirva de guía cuando aparezcan tensiones entre ellas.

Reiteramos entonces que, en la medida en que el codificador en el artículo 872 previó la reducción de los alimentos, ello a nuestro entender significa que, pese a tratarse de una asignación forzosa, debe calcularse en medida tal que no afecte las restantes.

Creemos también que si el derecho de habitación del cónyuge supérstite fuera muy elevado en su contenido patrimonial —por tratarse, por ejemplo, de una persona joven y saludable—, tal asignación forzosa no puede afectar el derecho de los legitimarios.

Tal vez los legitimarios sean hijos sin bienes, y el cónyuge supérstite tenga bienes pero no un inmueble propio apto para vivienda similar al que fue asiento del hogar conyugal, situación que, como hemos señalado, le permite reclamar el derecho real mencionado (artículo 881.7 CC).

Si suponemos, por ejemplo, que el causante ha dejado un bien y el cónyuge supérstite es joven y saludable, lo que llevará a que el derecho de habitación sea elevado, los posibles hijos necesitados del fallecido no pueden quedar relegados a lo que resulte de las imputaciones referidas en la ley 16081.

La interpretación piedeletrista del texto legal no lleva a un resultado razonable y equitativo de la ley, sino que arremete contra los derechos fundamentales de los herederos forzosos supérstites, que lo serán sus descendientes si nos encontramos en el primer orden de llamamiento, o sus ascendientes legítimos en el segundo orden de llamamiento, asignatarios forzosos preferidos por el codificador, como hemos mencionado.

Junto con lo expuesto en cuanto a los legitimarios, asignatarios forzosos preferidos, creemos que lo más importante es tener en cuenta que la situación expresada puede llevar a cercenar derechos fundamentales de tales herederos forzosos: puede dificultar el derecho a la educación si se trata de descendientes menores de edad o impedirles una vida digna, o puede llevar a cercenar derechos también fundamentales de los ascendientes herederos forzosos de avanzada edad del causante.

Hacemos esta interpretación siguiendo la posición de la doctrina actual en cuanto a que los textos deben interpretarse desde la Constitución, que reconoce tales derechos, y de acuerdo también a su artículo 72, que nos permite remitirnos a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a la Convención Americana de los Derechos Humanos y a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Al respecto mencionamos a KRUGER, citado por RISSO FERRAND:

Antes los derechos humanos solían valer en el ámbito de la ley, pero hoy las leyes solo valen en el ámbito de los derechos humanos.<sup>20</sup>

Entendemos, por lo tanto, que será necesario estudiar cada caso a los efectos de dar una respuesta equitativa que contemple los derechos de los distintos asignatarios forzosos, y que podrá llegar a denegarse el derecho de habitación, en hipótesis similares a la planteada, si este atentara contra los derechos fundamentales de los descendientes y de los ascendientes legitimarios.

Es también necesario recordar que el principio de solidaridad familiar no se compadece con una aplicación de la ley que llevaría en definitiva a cercenar derechos fundamentales de aquellos familiares *parientes* más cercanos del causante.

<sup>20</sup> Martín RISSO FERRAND, *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

Es del caso señalar que, tratándose de la unión concubinaria regulada por la ley 18246, el legislador ha reconocido el derecho de habitación al concubino que tenga más de 60 años de edad y que haya convivido en forma ininterrumpida con el fallecido durante los últimos 10 años, pero que carezca de medios propios suficientes para asegurarse la vivienda (artículo 11 de la ley 18246).

En tales casos, de acuerdo a la ley mencionada, el derecho de habitación conferido al concubino supérstite no puede afectar las legítimas de los hijos no comunes del fallecido, ni la porción conyugal del concubino que falleció siendo casado.

La situación planteada cuando nos referíamos al caso del derecho de habitación del cónyuge supérstite no se planteará en el caso del concubinato.

No será un concubino joven y saludable, y tal vez con bienes, pues los derechos reales menores mencionados están condicionados a la edad del concubino supérstite que carece de medios propios suficientes para asegurarse su vivienda.

Como vemos, en el caso del concubinato, el legislador optó por la intangibilidad de la legítima de los hijos no comunes del supérstite y el fallecido, y también por la protección de la porción conyugal del esposo supérstite del causante.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- AREZO, Enrique, *Porción conyugal*, AEU, 1978.
- BO, Giorgio, *Il diritto degli alimenti*, Milán: Giuffré, 1935.
- FERRERO, Augusto, *Tratado de derecho de sucesiones*, Lima: Grijley, 6.ª ed., 2002.
- IRURETA GOYENA, José (h), *Curso de Sucesiones. Asignaciones forzosas*, Montevideo: Medina, 1966
- RISSE FERRAND, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- RIVERO DE ARHANCET, Mabel, y Beatriz RAMOS, *Unión concubinaria*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 3.ª ed., 2008.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer”, en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, tomo I, “Las legítimas”, vol. LVII, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1974.
- VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las Sucesiones*, tomo II, vol. I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993 (1967).
- ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires: Astrea, 1997.

## JURISPRUDENCIA

- BERRO ORIBE, Guido, en *La Justicia Uruguaya* C.527.
- FLEURQUIN, ESPÍNOLA y DUBRA, en *La Justicia Uruguaya* C.7086.
- BACCELLI, MAGGI y MONSERRAT, TAF 1.º, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXVIII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- MONSERRAT, BACCELLI y MAGGI, TAF 1.º, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXVII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- BRITO DEL PINO, FERNÁNDEZ REY y VARELA DE MOTTA, TAF 1.º, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIX, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- PIANITZA y VIÑA DE PRIGUE, TAF 2.º, en *La Justicia Uruguaya* C.12896, 1995.
- VIÑA DE PRIGUE, PIANITZA y TOBÍAS, TAF 2.º, en *La Justicia Uruguaya* C.13069, 1996.