

### III. Acción de preterición

62. Preterición: concepto y requisitos .....	93
63. La preterición en el derecho argentino: el art. 3715 .....	94
64. Quiénes pueden ser preteridos .....	95
65. Efectos de la preterición .....	96
66. Supuestos en que se puede evitar los efectos de la preterición ....	98
67. Preterición errónea: nulidad del testamento .....	98
68. Acción de preterición: concepto y terminología .....	101
69. Vías procesales para ejercer la defensa de la legítima .....	102
70. Juez competente .....	102
71. Sujeto activo .....	102
72. Sujeto pasivo .....	102
73. La preterición y el proceso sucesorio .....	102
74. La acción de preterición y su influencia en el proceso sucesorio ...	103
75. La acción de preterición iniciada con ulterioridad a la aprobación de la partición .....	104
76. Oportunidad del ejercicio de la acción .....	104
77. Renuncia de la acción .....	104
78. Carga de la prueba .....	105
79. Prescripción .....	105
80. Efectos de la acción .....	105
81. La acción de preterición errónea .....	105
82. Prescripción de la acción de preterición errónea .....	106

### IV. Acción de desheredación injusta

83. Desheredación: concepto y requisitos .....	106
84. Quiénes pueden ser desheredados .....	107
85. Forma de la desheredación .....	108
86. Causas de desheredación .....	109
87. Prueba de las causales .....	110
88. Efectos de la desheredación .....	111
89. Caso en que el desheredado ha entrado en posesión material de la herencia .....	112
90. Reconciliación .....	113
91. Desheredación injusta: concepto y requisitos .....	114
92. Efectos de la desheredación injusta .....	115
93. La acción de desheredación injusta: concepto y terminología .....	115
94. Vías procesales para ejercer la defensa de la legítima .....	116
95. Juez competente .....	116
96. Sujeto activo .....	116
97. Sujeto pasivo .....	116
98. La desheredación injusta y el proceso sucesorio .....	116
99. La acción de desheredación injusta y su influencia en el proceso sucesorio .....	117
100. La acción de desheredación injusta iniciada con ulterioridad a la aprobación de la partición .....	118
101. Oportunidad del ejercicio de la acción .....	118
102. Renuncia de la acción .....	118
103. Carga de la prueba .....	118

104. Prescripción .....	119
105. Efectos de la acción .....	120

*V. Las acciones de rescisión y de reducción  
en la partición hecha por ascendientes*

106. Ambito de aplicación .....	120
107. Conformidad con la partición .....	121

## III. ACCIÓN DE PRETERICIÓN

## 62. Preterición: concepto y requisitos.

“Preterir” significa “prescindir”, “omitir”. Aplicado al derecho sucesorio, implica, en principio, la omisión de determinados parientes en el testamento.

En el derecho romano, el preterido era quien no había sido instituido heredero (ni desheredado), siempre que perteneciera al círculo de determinados parientes. Por ejemplo, si el testador le otorgaba un legado sin instituirlo heredero (es decir, lo omitía como heredero), incurría en preterición.

El Código Civil no da un concepto de preterición. El art. 3715 (según ley 17.711), que es el que regula esta institución, no indica en qué consiste la preterición, como si su concepto fuera inequívoco y evidente. El silencio del legislador —dice Lacruz<sup>134</sup>, refiriéndose al art. 814 del Código español, similar al nuestro con anterioridad a la ley 17.711— ha dado lugar a no pocas dudas y discusiones, pues si en un principio cabe convenir en que la preterición equivale a omisión del legitimario por el causante, no hay acuerdo sobre cuándo existe tal omisión. La reflexión es válida para nuestro derecho, pues se necesita precisar el contexto de la omisión y preguntar si corresponde relacionarlo con las demás disposiciones testamentarias distintas de la institución de herederos y con la atribución de donaciones que el testador le hiciera al legitimario.

La preterición no tiene hoy el significado que tuvo en el derecho romano. En su sentido más amplio, equivale a la omisión del legitimario en el testamento. Sin embargo, esta afirmación exige requisitos complementarios para determinar este instituto. En efecto:

a) Se debe haber omitido a un legitimario; por eso, el mero nombramiento del legitimario, aunque sea para aclarar que no se le deja nada, implica desheredación injusta, y no preterición.

b) La omisión debe tener lugar en el testamento, es decir, en el acto de disposición *mortis causa* de los bienes. A esta omisión hay que relacionarla con el art. 3600, que permite adquirir la legítima “por cualquier título”. Por eso, es obvio que cuando la legítima es recibida como legatario, no hay omisión en el testamento, pues precisamente en él se designa legatario al legitimario.

<sup>134</sup> Lacruz, p. 172.

c) El testamento ha de disponer de toda la herencia, pues si no lo hace así se abrirá parcialmente la sucesión intestada, en la cual el legitimario, necesariamente, recibirá bienes<sup>135</sup>.

d) Es necesario que no haya recibido del testador una donación colacionable. Aunque este caso puede aparecer como una preterición en el aspecto formal, no la hay en el sentido material o propio, y por eso el legitimario carece de acción por preterición. Esto es así porque el art. 3715 tiene como fin defender al legitimario cuando la legítima no ha sido pagada en absoluto. Las donaciones hechas en vida al legitimario importan una anticipación de su porción hereditaria (art. 3476), ya que esas donaciones son imputadas, en principio, a la legítima; en consecuencia, el legitimario recibe su legítima, en todo o en parte, por el título de donatario (el art. 3600 permite adquirir la legítima, como hemos dicho, por cualquier título). Imponerle al causante, en tales circunstancias, el deber de mencionar al legitimario en el testamento, para no caer en preterición, habría sido —como dice Lacruz<sup>136</sup>— un plus inútil e irracional, un rito sin contenido, arrastrado por una tradición superada.

En síntesis, afirmamos que preterir a un heredero forzoso significa no mencionarlo en el testamento en el cual se dispone de toda la herencia, ni haberlo favorecido con donaciones imputables a la legítima.

### 63. La preterición en el derecho argentino: el art. 3715.

El art. 3715 del Código Civil decía: “La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en la línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, o que nazcan, muerto el testador, anula la institución del heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas”. Esta norma fue tomada casi textualmente del art. 644 del proyecto de García Goyena.

El Código Civil, al anular la institución de heredero en el caso de preterición, siguió la corriente histórica del derecho romano justiniano, contenida en la novela 115 y retomada por la ley 24 de Toro, respetando así nuestro derecho histórico.

La nulidad de la institución de heredero beneficiaba al heredero preterido, sobrepasando comúnmente la mera defensa de su legítima, pues no le otorgaba al legitimario sólo esa legítima, sino que lo declaraba heredero intestado en la parte correspon-

<sup>135</sup> García-Bernardo Landeta, *Las legítimas en el Código Civil*, Oviedo, 1966, p. 100.

<sup>136</sup> Lacruz, p. 179.

diente a la institución de heredero anulada. La nulidad de la institución de heredero provocaba la apertura de la sucesión intestada, y cuando cubría sobradamente la legítima, el preterido obtenía una cuota abintestato superior a su legítima. La legítima, pues, venía protegida por esa vía indirecta.

El art. 3715 fue profundamente modificado por la ley 17.711, que le dio la siguiente redacción: "La preterición de alguno o todos los herederos forzosos, sea que vivan a la fecha del testamento o que nazcan después de otorgado, no invalida la institución hereditaria; salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido".

La nueva norma amplió el ámbito de las personas que podían ser preteridas, al abarcar a todos los legitimarios. Y también —y esto fue lo primordial— modificó los efectos de la preterición, borrando la nulidad de la institución de heredero que contenía el precepto anterior.

En la actualidad, la acción de preterición tiene por objeto, exclusivamente, la protección de la legítima. Esa protección es realizada en forma directa, dirigiendo aquella contra los herederos instituidos y, en su caso, contra los legatarios, incluso contra los donatarios.

#### 64. Quiénes pueden ser preteridos.

El art. 3715, en su anterior redacción, sólo otorgaba acción a los legitimarios en la línea recta; por eso, únicamente se podía considerar preteridos a los herederos forzosos en esa línea, que eran los descendientes y los ascendientes; quedaba así excluido el cónyuge. El nuevo art. 3715 habla de la preterición de "alguno o todos los herederos forzosos", con lo cual todos los legitimarios pueden ejercer la acción, quedando incluido el cónyuge y la nuera viuda sin hijos (art. 3576 bis).

Respecto de los hijos, se considera preterido al heredero que viva a la fecha del testamento o que nazca después de otorgado, aun muerto el testador. Por eso se incluye a los hijos nacidos al ser otorgado el testamento, a los concebidos antes de éste y nacidos antes de la muerte del causante (cuasi póstumos), e incluso a los nacidos después de su muerte (póstumos). Para evitar la preterición, la referencia al legitimario en el testamento —como dice Lacruz<sup>137</sup>— debe ser tal que demuestre que el causante ha tenido en

<sup>137</sup> Lacruz, p. 181.

cuenta a aquel legitimario concreto ya en su individualidad subjetiva, ya en hipótesis, al menos como posible persona por nacer.

Pueden ser preteridos también los nietos, hijos de un hijo premuerto del testador, aun cuando este último sea mencionado en el testamento.

Respecto del cónyuge, la omisión que interesa a la preterición sólo se da cuando el cónyuge es realmente el heredero forzoso, pues puede no serlo. Por ejemplo, cuando en la herencia no haya más que bienes gananciales y concorra con hijos: en ese caso, el cónyuge no hereda, sino que se limita a recibir la mitad de los gananciales a título de socio.

El art. 3715 no deroga el art. 3826; por eso, cuando la preterición del cónyuge se produce porque el testador contrae nuevas nupcias después de confeccionado el testamento, éste queda revocado desde que contrae las nupcias, por aplicación del art. 3826. El legitimario —cónyuge— tendrá la acción de nulidad o revocación del testamento, y no la de preterición, para salvar su legítima.

#### 65. Efectos de la preterición.

Los efectos son muy diferentes de los que se producían con el artículo derogado. Si antes la supervivencia del legitimario preterido determinaba la nulidad de la institución de herederos, la fórmula actual borra esa nulidad, y queda como única consecuencia la disminución del ámbito patrimonial de los instituidos herederos —que puede llegar a cero—, en la medida indispensable para que el preterido salve su legítima.

Dado que no caduca el título hereditario, el "instituido" sigue siendo heredero: se subroga en la posición jurídica del causante, tiene o puede obtener la posesión hereditaria, responde personalmente por las deudas del causante, tiene en principio el derecho de acrecer, etc. Como tal, conserva el patrimonio hereditario, pero tiene que soportar su disminución hasta el montante de la legítima del preterido. De ahí la impropiedad de la última parte del artículo, al disponer que el resto "debe entregarse" al heredero instituido, cuando éste es el que tiene la herencia. Es enteramente contrario a la lógica —como dice Guaglianone<sup>138</sup>— que el heredero instituido, a pesar de las notas esenciales de su derecho, pueda ser relegado a mero destinatario final de la herencia, a que le sean entregados los bienes restantes: ¿entregados por quién?

El legitimario preterido tiene derecho a la legítima, represen-

<sup>138</sup> Conf. Guaglianone, *La preterición del legitimario antes y después de la reforma del Código Civil*, Bs. As., 1971, p. 40.

tada por un monto líquido de los bienes hereditarios, por una *pars bonorum*. No es un heredero testamentario, puesto que ha sido preterido por el testador; tampoco es un heredero abintestato, puesto que no se abre la sucesión intestada (ni aun parcialmente, como ocurría durante la vigencia del antiguo art. 3715). Es un legitimario puro, que carece legalmente de calidad hereditaria. De ahí que en este caso podamos hablar propiamente de vocación legitimaria, como algo distinto de la vocación legítima y testamentaria.

Teniendo presentes todos estos elementos, el mecanismo del artículo debe ser entendido así: El legitimario tiene derecho a su legítima en especie, y no como crédito. El pago de la legítima debe obtenerlo de los herederos instituidos en la medida en que lo permita el caudal hereditario que les asignó a éstos el testador. Si los instituidos son a su vez legitimarios, su obligación de pago sólo llega hasta el límite en que se verían afectadas sus legítimas. Si los herederos instituidos pueden pagar la legítima del preterido con lo recibido, se quedarán con el sobrante. Pero si no alcanzan a pagar las legítimas con el patrimonio recibido, ya porque quedan en cero, ya porque, siendo a su vez legitimarios, ven afectadas sus legítimas, el preterido podrá dirigirse contra los legatarios. Y podrá incluso —aunque el artículo no lo diga— accionar contra los donatarios, si no ha cubierto las legítimas porque los legados son insuficientes o porque no los hay.

El orden que debe respetar el preterido es, entonces, el siguiente: Primero debe dirigirse contra los herederos instituidos para obtener su legítima, sin tocar las demás disposiciones testamentarias (especialmente los legados). Si los herederos instituidos no tienen bienes suficientes, se quedarán sin nada, y el legitimario podrá dirigirse contra los legatarios. En último extremo, podrá atacar las donaciones inoficiosas.

Lo curioso es que para establecer este mecanismo no se necesitaba ningún artículo especial, pues dicho mecanismo es el típico de la defensa de la legítima, que surge de los principios que gobiernan esa institución. En realidad —dice, en este sentido, Fassi—, es como si se hubiera suprimido el art. 3715. Sin embargo —agrega dicho autor—, el nuevo texto tendrá efectos, por cuanto el heredero forzoso, para preservar su legítima, no necesitaría ineludiblemente la promoción de la acción ordinaria de reducción. Nosotros pensamos que lo mismo sucedería si se hubiese suprimido lisa y llanamente el artículo, pues aquello no es un efecto propio de la nueva norma, sino una consecuencia de la derogación del antiguo art. 3715.

## 66. Supuestos en que se puede evitar los efectos de la preterición.

Hay casos en que pueden ser sanados los efectos de la preterición:

a) si el legitimario preterido muere antes que el testador. Como la norma contenida en el art. 3715 busca proteger al legitimario omitido, es natural que si éste muere antes que el testador, la norma no entre en juego; la vocación hereditaria del preterido nace al morir el causante, y no antes.

b) si el legitimario preterido es declarado indigno de suceder al causante;

c) si el legitimario preterido renuncia a ejercer la acción de reducción.

## 67. Preterición errónea: nulidad del testamento.

La preterición puede obedecer a ignorancia o error sobre la existencia del legitimario omitido (u omisión involuntaria de él), o a una intención deliberada de burlar los derechos que la ley otorga al legitimario. Se habla, así, de la preterición errónea y de la preterición intencional.

La división —de aceptársela— tiene gran trascendencia, por los diversos efectos jurídicos que debe producir cada uno de sus términos. La preterición errónea debe ocasionar la nulidad total del testamento; no, en cambio, la preterición intencional.

Esta distinción, que ya se había insinuado en el derecho romano<sup>139</sup>, tomó cuerpo en la Edad Media por obra de Bartolo<sup>140</sup>, quien al comentar la *Authentica* separaba la preterición intencional, que denominaba "*facta scienti*", y la preterición errónea, que llamaba "*hecha ab ignorante*". La preterición intencional llevaba a la nulidad de la institución de heredero, en tanto que la preterición por ignorancia causaba la nulidad total del testamento.

El criterio de Bartolo fue seguido, en el derecho histórico español, por varios autores, como Antonio Gómez y Luis de Molina<sup>141</sup>, quienes consideraban nulo el testamento si la preterición se debía a ignorancia del testador, por creer muerto al preterido, o bien por haber nacido éste después de otorgado el testamento. La razón es-

<sup>139</sup> Cicerón, *De Orat.*, 38, 52.

<sup>140</sup> Vallet, p. 905.

<sup>141</sup> Antonio Gómez, *Opus praeclarum ... super legibus Tauri, lex III*, nº 79.

tribaba —decía Molina— en que “no ha de presumirse que el testador haya preferido a los extraños a su propio hijo, o a otro a quien debiera instituir necesariamente, incluso por lo que se refiere a los legados”.

Modernamente, Roca Sastre<sup>142</sup>, criticando el art. 814 del Código Civil español —similar a nuestro art. 3715, antes de la reforma—, dice que “al atribuir la ley el mismo efecto a ambos tipos de preterición, equipara dos cosas verdaderamente diferentes. Lo lógico sería que así como la preterición intencional solamente debiera producir el efecto de dejar a salvo la legítima del preterido —al igual que en la desheredación injusta, que en el fondo es una preterición intencional expresa—, en cambio, la preterición errónea debiera dejar totalmente sin efecto el testamento. Con la postura del Código de anular, incluso en este segundo caso, exclusivamente la institución de heredero, dejando subsistentes los legados y mejoras, puede darse el resultado de que un padre, por creer equivocadamente que uno de sus hijos ha muerto, lo omita en su testamento y distribuya en éste su herencia, o gran parte de ella, en legados y mejoras a favor de los restantes hijos, encontrándose dicho hijo —por error— reducido su derecho a poder únicamente reclamar su legítima estricta. No es más grave que esto cuando dicho hijo preterido es único y los legados están ordenados a favor de personas extrañas”.

De modo similar, Puig Brutau<sup>143</sup>, comparando la preterición intencional con la errónea, manifiesta que “se trata de actos sumamente diferentes. La base psicológica de lo realizado es tan distinta que probablemente debería de reflejarse en una diferencia de efectos jurídicos. Cuando el testador prescinde a conciencia de un legitimario, el derecho debería reaccionar rectificando estrictamente lo que el testador no debía hacer. Pero cuando el hecho de prescindir de los legitimarios deriva de que el testador desconocía su existencia, hay una firme base para presumir que el contenido del testamento no se ajusta a lo que el mismo testador hubiese dispuesto sin tan decisiva ignorancia”.

Por eso se ha dicho, con razón, que el remedio de la nulidad de la institución de heredero es demasiado drástico para la preterición intencional, y harto escaso si es errónea<sup>144</sup>.

Vallet<sup>145</sup> va más lejos, pues a pesar de no haber en el Código español ningún artículo que prevea la nulidad del testamento por error, aplicando la teoría general del error llega a la conclusión

<sup>142</sup> *Anotaciones a Kipp, Sucesiones*, t. 2, p. 287.

<sup>143</sup> *Ob. cit.*, p. 208.

<sup>144</sup> Lacruz, p. 176.

<sup>145</sup> Vallet, p. 932.

de que se podría declarar la nulidad total del testamento, en el derecho actual, cuando la preterición es errónea, "en los supuestos en que el carácter determinante del error, respecto del testamento en su totalidad, resulte del tenor de éste, aunque sea relacionándolo con circunstancias de hecho extrínsecas".

De cara a nuestro derecho, la pregunta que hacemos —válida antes y después de la ley 17.711— es la siguiente: ¿Cabe la nulidad total del testamento en caso de preterición errónea? Nuestra respuesta es afirmativa; pero en ese caso la nulidad no surge del art. 3715, sino del art. 3832, que dice: "Toda disposición testamentaria fundada en una falsa causa (...) queda sin valor alguno". De ahí la vigencia del problema, aun después de la modificación del art. 3715 por la ley 17.711.

Si el testador ignoró la existencia del legitimario, o si éste nació después de confeccionado el testamento (póstumo o cuasi póstumo), desconociendo la concepción al efectuarlo, le faltó un conocimiento cabal de las circunstancias para decidir sobre el destino *post mortem* de sus bienes. Se debe presumir que de haber conocido esa circunstancia habría dispuesto de sus bienes en otra forma, con lo cual su testamento perdería el sustento firme de su voluntad. En ese caso, ya no se trataría de una sanción impuesta al testador, sino de restablecer lo que presuntivamente habría querido frente a la existencia del legitimario preterido. Parece evidente que el caso escapa a la regla del art. 3715, y que hay que situarlo, entonces, dentro del ámbito de la doctrina del error, especialmente reconocida, en materia testamentaria, en el art. 3832. En el sentido expuesto se manifiestan muchos de nuestros autores, como Llambías, Maffía, Fassi, Guaglianone, Catapano, Garbarino, etc.<sup>146</sup>.

Los casos que caen dentro de la doctrina del error, y que llevarían consigo la nulidad del testamento, serían los siguientes:

1) Desconocimiento de la existencia del legitimario. Ya Cicerón contaba el caso del soldado de cuya muerte llegó falsa noticia a su casa, y el padre, creyéndola, hizo testamento nombrando un heredero extraño; cuando volvió el soldado a su casa, después de muerto el padre, obtuvo la nulidad del testamento a causa de tan grave error.

<sup>146</sup> Jorge Llambías, *La preterición de herederos forzosos y la nulidad de la institución hereditaria*, "J.A.", 1953-4, ps. 426 y ss.; Maffía, *Derecho sucesorio en la reforma del Código Civil*, Bs. As., 1972, p. 196; Fassi, t. 1, n° 630; Guaglianone, ob. cit., p. 36; Ricardo S. Catapano, *Preterición de herederos legítimos legitimarios*, "Cuadernos U.N.C.", Fac. Ciencias Económicas, Mendoza, 1979, p. 15; Guillermo A. Garbarino, *Preterición de herederos forzosos*, Bs. As., 1970, p. 56.

2) Nacimiento después de confeccionado el testamento, si se desconoce la concepción o el embarazo de la mujer. Se incluye a los hijos nacidos después del testamento y antes de la muerte del causante, y a los nacidos después de la muerte del testador.

3) Adopción de un menor después de confeccionado el testamento. Este caso guarda similitud con el anterior, y ya había sido contemplado en el derecho romano.

Observemos que la solución que estamos propugnando coincide con la del art. 3826, que impone la revocación total del testamento cuando el testador contrae matrimonio después de confeccionado el testamento. Se trata de la aparición de un legitimario con posterioridad al testamento, en forma similar a lo que sucede con los hijos cuasi póstumos.

En el derecho comparado, el art. 2079 del Código alemán contempla especialmente este supuesto: "Una disposición de última voluntad puede ser impugnada si el causante ha preterido a un titular de legítima existente al tiempo de la muerte del causante, y cuya existencia no era conocida por él al tiempo del otorgamiento de la disposición, o el cual ha nacido o se ha convertido en titular de legítima sólo después del otorgamiento. La impugnación está excluida siempre que haya de entenderse que el causante habría adoptado la disposición incluso con conocimiento de la verdadera situación de hecho". El art. 687 del Código italiano lo considera como un caso de revocación, al expresar: "Las disposiciones a título universal o particular, hechas por quien al tiempo del testamento no tenía o ignoraba tener hijos o descendientes, quedan revocadas de derecho por la existencia o la sobreviniencia de un hijo o descendiente legítimo del testador, aunque sea póstumo o legitimado o adoptivo, o bien por el reconocimiento de un hijo natural".

#### **68. Acción de preterición: concepto y terminología.**

La acción de preterición tiene por finalidad, conforme al nuevo art. 3715, obtener el reintegro de la legítima, puesto que el legitimario no ha recibido ninguna porción de ella.

Esta acción siempre alcanza su propósito sirviéndose de la reducción de lo que recibe de más el demandado, sea heredero, legatario o donatario. De ahí que no haya inconveniente en denominarla, al igual que a la anterior, "acción de reducción".

### 69. Vías procesales para ejercer la defensa de la legítima.

La defensa de la legítima es ejercida por vía de acción, reclamando el preterido su legítima.

Es difícilmente imaginable la vía de la excepción.

### 70. Juez competente.

La acción de reducción por preterición debe ser tramitada ante el juez del sucesorio, en virtud del fuero de atracción regulado en el art. 3284 del Código Civil.

Son de aplicación los incs. 1 y 2 del citado artículo, según vimos en el parágrafo 19.

La doctrina y la jurisprudencia son unánimes en este sentido <sup>147</sup>.

### 71. Sujeto activo.

El sujeto activo es cualquier legitimario que ha sido preterido, según vimos al estudiar quiénes pueden ser preteridos <sup>148</sup>.

### 72. Sujeto pasivo.

La acción de preterición puede ser ejercida contra los herederos, ya sean forzosos o voluntarios, contra los legatarios y contra los donatarios.

Pensamos que al igual que en la acción de complemento de legítima, cabe ejercer la acción, en ciertos casos, contra los adquirentes de donaciones inoficiosas efectuadas por el donatario en perjuicio del preterido <sup>149</sup>.

### 73. La preterición y el proceso sucesorio.

La preterición pertenece al ámbito de la sucesión testamentaria. En el testamento en el cual media la preterición, el causante debe haber dispuesto de todos sus bienes.

<sup>147</sup> Zannoni, n° 101 y jurisprudencia allí citada.

<sup>148</sup> *Supra*, n° 64.

<sup>149</sup> *Supra*, n° 53.

Iniciado el proceso sucesorio por los herederos instituidos, cabe preguntarse si esos herederos pueden aceptar, por unanimidad, al preterido como parte en el proceso testamentario, a los efectos de percibir la legítima que le corresponda. Nos inclinamos por la afirmativa: el preterido deberá acreditar su vínculo de parentesco y declarar que no ha recibido en vida donaciones del causante. Pensamos que esta circunstancia debe constar expresamente en el expediente sucesorio.

Como consecuencia de lo dicho, podríamos afirmar, *a contrario sensu*, lo siguiente:

1) Si el testamento no dispone de todos los bienes, no hay propiamente preterición, porque el omitido podrá iniciar el proceso de sucesión parcialmente intestado, en el cual obtendrá su cuota de legítima; y si no la pudiera cubrir íntegramente, estará habilitado para ejercer la acción de reducción con el fin de obtener su complemento.

2) Si los herederos testamentarios no aceptan por unanimidad la presencia del omitido en el testamento, habrá preterición, y el afectado podrá iniciar la acción de reducción por reintegro de legítima.

Cuando se dan las circunstancias indicadas para que el problema de la preterición quede resuelto en el proceso sucesorio, el auto de aprobación del testamento debe contener, además, el nombre del preterido. Si ese auto hubiera tenido ya lugar, no hay inconveniente para que se produzca la correspondiente ampliación.

El perito partidor, al hacer la partición, disminuirá las porciones de los instituidos hasta obtener la legítima del omitido, para lo cual podrá efectuar las oportunas reducciones en la distribución de los bienes.

Si para cubrir la cuota del preterido hay que reducir donaciones a otros coherederos o a extraños, sólo es posible realizar la reducción en el proceso sucesorio si se dan las circunstancias descritas en el párrafo 22.

#### **74. La acción de preterición y su influencia en el proceso sucesorio.**

En el caso de que la preterición no pueda ser ventilada en el proceso sucesorio, sólo cabe el ejercicio de la acción.

El proceso contencioso tendrá por objeto declarar la preterición y determinar el monto de la cuota del preterido. Para ello, el demandante deberá probar la existencia de los bienes hereditarios, estén o no determinados en el testamento, y su valor, como también las deudas.

La sentencia contendrá la declaración de preterición, el monto de la legítima del preterido, y la correlativa reducción y su forma de hacerla. Esa sentencia será la base para que el perito partidario nombrado en el juicio sucesorio efectúe otra partición.

La acción de preterición debe suspender los trámites del proceso sucesorio posteriores al auto de aprobación del testamento, para evitar su posterior nulidad.

#### **75. La acción de preterición iniciada con ulterioridad a la aprobación de la partición.**

Este supuesto tiene importancia, porque el preterido puede haber ignorado la existencia del proceso sucesorio, en el cual no ha sido parte. La publicidad que producen los edictos no es suficiente para que la ley presuma el conocimiento del proceso.

Cuando el preterido descubra el proceso sucesorio que culminó con la aprobación de las operaciones particionales, podrá ejercer la acción de reducción por reintegro de su legítima.

En el proceso habrá que evaluar todos los bienes. La sentencia deberá declarar la preterición, indicar el monto de la legítima del preterido y ordenar la reducción de las adjudicaciones de los herederos instituidos y la forma de hacerla, así como la nulidad de la partición efectuada en el proceso sucesorio o, en su caso, su reajuste.

#### **76. Oportunidad del ejercicio de la acción.**

Lógicamente, la acción de preterición no puede ser ejercida antes de la muerte del testador, aunque se conozca el contenido de su testamento.

Es necesaria la iniciación del juicio sucesorio testamentario, con un testamento en el cual se dé el supuesto de preterición, con las circunstancias que hemos indicado. Cuando la autenticidad del testamento no está en duda, se puede ejercer la acción de preterición con la sola apertura del juicio testamentario.

El límite temporal de su acción será el de su prescripción, que es de 10 años.

#### **77. Renuncia de la acción.**

El preterido, teniendo capacidad suficiente al respecto, puede renunciar al ejercicio de la acción de reducción. Lo puede hacer

sin retribución alguna o mediando compensaciones superiores o inferiores a sus derechos como legitimario.

La renuncia a la acción no puede ocurrir sino después de la muerte del causante, pues de lo contrario implicaría un pacto sobre herencia futura, prohibido por la ley (arts. 1175 y 3311).

#### 78. Carga de la prueba.

El preterido debe probar su omisión en el testamento y su carácter de heredero forzoso. Es conveniente que manifieste en la demanda que no fue donatario del causante.

La prueba de la eventual donación que en vida le hubiera realizado el causante —que lo privaría del carácter de preterido— debe correr a cargo del demandado.

A los efectos de la determinación de su legítima, el actor deberá probar la existencia de los bienes y su valor, consten o no en el testamento, así como las deudas del causante.

#### 79. Prescripción.

La acción de preterición carece de disposición especial, por lo cual prescribe a los 10 años (art. 4023, párr. 1º). La nota del art. 4023 se refiere concretamente a la acción para reclamar el pago de la legítima.

La acción no es personalísima, por lo cual se trasmite a los herederos del preterido.

#### 80. Efectos de la acción.

Los efectos de la acción de preterición consisten en el reintegro de la legítima. Dicho reintegro se lo efectúa en especie, siendo de aplicación lo dispuesto para el complemento de legítima.

#### 81. La acción de preterición errónea.

La acción de preterición errónea tiene por objeto la nulidad total del testamento. La legítima, en este caso, es protegida en forma indirecta, pues la nulidad del testamento abrirá la sucesión intestada, en que el preterido obtendrá su cuota hereditaria.

Quien inicia la acción, aparte de probar su exclusión en el testamento y su carácter de heredero forzoso, debe probar que el testador, al tiempo de hacer el testamento, desconocía la existencia

del omitido o estaba en la creencia de su muerte, o que nació o fue adoptado después de confeccionado el testamento.

El accionante puede pedir la nulidad del testamento por preterición errónea, o, en subsidio, la acción de reducción por preterición voluntaria, o renunciar a esta acción de nulidad y ejercer sólo la acción de reducción.

## 82. Prescripción de la acción de preterición errónea.

Cuando la preterición se debe a error es aplicable el art. 3832, y la acción de nulidad prescribe a los 2 años (art. 4030, párr. 1º).

### IV. ACCIÓN DE DESHEREDACIÓN INJUSTA

## 83. Desheredación: concepto y requisitos.

Antes de entrar al estudio de la desheredación injusta es conveniente dar las nociones elementales de la desheredación.

El Código Civil no define la desheredación. El art. 3744 se limita a decir: "El heredero forzoso puede ser privado de la legítima que le es concedida, por efecto de la desheredación, por las causas designadas en este título, y no por otras, aunque sean mayores". La última parte de la norma es similar al art. 666 del proyecto de García Goyena.

A la vista de este artículo, podríamos definir la desheredación justa como "la facultad del testador por la cual priva a los legítimos de sus legítimas, en virtud de una causa determinada por la ley, expresada en el testamento".

De la definición surgen los siguientes requisitos: 1) es una facultad otorgada por la ley al testador, quien puede o no utilizarla, y no constituye en ningún momento un deber; 2) la desheredación representa la privación de la legítima: desheredar no responde, en nuestro Código, al igual que en el español, a su significado etimológico de privar de la condición de "heredero" a alguno de los herederos forzosos, sino de privar de su legítima a quienes tienen derecho a ella<sup>150</sup>; 3) la desheredación, para que valga como tal, debe responder a una o varias de las causas establecidas por la ley; 4) por último, la causa de desheredación debe ser expresada

<sup>150</sup> Puig Brutau, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, 1963, t. 5, vol. 3, p. 211; Puig Peña, ob. cit., p. 413; José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1973, t. 6, vol. 2, p. 631; Vallet, p. 658.

en el testamento. Volveremos sobre esto al analizar la forma de la desheredación.

#### 84. Quiénes pueden ser desheredados.

Solamente pueden ser desheredados los legitimarios (art. 3744). No se concibe esta institución para los demás herederos, pues al testador le basta con no instituirlos, sin necesidad de invocar ninguna causa.

Puesto que los arts. 3747 y 3748 se refieren, respectivamente, a las causales de desheredación de los descendientes y de los ascendientes, la doctrina no duda sobre la posibilidad de que se los desherede. En cambio, como el Código no establece causales de desheredación del cónyuge, ni de la nuera viuda sin hijos —ambos, legitimarios en nuestro derecho—, se discute si pueden o no ser desheredados.

Con relación al cónyuge, opinamos, junto con la mayoría de la doctrina <sup>151</sup> y de la jurisprudencia <sup>152</sup>, que no puede ser desheredado. Puesto que las causales de desheredación constituyen sanciones impuestas por la ley, éstas son de interpretación restrictiva, y no se las puede aplicar, en principio, sino a las personas indicadas en la ley; en otras palabras, no cabe su aplicación analógica. Por lo demás, pensamos que la no determinación de causales de desheredación para el cónyuge fue deliberada. El silencio del legislador es comprensible, porque los motivos de agravio que puede tener un cónyuge contra el otro lo autorizan a pedir el divorcio o la separación personal, con la consiguiente privación de la vocación hereditaria. Por esa vía, el cónyuge ofendido puede privar de vocación al otro, tornando inaplicable, entonces, la desheredación, por el efecto más drástico de la pérdida de la vocación. Y no se diga que ello obligaría a instar al divorcio o a la separación, pues siempre le quedaría al ofendido la opción de perdonar y seguir conviviendo con el ofensor; pero en tal caso, aunque existieran las causales de desheredación del cónyuge, tampoco servirían, porque el perdón las extinguiría.

No obstante lo dicho, algunos autores —como Segovia, Rébora y Borda <sup>153</sup>— se muestran partidarios de aplicarle al cónyuge, por analogía, las causas de desheredación establecidas para los ascen-

<sup>151</sup> Machado, t. 10, p. 109; Llerena, t. 7, p. 127; Prayones, *Derecho de sucesión*, Bs. As., 1957, n° 16; Fornieles, n° 221; Lafaille, n° 132; Zannoni, n° 193.

<sup>152</sup> C. Civ. 1° Cap., 3/5/29, "J.A.", 29-666.

<sup>153</sup> Segovia, t. 2, p. 618, nota 1; Rébora, t. 1, n° 48; Borda, n° 153.

dientes (Segovia) o para los descendientes y ascendientes (Rébora y Borda).

Con relación a la nuera viuda (art. 3576 bis), el problema es distinto, pues esta heredera recibe la cuarta parte de los bienes que le habrían correspondido a su marido en la sucesión de su suegro, por representación, subrogándose, en cierto modo, en la posición jurídica de su representado. Por ello, es lógico que le sean aplicables las causales de desheredación previstas para los descendientes. Considerando el problema desde el punto de vista técnico del derecho de representación, la nuera es como su esposo, que es el descendiente del causante, y por eso no corresponde hablar de extensión analógica de las causales del art. 3747, sino de su aplicación directa. Por lo demás, esto no podría suceder de otro modo, pues sería inexplicable que ante la sucesión de los suegros, la posición del hijo con mala conducta pudiera ser sancionada con desheredación, y no la mala conducta de la nuera.

### 85. Forma de la desheredación.

No se precisa una fórmula expresa —como sucedía en el primitivo derecho romano— para desheredar; basta que aparezca clara la voluntad del testador en ese sentido.

Con todo, la desheredación tiene que ser efectuada cumpliendo tres requisitos, a saber:

1. *Debe ser hecha en testamento.* La naturaleza de disposición *mortis causa* que tiene la desheredación justifica que se exija su formulación en el testamento. El art. 3745, 1ª parte, inspirado en el art. 667 del proyecto de García Goyena, dispone: “La causa de la desheredación debe estar expresada en el testamento”.

Conforme a lo dicho, es válida la desheredación efectuada en cualquier clase de testamento; en cambio, no valdría la disposición que se remitiera a cédulas o papeles privados en que constara la desheredación (arg. art. 3620).

2. *Se debe expresar la causa legal en que se funda.* El art. 3745, 2ª parte, dice en este sentido: “La que se haga sin expresión de causa, o por una causa que no sea de las designadas en este título, es de ningún efecto”.

Entendemos, con Castán<sup>154</sup>, que este requisito queda cumplido: a) si se expresa la causa legal, aunque no sean precisados los hechos constitutivos, los cuales, de ser ciertos, podrán ser probados

<sup>154</sup> Ob. cit., p. 636.

por los herederos; b) si, inversamente, se refiere al hecho constitutivo, aunque no se exprese la causa legal en que se funda; c) si, aun sin precisar el hecho constitutivo ni referirse a la causa legal, las palabras con que el testador se expresó son suficientemente explícitas para hacer entender que se refirió a los hechos ocurridos, calificados por la ley como causal de desheredación.

3. *Se debe designar claramente al desheredado.* Aunque el Código nada dice al respecto, hay que llegar a esa conclusión por aplicación analógica del art. 3712 y de los principios que rigen la institución.

### 86. Causas de desheredación.

Nuestro Código regula las causales a la usanza romana, en forma casuística, pero con una parquedad que raya en deficiencia. Tratándose de sanciones que privan al heredero de su legítima, no admiten interpretaciones analógicas.

A) *Causales de desheredación de los descendientes.* Según el art. 3747, los ascendientes pueden desheredar a sus descendientes legítimos o naturales por las causas siguientes:

a) *Injurias de hecho, poniendo el hijo las manos sobre su ascendiente.* La ley exige que el hijo haya recurrido a las vías de hecho con el padre, es decir, a la violencia física, pues no otra cosa significa la expresión "poner las manos sobre su ascendiente". Sin embargo, para la ley no son bastantes las amenazas, ni las injurias verbales, ni la difamación pública, lo cual carece de lógica, pues muchas veces producen más daño estas últimas que las primeras.

Consideramos que la víctima de la violencia de hecho debe ser el propio causante, y no otros ascendientes. Cuando el Código se refiere a "su ascendiente", es obvio que está aludiendo al ascendiente del testador<sup>155</sup>.

b) *Atentado contra la vida del descendiente.* Basta que se produzca el atentado contra la vida, sin necesidad de que medie sentencia criminal, a diferencia de lo que sucede en el art. 3291.

El Código sólo se refirió al atentado, y no al homicidio consumado, porque en este último caso no se concebiría la desheredación. La víctima sólo puede ser el propio causante, y no otro ascendiente. De haber aceptado el Código esa extensión —que

<sup>155</sup> En contra: Machado, t. 10, p. 116; Borda, n° 157.

negamos—, habría previsto también el homicidio consumado del causante <sup>156</sup>.

c) *Acusación criminal al ascendiente por un delito que merezca pena de 5 años de prisión.* Es la misma causal de indignidad que prevé el art. 3293.

Consideramos, al igual que en las causales anteriores, que la víctima sólo puede ser el propio causante, y no otros ascendientes.

B) *Causales de desheredación de los ascendientes.* Según el art. 3748, “el descendiente puede desheredar al ascendiente por las dos últimas causas del artículo anterior”.

Lo antedicho implica que el descendiente puede desheredar al ascendiente por atentar contra su vida o por acusación criminal. En cambio, no puede desheredarlo por haber puesto las manos sobre el descendiente. Esta exclusión es lógica, ya que los padres están autorizados a corregir a sus hijos, y a veces necesitan recurrir a las manos. Aquí, la ley fue lógica al no establecer reciprocidad con el criterio seguido en el art. 3747, inc. 1.

## 87. Prueba de las causales.

El art. 3746 dice: “Los herederos del testador deben probar la causa de desheredación expresada por él, y no otra, aunque sea una causa legal, si la causa no ha sido probada en juicio en vida del testador”.

El desheredado carece de título hereditario, puesto que el propio testador se lo ha negado. Por eso, si aquél no impugna la desheredación las cosas terminan así: el desheredado queda fuera de la herencia, la cual será deferida al instituído o a los instituídos herederos o legatarios.

El problema se presenta cuando el desheredado impugna la cláusula de desheredación. Entonces, corresponde probar la certeza de la causa de desheredación, siguiendo estas pautas:

1) Dado que no es posible exigirle al desheredado la prueba de un hecho negativo, cual es el no haber cometido la falta que se le imputa, la carga de la prueba de la causal invocada por el testador le corresponde al heredero interesado en que la exclusión se produzca (art. 3746, 1ª parte).

2) Basándose en el testamento, el heredero no desheredado podrá tomar posesión de los bienes relictos. Por tanto, la iniciativa de la acción procesal le corresponde al desheredado, aunque no sea

<sup>156</sup> En contra: Borda, nº 159.

él quien tenga que probar la causa. La certeza de la causa de la desheredación expresada por el testador constituye una presunción en favor del cumplimiento de la disposición testamentaria que la contiene, pero sólo extrajudicialmente *a priori*, en forma provisional; procesalmente, no alcanza siquiera el valor de presunción *iuris tantum*, pues cede en cuanto el desheredado no se conforma con que a la causa se la presuma cierta.

3) El interesado sólo tiene que probar la causa expresada en el testamento, y no otra (art. 3746, 2ª parte). La ley supone que si hubo otra y el testador no la mencionó, es porque la perdonó.

4) No es necesaria la prueba para el heredero o herederos cuando la causa ha sido probada en juicio, en vida del testador (art. 3746, *in fine*). El caso típico es el de la condena criminal siguiente al hecho. Y aun en el caso de que no haya condena criminal, la jurisprudencia le ha reconocido al causante el derecho de preconstituír la prueba de hecho en demanda civil dirigida contra el futuro desheredado <sup>157</sup>.

5) En caso de haber invocado el testador varias causas de desheredación, bastará que pruebe cualquiera de ellas.

El Código Civil no limita el derecho para probar la causa que ha sido negada por el desheredado. De ahí que la acción se les debe reconocer: *a*) a los herederos que concurren con el desheredado o que lo excluyen; *b*) a los legatarios, que podrían resultar afectados en sus derechos si la desheredación quedara sin efecto; *c*) a los acreedores de los herederos o legatarios, en ejercicio de la acción subrogatoria; *d*) al fisco en caso de vacancia por efecto de la desheredación; *e*) al albacea, como encargado de cumplir la voluntad del causante <sup>158</sup>.

## 88. Efectos de la desheredación.

Para el estudio de los efectos de la desheredación justa hay que distinguir dos supuestos: con respecto al desheredado y con respecto a los descendientes del desheredado. Veámoslos:

A) *Efectos con respecto al desheredado*. Se puede señalar los siguientes:

1) Queda excluído de todo derecho a reclamar la legítima.

2) Los legados que el desheredante otorga al desheredado deben ser imputados, en nuestra opinión, a la libre disposición, y

<sup>157</sup> C. Civ. Cap., Sala A, 14/12/55, "J.A.", 1957-III, p. 541.

<sup>158</sup> Conf. Rébora, t. 1, n.º 49; Borda, n.º 168.

sólo son atacables en la medida en que afectan la legítima de los demás herederos forzosos.

3) Las donaciones que el desheredante hubiera otorgado al desheredado, aunque sean imputables a las legítimas, no quedan revocadas por el hecho posterior de la desheredación, al menos mientras el hecho que lo motiva no constituya, a su vez, causal de revocación de donaciones, pues los actos *inter vivos* sólo pueden ser revocados por causas expresamente previstas a tal efecto por el Código <sup>159</sup>. Tales donaciones no serán atacables en la medida en que no afecten la legítima de los demás legitimarios.

4) Queda privado del derecho a recibir alimentos, si es alimentista con respecto al causante (art. 373, Cód. Civil).

5) Queda privado del usufructo y administración de los bienes que su hijo hubiese recibido a causa de su desheredación (art. 3749).

B) *Efectos con respecto a los descendientes del desheredado.* Según el art. 3749, reformado por la ley 17.711: "Los descendientes del desheredado heredan por representación y tienen derecho a la legítima que éste hubiera tenido de no haber sido excluido. Pero el desheredado no tendrá derecho al usufructo y administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes".

Se trata de un derecho de representación, típico de la sucesión testamentaria, que sólo tiene lugar sobre la porción legítima que le hubiere correspondido al desheredado.

#### 89. Caso en que el desheredado ha entrado en posesión material de la herencia.

Puede suceder que el desheredado, con buena o mala fe, haya entrado en posesión de los bienes hereditarios. Pensemos en el caso en que no conozca el testamento en que lo desheredan, y aparece como heredero abintestato.

Para analizar los efectos jurídicos que esta situación puede crear si después entra en juego la desheredación, corresponde distinguir lo siguiente:

A) *Efectos respecto del desheredado.* El efecto principal de la desheredación, reconocida o declarada judicialmente, es la restitución de la herencia a los no desheredados (arg. art. 3305). El desheredado tiene que devolver los frutos, como si fuera poseedor de mala fe (arg. arts. 3305 y 3306), conozca o no el testamento

<sup>159</sup> Lacruz, p. 196.

en que se lo excluye, salvo que se trate de la causal preceptuada en el inc. 1 del art. 3747, que no es causal de indignidad, en cuyo caso, para que se lo considere poseedor de mala fe, debe haber conocido la desheredación. Pensamos, conforme a lo expuesto en el parágrafo 112, que no podría ser de otra manera, pues no sería lógico que se lo considerase poseedor de mala fe en caso de indignidad (en el cual, normalmente, no hay testamento), y por las mismas causales se lo considerara poseedor de buena fe (si desconoce el testamento)<sup>160</sup>. Si hubiera enajenado bienes, deberá responder por los daños y perjuicios consiguientes (arg. art. 3309, *in fine*).

B) *Efectos respecto de terceros*. Las enajenaciones y la constitución de derechos reales limitativos que haga el desheredado serán válidas respecto de terceros adquirentes “a título oneroso” de buena fe (arg. art. 3309). A diferencia del caso de indignidad, pensamos que el adquirente debe serlo a título oneroso (art. 1051), ya que la norma del art. 3310, que protege tanto al adquirente a título oneroso como al adquirente a título gratuito —por lo cual representa una anomalía dentro de nuestro ordenamiento jurídico—, debe ser interpretada restrictivamente.

## 90. Reconciliación.

El art. 3750, tomado literalmente del art. 670 del proyecto de García Goyena, dice: “La reconciliación posterior del ofensor y del ofendido quita el derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha”.

La reconciliación requiere una relación bilateral y recíproca de hecho, que comúnmente lleva consigo la normalización de una relación familiar. La reconciliación puede ser expresa o tácita; en este último caso, debe surgir de una situación que no deje lugar a dudas.

Aunque la ley habla sólo de “reconciliación”, la doctrina admite también el perdón, que supone una actitud unilateral del ofendido. El perdón puede ser también expreso o tácito; en este último caso, debe ser especial y concreto en cuanto a la persona y en cuanto al hecho o causa, y no basta cualquier fórmula general<sup>161</sup>. Un caso típico de perdón tácito es el otorgamiento de un testamento posterior por el cual se instituye heredero al ofensor.

Nuestra ley no exige ningún requisito formal para probar la

<sup>160</sup> Borda, n° 172.

<sup>161</sup> Vallet, p. 704.

reconciliación; de ahí que se debe admitir toda clase de pruebas<sup>162</sup>. La carga de la prueba de la reconciliación o del perdón le corresponde al desheredado.

Los efectos de la reconciliación o del perdón son irreversibles. Para que el causante pudiera privar de la legítima al ofensor sería necesario que éste incurriera posteriormente en otro hecho que permitiera aplicar la desheredación.

### 91. Desheredación injusta: concepto y requisitos.

La desheredación injusta significa la privación de la legítima hecha en el testamento, sin expresión de causa o por causas distintas de las previstas en la ley, o cuando la causa invocada no ha sido probada.

Debemos tener presente que si media una donación colacionable, la desheredación no puede ser calificada de injusta. La desheredación hay que relacionarla con el art. 3600, que permite adquirir la legítima por cualquier título, entre los cuales se halla la donación. Cuando el testador se ha limitado a mencionar al legitimario, sin asignarle nada en el testamento, y resulta que aquél ha recibido en vida una donación que cubre su legítima, aunque podría parecer una desheredación, no hay tal desheredación, y por eso el legitimario no podrá ejercer la pertinente acción por desheredación injusta. Esto es así porque la acción por desheredación injusta es otorgada en el caso de que la legítima no haya sido pagada en absoluto. Como la donación al legitimario importa una anticipación de su porción hereditaria (art. 3476) y esa donación es imputada a su legítima, el legitimario recibe su legítima por título de donatario, y entonces no cabe la acción de desheredación. Con mayor motivo será así si esa mención va acompañada de una manifestación de que su legítima quedó cubierta por una donación hecha en vida.

En síntesis: Desheredar injustamente a un heredero forzoso significa que el testador lo priva de su legítima en su testamento, en forma expresa, ya sea sin expresar causa o con expresión de causa no legal o de causa legal no probada, siempre que el legitimario no haya recibido del testador una donación colacionable en vida.

<sup>162</sup> Segovia, p. 611; Lafaille, n.º 134; Llerena, t. 10, p. 153; Borda, n.º 179.

## 92. Efectos de la desheredación injusta.

El art. 669 del proyecto de García Goyena establecía que “la desheredación hecha sin expresión de causa o por una que no sea de las legales cuya certeza no haya sido probada, anula la institución de heredero; pero valdrán las mandas o mejoras en cuanto no perjudiquen a la legítima”. El régimen de este artículo sobre desheredación daba la misma solución que el art. 644 —que sirvió de fuente a nuestro art. 3715— en materia de preterición.

Analizando los artículos de nuestro Código sobre desheredación (arts. 3744 a 3750), se observa que les sirvieron de fuente inspiradora, en una medida importante, los pertinentes artículos del proyecto español (arts. 660, 667, 668, 672, 674, 673 y 670). Pero he aquí que el art. 669 no fue adoptado deliberadamente por el codificador, que quiso expresamente separarse de su fuente<sup>163</sup>. No obstante, no se sustituyó ese artículo del proyecto español por otro, sino que se lo suprimió lisa y llanamente. Por tal razón, no hay en nuestro Código ningún precepto que se refiera especialmente a la desheredación injusta, por lo cual hay que atenerse a los principios protectores que surgen del mecanismo típico de la legítima, y aplicar analógicamente el art. 3600, pensado para el caso de que el legitimario sólo reciba una parte de la legítima, pero no para el supuesto de que no reciba nada por mediar desheredación.

Puesto que la desheredación injusta implica la privación injustificada de la legítima, tal desheredación otorga derecho al desheredado para reclamar su legítima, mediante la acción correspondiente (analogía art. 3600).

## 93. La acción de desheredación injusta: concepto y terminología.

Esta acción tiene por objeto lograr el reintegro de la legítima. Dicho objeto se cumplirá por medio de la reducción de lo que reciba de más el demandado, sea heredero, legatario o

<sup>163</sup> Es interesante destacar que el art. 851 del Código español, también inspirado en el art. 669 del proyecto de García Goyena, introdujo una radical divergencia, por cuanto estableció que la desheredación anulará la institución de heredero “en cuanto perjudique al desheredado”. Esta última expresión es interpretada en el sentido de que el ámbito patrimonial de la institución de heredero sólo se reduce en la medida en que sea necesario para cubrir la legítima del desheredado.

donatario. De ahí que se la pueda denominar también "acción de reducción".

#### 94. Vías procesales para ejercer la defensa de la legítima.

La defensa de la legítima es ejercida por la vía de la acción, reclamando el desheredado su legítima. No imaginamos la vía de la excepción.

#### 95. Juez competente.

La acción de reducción por desheredación injusta debe ser tramitada ante el juez del sucesorio, en virtud del fuero de atracción regulado en el art. 3284 del Código Civil.

Es de aplicación lo dicho en el párrafo 19<sup>164</sup>.

#### 96. Sujeto activo.

El sujeto activo es cualquier legitimario que haya sido desheredado injustamente.

Los legitimarios son los descendientes y los ascendientes. Ya dijimos que el cónyuge no puede ser desheredado. En el supuesto de que ello ocurriera, se trataría de una desheredación injusta, puesto que no hay causales de desheredación del cónyuge; como consecuencia, podría ejercer la pertinente acción por desheredación injusta.

#### 97. Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo es quien recibe de más como consecuencia de la desheredación de un heredero forzoso. Podrá ser heredero, legatario o donatario.

#### 98. La desheredación injusta y el proceso sucesorio.

La desheredación pertenece al ámbito de la sucesión testamentaria, de modo que el juicio sucesorio es testamentario.

El desheredado no tiene título hereditario, puesto que el propio testador se lo ha negado; por eso queda fuera de la herencia

<sup>164</sup> Zannoni, n° 101.

y no se lo puede incluir como heredero al aprobar el testamento. Para cambiar este estado de cosas, el desheredado debe impugnar la desheredación por la correspondiente vía judicial. A los efectos de que tenga posibilidad de defender sus derechos, el desheredado debe ser notificado —en nuestra opinión, en su domicilio real— de la existencia del proceso testamentario, no bastando la notificación edictal.

Cabe preguntarse si en el proceso sucesorio los herederos instituidos pueden, por unanimidad, considerar la desheredación como injusta o aceptar que ha habido reconciliación, a los efectos de permitir que el desheredado reciba su legítima. Nos inclinamos por la afirmativa; en ese caso, el desheredado debe declarar que no ha recibido en vida donaciones del causante, y hacer constar esa circunstancia expresamente en el expediente sucesorio.

En tal caso, el auto de aprobación del testamento deberá contener, además, el nombre del desheredado. Si ese auto hubiera tenido lugar, no habrá inconveniente en que se efectúe la correspondiente ampliación.

El perito partidador, al hacer la partición, disminuirá las porciones de los instituidos hasta obtener la legítima del desheredado.

### **99. La acción de desheredación injusta y su influencia en el proceso sucesorio.**

En el supuesto de que la desheredación injusta no pueda ser solucionada en el proceso sucesorio, sólo cabrá el ejercicio de la acción.

El proceso contencioso tendrá por fin declarar que la desheredación es injusta y determinar el monto de la cuota del desheredado.

La sentencia contendrá la declaración de desheredación injusta, el monto de la legítima y la correlativa reducción y forma de hacerla. En ella se basará el perito partidador nombrado en el sucesorio para efectuar la partición.

La acción de desheredación injusta debe suspender los trámites del proceso sucesorio ulteriores al auto de aprobación del testamento, para evitar su posterior nulidad.

### **100. La acción de desheredación injusta iniciada con ulterioridad a la aprobación de la partición.**

El desheredado puede haber ignorado la existencia del juicio sucesorio testamentario, porque no se lo ha notificado en su domicilio real; la notificación edictal es insuficiente para tener por conocido el proceso.

Cuando el desheredado conozca la existencia del proceso sucesorio que culminó con la aprobación de las operaciones particionales, podrá ejercer la acción de desheredación injusta.

El desheredado deberá peticionar, junto con la declaración de desheredación injusta y la consiguiente reclamación de su legítima, la nulidad de la partición o, en su caso, su reajuste.

### **101. Oportunidad del ejercicio de la acción.**

La acción de desheredación injusta no puede ser ejercida antes de la muerte del causante.

Es necesaria, como paso previo para ejercer la acción, la iniciación del proceso sucesorio. Cuando la autenticidad del testamento no está en duda, se puede ejercer la acción ante la sola apertura del proceso sucesorio.

El límite temporal de la acción será el de su prescripción, que es de 10 años.

### **102. Renuncia de la acción.**

El desheredado injustamente puede renunciar al ejercicio de la acción de reducción. Esa renuncia no puede ocurrir en vida del causante, pues ello implicaría un pacto sobre herencia futura, prohibido por la ley.

La renuncia de la acción puede ser efectuada expresa o tácitamente. Será tácita si el desheredado, notificado en su domicilio real del proceso sucesorio testamentario en cuyo testamento se lo deshereda, no se presenta en él.

### **103. Carga de la prueba.**

El desheredado carece de título hereditario, puesto que el propio testador se lo ha negado. Por eso, si aquél no impugna la desheredación, queda fuera de la herencia. El problema se

presenta cuando el desheredado impugna la desheredación por considerarla injusta.

La iniciativa de la acción procesal le corresponde al desheredado. En materia de prueba, hay que distinguir lo siguiente:

a) *Prueba a cargo de los herederos instituidos.* Si el testador ha invocado una causa legal de desheredación, les corresponde probar dicha causa a los herederos interesados en mantener la desheredación. La prueba de la causa no sólo corresponde a los herederos, sino también a los legatarios; al fisco, en caso de vacancia por efecto de la desheredación; al albacea, como encargado de cumplir la voluntad del causante; e incluso a los acreedores de los herederos o legatarios, en ejercicio de la acción subrogatoria. El art. 3746, 1ª parte, dice al respecto: "Los herederos del testador deben probar la causa de desheredación expresada por él". Esto es lógico, por cuanto no se le puede exigir al desheredado la prueba de un hecho negativo. Si la causal invocada por el testador no es probada, no prosperará la desheredación, y el desheredado recibirá su legítima.

Si ha mediado una donación al desheredado que lo priva del carácter de tal, los herederos deben probar dicha donación.

b) *Prueba a cargo del desheredado.* Si el testador no ha invocado causa alguna de desheredación, o ha invocado alguna causa no prevista en la ley, al desheredado le bastará recurrir a la prueba del testamento, pues de él surgirá la desheredación injusta.

Si ha mediado reconciliación, aunque se invoque una causa legal, corresponderá al desheredado su prueba.

#### 104. Prescripción.

La acción de desheredación injusta prescribe a los 10 años, por aplicación del art. 4023.

En caso de que el desheredado sobreviva sin haber ejercido la acción, ésta se trasmite a sus herederos; pero si son descendientes, la ley les otorga el derecho a la legítima de su ascendiente por derecho de representación, aunque la desheredación sea justa (art. 3749). En el caso de premuerte del desheredado, la acción pasa igualmente a sus descendientes, aunque la desheredación sea justa (arts. 3554 y 3749), pero no a los demás parientes que carezcan del derecho de representación.

### 105. Efectos de la acción.

Los efectos de la acción de desheredación consisten en el reintegro de la porción de legítima. Ese reintegro es hecho en especie, siguiendo las mismas normas que vimos al analizar la acción de complemento.

## V. LAS ACCIONES DE RESCISIÓN Y DE REDUCCIÓN EN LA PARTICIÓN HECHA POR ASCENDIENTES

### 106. Ámbito de aplicación.

Según el art. 3514, el padre o la madre (y los otros ascendientes) pueden hacer, por testamento o donación, la partición anticipada de sus propios bienes entre sus hijos (o descendientes).

El Código Civil, aparentemente, ha previsto dos acciones: la acción de rescisión y la acción de reducción. La primera la contempla el art. 3536, que dice: "La partición por donación o testamento puede ser rescindida cuando no salva la legítima de alguno de los herederos. La acción de rescisión sólo puede intentarse después de la muerte del ascendiente". A la segunda se refiere el art. 3537: "Los herederos pueden pedir la reducción de la porción asignada a uno de los partícipes, cuando resulte que éste hubiese recibido un excedente de la cantidad de que la ley permite disponer al testador. Esta acción sólo debe dirigirse contra el descendiente favorecido".

Estos textos legales pretendieron seguir el esquema del derecho francés, sin ser consecuentes con él. El art. 1078, párr. 1º, del Código francés prevé la rescisión de la partición hecha por el ascendiente cuando uno de los herederos prueba que ha sufrido una lesión superior a la cuarta parte (en concordancia con el art. 887, párr. 2º, Código francés). El art. 1079, párr. 1º, complementando lo anterior, se coloca en la hipótesis de que la lesión no haya alcanzado esa cuarta parte, en cuyo caso se podrá ejercer la acción de reducción (en concordancia con el art. 887, *in fine*). En el primer supuesto cae toda la partición; en el segundo, sólo cabe la reducción contra quien ha obtenido de más, manteniendo en pie la partición.

Estos textos legales, tan lógicos, se los ha pretendido trasplantar a nuestro derecho sin imponer el límite del cuarto que justificaba la rescisión. Entonces, han dado nacimiento a dos

acciones que tiene el heredero, a su elección, aunque se refieran a supuestos iguales.

Conviene aclarar que cada una de estas acciones tiene sujetos pasivos diferentes y efectos diferentes: *a)* la acción de rescisión se la dirige contra todos los coherederos; la acción de reducción, contra el heredero favorecido; *b)* la acción de rescisión echa por tierra la partición, obligando a realizar una nueva división de bienes. La acción de reducción tiene por fin disminuir la parte de quien ha recibido de más.

Ambas tienen en común el hecho de que sólo se las puede ejercer desde la muerte del causante, ya se haga la partición por testamento (expresamente lo dice el art. 3536) o por donación (no se puede hablar de la porción disponible sino después de la muerte del causante).

#### 107. Conformidad con la partición.

El art. 3538 contiene un supuesto cuya finalidad es proteger la legítima contra determinadas manifestaciones del heredero. Dice así: "La confirmación expresa o tácita de la partición por el descendiente, al cual no se le hubiese llenado su legítima, no importa una renuncia de la acción que se le da por el artículo anterior".

Hay que tener presente que aunque el artículo emplea la expresión "confirmación", esto no tiene el significado técnico que le otorgan los art. 1059 y ss. del Código Civil. "Confirmación" quiere decir aquí, simplemente, "conformidad" con la partición realizada expresa o tácitamente. La ley ha querido proteger la legítima incluso contra dichas conformidades, permitiendo al heredero afectado ejercer siempre la *acción de reducción*.

Juzgamos que la conformidad formulada por el heredero respecto de la parte que se le ha asignado lo priva, en cambio, de la *acción de rescisión*. Dos razones podemos invocar en favor de esta conclusión: *a)* que el art. 3538 sólo se refiere a la acción de reducción, y no a la de rescisión, por lo cual no corresponde aplicar esa solución al caso no previsto en la norma; *b)* que la acción por rescisión es un remedio excepcional, mucho más grave que la reducción, y por ello debe ser interpretado restrictivamente <sup>165</sup>.

<sup>165</sup> En el mismo sentido, Borda, n° 754.