

**PREMIO PUBLICACION TESIS SOBRESALIENTES**

*DALMACIO VELEZ SANSFIELD*

2008

# LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN

**Roberto M. Natale**

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA  
2008

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

*AUTORIDADES  
(Período 2007 - 2010)*

LUIS MOISSET DE ESPANES  
*Presidente*

JUAN CARLOS PALMERO  
*Vicepresidente*

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA  
*Secretario*

JORGE DE LA RÚA  
*Tesorero*

ARMANDO S. ANDRUET  
*Director de Publicaciones*

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba  
Tel./Fax (0351) 4214929  
E-mail: [secretaria@acaderc.org.ar](mailto:secretaria@acaderc.org.ar)  
Consulte novedades doctrinarias en la  
Página Web: [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)  
REPÚBLICA ARGENTINA

**Presidentes Honorarios**

Dr. PEDRO J. FRÍAS

Dr. OLSEN A. GHIRARDI

## DICTAMEN

En la ciudad de Córdoba a veintidós días del mes de julio de 2008 en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, sita en Artigas 74, siendo las once horas se reunieron en definitiva, luego de una serie de reuniones preliminares, los señores académicos integrantes del Jurado: Dres. Luis Moisset de Espanés (presidente), Dr. Juan Manuel Aparicio, Dr. Eduardo I. Fanzolato (civilistas); Dr. Efraín Hugo Richard (comercialista); Dr. Antonio María Hernández (derecho público); Dr. Jorge de la Rúa (penalista) Dr. Armando Andruet (h) (director de Publicaciones)

Se evaluó para una decisión final la tesis presentada: *“La acción de reducción”* del Dr. Roberto M. Natale.

La tesis sometida a consideración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba se valora como un trabajo de distinguida factura en el que se exponen con profundidad y solvencia las normativas del derecho positivo argentino sobre la legítima hereditaria y los diversos instrumentos jurídicos que la protegen frente a las diversas violaciones posibles, desarrollando, en particular, la acción de reducción.

La complejidad del tema elegido obedece a las distintas fuentes utilizadas por Vélez Sársfield en la redacción de las normas respectivas pertinentes, a la existencia de una nutrida doctrina nacional con interpretaciones diversas, a la aparición en el derecho nacional de instituciones que implican excepciones a la intangibilidad de la legítima, todo lo cual ha sido sorteado con seriedad y lógico razonamiento por el tesista.

Las personales posturas asumidas sobre temas íntimamente vinculados con la acción de reducción (naturaleza jurídica de la legítima, la legítima como parte de los bienes, igualación de la acción de reducción y la de complemento, la reducción contra legitimarios, deducción de deudas, cargas de la sucesión) se encuentran sólidamente fundamentadas y, más allá de poder disentir con sus conclusiones, es indudable que se trata de un trabajo coherente, claro y abarcativo de las divergentes opiniones que se han sostenido en nuestro país.

Se trata de un aporte académico que contribuye al esclarecimiento de una temática tradicionalmente confusa y que pone en evidencia la imperatividad de una reforma legislativa sobre el particular. El presente trabajo puede servir con provecho a tales fines, además de colaborar al esclarecimiento y comprensión de la normativa vigente.

Los integrantes del jurado destacan la importancia de este premio, con el cual se galardona y se difunde a través de su publicación, aquellas producciones que alcanzaron el máximo reconocimiento por los tribunales que evaluaron los trabajos de los doctorandos.

Que dicho premio brinda una oportunidad a quienes no encuentran otras vías para la publicación de sus tesis, permitiendo que a través de Instituciones que no persiguen fines de lucro, como la Academia Nacional de Derecho, se den a conocer a la comunidad jurídica en particular y en general a toda la población, las investigaciones científicas que con sus aportes contribuyen al progreso del derecho y las ciencias sociales.

Por tal motivo, el jurado académico resolvió por unanimidad de los presentes:

1º) Aconsejar se adjudique el Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmacio Velez Sarsfield” a la Tesis “*La acción de reducción*” del Dr. *Roberto M. Natale*.

2º) Elevar este dictamen al pleno de la Academia para su consideración.

## RESOLUCIÓN N° 33/2008

Córdoba, 26 de agosto de 2008

Y VISTO:

Que en sesión ordinaria del día 5 de agosto se aprobó por unanimidad el dictamen emitido por el Jurado del Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield” Edición 2008.

Y CONSIDERANDO:

Que los miembros del jurado evaluaron la única tesis presentada, titulada “*La acción de reducción*” del Dr. Roberto M. Natale aprobada por la Universidad Nacional de Rosario,

Que el trabajo sometido a consideración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, se valora como de distinguida elaboración; en él se exponen con profundidad y solvencia las normativas del derecho positivo argentino sobre la legítima hereditaria y los instrumentos jurídicos que la protegen frente a las diversas violaciones posibles, desarrollando, en particular, la acción de reducción.

Que la complejidad del tema elegido obedece a las distintas fuentes utilizadas por Vélez Sársfield en la redacción de las normas pertinentes, a la existencia de una nutrida doctrina nacional con interpretaciones diversas, a la aparición en el derecho nacional de instituciones que implican excepciones a la intangibilidad de la legítima, todo lo cual ha sido sorteado con seriedad y lógico razonamiento por el tesista.

Por ello,

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,

RESUELVE:

Art. 1º.- Adjudicar el **Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield” Edición 2008** a la tesis doctoral “*La acción de reducción*” del Dr. Roberto M. Natale

2º) Fijar como fecha para la entrega de las distinciones a los galardonados para el día 2 de diciembre de 2008.

3º) Designar al señor académico de número Dr. Eduardo I. Fanzolato, para que haga uso de la palabra en el acto aludido.

4º) Comuníquese, dése a publicidad y archívese.

*Julio I. Altamira Gigena*  
Académico Secretario

*Luis Moisset de Espanés*  
Académico Presidente



*A mi padre y a Carlos A. Morello, abogados y señores con  
mayúsculas, quienes me alentaron y guiaron en la más noble de  
las profesiones: la abogacía.*

*A la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario,  
donde obtuve mi título y que luego ininterrumpidamente me cobijó  
en su claustro docente.*

*Y a Mariana, cuya aparición cambió el  
argumento de mi vida.*



*“¡Oh, dioses...¿no es bien duro que no pueda yo disponer de mis bienes a favor de quien me plazca, dejando más a éste, menos a aquél, según el mayor o menor afecto que me han demostrado, y del cual he recibido pruebas bastantes en el curso de mi enfermedad, en mi vejez y en los diversos acontecimientos de mi vida?”.*

*“... Os declaro, en cualidad de legislador, que no considero que os pertenecéis a vosotros mismos, ni que os pertenecen vuestros bienes, sino que todo pertenece a toda vuestra familia, lo mismo a vuestros antepasados que a vuestra posteridad: y con más razón aún declaro que toda vuestra familia con sus bienes pertenece al Estado. Sentado esto, si mientras la enfermedad o la vejez os hacen fluctuar entre la vida o la muerte, hay aduladores que, insinuándose en vuestro espíritu, os comprometen a hacer vuestro testamento contra las buenas reglas, yo no lo consentiré en cuanto de mí dependa; sino que haré mis leyes, teniendo esto en cuenta, consultando el bien público y el de vuestra familia, y subordinando como es de razón a estos objetos el interés de cada particular” (Platón, *Las Leyes*, en *Obras Completas*, t. X, págs. 219/21).*

Enrolado nuestro sistema civil en limitar el poder dispositivo a título gratuito de toda persona que al morir deja herederos forzosos (descendientes, ascendientes y cónyuge, e incluso, independientemente de la caracterización sucesoria que se adopte a su respecto, es también legitimaria la nuera viuda) (arts. 3591, 3576 bis, 3714, 1830, 3601 y concs. del Código Civil), al tener que respetarle una porción de sus bienes o de su herencia -según sea el criterio que se adopte sobre la naturaleza jurídica de la legítima-, la posibilidad de que ésta sea afectada por liberalidades entre vivos o disposiciones testamentarias es más que frecuente.

Más aún si se tiene en cuenta que el monto de las legítimas nacionales que deben protegerse (cuatro quintos para los descendientes; dos tercios para los ascendientes; la mitad para el cónyuge, y a la nuera viuda y sin hijos un cuarto de los bienes que le hubiesen correspondido a su marido en la sucesión de sus suegros) resulta el más elevado de la legislación universal, reduciéndose notablemente la porción disponible del causante. Tanto es así que no ha faltado quien haya sostenido que dichos montos -no el instituto de la legítima- son inconstitucionales al afectar la libertad de testar y el derecho de propiedad. Sin perjuicio de lo opinable que resulta el criterio, no en vano el Anteproyecto de Bibiloni, el Proyecto de 1936, el Anteproyecto de 1954 y últimamente el Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998 han propuesto su reducción.

Por lo demás, la función protectora de la legítima que tiene la acción de reducción presenta -como se verá- innumerables facetas o aristas tanto desde el punto de vista teórico como desde el ángulo práctico.

Resulta entonces que la acción elegida como tema de tesis aparece como una de las más importantes -por no decir directamente la más relevante- del derecho sucesorio.

Por razones de método y fundamentalmente de claridad, para abordarla hemos creído conveniente dividir la cuestión, además del presente y la Introducción que le sigue, en cuatro capítulos: “La libertad de testar y sus límites”, “La legítima”, la “Determinación de la legítima” y finalmente “La protección de la legítima. Acciones de complemento y reducción”.

En el primero, realizamos un bosquejo histórico de la legítima y su defensa, para culminar con un repaso al derecho comparado y los distintos sistemas en él adoptados.

En el segundo, amén del concepto de legítima, su inviolabilidad e irrenunciabilidad; hemos dedicado especial atención a su naturaleza jurídica; la figura del legitimario no heredero; las sociedades y el fraude a la legítima; como así también, luego de pasar revista a quiénes son legitimarios, su porción legítima y concurrencia; detenernos en la porción disponible y la mejora, y especialmente en el tercio de mejora español; y finalmente en la posibilidad de instituir herederos a extraños existiendo forzosos.

En el tercero, nos dedicamos a la formación de la masa legitimaria, con los bienes que debe comprender y su valuación.

Y en el cuarto, abordamos la defensa de la legítima y así el concepto de las acciones de complemento y reducción y la necesidad de compatibilizarlas; caracteres y naturaleza de la acción de reducción; los actos susceptibles de ser atacados, donde se destacan si la acción de reducción juega también cuando los donatarios son legitimarios y la cuestión relativa a la época en que se hizo la donación; el orden en que se hace la reducción y el ejercicio de la acción; la naturaleza de la vicisitud que afecta la liberalidad inoficiosa; el modo de la reducción: la restitución en especie y la posibilidad de evitarlo mediante el pago en dinero; los efectos de la acción y dentro de ellos fundamentalmente lo atinente a la transmisión del bien objeto de la liberalidad a terceros; las relaciones entre la simulación y la reducción, para por último acometer la extinción de la acción por renuncia y prescripción.

Luego se encuentran las conclusiones motivadas por nuestra tarea.

Finalmente damos con la Bibliografía consultada y el Índice General.

## INTRODUCCIÓN

Acometer el tema de la legítima, necesariamente implica inicialmente pronunciarse sobre su naturaleza jurídica. Creemos que pese a la derogación del art. 3354 y con ello el evidente deseo del legislador de considerarla parte de la herencia, fue y continúa siendo parte de los bienes. Es que así como sin un muerto no hay sucesión *mortis causa*, tampoco en la práctica la hay si no existen bienes. Buen ejemplo de este criterio materialista es la discusión sobre la naturaleza jurídica de la acción de petición de herencia, donde pese a que con ella se desea obtener el título de heredero para concurrir o desplazar a quien lo tiene, ello traerá como consecuencia que se compartan o se obtengan con exclusividad los bienes sucesorios; es decir han triunfado sobre el criterio que ve en ella a una acción personal, los que creen que es una acción real <sup>1</sup> o, si se quiere ser respetuoso del aspecto personal (título hereditario) y el consecuente real (los bienes) y no caer en las acciones mixtas desconocidas expresamente por nuestro codificador en la nota al art. 4023, hablar de aglutinación de acciones <sup>2</sup> o de acciones principales y accesorias <sup>3</sup>. Lo que interesa, pues, es que al heredero forzoso se le respeten los bienes necesarios para cubrir su legítima (art. 3714), cualquiera sea el título por el cual se los han atribuido (art. 3600).

De la mano de la aceptación de la legítima como *pars bonorum* y que ella puede ser otorgada a cualquier título, viene el reconocimiento de la discutida figura del legitimario no heredero (legitimario donatario, legitimario legatario, legitimario beneficiario de cargo, legitimario preterido, la nuera viuda y el descendiente del desheredado).

La inviolabilidad de la legítima entendemos que reconoce desde hace corto tiempo otra excepción que deriva de la voluntad del causante: el fideicomiso testamentario. Cuando el fideicomiso dispuesto por el testador comprende bienes que superan la porción disponible y afecta la legítima, los herederos forzosos deben respetar esta restricción, siempre que el beneficiario sea un heredero forzoso incapaz o toda la familia, y aunque el testador hubiese dispuesto el plazo máximo de duración (treinta años) o la condición resolutoria de que el incapaz fallezca o cese su incapacidad.

Era imperioso tratar el tema de las sociedades y el fraude a la legítima. Es que las sociedades comerciales como tales en nada afectan a la legítima hereditaria; los problemas se presentan cuando: a) la sociedad se forma para burlarla; o b) la sociedad se utiliza para tal fin. Se ha interpretado que podrá presumirse *iuris tantum* el fraude cuando se den los siguientes presupuestos: a) La sociedad sea cerrada o de familia; b) Los aportes sean efectuados total o mayoritariamente por el causante; y c) Los aportes sean subvaluados. Estimamos que el criterio de la inoponibilidad de la persona jurídica en caso de violación de la legítima, es el que más se adecua a la posibilidad de conciliar de la mejor manera posible la eventual continuación de la sociedad y el respeto a la legítima. Entre paréntesis, no podíamos desdeñar el aspecto procesal de la cuestión sobre todo en razón de que el

fue civil y comercial se encuentra separado en buena parte de nuestro territorio y así sostenemos que la competencia para entender en las acciones judiciales sobre fraude societario a la legítima hereditaria corresponde al juez de la sucesión (art. 3284, inc. 1). Y la acción debe ser articulada contra todos los integrantes del acto inoponible y contra la sociedad, por más fraudulenta que sea su constitución, para que después pueda serle opuesta la sentencia.

Coherente con nuestros proyectos de reforma al Código Civil y la legislación comparada, coincidimos en la necesidad de disminuir el monto vigente de las legítimas nacionales, permitiendo así concomitantemente ampliar la porción de libre disposición del causante.

También entendemos que la mejora no sólo puede establecerse por testamento (art. 3484), sino también por actos entre vivos (arts. 1805, 3604 y 3524, 1ª p.). En tal sentido es plausible la adopción de dicho criterio por el Proyecto de Código Civil de 1998.

Por el contrario, vemos inconveniente la recepción entre nosotros del tercio de mejora español, donde, amén del tercio con el cual se puede mejorar a extraños o herederos, legitimarios o no, es posible extraer de los dos tercios que constituyen la legítima larga un tercio precisamente para mejorar exclusivamente a hijos y descendientes, pero no a otras personas (arts. 808 inc. 1, 808 inc. 2 y 823 del Código Civil español). Baste recordar por ahora que, amén de que entre nosotros no es costumbre testar -con lo que la cuestión resulta de relativa importancia práctica ya que las sucesiones se defieren generalmente en forma *ab intestato* y ni se usa prácticamente la facultad de usufructuar la libertad de testar sobre la porción disponible que actualmente rige-, puede ser un instrumento de desigualdad filial no siempre movido por equitativas razones y producir entonces irritación entre los hijos no mejorados. Puede conducir a posibilidades aberrantes, como sería, en caso de haber dos hijos, la de dejar un sexto del haber a uno y cinco sextos al otro. Aberración que aumenta a medida que crece el número de hijos, ya que siempre existe la posibilidad de disponer de dos tercios, más la porción de legítima rigurosa en favor de uno de ellos: a mayor número, mayor posibilidad de distribución desigual (por ejemplo, si son cinco, puede dejarse a uno  $\frac{2}{3}$  más  $\frac{1}{5}$  del otro tercio que constituye la legítima corta o rigurosa, es decir  $\frac{11}{15}$ , y a los restantes solamente  $\frac{1}{15}$  a cada uno).

Sí pensamos que el art. 3605, que permite con la porción disponible mejorar a los herederos forzosos y hacer legados a terceros, debe ser leído concordantemente con la nueva redacción otorgada al art. 3715 -que valida la institución hereditaria efectuada en favor de terceros, pese a que se haya preterido a herederos forzosos, permitiendo a los olvidados salvar su legítima, sin perjuicio de pagarse asimismo las mandas y mejoras- y así también con dicha porción instituir herederos a extraños aunque se tengan legitimarios.

En la formación de la masa para la determinación de la legítima, hemos creído que deben integrar el pasivo también las cargas sucesorias. Esto aunque nuestro

codificador no haya hablado expresamente de ellas, como lo hacía el Proyecto de García Goyena al que siguió, porque la expresión literal aplicada no sirve para excluirlas ya que habla simplemente de que al “valor líquido” se le agregará el que tenían las donaciones, es decir al pasivo y en éste, además de las deudas de la sucesión, están las cargas, que, incluso, se pagan con privilegio sobre aquéllas (arg. art. 3474 y nota, y arts. 3879 y 3880 inc. 1). Como se ha dicho, la computación de las cargas de la herencia como deudas es incuestionable, a pesar de no haber nacido en vida del causante. En última instancia, son más que las deudas, son impensas necesarias, porque sin ellas no podría concretarse el derecho de los herederos ni de los legatarios, puesto que se refieren a los medios legales, fundados en exigencias procesales y fiscales, que deben ponerse en movimiento para que la transmisión se tenga por realizada.

En cuanto a la determinación de las donaciones, se computan todas las donaciones cualquiera sea su fecha y el tiempo transcurrido hasta la apertura de la sucesión. Sin embargo, tal afirmación requiere ser precisada pues mientras del art. 3602 efectivamente surge que se deberían computar todas las donaciones, por el art. 1832 inc. 1 sólo pueden pedir su reducción los herederos forzosos que ya existían al tiempo de la donación; requisito éste que define el carácter individual de la legítima, estableciendo así un cálculo independiente para cada uno de los legitimarios sobre la masa formada por el haber hereditario líquido, más las donaciones realizadas a partir del momento en que había comenzado su existencia o había contraído matrimonio con el causante, lo que era así para los descendientes y cónyuge, pues para los ascendientes la situación debía necesariamente ser uniforme ya que no se concibe que ellos nazcan después de su descendiente. Eso hace, pues, que una y otra disposición deban conciliarse, entendiéndose que el art. 3602 se refiere a las donaciones hechas cuando ya el donante tenía eventuales legitimarios. Es decir, el ámbito de aplicación del art. 3602 para la determinación de la masa legitimaria no resulta de la sumatoria al valor líquido de los bienes relictos del correspondiente a todas las donaciones efectuadas por el causante, pues queda restringido a aquellas que al realizarse ya existían legitimarios y sólo en amparo de éstos, de manera que si esas donaciones están libres de la reducción, no corresponde incluirlas a los efectos de calcular la legítima. Es la solución adecuada pues no sería lógico imponer limitaciones al derecho de disponer a título gratuito de sus bienes a quien carece actualmente de legitimarios.

Si bien para establecer el valor de las donaciones tanto para la colación como a los fines de fijar la legítima se toma en cuenta el que tenían al tiempo de la apertura de la sucesión (arts. 3477 y 3602), es importante destacar que para calcular el valor colacionable cabe actualizar dicho valor hasta el momento de la partición, garantizándose así la igualdad de la distribución entre los coherederos; mientras que con respecto al cálculo de los valores para establecer la porción legítima y, correlativamente, la porción disponible del causante, siempre es menester hacerlo con referencia exclusiva al momento del fallecimiento del causante. Ello se explica porque ese cálculo se efectúa frente a liberalidades

realizadas en vida por aquél, situación que además no puede ser modificada en razón del tiempo que puede durar la indivisión hereditaria, o ante legados contenidos en su testamento, y al efecto de establecer si esas donaciones o estos legados son o no inoficiosos.

Dentro de lo opinable que es el tema, interpretamos que la acción de complemento de la legítima del art. 3600 se identifica con la acción de reducción del art. 3601, constituyendo, en realidad, dos aspectos de la misma pretensión. La primera persigue la integración de la cuota, su complemento, y la segunda señala el modo de lograr dicho complemento: la reducción de las disposiciones testamentarias o, en su caso, de las donaciones inoficiosas. Por lo tanto, se reduce en la medida necesaria para completar la legítima afectada; el art. 3600 constituye la expresión del límite con que opera toda reducción: el complemento de la legítima.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la acción de reducción, se ha señalado que en la reducción hay una aglutinación de acciones, ya que -siguiendo a la doctrina francesa- envuelve dos acciones: una personal y otra real. Es que toda donación lleva implícita la cláusula de que será ineficaz si excede la porción disponible del donante, y que la reducción se obtiene sobre la base de este convenio tácito. Se ejercita entonces una acción personal derivada de un contrato. Pero, al mismo tiempo, la acción personal abre camino a una acción real de reivindicación, y declarado el derecho del heredero, éste recupera los bienes de cualquier mano que se encuentren.

Comienza aquí a aparecer el efecto reipersecutorio de la acción de reducción que, como se verá, prácticamente resulta el eje sobre el cual gira gran parte de las cuestiones atinentes a aquélla.

Así, la discusión sobre si ella es viable no solamente contra el donatario extraño sino también contra el donatario heredero forzoso. Quienes opinan que contra éstos aun cuando la liberalidad excediera el monto de su legítima personal, o de la porción disponible en caso de que haya dispensa de colación, el medio idóneo será siempre la acción de colación -que es de carácter personal y siempre se hace en valores y carece de efectos reipersecutorios-, concluyen que ante la insolvencia del beneficiario legitimario que ha dispuesto del bien donado, el perjuicio recaerá definitivamente sobre el legitimario damnificado. Por el contrario, nosotros creemos que la regla es la siguiente: la acción de reducción juega no solamente contra donatarios extraños sino también contra los herederos forzosos que han recibido donaciones, cuando el valor de éstas, medie o no dispensa de colación, superen además el monto de legítima individual del beneficiario.

El régimen vigente adecuadamente no tiene en cuenta la época en que se hizo la donación para poder eventualmente atacarla. Sin embargo, sin lugar a dudas en otro ejemplo para disminuir el efecto reipersecutorio de la acción de reducción, el Proyecto de 1998 establece que el legitimario solamente puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante en los diez años anteriores a su deceso (art. 2402). Este plazo luego fue reducido a cinco años por la Comisión de

Legislación General. Esto lleva al siguiente razonamiento: aquel donatario que haya recibido la liberalidad habiendo corrido diez años del contrato, poco le importará -sepa perdonársenos la crudeza de la idea- la posterior muerte del causante, podrá disponer del bien y su adquirente, cualquiera sea su título, estará amparado. Mientras tanto, para el donatario que no ha pasado el plazo seguirá eventualmente jugando la acción de reducción con todos sus efectos. Con ese criterio se crea, pues, una discriminación que lesiona gravemente el régimen de protección a la legítima. Por lo demás, cabe preguntarse si, atento que la primera donación no será alcanzada por la acción de reducción, cabrá computarla en la masa para determinar la legítima, porque la normativa proyectada, por otro lado, habla que para el cálculo de la legítima se tomarán en cuenta todas las donaciones hechas por el causante desde los trescientos días anteriores al nacimiento del descendiente, o del representado por él, o desde la celebración del matrimonio (art. 2395, últ. párr.).

Tanto ha sido el deseo de dicho Proyecto de minimizar, y quizás anular, el efecto reipersecutorio que llega al extremo de reglar que “Transcurridos veinte (20) años desde la realización del acto no se admite ninguna acción por ineficacia, aunque tenga efectos reipersecutorios. Este plazo no se suspende ni se interrumpe” (art. 2513). La norma es la única dentro del Capítulo de “Caducidad de acciones”, precisamente por esto importa que la acción de reducción, corrido dicho término, se extingue aunque no hubiese muerto el donante y por ello antes de haber nacido.

También lo es la posibilidad de detener la restitución en especie pagando su equivalente en valor, aunque en este caso estamos de acuerdo porque en realidad es convertir el acto gratuito del donante en oneroso y no habría razón valedera alguna para no aceptarlo porque pagando el valor afectado desaparece el interés del accionante. Se asegura así la estabilidad de los negocios y de las posteriores transmisiones (arg. arts. 966, 1857 y 3924, *in fine*).

Cuando la donación se ha ocultado bajo la forma de un acto oneroso, hay que deducir dos acciones: la de simulación y la de reducción. Pero en estos casos, el término bienal de prescripción de la primera (art. 4030) -acción accesoria- cede a favor del decenal de la segunda (art. 4023) -acción principal-. Se aplica así analógicamente la misma solución adoptada por la doctrina y la jurisprudencia respecto a la prescripción de la acción de simulación cuando es envuelta o se acumula a la acción de colación.

Sin embargo, dicha opinión no es pacífica, ya que inexplicablemente varios autores y tribunales -incluso participantes de la asimilación analógica antedicha- independizan los plazos de prescripción de ambas acciones, y por lo tanto si se ha producido la prescripción de dos años de la acción de simulación contados desde la muerte del causante, queda cortado el camino para obtener la reducción.

He aquí otro ejemplo que apunta a disminuir el efecto reipersecutorio en aras de la protección de los terceros adquirentes y la disminución de títulos imperfectos.



En la colación se acepta que su plazo decenal de prescripción absorba al bienal de la simulación porque, precisamente, no tiene carácter reivindicatorio; pero en la reducción se procede al revés -el decenal queda disminuido al bienal- por tener aquel efecto.

Ha sido un acierto del Proyecto de 1998 que haya unificado bajo la prescripción de dos años a las acciones de simulación, colación y reducción (art. 2502, incs. a, ap. III, y f). Sin perjuicio que ello contrasta, repetimos, con la altamente criticable norma que establece la caducidad veinteañal de las acciones de ineficacia desde la realización del acto, aunque tenga efectos reipersecutorios (art. 2513).

Fácil es advertir que existe gran preocupación por amparar a los terceros adquirentes de los bienes donados. ¿Pero acaso los legitimarios perjudicados en su legítima, no son también terceros frente a las liberalidades del causante? Por lo demás, el heredero no pudo evitar la donación realizada por el causante ni la ulterior enajenación del donatario. El tercero, en cambio, pudo abstenerse de adquirir frente a un título imperfecto (art. 2663). Con el agregado que el efecto reipersecutorio de la acción de reducción contra los terceros adquirentes de lo donado y el consecuente resultado de lesionar sus derechos, es fruto de la primacía de los derechos de los legitimarios ante el enérgico sistema de defensa de la legítima adoptado en nuestro régimen.

Refiriéndose al art. 3955, es conveniente finalmente reproducir las palabras de uno de nuestros primeros comentadores, las que dichas hace casi un siglo no han perdido actualidad: *“Respecto de la acción real de reivindicación que el artículo concede a los herederos, y que algunos la creen injusta, cuando se ejerce contra terceros de buena fe, sólo diremos que sin esa acción, la de reducción sería ilusoria, porque conociendo el donatario que su título puede ser revocado por exceder la porción disponible del testador, lo primero que haría para asegurarse el beneficio es enajenar la cosa. Por otra parte, el que adquiere una cosa donada sabe que su título puede ser revocado por los herederos forzosos existentes al tiempo de la donación, y si quiere asegurarse de que jamás será revocado, puede pedir la aceptación y renuncia expresa de ellos. Si no la obtiene, le quedará al adquirente el derecho de evicción cuando fuera privado de la cosa.*

*Mientras exista el sistema de legítima forzosa, que priva al individuo de disponer libremente en vida y para después de su fallecimiento de lo que ha adquirido por su esfuerzo, obligándolo a dejar esos bienes a los herederos forzosos, la donación entre vivos será un título débil y peligroso sujeto a las contingencias de la porción disponible”*<sup>4</sup>.

Notas:

<sup>1</sup> L. SEGOVIA, *El Código Civil de la República Argentina, con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, Ed. Pablo E. Coni, 1881, t. II, pág. 462/3, nota 39; J. O. MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Buenos Aires, Ed. Científica y Literaria Argentina, 1922, t. VIII, p. 638, en nota; J. C. RÉBORA, *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Ed. “La Facultad”, 1932, t. I, págs. 240/1, pto. 142; S. FORNIELES, *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed., Buenos Aires, TEA, 1958, t. I, págs. 263/4, pto. 188; G. A. BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Sucesiones*, 3ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1970, t. I, pág. 332, pto. 466; J. L. PÉREZ LASALA,

*Derecho de sucesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1981, vol. I, págs. 808/9, pto. 671, pto. B, ap. b); L. JOSSERAND, *Derecho Civil*, tr. Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, EJE, 1951, t. III, vol. II, pág. 241, pto. 1013.

<sup>2</sup> H. LAFAILLE, *Curso de derecho civil (Sucesiones)*, compilado por Frutos y Argüello, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1932, t. I, págs. 229/30, pto. 341/2.

<sup>3</sup> E. PRAYONES, *Nociones de derecho civil. Derecho de sucesión*, tomadas de sus clases por Américo S. Cacici, Buenos Aires, Ed. Ciencias Económicas, 1957, págs. 144/5, pto. 42.

<sup>4</sup> MACHADO, op. cit., t. XI, p. 42. Conf. FORNIELES, op. cit., t. II, págs. 123/4, pto. 124.

# CAPÍTULO I

## LA LIBERTAD DE TESTAR Y SUS LÍMITES

### 1. Concepto

El principio es el de que toda persona puede disponer de sus bienes para después de su muerte en la forma que desee y su libertad de testar en favor de quien le plazca es una consecuencia inmediata del derecho de propiedad.

Sin embargo, consideraciones de orden natural, moral, familiar y económico han llevado, a lo largo de la historia, a la mayoría de las legislaciones a poner severos límites a la libertad de disponer de los bienes para después del fallecimiento.

En efecto, razones naturales y morales han determinado que el legislador intervenga en protección de quienes están íntimamente vinculados al testador por lazos de sangre y afecto: padres, hijos, cónyuge. No merece amparo legal la voluntad de aquel que, con olvido de sus obligaciones de sangre, dispone de sus bienes a favor de extraños en detrimento de sus propios hijos, sean éstos nacidos en el matrimonio o fuera de él. Idéntica sanción merece el que, sin tener descendencia, olvida a quienes le dieron la vida, o deja de lado una relación de afecto y cariño con su cónyuge que puede haber durado muchos años, o bien favorece a extraños sin recordar sus obligaciones como genitor de los hijos de sus hijos. Son deberes naturales los que ligan a una persona en esos casos, y resultaría contrario a la moral que el legislador no interviniera para poner límites estrictos al egoísmo de quien pretendiera convertirse en el dictador de su familia bajo la amenaza de la desheredación por su sola voluntad y sin causa que lo justifique, o de aquel que, con olvido de quienes llevan su sangre, volcara caprichosamente sus preferencias por extraños.

La familia, célula básica de la organización social, ha sido también objeto de la protección del legislador, entendiéndose por tal no ya al grupo amplio de otras épocas patriarcales, sino al núcleo restringido que el intenso ajetreo de la vida moderna no ha alcanzado a desunir: padres, hijos, cónyuges, nietos. La necesidad de brindar amparo a la familia justifica también plenamente que se impida a una persona disponer a su antojo de sus bienes para después de su muerte.

Avalan también las limitaciones a la libertad de testar razones de orden económico. La división de los bienes entre los hijos, quienes a su vez los subdividirán entre los suyos al momento de su muerte permite una saludable, a la vez que imperceptible, distribución de ellos, sin necesidad de recurrir a soluciones políticas que traen en sí el fermento de la injusticia. Al asegurar a cada heredero una porción legítima, la ley impide que el causante, mediante un testamento, concentre toda su fortuna en una sola cabeza, al estilo de lo que sucedía en el

derecho feudal con la institución del mayorazgo. Desgraciadamente, en los últimos tiempos se nota un abuso de las sociedades de capital, constituidas por el padre de familia y los restantes miembros, con la finalidad de eludir el proceso sucesorio y su secuela impositiva, lo que permite en muchos casos crear irritantes desigualdades entre los herederos ya que las acciones, pueden ser distribuidas antojadizamente, lo que ha permitido sostener que se está haciendo indispensable una adecuada reglamentación de esas “sociedades de familia” a la vez que, mientras ello no ocurra, los tribunales deben estar dispuestos a levantar el velo que cubre a esas entidades.

Sin embargo, la libertad de testar, limitada como hemos visto cuando hay herederos forzosos, renace si, pese a existir éstos, no reúnen las condiciones suficientes para hacerse acreedores a la herencia; para aquellos individuos, sin autoridad moral para participar en la sucesión de quien ofendieron gravemente, la ley trae el castigo permitiendo su desheredación por el testador si existe alguna de las causales taxativamente enumeradas, las que, en nuestro derecho, figuran en los arts. 3747 y 3748 del Código Civil y están necesitando una urgente ampliación que comprenda otros supuestos en que también debería permitirse al causante excluir de su sucesión a sus herederos.

La existencia de herederos forzosos no aniquila totalmente la libertad de testar, ya que la legítima en ningún caso abarca toda la herencia, sino que siempre existe la llamada “porción disponible” que el testador puede distribuir a su antojo, sea mejorando a alguno de sus herederos forzosos, o bien beneficiando a terceros.

Las limitaciones señaladas a la libertad del testador no son universalmente aceptadas pese a las razones que las justifican y así el derecho anglosajón, en su mayoría, es contrario a la institución de la legítima, manteniendo el principio de la absoluta libertad de disposición de los bienes para después de la muerte.

## **2. La legítima**

Nuestro Código Civil nos da el concepto de la legítima de los herederos forzosos en el art. 3591, diciendo que “es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos”.

La legítima, como factor de utilidad y estabilidad social, ha sido reconocida a través del tiempo, y así Bigot de Prémeneu destacaba esa característica, siendo indispensable, decía, “*que la voluntad de algunos individuos ceda ante la necesidad de mantener el orden social*”.

Los críticos de la legítima la han calificado de institución burguesa destinada a la defensa de una clase social; sin embargo, de poco valen los argumentos en su

contra frente a sus bondades como freno al egoísmo individual y como factor de protección de la familia, según ya vimos.

### **3. Defensa de la legítima**

Pese a las razones de orden natural y moral que hacen, en la generalidad de los casos, que las personas al testar respeten el llamado de la sangre y el afecto, no siempre sucede así, por lo que ha sido preocupación constante del legislador, a través del tiempo, arbitrar medios para mantener incólume la porción legítima de los herederos forzosos, por lo que veremos someramente cuáles han sido los procedimientos seguidos con ese fin.

#### *3.1. Derecho ateniense*

Es de destacar en el derecho griego la legislación soloniana, que no admite en forma absoluta la libertad de testar. Solamente se permite al propietario disponer de una parte de sus bienes en beneficio de extraños; sobre el resto se establece que necesariamente corresponderá a los herederos. En esta limitación es donde podemos hallar el germen de la legítima.

Pero en esa misma ley sobre testamentos, Solón marcó una etapa fundamental en el derecho ático, al establecer que se podía disponer por testamento, salvo en los casos en que se tuviera hijos varones, o que el testador hubiese obrado impulsado de enfermedad, maleficio, presiones, violencia o seducido por mujer. Tuvo más en cuenta la amistad que el parentesco y el cariño que la precisión, e hizo que la hacienda fuese verdadera propiedad del que la tenía.

Sin embargo, más tarde se eliminaron dichas limitaciones, admitiéndose la más absoluta libertad de testar. Diversas razones se han ensayado sobre esa derogación: unos creen que se debe a la obra jurisprudencial, otros a textos legales que aun se ignoran, o a la dictadura de los Treinta.

Cualquiera sea la tesis exacta, lo cierto es que esa evolución hizo caer en desuso las limitaciones de Solón y así fue posible favorecer, mediante testamento y respetando la cuota disponible o los principios de la *apokeryxis* (especie de desheredación), a personas extrañas.

Al proyectar Platón la ley sobre las sucesiones en su obra *Las Leyes*, se manifestó contrario a esa libertad dados sus efectos perjudiciales, estableciendo un régimen complejo, bastante semejante a la sucesión legitimaria <sup>12</sup>.

En el derecho ático se permitió la impugnación del testamento inoficioso, para lo cual se recurrió a la ficción de considerar que el testador se encontraba demente al momento de su otorgamiento. Este fundamento pasó luego al derecho romano,

donde fue utilizado por el Tribunal de Centunviro para introducir la “*querella inofficiosi testamenti*”<sup>3</sup>.

### 3.2. Derecho romano

La Ley de las Doce Tablas (año 451 antes de Cristo) sostuvo los principios de la propiedad individual en sus extremos mayores, caracterizándolos con la fórmula: *uti legassit paterfamilias super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto* (lo que el padre disponga respecto de sus bienes y de la tutela de su hijo, sea observado como ley), y de ello surge que establecía la libertad absoluta del testador de disponer de sus bienes como quisiera. Este criterio subsistió varios siglos hasta aproximadamente el nacimiento del Imperio; por ese entonces comenzó a considerarse que era contrario a los deberes morales y a la piedad permitir que la herencia fuera a poder de extraños existiendo parientes del causante. Fue así que el Tribunal de Centunviro aceptó que los familiares omitidos sin motivo promovieran la “*querella inofficiosi testamenti*”, dirigida a hacer caer el testamento y así abrir la sucesión *ab intestato*. En la necesidad de encontrar un fundamento que justificara la acción, se recurrió a la misma ficción del derecho ateniense de considerar que en el momento de otorgar el testamento su autor estaba privado de la razón -“*colore insanie*”- lo que hacía procedente la “*querella*”.

La “*querella inofficiosi testamenti*” se concedía a los ascendientes y descendientes. Existía, en cambio, cierta resistencia en admitir que tuvieran acceso a ella los colaterales del causante; sin embargo, en la época de Constantino, se les permitió también a los hermanos y hermanas carnales y consanguíneos promover la acción siempre que el instituido como heredero fuera una persona infame (*turpis persona*), como ser un gladiador o una mujer tachada de tal.

La querella tenía carácter extraordinario, pues sólo se concedía a falta de otro remedio. Así, no correspondía al heredero suyo omitido en el testamento de su padre, pues era nulo *ab initio*.

Tampoco podían promover la “*querella*” los herederos que habían recibido en el testamento la cuarta parte, por lo menos, de lo que les hubiera tocado en la sucesión *ab-intestato*. Esta limitación parece haber sido creada por imitación de la “cuarta parte Falcidia” que reservaba al heredero el cuarto de la sucesión cuando los legados eran demasiado importantes. Más tarde, mediante la Novela 18 (año 537), la porción de la legítima fue aumentada por Justiniano a favor de los descendientes: era de un tercio cuando había cuatro hijos y de la mitad, cuando el número de éstos era superior. El excedente era la porción disponible que el testador podía dejar a quien quisiese.

Para calcular la porción legítima se valuaban todos los bienes dejados por el difunto, a la época de su fallecimiento, incluso las donaciones *mortis causa* y las donaciones entre vivos imputables sobre la legítima. Luego se deducían los gastos

funerarios, las deudas y el valor de los esclavos manumitidos por el testamento. Así se obtenía el activo neto, sobre el cual se tomaba la “cuarta legítima” si el legitimario era uno solo. Si eran varios esa cuarta parte se dividía entre ellos, de manera que si el testador dejaba dos hijos, la legítima era de un octavo para cada uno. No variando la misma, pues la legítima era individual; de manera que si uno de los hijos renunciaba a la querella, o era justamente desheredado, el otro no podía querellar si había recibido el octavo.

Cabe recordar en el desarrollo de la “querella”, la reforma establecida durante el Bajo Imperio -comprendido desde el emperador Alejandro Severo hasta Constantino- que extendió la querella de inoficiosidad a las donaciones excesivas, ya que el causante, en vida, pudo haber disminuido su patrimonio por medio de ellas, atentando de ese modo indirecto el derecho de los legitimarios; y la restricción en el ejercicio de la “querella” como consecuencia de la creación de una nueva acción de complemento de la legítima, establecida en una constitución de Juliano y Constantino (año 361), para el caso que se habían dejado ciertas liberalidades, imputables a la legítima, pero que si eran inferiores a ella, se la completase según el arbitraje de un hombre honrado, sujeta en un principio a que esta posibilidad estuviese insertada en una cláusula del testamento.

La “querella” era una acción real que permitía obtener los bienes sucesorios aunque estuviesen en manos de terceras personas y de competencia de los Centunviro, fue limitada en la época de Justiniano -al dar por sobreentendida dicha cláusula- solamente a los casos en que los beneficiarios de una porción legítima hubieran sido totalmente excluidos, ya que si habían recibido una parte de ella sólo les asistía una simple acción personal “supletoria” destinada a lograr que se completaran sus legítimas menoscabadas (año 528). Otras diferencias entre estas acciones eran las siguientes: a) mientras la querella se extinguía a los cinco años y no pasaba a los herederos, la acción de complemento era perpetua y se transmitía a los herederos; b) si el efecto de la querella, hasta Justiniano, fue hacer caer el testamento, con la acción de complemento el testamento subsistía; y c) cuando quien ejercitaba la querella era vencido, perdía todas las liberalidades que en el testamento hubiese en su favor, en tanto que en la acción de complemento si se perdía el proceso no se era privado de esas liberalidades.

Debe tenerse también en cuenta que con Justiniano se impuso a los ascendientes, tanto paternos como maternos, con respecto a sus descendientes y a éstos respecto a aquéllos, el deber de instituirlos herederos, no bastando que se les dejase la legítima por cualquier título, salvo que existieren causas legales de desheredación (Novela 115, año 541). Ésta también se apartó de los efectos conocidos de la querella, ya que cuando los herederos fuesen preteridos o desheredados sin justa causa, no se producía la invalidación total del testamento, sino la rescisión de la institución de heredero en favor del demandante y por la parte que a éste correspondiere, dejando subsistentes las otras disposiciones, tales como los legados, fideicomisos y manumisiones <sup>4</sup>.

### 3.3. Lugares de derecho escrito

Caído el Imperio Romano, en las llamadas regiones de derecho escrito se aceptaron dos formas de defender la legítima: una, para el caso de haberse omitido totalmente al legitimario del testamento, que se dirigía a obtener la nulidad del instrumento y a conferirle la calidad de heredero; y la otra, para el supuesto de haber recibido el beneficiario menos de su porción legítima, tenía por finalidad lograr su complemento hasta que aquélla quedara íntegramente cubierta, no otorgándole la calidad de heredero. Precisamente porque los legitimarios no tenían en este caso la calidad de herederos era que se decía que la legítima era *pars bonorum* y no *pars hereditatis*; su derecho estaba vinculado con el parentesco, pero no era un derecho de sucesión<sup>5</sup>.

### 3.4. Lugares de derecho consuetudinario

En estas regiones se puso especial atención en el interés de conservar los bienes en el seno de la familia. Es así que, durante la Edad Media, se fue incubando la institución de la “reserva” que tenía un fundamento político -la preservación del patrimonio familiar- y no moral como había sido el de la legítima en el derecho romano. La reserva, de origen un tanto oscuro, nació, como hemos dicho, en los lugares llamados de derecho consuetudinario y era *pars hereditatis* y no *pars bonorum*, ya que sólo tenían derecho a ella quienes asumían la calidad de herederos.

El instituto de la reserva presentaba las siguientes características: se concedía a todos los parientes, incluso a los colaterales y era una defensa contra las disposiciones testamentarias, pero no contra las donaciones que el causante hubiera efectuado en vida; además, recaía solamente sobre las cuatro quintas partes de los bienes propios que no fueran muebles, lo que originaba serias dificultades ya que los herederos no tenían defensa alguna contra las donaciones, ni contra las disposiciones del testamento relativas a bienes gananciales, o muebles aunque fueran propios. Como reacción ante estas dificultades comenzó a adoptarse en estas regiones, aunque en forma subsidiaria, la idea de la legítima extraída del derecho romano, llegándose a notar más acentuadamente esta influencia en las costumbres de Normandía y de Bretaña, donde, incluso, se modificaron las bases de la reserva englobando también a los bienes gananciales o los muebles y permitiéndose atacar las donaciones.

Como consecuencia de esta influencia del derecho romano, se estableció que si el heredero tenía cubierta su legítima con la reserva de las cuatro quintas partes de



los bienes propios del *de cuius* que no fueran muebles nada podía hacer; pero si, por el contrario, ello no sucedía, entonces podía atacar las donaciones efectuadas en vida y las disposiciones testamentarias aun cuando éstas se refirieran a muebles o bienes de naturaleza ganancial. El heredero podía ejercer la reclamación por “vía de acción”, caso en el que, previamente, debía aceptar la herencia, o bien retener su legítima por “vía de excepción” cuando la hubiere recibido por donación, supuesto éste en que sí podía renunciar a la sucesión <sup>6</sup>.

### 3.5. Derecho francés

En la época de la Revolución Francesa, por motivos estrictamente políticos, se limitó al máximo la libertad de testar o efectuar donaciones. Durante ese período revolucionario, con la intención de mantener la mayor igualdad posible, se prohibió disponer por testamento de más de la décima parte de los bienes si había herederos en línea recta, entre los cuales había que contar a los hijos naturales, y de la sexta parte cuando sólo quedaban colaterales, aunque se aumentaba esa cuota cuando la liberalidad se le hacía al cónyuge. A fin de asegurar la perfecta igualdad entre los herederos, se prohibió disponer de la parte de libre disposición a favor de uno de ellos; con ésta solamente se podía beneficiar a un extraño. Todas estas rígidas limitaciones fueron prontamente derogadas: así, por la ley del 4 germinal del año VIII del Consulado, se fijó la cuota de libre disposición en una cuarta parte cuando hubiere menos de cuatro hijos, en un quinto de haber cuatro, etc.; y se permitió mejorar a uno de los coherederos adjudicándole esa parte. Se denominó “reserva” al instituto y se lo configuró como *pars hereditatis*, puesto que el renunciante no podía reclamarla, ni tenerla cuando la hubiere recibido por vía de donación entre vivos.

Al ser dictado el Código Civil, sus redactores persiguieron una transacción entre las instituciones del antiguo derecho y las postulaciones del período revolucionario. De esa forma, se sirvieron de la legítima para establecer la igualdad entre los coherederos, aunque ésta fuese relativa ya que se autorizó al *de cuius* para que haga liberalidades sobre la parte de libre disposición a uno o algunos de ellos, restringiendo las disposiciones excesivas.

Para luchar contra éstas, sean hechas a un heredero o a un extraño, el Código establece una legítima menos importante que la legítima consuetudinaria, pero más fuerte que la de los países del Mediodía; con el derecho revolucionario, admite una parte de libre disposición mayor cuando es el cónyuge el beneficiario. La legítima adoptada se parece a la romana, porque solamente se concede a los descendientes y ascendientes, recae sin distinción sobre todos los bienes de la sucesión, y protege a los parientes tanto contra las donaciones como contra las liberalidades por causa de muerte. Sin embargo, se inspira en la legítima consuetudinaria: como verdadera *pars hereditaris*, solamente puede beneficiar a un

heredero; por lo tanto, el descendiente o el ascendiente, para aprovecharla, debe aceptar la sucesión<sup>7</sup>.

Para el caso de que la legítima de los herederos forzosos se viera lesionada por las donaciones efectuadas en vida por el causante o por sus disposiciones testamentarias, el Código Civil francés estableció en su defensa la llamada “acción de reducción”, dirigida a reajustar dichas donaciones o disposiciones al límite necesario para que no lesionaran la porción reservada al heredero forzoso. Esta acción es viable tanto en el supuesto de haberse excluido al heredero íntegramente, como en el caso de que sólo se lo ha privado de una parte de su legítima. El derecho a ejercer la acción de reducción es consecuencia de la calidad de heredero, no pudiendo usarla quienes no asuman esa condición; tampoco puede renunciarse a ella en vida del causante.

### 3.6. Derecho español

Varias décadas antes de Cristo, la romanización de España motivó la introducción de principios jurídicos imperantes en la República romana, tales como el de la libertad de testar. Ésta se supone que debió ser plena, pero durante el reinado de Chindasvinto, a mediados del siglo VII, se restringió esa libertad a quien tuviese hijos, nietos y bisnietos, a quienes debía respetárseles una legítima de cuatro quintos y además se autorizaba a otorgarles hasta una tercera parte de todos los bienes en concepto de mejora; solamente, pues, podía darse a extraños la quinta de los bienes. Sin embargo, no se establecía ninguna acción en favor del heredero afectado en su derecho por las extralimitaciones que cometiera el causante.

El Fuero Juzgo y Las Partidas no admitieron la posibilidad de desheredar sin motivo a los herederos forzosos, exigiendo que la desheredación tuviera una causa justificada para que fuera válida y concedían, como consecuencia, a los ascendientes y descendientes perjudicados el derecho a defender su legítima mediante la *querella inofficiosi testamenti*, cuyo fin era hacer caer el testamento.

Además Las Partidas establecieron la legítima de los ascendientes, en caso de que el causante no tuviese hijos legítimos, fijándola en la tercera parte de los bienes. Con respecto a los hijos ilegítimos se regló que no eran herederos forzosos respecto al padre, pero con relación a la madre tenían igual derecho que los hijos legítimos aunque concurrieran con éstos, si bien la Ley IX de Toro (año 1505) incluida en la Novísima Recopilación (año 1805), dispuso luego que los hijos naturales solamente eran herederos forzosos de la madre a falta de hijos y descendientes legítimos y, en ningún caso, si eran fruto de uniones adúlterinas o incestuosas.

Finalmente, es de destacar que el cónyuge supérstite no tuvo en la legislación española derecho a legítima. Sin embargo, el Fuero Juzgo ordenó que la madre

viuda tuviera el usufructo de una parte igual a la de sus hijos, mientras no contrajere nuevo matrimonio, y Las Partidas dispusieron que la viuda pobre de marido rico pudiese obtener, aunque existieran hijos, hasta la cuarta parte de la herencia del marido, siempre que dicho porcentaje -conocido como la cuarta marital- no excediese de cien libras de oro <sup>8</sup>.

Posteriormente, en el Proyecto Español de 1851, redactado por García Goyena, se dio a los herederos en línea recta, que hubieran sido privados en todo o en parte de su legítima por la última voluntad del causante, dos acciones: una, para el caso de que se les dejara en el testamento menos de su porción legal, se denominaba “acción de complemento” y tenía por finalidad que se completaran las legítimas menoscabadas; y la otra, llamada “acción de preterición”, se les concedía si habían sido excluidos totalmente del testamento. Esta última acción permitía al heredero forzoso, privado de su legítima sin justa causa, atacar el testamento y lograr que la herencia le fuera entregada, manteniéndose, sin embargo, válidas las mandas y mejoras en cuanto no fueran inoficiosas, es decir que la nulidad alcanzaba solamente a la institución hereditaria.

### 3.7. Derecho comparado

En el panorama del derecho comparado, es posible agrupar tres grandes sistemas legislativos <sup>9</sup>:

#### 3.7.1. Regímenes legales que admiten la libertad de testar

Ellos constituyen, en general, testimonio de la tradición del derecho anglosajón (Inglaterra, Canadá, y la mayoría de las legislaciones de los Estados Unidos de Norteamérica -entre las excepciones se encuentra el Estado de Luisiana-). Pero en tales sistemas, simultáneamente, se acuerda a determinados parientes y al cónyuge, el derecho a obtener alimentos no obstante lo que haya dispuesto el testador. Así, por ejemplo, en Inglaterra la *Family Provision Act* de 1938, modificada por la *Provision for Family and Dependants* de 1975, establece que el cónyuge, los hijos, u otras personas que, en vida del causante, hayan dependido de alimentos tienen derecho a una *reasonable financial provision*, traducible como una renta razonable, o “razonable provisión financiera”, para el caso de que el causante no lo haya previsto. Tratándose del cónyuge supérstite, esta provisión debe comprender bienes o valores equivalentes a los que le hubiesen correspondido en caso de divorcio. En cambio, si se trata de los hijos u otros descendientes del muerto, la asignación tiene carácter de asistencial para cubrir su mantenimiento.

Entre los códigos civiles latinoamericanos, un ejemplo de este sistema es el mexicano. Este Código admite la libertad de testar del causante, sea a favor de sus parientes o de extraños. Pero impone como limitación que se deje una pensión de alimentos al cónyuge, a ciertos parientes consanguíneos en línea recta y colateral e,

incluso, a la concubina. El art. 1374 dispone que “es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia” a los referidos beneficiarios, pero no por eso es ineficaz totalmente: el efecto único que origina el carácter inoficioso del testamento no es revocar las disposiciones testamentarias en general, sino permitir que se asegure al acreedor alimentista la pensión a que tenga derecho; una vez que se ha asegurado esta pensión, subsiste en todas sus partes el testamento (art. 1375)<sup>10</sup>.

Similares disposiciones recogen los códigos civiles centroamericanos (Honduras, arts. 1147 y 1150; El Salvador, art. 1141; Nicaragua, arts. 1197 y 1150; Costa Rica, art. 595; Panamá, art. 798; Guatemala, art. 936; y el de Québec de 1994).

### *3.7.2. Regímenes legales que establecen en favor de ciertos herederos una porción legítima de distribución forzosa*

En las antípodas de los sistemas legales recordados en el apartado anterior, estos regímenes sustraen de la libre disponibilidad del causante una cuota de los bienes en favor de ciertos herederos. Estos son los llamados herederos legitimarios. El causante sólo puede disponer, existiendo tales herederos, de lo que excede de esa cuota, llamada de libre disposición o porción disponible.

Algunos regímenes prevén una cuota variable, según la cantidad de herederos que concurran. Por ejemplo, el art. 913 del Código Civil francés establece que el causante no puede hacer liberalidades, por actos entre vivos o por testamento, que excedan la mitad de sus bienes si a su muerte tiene un hijo; la tercera parte, si deja dos hijos; y la cuarta parte si deja tres o más, sean legítimos o naturales (texto conforme la ley 72-3, del 3 de enero de 1972). El art. 914 dispone que la porción disponible del causante es de la mitad de sus bienes; si a falta de descendientes, dejase ascendientes de ambas líneas (paterna y materna) y es de las tres cuartas partes si deja ascendientes de una sola línea. Este criterio lo acoge el código de Bélgica y el de Holanda, y es el que sigue la legislación de Luisiana<sup>11</sup>. Similar es el sistema del Código Civil italiano, que establece también porciones legítimas variables según el número de herederos que concurren (art. 537 y ss.); e idéntica solución adopta el Código portugués (art. 2158).

Dentro de los países latinoamericanos, el Código Civil uruguayo sigue la misma solución que el francés (art. 887).

Otros sistemas legales establecen, en cambio, una porción legítima fija o invariable sea cual fuese la cantidad de herederos que concurran. Así, el Código Civil alemán fija una legítima uniforme a los descendientes, padres y cónyuge de la mitad del valor de la parte *ab intestato* que les corresponda (art. 2303); y el suizo concede tres cuartos a los descendientes, la mitad al padre y la madre y la mitad a los otros parientes (art. 471). Es también el criterio del Código Civil japonés, que reconoce a los herederos, a excepción de los hermanos y hermanas del causante, una legítima de la tercera parte del haber hereditario cuando sólo haya herederos ascendientes, y de la mitad en los demás casos, es decir descendientes y cónyuge (arts. 1028, 887, 889 y 890). En las legislaciones latinoamericanas, además de la

nuestra, lo acepta el Código Civil de Brasil, que considera herederos necesarios a los descendientes, los ascendientes y el cónyuge, fijándoles una legítima de la mitad de los bienes de la herencia (art. 1845 y 1846), y el de Venezuela, que igualmente fija la mitad de los respectivos derechos en la sucesión intestada (art. 884). También Paraguay establece que los descendientes tienen una legítima de cuatro quintos, los ascendientes dos tercios, el cónyuge la mitad, al igual que el adoptante y el adoptado (art. 2598) -debiendo recordarse que si la adopción es plena, el adoptante hereda al adoptado, excluyendo a los padres de sangre, salvo en los bienes que el causante hubiere recibido por liberalidades de sus parientes de sangre, ya que estos bienes los hereda el padre de sangre con exclusión del adoptante (art. 2594)-, el cónyuge viudo (nuera o yerno) sin hijos en la sucesión de sus suegros la tercera parte de los bienes que le hubieran correspondido a su extinto esposo en dichas sucesiones (art. 2589), y también el concubino supérstite (art. 91 ley 1/92)<sup>12</sup>.

### 3.7.3. Regímenes legales que, aunque establecen una porción legítima, acuerdan al causante el derecho a mejorar con una cuota de ella a los herederos legitimarios

Es el sistema típico del Código Civil español, que sigue la tradición del derecho castellano, llamado también sistema de *mejora*. El causante puede disponer en favor de alguno de sus descendientes de la mitad de la porción legítima, que, a su vez, es equivalente a 2/3 del caudal hereditario (art. 808); se le denomina *legítima larga*. De tal modo el causante cuenta con una porción disponible (1/3 de sus bienes) sobre la cual puede hacer las disposiciones testamentarias con absoluta libertad. Pero, a su vez, cuenta con la mitad de la porción legítima para *mejorar* a cualquiera de sus hijos o descendientes. Obviamente el tercio restante (que se llama *legítima corta o estricta*), es de distribución forzosa entre los descendientes. En cambio, para el caso de suceder ascendientes, la cuota de legítima es de distribución forzosa (art. 809 y ss.).

Entre los códigos civiles latinoamericanos, algunos siguen al sistema español de la mejora. Así, el colombiano que establece que la masa de bienes, previa las deducciones de las costas, impuestos, deudas, alimentos forzosos y porción conyugal a que hubiere lugar, y agregación de las donaciones, habiendo descendientes (hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, personalmente o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial) se divide en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para los mismos -que la dividen por cabeza o estirpes entre los respectivos legitimarios, según el orden y las reglas de la sucesión intestada, y lo que corresponde a cada uno será la denominada legítima rigurosa; el aumento que ésta pueda recibir con la parte de mejoras y la parte de libre disposición, cuando el testador no ha dispuesto o, si lo hizo, no tuvo efecto su disposición, se llama legítima efectiva-; otra cuarta, para las mejoras que el testador haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes; y otra cuarta es la de libre disposición del causante. No existiendo dichos descendientes, a los demás legitimarios (ascendientes, padres adoptantes y padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple) se les debe respetar la mitad de los bienes, previa las deducciones y agregaciones indicadas, siendo la mitad restante la que el difunto ha podido disponer a su arbitrio. Si faltan legitimarios y sin perjuicio de la porción

conyugal, el causante puede disponer libremente de todos sus bienes (arts. 1240 y 1242, con las modificaciones introducidas por la ley 45 de 1936 y la ley 29 de 1982)<sup>13</sup>. También sigue este criterio el Código Civil chileno (arts. 1184, 1191 y concs.)<sup>14</sup> y el de Puerto Rico (art. 737).

Notas:

<sup>1</sup> “Todo hombre, establece, que disponga de sus bienes por testamento, si tiene hijos, instituirá heredero a aquél de los varones que juzgue conveniente; respecto a los otros, si da alguno a cualquier ciudadano que quiera adoptarlo, lo expresará en su testamento. Si le queda todavía algún otro hijo, por no haber sido adoptado por otra familia, habrá que enviarle muy probablemente a alguna colonia, podrá darle todos los demás bienes a excepción de la herencia patrimonial y de todos los muebles necesarios para el sostenimiento de la misma. Si aun le quedan más hijos, repartirá entre ellos todos los bienes distintos de la porción hereditaria. El que tenga algún hijo varón ya establecido, no le legará nada de sus bienes, así como tampoco a la hija que está prometida en matrimonio; si no lo está, entrará en la partija; y si después de hecho testamento adquiere algunas heredades uno de sus hijos, sea varón o hembra, dejará su parte al heredero del testador. Si éste no deja hijos varones, y sí sólo hijas, escogerá algún joven para esposo de aquélla que juzgue conveniente, y después de haberle adoptado por hijo, le instituirá su heredero. Si alguno ha perdido su hijo, sea natural, sea adoptivo, antes de que haya llegado a la edad viril, expresará esta circunstancia en su testamento, y designará a quién quiere adoptar bajo mejores auspicios. Si uno hace testamento sin tener hijos, podrá separar la décima parte de los bienes adquiridos y legarla a quien quiera; dejando todo lo demás al que haya escogido por su hijo adoptivo; y de este modo se pondrá a cubierto de toda crítica y se hará su memoria digna de estimación conforme el propósito de la ley. Si el testador deja al morir hijos menores, les nombrará libremente tutores en su testamento, tantos como quiera, con tal que ellos lo consientan y se comprometan a desempeñar la tutela. Toda institución de tutor hecha de esta manera será válida. Pero si muere sin hacer testamento o sin haber nombrado tutores, corresponderá la tutela a los más próximos parientes paternos y maternos, dos por cada lado, a los cuales se agregará uno de los amigos del difunto ...”. “Con respecto al que fallezca sin haber hecho testamento y sin dejar hijos ni hijas, se observará en todo la ley que hemos enunciado arriba; y además se tomará en su parentela un varón y una hembra, los cuales, casándose, levantarán éstos casa, que ya estaba extinguida, y entrarán en posesión de la herencia...” (PLATÓN, *Las Leyes*, en *Obras Completas*, Madrid, Medina y Navarro, 1872, t. X, págs. 221/2 y 224).

<sup>2</sup> A. H. GUAGLIANONE, *Historia y legislación de la legítima*, tesis, Buenos Aires, 1940, pág. 74 y ss., ptos. 5/8.

<sup>3</sup> L. DE GASPERI, *Tratado de derecho hereditario*, Buenos Aires, TEA, 1953, t. III, pág. 414, pto. 501.

<sup>4</sup> L. OVSEJEVICH, voz “Legítima”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1979, t. XVIII, pág. 42, pto. 8.

<sup>5</sup> G. RIPERT y J. BOULANGER, *Tratado de derecho civil, según el Tratado de Planiol*, tr. de D. García Daireaux, Buenos Aires, La Ley, 1965, t. X, vol. 1, pág. 212, pto. 1827.

<sup>6</sup> *Ibidem*, págs. 212/4, ptos. 1828/9.

<sup>7</sup> H., L. y J. MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, tr. de L. Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, EJEA, 1965, Parte IV, vol. II, págs. 233/5, ptos. 865/6.

<sup>8</sup> OVSEJEVICH, *op. cit.*, p. 42, pto. 10; E. A. ZANNONI, *Derecho de las sucesiones*, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, t. 2, pág. 141, pto. 920.

<sup>9</sup> Confr. ZANNONI, *op. cit.*, t. 2, págs. 134/6, pto. 916; PÉREZ LASALA, *op. cit.*, vol. II, págs. 741/8, ptos. 627/32; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 7ª ed., Madrid, Reus, 1975, t. VI, vol. II, págs. 466/9, pto. 2; OVSEJEVICH, *op. cit.*, pág. 42, pto. 19.

<sup>10</sup> A. DE IBARROLA, *Cosas y sucesiones*, 7ª ed., México, Porrúa, 1991, págs. 829/39, ptos. 1212/5.

<sup>11</sup> El desarrollo del derecho sucesorio de Luisiana es único en los Estados Unidos, ya que emana del Código Civil francés y contiene influencia de las tradiciones del derecho civil romano, francés y español; y culmina con la adopción de un sistema de herencia forzosa no disponible en otro estado. Con respecto al régimen de las sucesiones *ab intestato*, la proporción del cónyuge muerto en los bienes gananciales recae por completo en el supérstite si no tuviera descendientes; de lo contrario toma el usufructo que finaliza con la muerte o con un nuevo matrimonio y el resto recae en los descendientes. En cuanto a los bienes propios, el esquema familiar se centra en los descendientes, hermanos y sus descendientes, cónyuges y padres. En ausencia de cualquiera de estas relaciones consanguíneas, los bienes pasarán al gobierno estatal (T. K., HERNÁNDEZ, “La buena fe legislativa y la herencia angloamericana”, en Córdoba, M.M. (dir.), Garrido Cordobera, L. M. - Kluger, V. (coords.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. II, págs. 331/3).

<sup>12</sup> Art. 91 de la ley N° 1 del 15/7/1992: “Si la unión termina por muerte de uno de los concubinos siempre que ella tuviera cuanto menos cuatro años de duración, el sobreviviente recibirá la mitad de los gananciales y la otra mitad se distribuirá entre los hijos del fallecido, si los hubiere. Si el causante tuviere bienes propios, el concubino supérstite concurrirá con los hijos, en igualdad de condiciones de éstos. El derecho de representación del concubino sólo se entiende a sus descendientes en primer grado”. Otras normas de dicha ley relacionadas con el tema preceptúan: “Cuando de la unión expresada hubieren hijos comunes el plazo de duración se considerará cumplido en la fecha del nacimiento del primer hijo” (art. 85); “Si el fallecido no tuviere hijos pero dejare ascendientes, el concubino sobreviviente concurrirá con ellos en la mitad de los gananciales, por parte iguales” (art. 92); y “Si el causante no tuviere descendientes ni ascendientes, el concubino supérstite recibirá todos los bienes del mismo, excluyendo por tanto a los colaterales” (art. 93) (ver E. W. MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio en la legislación paraguaya*, 2ª ed., Asunción-Paraguay, Ed. La Ley Paraguaya, 1996, págs. 379/85).

<sup>13</sup> R. SUÁREZ FRANCO, *Derecho de sucesiones*, 4ª ed., Bogotá-Colombia, Temis, 2003, págs. 320/6, ptos. 321/6.

<sup>14</sup> M. SOMARRIVA UNDURRAGA, *Derecho sucesorio*, versión de R. Abeliux, Santiago-Chile, Nascimento, 1961, págs. 368/81, ptos. 507/22.

## **CAPÍTULO II**

### **LA LEGÍTIMA**

#### **1. Concepto de legítima**

Pese a que Vélez Sársfield comienza definiendo a la legítima como “un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia” (art. 3591), del mismo Código Civil surge que el concepto es más amplio ya que aquella no se calcula solamente sobre el patrimonio dejado al fallecer, sino también sobre el valor de las donaciones hechas por el causante durante su vida (arg. art. 3602).

De allí que resulte más adecuado explicar a la legítima como un derecho de sucesión sobre determinada porción del patrimonio del difunto, protegido imperativamente por la ley <sup>1</sup>.

Considerando el aspecto subjetivo y el objetivo, se ha precisado que el concepto de legítima es polifacético. Así respecto a los sujetos, para el causante importa una restricción a sus poderes de disposición porque los negocios gratuitos que la lesionan carecen de eficacia plena y definitiva, tal como aparece en los arts. 3601, 3602, 3605 y 3715; y desde la óptica del heredero legitimario es un derecho subjetivo a una parte del patrimonio del difunto del que no puede ser excluido, salvo indignidad, ni privado por el mismo, salvo justa causa de desheredación (art. 3714). Objetivamente, es una parte del patrimonio del *de cujus* sobre la cual recaen la restricción que lo afecta y el derecho del legitimario <sup>2</sup>.

#### **2. Naturaleza jurídica de la legítima (¿Parte de la herencia o parte de los bienes?)**

La “legítima” romana era concebida como *pars bonorum* (parte de los bienes), a la cual tenía derecho el legitimario independientemente de la transmisión hereditaria; mientras que la “reserva” germánica era entendida como *pars hereditatis* (parte de la herencia), y para acceder a ella el legitimario dependía de su título hereditario <sup>3</sup>.

Es decir, *“si se considera la legítima como parte de los bienes, el heredero no tiene necesidad de tomar la calidad de tal para reclamarla. Le está adjudicada por la ley independientemente de su condición de heredero: por el solo hecho del vínculo de sangre (o conyugal, agregamos nosotros), y nada más.*

Pero si se la califica como una parte de la herencia, la calidad hereditaria es indispensable para poder reclamarla. De tal manera que si no se acepta la herencia, no puede reclamarse la legítima.



*Según el primer sistema -pars bonorum- el que repudia la herencia, puede reclamar su legítima. De acuerdo con el segundo -pars hereditatis- para obtener la entrega de legítima se requiere la calidad de heredero, es decir, la aceptación de la herencia”<sup>4</sup>.*

De manera entonces que se podría resumir el fundamento de cada sistema expresando que según si el renunciante a la herencia conserva o no el derecho a la legítima, se habrá adoptado el criterio de la *pars bonorum* o de la *pars hereditatis*<sup>5</sup>.

No es fácil precisar cuál sistema siguió Vélez Sársfield, pues amalgamó elementos de la legítima romana, que le vinieron de las Leyes de Partidas y del proyecto español de García Goyena, y de la reserva germánica, por medio del Código Civil francés, y a todos ellos les sumó aportes propios.

Como se ha visto, interpretado literalmente el art. 3591, la legítima aparece como *pars hereditatis* (parte de la herencia). Pero también nos encontramos que en el art. 3714 es una porción de los bienes del difunto (*pars bonorum*), y además y fundamentalmente, en la redacción originaria de nuestro Código Civil, el art. 3354 permitía al legitimario renunciar a la herencia y sin embargo tomar su porción legítima, normas éstas que daban lugar a que se sostuviera que la legítima estaba constituida por una parte de los bienes del causante y no de la herencia, deduciéndose entonces que el derecho a la legítima era independiente del carácter de heredero<sup>6</sup>.

Precisamente el art. 3354, que no estaba en el título de la legítima, ha sido la base sobre la cual han discrepado las dos teorías. En su redacción clara y terminante se basó buena parte de nuestra doctrina para afirmar que nuestro Código seguía los principios de la *pars bonorum*<sup>7</sup>.

En tanto que los partidarios de la *pars hereditatis* consideran que como éste se aparta de otras disposiciones legales, dificultando el concepto que ellos dan de legítima, debe tenérselo por no escrito<sup>8</sup>.

A su vez, la decisión más importante sobre el tema la constituye el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital, en autos “Cambó, Francisco de Asís (suc.)”, en los que el causante había instituido como única heredera a su hija y dejado un legado a su esposa, la que solicitó que se mantuviera la institución en la medida en que no perjudicara su legítima y, además, que se la declarara heredera y se le diera la posesión de la herencia. El tribunal resolvió por nueve votos contra tres que “el titular de la porción legítima de una sucesión lo es en su calidad de heredero del causante y tiene derecho a que se le declare tal si fuera omitido por este último en su testamento”<sup>9</sup>.

La ley 17.711 derogó el art. 3354, con lo que podría suponerse que la disputa ha quedado superada en favor de la tesis de que en nuestro derecho la legítima es *pars hereditatis*<sup>10</sup>.

La doctrina que así lo cree afirma que, sin perjuicio de reconocer que los esfuerzos para distinguir al legitimario del heredero constituyen ponderables construcciones que muestran a la ciencia jurídica en una de sus más dignas e

interesantes especulaciones, no encuentran eco dentro de los lineamientos y bases del sistema hereditario argentino, al menos después de la derogación en 1968 del art. 3354. Para establecer tal conclusión se dan los siguientes argumentos:

a) La intención de la ley 17.711 parece haber sido la de afirmar la tesis de la legítima como *pars hereditatis*, lo que se revelaría con la supresión del art. 3354, la reforma del art. 3749 que disipa las dudas sobre el carácter de los descendientes del desheredado, y el nuevo art. 954 que como legitimados para intentar la acción fundada en la lesión solamente alude a *herederos*, sin referencia a sucesores universales supuestamente no herederos ni a legitimarios no herederos. Si se atiende al funcionamiento real de las respectivas vocaciones sucesorias, la modificación del art. 3715 tampoco obsta a la tesis de la legítima como *pars hereditatis*, aunque cabe reconocer la redacción equívoca de la norma.

b) La argumentación de que algunos problemas resultan más fáciles de resolver desvinculando a la legítima del título de heredero, como la acción del legitimario en defensa de su derecho impugnando actos del causante que pudieran comprometerlo -lo que lleva a considerarlo como un tercero- no es convincente, y no prevaleció en el plenario de la Cámara Nacional Civil mencionado.

c) La alegación de no ser siempre necesaria una transmisión hereditaria en la legítima, tampoco es suficiente para desvirtuar su naturaleza de *pars hereditatis*. En dicha argumentación se pretende concebir el derecho a la legítima sin que haya herencia, por reflejarse tal derecho a la legítima no sólo sobre el haber hereditario sino también sobre ciertas disposiciones gratuitas hechas por el causante en vida; agregándose que los legitimarios ejercen la acción de reducción contra el donatario y que no ha habido transmisión hereditaria, ya que ni los bienes donados ni la acción de reducción integraban el patrimonio transmisible del causante al tiempo su deceso y que la donación era irrevocable respecto del donante.

Refutándola, se sostiene que el argumento es insuficiente, pues en toda donación existe implícita una condición resolutoria de volver los bienes donados a la sucesión del donante en caso de resultar inoficiosa la liberalidad. Además, quien carece de vocación sucesoria por indignidad o renuncia no puede ejercer la acción de reducción.

d) El heredero forzoso que renunció a la herencia puede retener la donación entre vivos que el testador le hubiere hecho y reclamar el legado que le hubiere dejado, si no excediere la porción disponible (art. 3355), tal como si la liberalidad hubiese sido a favor de un extraño, pero no podría ejercer la acción de reducción en defensa de su legítima, ya que la ley 17.711 ha suprimido la facultad de renunciar a la herencia y reclamar la porción legítima, al derogar el art. 3354.

e) Ante la derogación del art. 3354 asume toda su importancia la noción legal de legítima establecida en el art. 3591, principalmente en su parte final: "... de la porción que la ley asigna a *sus herederos*"; concordante con el art. 3714, que alude a herederos forzosos "*aunque no sean instituidos en el testamento*"; con el art. 3605, que delimita el alcance de las facultades dispositivas del testador cuando tiene

herederos forzosos; con el art. 3536, que alude a la “legítima de alguno de los herederos”; y con el art. 3592, que señala de modo general la correlación entre la sucesión intestada y la legítima <sup>11</sup>.

Sin embargo, cabe hacer acotaciones que permitirían considerar que en nuestro Código la legítima es esencialmente *pars bonorum*, pese a la derogación del art. 3354, pues “*lo cierto es que el carácter de la legítima no puede ser determinado por la existencia o inexistencia de la norma del art. 3354 sino por lo que resulta del conjunto de normas que la reglamentan. Si del complejo de esas disposiciones resulta que es un derecho derivado de la calidad de heredero será parte de la herencia; si, por el contrario, surge que es un derecho distinto e independiente de tal calidad, será parte de los bienes. Y la posibilidad de renunciar a la herencia y tomar la legítima no resulta así el punto que determina la distinción sino una consecuencia del régimen general adoptado: evidentemente, si la legítima es un mínimo de herencia, la renuncia a ésta implica también la de aquélla, pero si son figuras diferentes no existe obstáculo legal para que se rechace una y se asuma la otra.*”

*Claro está que si se pretendiese hallar en las legislaciones actuales la legítima puramente *pars bonorum* del derecho romano, o la reserva *pars hereditatis* del derecho germánico, la caracterización sería imposible. La influencia de una sobre la otra que se ha producido en el curso de la evolución histórica, especialmente en la creación de la legítima consuetudinaria francesa y en la reglamentación del código español, hace que en rigor no pueda decirse que en determinada legislación actual la legítima -o la reserva- sea estrictamente *pars bonorum* o *pars hereditatis*, sino que sea predominantemente una cosa o la otra, ya que generalmente se recibe alguno de los caracteres de la otra institución. Así, la reserva francesa, predominantemente *pars hereditatis*, ha recogido caracteres de la legítima, tales como su cálculo no sólo sobre los bienes dejados al fallecer sino sobre ellos más los que fueron objeto de liberalidades en vida del causante, y su atribución a algunos de los herederos intestados y no a todos ellos. Por el contrario, la legítima española es predominantemente *pars bonorum*; sin embargo, cuando hay donaciones, su cálculo se hace para todos los legitimarios computando todas ellas, y no -como resulta en nuestro derecho del art. 1832, inc. 1, Cód. Civ.- siguiendo distintas pautas según existiese o no el legitimario al tiempo de la donación” <sup>12</sup>.*

Las circunstancias que dan pie a lo apuntado son:

a) Porque la legítima es individual y no global. En virtud del art. 1832 inc. 1, la masa que se toma en cuenta cuando hay donaciones puede ser distinta para cada legitimario, pues se tienen en cuenta sólo las hechas luego de que cada uno adquirió dicho carácter, premisa que no se ve alterada por la reforma introducida al mencionado precepto por la ley 17.711, ya que ésta solamente ha equiparado a los descendientes sin hacer distinción entre los nacidos antes o después de la donación, pero se mantienen las diferencias cuando concurren con otros legitimarios. Así, por ejemplo, si concurren hijos nacidos antes de la donación y

cónyuge que contrajo matrimonio después de ella, la donación se computará para establecer la legítima de los hijos mas no la del cónyuge.

b) Porque no es necesario que la legítima se transmita por vía de sucesión *mortis causa*. Tal es el caso del legitimario donatario, en que la legítima se transmitió por donaciones; y cuando el *de cuius* no deja bienes a su muerte habiendo hecho donaciones, en que la legítima se transmite por vía de reducción de las donaciones o sea por transmisión del donatario o tercer adquirente al legitimario.

c) Porque no siempre la legítima se integra con bienes hereditarios. Por ejemplo, si se instituye heredero y al legitimario se le hace un legado de cosa ajena que el heredero debe adquirir (art. 3754), y que cubre la cuota de legítima, el legitimario no recibe bien alguno de la herencia.

d) Porque como dice Goyena Copello *“el art. 3354 salió por la puerta y regresó por la ventana, si se nos permite la expresión, no ya para mantener la posibilidad que el mismo deba de renunciar a la herencia y pedir la legítima; sino de poder ser legitimario sin ser heredero, que en última instancia y en lo que a la naturaleza jurídica legítima se refiere, es lo que nos importa”*, de manera que los arts. 3714 y el nuevo 3715 admitirían la posibilidad de considerar herederos forzosos a aquellos que la ley reserva una porción en los bienes del difunto, habiéndose entonces reemplazado el principio de la continuación de la persona por el criterio mucho más real de la continuación en la titularidad de los bienes que a su fallecimiento deja el causante, quedando el art. 3591 como una norma aislada que no sería más que una mera definición que cede ante los efectos prácticos del juego de los dos artículos mencionados <sup>13</sup>.

e) Porque la proscripción de los pactos anticipados sobre la legítima futura (art. 3599) no se basan en las mismas razones que las relativas a la herencia futura (arts. 1175, 1176, 3311, 3312, 848, 1449 y concs.) -ya que de ser así aquel precepto estaría contenido en éstos y sería superfluo- sino en que siendo la legítima parte de los bienes y, por consiguiente, no dependiendo de la calidad hereditaria, era indispensable una norma que se refiriera a ellos para sujetarlos a la misma solución. De lo contrario, su ausencia llevaría a interpretar que únicamente estaríamos frente a bienes que tienen solamente un destino especial, que no se diferencian de los comunes, y por tanto caerían en la esfera de la autonomía de la voluntad. Es que si bien es cierto que ambas prohibiciones vendrían a evitar las especulaciones posibles sobre la vida humana, el verdadero fundamento del art. 3599 se encuentra en la naturaleza alimentaria de la legítima, pues los bienes que la integran sirven para suplir la protección que en lo sucesivo el muerto no podrá prestar a los legitimarios; lo que sería roto si antes del fallecimiento se permitiera recibir algún valor a cambio de la renuncia a ese derecho <sup>14</sup>.

La doctrina española, al comentar el art. 816 de su Código Civil <sup>15</sup>, ha distinguido perfectamente la prohibición específica para el pacto sobre la legítima futura de cualquier negocio jurídico sobre la herencia futura, diciendo que *“la*

*aversión hacia los pactos sucesorios en general, es un intento de evitar que se negocie con la herencia de quien todavía está vivo, su sentido se encuentra en la protección del causante;... (mientras que aquél es introducido) para proteger a los hijos ante los posibles abusos de su ascendiente, que puede pretender inducirles a transigir sobre su futuro derecho a la herencia”<sup>16</sup>.*

f) El art. 3600 tiene en cuenta la situación del legitimario que ha recibido “por cualquier título” menos de su derecho, autorizándolo a reclamar sólo su complemento; lo que demuestra que no exige que los bienes integrativos de la cuota garantizada sean dejados como herencia. Lo que importa es el valor económico de esos bienes, el que en definitiva será el que cumplirá con las exigencias de la institución.

De manera entonces que si el legitimario hubiere recibido algún bien a título gratuito del causante, cualquiera sea el acto del cual derivara su derecho, ya se habría cumplido la finalidad de la ley, que tiende a garantizar la recepción de una parte mínima de los bienes. Por consiguiente, esté o no reconocido el carácter de heredero, tendrá derecho a pedir la integración del monto recibido hasta el importe legal mínimo (art. 3600)<sup>17</sup>.

g) Por la posibilidad que existe en ser legitimario sin ser heredero. Por ejemplo: el legitimario legatario, el legitimario beneficiario de cargo, el legitimario donatario, el legitimario preterido, el descendiente del desheredado, y la nuera viuda sin hijos. Como dice Maffia, que pese a considerar que luego de la derogación del art. 3354 C.C. la legítima es *pars hereditatis*, no se ha suprimido la figura del legitimario no heredero al aparecer de rondón la figura de la nuera<sup>18</sup>.

### **3. La figura del legitimario no heredero**

Debe partirse de subrayar que en el derecho nacional el heredero es el sucesor *mortis causa* que reúne dos características: a) ser sucesor universal, o sea que reciba el todo o una parte alícuota del patrimonio del causante (arts. 3263, 3264, nota al art. 3281, etc.); y b) tener vocación universal, es decir la potencia expansiva eventual que le permita aumentar su alícuota hasta alcanzar la totalidad del acervo, o recibir los bienes que han sido objeto de disposiciones particulares del testador, extremos que pueden ocurrir cuando, por cualquier causa legal, dejan de jugar la institución de otros sucesores universales o las cláusulas que atribuyen bienes particulares, respectivamente.

Dichas cualidades deben necesariamente actuar conjuntamente, y la falta de cualquiera de ellas obsta al nacimiento de la figura del heredero.

Es decir: en el derecho argentino heredero es el sucesor universal que posee vocación al todo<sup>19</sup>.

Por lo tanto, los términos de heredero y sucesor universal no son sinónimos. Así se desprende de los arts. 1099, 1195, 731 inc. 4, 1098, 1330, 3284 inc. 1 y 3422 del Código de Vélez.

La reforma de 1968, si bien trató de considerar a la legítima parte de la herencia, al derogar el art. 3354 y con ello también terminar con la dicotomía entre sucesor universal y heredero, no ha logrado su propósito.

Por el contrario, entre otras razones, amén de mantener el art. 3714 -que, repetimos, considera legitimarios “a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos, sin justa causa de desheredación”- y las normas antedichas que no los asimilaban, ha dejado incólumes los arts. 3263, 3600, etc., y ha incluido como artículo nuevo el 3576 bis, reformado prácticamente en su totalidad el art. 3715 y parcialmente el art. 3749 <sup>20</sup>.

De manera entonces que cabe reconocer dentro de nuestro sistema legal la existencia de legitimarios no herederos.

Ellos son:

**1) Legitimario legatario.** El *de cujus* puede llenar, superar o dejar menos de la porción legítima correspondiente a sus legitimarios mediante la atribución a los mismos de legados de cuota o particulares, y con el resto de sus bienes instituir herederos o repartirlos de la manera que le plazca.

El legitimario nada podría reclamar si su cuota se encuentra satisfecha, ya que ésta puede otorgársele a cualquier título (arg. art. 3600). Si se le hubiese dejado menos de la legítima correspondiente sólo podrá pedir el complemento de ésta (arts. 3600 y 3601), “alegando su simple título de legitimario y sin necesidad de asumir la posición de heredero aceptante” <sup>21</sup>.

Este tipo de legitimario no es heredero por cuanto le falta vocación al todo, reuniendo en algunos casos el atributo de ser sucesor universal (legitimario legatario de cuota) o sucesor particular del causante (legitimario legatario particular) o también, en algunas situaciones, no ser sucesor del difunto pues su legítima la recibe de terceros (legitimario legatario de cosa ajena: art. 3754).

**2) Legitimario beneficiario de cargo.** Caso similar al anterior, pero aquí el testador además de instituir herederos a extraños, les impone el cargo de cubrir la porción del o los legitimarios con bienes hereditarios (es sucesor universal del causante) o ajenos (no es sucesor del causante pues su cuota legítima la obtiene de terceros).

En caso de que su legítima no haya sido respetada sólo tiene la acción de complemento (art. 3600), careciendo igualmente de vocación solidaria.

**3) Legitimario donatario.** Aparece cuando el legitimario ve cubierta, total o parcialmente, su cuota legal por donaciones que le ha hecho en vida el causante, distribuyendo éste a su muerte la totalidad de sus bienes, sea mediante institución de herederos o no <sup>22</sup>.

Al igual que los anteriores, en caso de que la legítima no estuviese cubierta sólo cabe su complemento (art. 3600) y no tienen tampoco vocación al todo.

**4) Legitimario preterido.** El art. 3715 de Vélez no sólo protegía la legítima del omitido sino que, además, al declarar nula la institución hereditaria, el heredero testamentario era desconocido como tal y nada recibía y, por lo tanto, su lugar era ocupado por el legitimario que recogía su porción legal más el excedente de la herencia no disminuido por legados y mejoras.

Sin perjuicio del criterio morigerador en la interpretación de dicha norma en el que se enroló una caracterizada y prestigiosa doctrina y jurisprudencia, el nuevo art. 3715 ha ido más allá al validar la institución hereditaria y solamente acordarle al preterido el derecho a reclamar su legítima.

Ello trae una doble consecuencia: a) que el olvidado en el testamento, al carecer de vocación universal, pierde su calidad de heredero y se convierte en un legitimario no heredero, siendo el instituido el heredero; y b) que actualmente con la porción disponible se puede, además de hacer legados y mejoras (art. 3605 C.C.), instituir herederos <sup>23</sup>.

**5) Descendiente del desheredado.** De acuerdo con el art. 3749 recibe la legítima del desheredado y no la parte hereditaria de éste.

Debe advertirse que el art. 3749, en su nueva redacción, ha venido a reafirmar este carácter del descendiente del desheredado pues, pese a estatuir que hereda por representación -lo que necesariamente debería implicar que ocupa su lugar y tiene los mismos derechos que el representado (arts. 3549, 3562)- ha limitado su vocación sucesoria a la legítima del desheredado.

**6) Nuera viuda.** Es legitimaria (correlato arts. 3592 y 3576 bis), pero no es heredera ya que no tiene vocación al todo sino sólo al cuarto de los bienes que le hubiesen correspondido a su esposo en la sucesión de sus suegros <sup>24</sup>, siendo también sucesora universal ya que no recibe bienes determinados sino una fracción o cuota de la universalidad transmitida <sup>25</sup>.

*Consecuencias:*

a) Carecen de vocación al todo, pero sí pueden acrecer dentro de la masa de legítima.

b) Se trata de acreedores legales de rango inferior a los demás, ya que su legítima se calculará previa deducción de las deudas y cargas de la sucesión (arg. art. 3602) -es decir, sufren la disminución del activo sucesorio como consecuencia del pago del pasivo que grava el acervo relicto-, pero munidos de un privilegio contra los legatarios y donatarios.

c) No responden *ultra vires*.

d) Su derecho se origina en el parentesco o el vínculo matrimonial.

e) Si bien al no ser herederos no están obligados a colacionar, es inexcusable que computen las donaciones en el pago total o parcial de su legítima. Todo lo que

el causante les haya donado, pues, deberá imputarse al cumplimiento de esa obligación legal.

f) Tienen derecho a intervenir en el juicio sucesorio y en la administración de los bienes, ya que están interesados en el inventario, el avalúo, la partición y la gestión de los bienes en tanto la división no se lleve a cabo.

g) La declaratoria de herederos debe incluirlos, no para reconocerlos como tales, sino para que el legitimario pueda acreditar esa cualidad y su porción legal <sup>26</sup>.

h) Salvo los casos del descendiente del desheredado -a no ser que se le dé prevalencia a la primera parte de la norma en cuanto le acuerda derecho de representación- y de la nuera viuda, los demás legitimarios no herederos pueden ulteriormente convertirse en herederos por la apertura de la sucesión intestada, lo que ocurre cuando no se han instituido herederos, o habiéndolos renunciado o son declarados indignos, o si el testador no ha distribuido la totalidad de sus bienes ni ha instituido heredero <sup>27</sup>.

La figura en tratamiento recibió el aval del plenario que resolvió que “la nuera viuda que sucede a sus suegros, en los términos del art. 3576 bis C.C., no tiene ‘derecho de acrecer’ en el caso de que no concurren otros herederos” <sup>28</sup>. En síntesis, la mayoría del tribunal sostuvo tal doctrina basándose en caracterizar a aquélla como sucesora universal no heredera y estimando que la misma solución es compatible con ubicarla como legitimaria no heredera con aplicación analógica de las normas sobre el legatario de cuota, o con la consideración de que su cuota es siempre parte de una cuota legitimaria, o con la afirmación de que su llamado es siempre imperativo lo que no significa que sea legitimaria. Dicha mayoría afirma que la concurrencia de la nuera con el Fisco es perfectamente compatible y armoniza con la noción de sucesión vacante (arts. 3545 y 3588).

Sin embargo, gran parte de los autores opinan que entre nosotros no es factible el reconocimiento del legitimario no heredero <sup>29</sup>.

Así también lo declararon las VI Jornadas de Derecho Civil (Santa Fe, 1977) al recomendar que “En nuestro derecho no existe la posibilidad del legitimario no heredero”.

#### **4. Inviolabilidad de la legítima**

##### *4.1. Regla general*

El Código Civil establece que el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas y si lo hiciere se tendrán por no escritas (art. 3598); consecuencia del principio general que reconoce al testador solamente la posibilidad de disponer libremente de sus bienes dentro de la porción disponible, no pudiendo avanzar sobre la legítima de los herederos forzosos (art. 3591).



La protección de la legítima es de orden público <sup>30</sup>, lo que se proyecta desde el punto de vista cuantitativo -en cuanto al respeto de su monto, cuyo menoscabo por disposiciones gratuitas inter vivos o *mortis causa* motiva la actuación de las acciones de complemento (arts. 3600 y 3601) y de reducción (art. 3602)- y desde el cualitativo -en cuanto al derecho de gozarla plenamente, sin condicionamientos ni restricciones impuestas por el difunto-. De manera entonces que la condición y el plazo, suspensivos o resolutorios, como igualmente el cargo, son modalidades prohibidas <sup>31</sup>.

Por lo que el testador, si bien puede imponer a los herederos instituidos y a los legatarios que un determinado abogado sea el encargado de tramitar y liquidar su sucesión, no puede hacerlo con respecto a los legitimarios, pues ello implicaría cercenar sus derechos hereditarios <sup>32</sup>; como tampoco es eficaz la cláusula testamentaria que dispone que los bienes que integran la legítima sean administrados por el albacea o por otra persona <sup>33</sup>. Igualmente es nula la disposición de última voluntad que prive al padre de la administración y usufructo de los bienes que su hijo reciba como porción legítima en la sucesión del testador <sup>34</sup>.

En cambio, es válida la prohibición de enajenar por un plazo no mayor de diez años impuesta a los bienes que componen la legítima, de conformidad con el art. 2613 Código Civil <sup>35</sup>.

Lo mismo se ha interpretado cuando el testador ha impuesto una condición o cargo respecto de los bienes que componen la legítima y al mismo tiempo beneficia al heredero con todo o parte de la porción disponible a condición de que acepte aquel gravamen. Ello porque el art. 3598 tiende a proteger al legitimario; pero éste puede tener interés en someterse al mismo para obtener la porción disponible. Será él quien decidirá si le conviene recibir la legítima sin cargo alguno, caso en que perderá la mejora, o aceptarlo y quedarse con ella <sup>36</sup>.

## 4.2. Excepciones

Sin embargo, el principio de la inviolabilidad de la legítima no es absoluto, ya que la ley autoriza limitaciones al pleno goce de ella por los herederos. Ellas pueden derivar de la voluntad del causante o del cónyuge supérstite.

### 4.2.1. Restricciones derivadas de voluntad del causante

#### 4.2.1.1. Bien de familia.

Si ha sido constituido por el *de cujus* durante su vida, su afectación se transmite a sus herederos, aunque sean forzosos, y pese a que a su muerte no existan bienes suficientes, fuera del inmueble sometido al régimen, para cubrir la legítima de cada uno de los herederos, sea que haya instituido a uno, algunos o todos sus legitimarios como beneficiarios.

Entre paréntesis, si fuese constituido por testamento (art. 44 ley 14.394), aunque lo sea en beneficio de todos los herederos forzosos, ya que encierra una disposición a título gratuito, en el caso de que el inmueble ingrese en la porción legítima la disposición implicaría imponer a aquéllos su inenajenabilidad, amén de habitarlo o explotarlo por cuenta propia (art. 41). Por eso para su operatividad se exige que el cónyuge supérstite, o en su defecto, la mayoría de los herederos solicite su inscripción; y ante el eventual conflicto entre quienes deseen hacerlo y los que quieran obtener intangible e incondicionada su cuota delegítima, éstos contarán con la causal expresa de desafectación que para este tipo de constitución contempla el art. 49 inc. b de la ley y siempre con la posibilidad de la impugnación por medio de la acción de reducción.

De manera entonces que es en la constitución por acto entre vivos donde se presenta la real posibilidad de la colisión entre la legítima, que no puede estar sujeta a condición o gravamen (art. 3598), y el instituto jurídico del bien de familia, que implica la indivisibilidad y la inalienabilidad del bien (arts. 37 y 38, ley 14.394). Ambos coinciden en que son de orden público.

Sentados estos principios, surge con claridad la necesidad de darle prevalencia a una de las dos figuras jurídicas y veremos que la misma será a favor del bien de familia, porque:

1) El bien de familia tiene protección constitucional (art. 14 bis C.N.).

2) Protege un interés social y familiar superior.

3) El heredero no tiene ningún derecho antes del fallecimiento del constituyente (arts. 3262, 2363, 3279, 1175 y 1176) y recibe el patrimonio en el estado en que se halla (arts. 3417, 3418, 3431 y 3432).

4) No afecta el derecho de propiedad (arts. 14 y 17 C.N.), ya que éste está sujeto a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 14 C.N.) y a intereses superiores (en este caso está de por medio la familia como institución).

5) No afecta la legítima, ya que no se refiere al dominio del bien, sino que la permanencia del bien de familia sólo posterga el ejercicio de la acción de partición.

6) Si solamente se mantuviese la afectación en el caso que hubiese otros bienes para cubrir la legítima de todos los herederos forzosos sería para familias acomodadas y se incluiría otra causal de desafectación a la enumeración taxativa del art. 49 de la ley 14.394.

7) Lo contrario importaría: a) desafectar el bien; o b) incluir a los demás herederos que no hubiesen sido designados como beneficiarios, como tales.

Ninguna de éstas importa la solución adecuada. La primera, por lo dicho. Y la segunda, porque podría llevar a graves perturbaciones familiares (p. ej.: si se ha designado como beneficiarios a hijos extramatrimoniales o hijos de un segundo matrimonio, se impondría a los matrimoniales o a los de las primeras nupcias el vivir con ellos). Amén de la violencia moral que comporta la imposición de que vivan juntos; resulta más razonable la propuesta de que quienes se encuentran en el uso y goce del bien paguen una compensación pecuniaria a los otros, salvo que se

encuentren en circunstancias que les permitan invocar el “pago con beneficio de competencia” (arts. 799 y 800) <sup>37</sup> o, en el caso que quepa, la desafectación por existencia de causa grave que la justifique a juicio de la autoridad competente (art. 49 inc. e, últ. párr., ley 14.394).

8) El bien de familia debe ser preferido a las leyes que se le opongan (art. 57 ley cit.).

9) La prueba de la persistencia del bien de familia después de la muerte del constituyente surge de los arts. 37, 40 y 49 inc. d, de la ley 14.394, e incluso el Código de Vélez estaría también admitiendo la postergación de la aplicación del principio de la partición obligatoria (art. 3452) por lo dispuesto en los arts. 3453 y 2715 <sup>38</sup>.

#### *4.2.1.2. Indivisión hereditaria*

El causante puede imponer a sus herederos forzosos la indivisión de la herencia o de algunos de sus bienes hereditarios por un plazo no mayor de diez años. Si se tratase de un bien determinado, o de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituya una unidad económica, el lapso podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aunque este tiempo exceda los diez años (art. 51 ley 14.394).

La norma, además de importar una excepción a la regla de la partición obligatoria (art. 3452) -aplicable a todos los herederos, tengan o no legítima-, también lo es respecto a la establecida por el art. 3598. Es que permite al difunto imponer la indivisión aun a los herederos forzosos, con lo cual ella puede afectar bienes que se computan en la legítima hereditaria <sup>39</sup>.

Cabe mencionar que se ha reconocido la validez de la cláusula testamentaria de indivisión y administración, pues si bien el art. 51 de la ley 14.394 sólo confiere explícitamente la primera posibilidad, con el argumento de quien puede lo más (disponer la indivisión) ha de poder lo menos (cómo administrarla), dentro del respeto de los plazos legales y siempre que no sea irrazonable ni reñido con un reparto de las utilidades proporcionado a las respectivas cuotas hereditarias. Es que muchas veces habrá que integrar la facultad de individir con la de administrar las legítimas, como medio de completar la protección de los legitimarios, con la inclusión del deber de rendir cuentas, derecho de reembolso de gastos, remuneración del administrador y posibilidad de su remoción judicial en caso de culpa. Por supuesto que al procederse a la división de la herencia o prosperar la solicitud de partición anticipada por causa que lo justifique, debe cesar dicha administración <sup>40</sup>.

Tangencialmente es de apuntar que los casos de los arts. 51 y 53, ley 14.394, pueden servir para la constitución de sociedades de familia. De esta manera se permite que éstas deriven de la decisión del titular de los bienes, por disposición testamentaria o por voluntad del cónyuge supérstite. Tal creación trae, entre otras consecuencias, que los acreedores particulares de los socios solamente podrán

cobrase con las utilidades de la explotación correspondientes a su respectivo deudor (art. 55 ley 14.394) <sup>41</sup>.

Cuando se trata de un establecimiento puede ser de cualquier índole, ya que la enumeración es ejemplificativa, o de un bien que constituya una unidad económica. *“Por ‘unidad económica’ se entiende un conjunto de bienes materiales (muebles o inmuebles) o inmateriales, que armonizados en función productora de servicios o bienes, por el orden establecido por la dirección de un organizador, no podría continuar su función de producción o ésta disminuiría considerablemente si soportase la separación de algunos de sus elementos”* <sup>42</sup>.

Es de considerar también el tema de las unidades económicas agropecuarias familiares y la legítima, ante la insuficiencia del régimen sucesorio del Código Civil para preservar la integridad y continuidad de la explotación de aquéllas. Ello ha motivado proponer la necesidad de elaborar reglas sucesorias específicas que se adecuen a las particulares características de su extensión mínima, por debajo de la cual no puede lograrse la subsistencia de la familia agraria, sin perjuicio del mantenimiento y respeto al sistema legitimario. Se coincide, entonces, en la necesidad de establecer la regulación de un derecho hereditario especial de las unidades productivas agropecuarias con la finalidad de evitar la desintegración de la explotación después de la muerte de su titular, organizando un orden sucesorio unitario tendiente a lograr la transmisión íntegra de ese patrimonio rural a un solo heredero, que debe ser el más apropiado para garantizar la continuidad de la explotación agrícola, con cargo para éste de compensar en dinero las porciones hereditarias de los herederos excluidos. Así, éstos no sufrirán una alteración de su legítima pues tendrán un derecho creditorio por el importe de su cuota hereditaria contra el adjudicatario <sup>43</sup>.

Sobre el particular, las Jornadas de de Derecho Civil -Familia y Sucesiones- (Santa Fe, 1990), recomendaron por unanimidad que:

a) Debe reglamentarse un derecho sucesorio especial destinado a asegurar la integridad y continuidad de las unidades económicas agropecuarias indivisibles (arts. 2326 y 3475 bis C.C.). En tal sentido debería preverse que a falta de voluntad testamentaria del titular de la explotación, o existiendo desacuerdo entre los herederos, el coheredero interesado pueda solicitar al juez de la sucesión la adjudicación exclusiva de la unidad agropecuaria con cargo de compensar con otros bienes o en dinero la cuota hereditaria de los coherederos excluidos, teniendo el juez amplias facultades para decidir en base a las condiciones del peticionante y a las circunstancias especiales de cada caso.

b) Si el coheredero adjudicatario no estuviese en condiciones de pagar al contado o compensar con otros bienes a los coherederos excluidos, se debería fijar un plazo para el pago de esta obligación e instrumentar apoyo crediticio al adjudicatario, con oportuna garantía para los coherederos acreedores, quedando, mientras tanto, adjudicado el inmueble condicionalmente <sup>44</sup>.

#### 4.2.1.3. Fideicomiso testamentario (ley 24.441)

Cuando el fideicomiso dispuesto por el testador comprende bienes que superan la porción disponible y afecta la legítima, los herederos forzosos deben respetar esta restricción, siempre que el beneficiario sea un heredero forzoso incapaz o toda la familia, y aunque el testador hubiese dispuesto el plazo máximo de duración (treinta años) o la condición resolutoria de que el incapaz fallezca o cese su incapacidad.

La situación será distinta en el caso que el beneficiario o fideicomisario sea un tercero, o un heredero forzoso no incapacitado, supuestos en que procederá la acción de reducción para que los bienes comprendidos en el fideicomiso se reduzcan a los límites de la porción disponible. El tercero o el heredero forzoso capacitado podrán desinteresarse a los herederos forzosos pagándoles el valor de los bienes de que han sido privados.

Como se advierte, esta otra excepción a la intangibilidad de la legítima sólo procede cuando todos los herederos forzosos son fideicomisarios, y se trate de fideicomisos de administración o inversión que persiguen proteger a un heredero forzoso incapaz o a la familia toda, que serían los beneficiarios del fideicomiso <sup>45</sup>.

Acertadamente el Proyecto de Código Civil de 1998 dispone -luego de insistir en que el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas y, si lo hace, no son válidos- que aquél puede constituir fideicomiso sobre bienes determinados aun cuando excedan la porción disponible, por actos entre vivos o por testamento, del cual sean beneficiarios sus herederos incapaces, pudiendo durar hasta que cese la incapacidad (art. 2397) <sup>46</sup>.

Las XVII Jornadas de Derecho Civil (Santa Fe, 1999) recomendaron de *lege ferenda* establecer como excepción al principio de la inviolabilidad de la legítima, el caso en que el fideicomiso tenga como fin la protección de los legitimarios incapaces <sup>47</sup>.

Por otra parte, el mencionado Proyecto de 1998, además de reducir la legítima de los descendientes a dos tercios y la de los ascendientes a un medio (art. 2395, 1<sup>er</sup> párr.), admite la cobertura en valores de la cuota legítima (art. 2403, 3<sup>er</sup> párr.).

#### 4.2.2. Limitaciones que puede imponer el cónyuge supérstite

##### 4.2.2.1. Indivisiones autorizadas por la ley 14.394

El cónyuge supérstite puede imponer la indivisión por un término máximo de diez años en dos casos: 1) Cuando se trata de un establecimiento que constituya una unidad económica; y 2) Cuando sea el hogar conyugal (art. 53 ley 14.394).

En la primera hipótesis, el derecho compete exclusivamente al cónyuge que lo hubiese adquirido o formado en todo o en parte. Es decir, debe integrar la masa de gananciales de su administración; y si lo administraban en común por haber sido adquirido o formado por ambos cónyuges, el derecho pertenecerá a cualquiera de ellos que sobreviva <sup>48</sup>.

En el segundo supuesto, el derecho a pedir la indivisión corresponde al cónyuge supérstite, aunque se trate de un bien ganancial de la administración del cónyuge muerto <sup>49</sup>.

#### 4.2.2.2. Derecho real de habitación viudal (art. 3573 bis)

Se admite que este derecho reconocido al cónyuge supérstite en las condiciones previstas en la referida norma puede ocasionar otra restricción a la intangibilidad de la legítima <sup>50</sup>.

Cabe resaltar que si bien el instituto presenta afinidad con la indivisión del hogar conyugal a pedido del cónyuge sobreviviente (art. 53 *in fine* ley 14.394), existen marcadas diferencias. Entre otras, el derecho real de habitación es vitalicio; gratuito; procede sea el bien propio o ganancial; y cesa con la muerte del beneficiario o cuando contraiga nuevas nupcias. Mientras que la indivisión del hogar conyugal es decenal -plazo que se cuenta desde que el viudo o viuda se opuso a la división, y no desde el fallecimiento del cónyuge premuerto-; se entiende que los herederos tienen derecho a reclamar una indemnización o compensación al cónyuge ocupante; el bien debe ser ganancial; y la indivisión puede cesar antes de los diez años -por decisión judicial a pedido de cualquiera de los herederos- por causas graves o de manifiesta utilidad económica <sup>51</sup>.

Tal como se ha visto, también es una institución tuitiva del hogar conyugal la subsistencia *post mortem* del régimen del bien de familia (arg. art. 49 inc. d, y correlato con los arts. 37 y 40 ley 14.394), pero para que ello ocurra, entre otros extremos, debe haber sido constituido en vida del causante; puede haber otros bienes -muebles o inmuebles- que integren el haber hereditario; también es factible exigir una indemnización o compensación; y tampoco se pierde el beneficio por nuevo matrimonio. Por el contrario, en el derecho de habitación basta la mera aptitud potencial para su funcionamiento; se requiere que sea un solo inmueble habitable el que integra el acervo sucesorio; es gratuito; y, repetimos, se pierde si el cónyuge supérstite contrae nuevas nupcias <sup>52</sup>.

## 5. Irrenunciabilidad de la legítima futura

La renuncia a la legítima o un pacto sobre ésta, anterior a la apertura de la sucesión son nulos de nulidad absoluta, por tratarse de supuestos incluidos en la prohibición de los pactos sobre herencia futura (arts. 18, 953, 872, 848, 1175, 1176, 3311, 3312 y 1449) <sup>53</sup>.

Si la renuncia hubiera sido realizada mediante un pacto oneroso, el renunciante que ahora reclama su legítima debe colacionar lo que hubiera recibido por ella (art. 3599 *in fine*); lo que se debe a que la disposición presume que el precio

de la renuncia lo ha pagado el causante. Por lo tanto, de su porción hereditaria se le descontará el valor de lo que haya percibido en razón del convenio <sup>54</sup>.

Si el precio lo hubiesen pagado los otros coherederos, ya no procederá la colación; pero, de todos modos, como el acto es nulo, deberá devolverles lo que hubiera recibido como precio (art. 1052) <sup>55</sup>

En el caso previsto en el art. 3604, el reconocimiento de la onerosidad de la transmisión realizado por los herederos forzosos puede involucrar una lícita renuncia a la legítima futura, ya que el valor del bien puede exceder la porción disponible del causante y la legítima individual del comprador, acumuladas, y pese a ello debe ser respetado por aquéllos -precisamente- en virtud de dicho consentimiento. Estamos, pues, ante un pacto sobre herencia futura no sometido a las reglas que protegen la legítima <sup>56</sup>.

## **6. Las sociedades y el fraude a la legítima**

El tema en abordaje importa -como se ha puesto de relieve- un proceso de penetración del derecho comercial en el ámbito propio del derecho civil ocurrido en las últimas décadas, no de manera explícita sino de una invasión solapada, clandestina, a través de las sociedades comerciales; de tal magnitud que, silenciosamente, ha llevado a desvirtuar -o al menos, como se verá, tratar de hacerlo- principios fundamentales de derecho civil y dejar sin contenido normativo leyes de orden público.

Las formas son variadas. Muerto el propietario de la tierra que la ha transferido a una sociedad comercial -comenzamos a transitar el tema de las denominadas "sociedades de familia", es decir de sociedades por acciones, ya se trate de sociedades anónimas cerradas (que no cotizan sus acciones en Bolsa) o de sociedades en comandita por acciones-, el bien rural no se dividirá entre los hijos sino que permanecerá indiviso bajo el dominio de la sociedad. La situación se agrava cuando el traspaso ha sido a una sociedad anónima y los herederos no están unidos; producido el deceso, el paquete accionario pasa a los hijos y si dos se unen contra el tercero, prácticamente podrán despojarlo de todos sus derechos, dado que el gobierno de la mayoría significará que dispongan de la sociedad, nombren sus administradores, fijen sus sueldos, resuelvan distribuir o no dividendos, aprobar balances, vender bienes, etc., mientras el minoritario se verá privado de todo (posesión y goce de parte alguna del campo; no tendrá injerencia en la administración; recibirá lo que los otros decidan darle, si algo le dan; y sus acciones nada valen y nadie se las comprará, salvo sus propios hermanos que tienen el paquete mayoritario y prevaliéndose de ello suelen adquirirlas en centavos, consumándose el despojo; y su impotencia no será menor si no reúne el número de votos necesarios para oponerse a la reforma del estatuto, si ésta se refiere -por ejemplo- a la prórroga del contrato social en el supuesto que lo permita, lo que equivaldrá a dejar al socio minoritario en manos de la mayoría por tiempo

indefinido). El principio de la herencia forzosa y su carácter de orden público habrá quedado en una mera declamación; amén de la irrenunciabilidad del derecho a pedir la división de condominio.

Pero aquí no terminan los problemas. Puede ocurrir que el grupo mayoritario encuentre un comprador del negocio en buenas condiciones, traspasándole las acciones que le permitan controlar la sociedad. Y ya sabemos lo que puede hacer la mayoría, si ahora -además- no la atan vínculos de familia. Es más, ni siquiera hace falta suponer mala intención de los nuevos socios adquirentes del paquete mayoritario; bastará una administración desafortunada que coloque a la sociedad en cesación de pagos, para que el heredero minoritario vea esfumarse su legítima, mientras sus hermanos han puesto a buen recaudo el caudal heredado.

La cuestión se enturbia aún más cuando, en lugar del padre normal que solamente ha querido facilitarle a sus hijos el acceso a la propiedad de sus bienes después de su muerte, nos encontramos que sus deseos han sido desheredar a uno de sus hijos -o a todos- sin tener causa para hacerlo. Bastará que constituya una sociedad anónima y disponga de las acciones real o simuladamente.

Entre tanto sigamos con quien transfirió su establecimiento agropecuario a una sociedad anónima. Para él nada cambia, seguirá gozando de su propiedad (quizá vive en ella) y de sus rentas. Un día decide testar disponiendo en su quinto a favor de terceros o mejorando a uno de los herederos. Producida su muerte, el beneficiario puede verse despojado de todo, ya que el testador sólo era dueño de unas acciones que ahora están en poder de los hijos, quienes pueden así negarse lisa y llanamente a cumplir la voluntad del testador.

No se trata, pues, sólo de la legítima. Todo el régimen hereditario queda en riesgo, comprometido y desvirtuado, al ser objeto de una simple maniobra que la ley autoriza. Es decir, repetimos, el derecho comercial brinda un instrumento para desvirtuar el derecho civil <sup>57</sup>.

Hay que apresurarse a advertir que aun ateniéndonos exclusivamente a las normas legales que emanan de la existencia de las sociedades anónimas o en comandita por acciones y así limitarnos a entregar las acciones -en minoría- en pago del haber correspondiente al heredero, con olvido o violación de las normas que hacen a la legítima o la igualdad de los herederos forzosos, incurriríamos en un evidente abuso de derecho (art. 1071). Es que llevar a tal extremo los efectos del contrato social y la tenencia y transmisión de las acciones a los herederos implica hacer un uso abusivo y antijurídico de las normas dictadas con miras exclusivamente al funcionamiento de la persona jurídica, pero no a la transmisión hereditaria <sup>58</sup>.

A esta altura es fácil darse cuenta de que, en principio, no se presentan cuestiones sucesorias cuando los socios, padres e hijos, efectúan cada uno los aportes correspondientes y comparten los beneficios de acuerdo a la ley que reglamenta el tipo societario constituido <sup>59</sup>.



Por el contrario, puede suceder que el o los progenitores sean quienes realicen los aportes a nombre de alguno, algunos o todos sus hijos o la distribución de utilidades sea distinta entre ellos.

Además del régimen de los aportes patrimoniales, también puede ocurrir que la alteración derive del otorgamiento de la administración social. Por una parte, la administración societaria dependerá del tipo social adoptado: si es una en comandita por acciones y algunos herederos tienen el carácter de socios solidarios y otros no, éstos tienen vedada la intervención en la administración, con lo que quedan excluidos del manejo de los bienes del causante en general y en particular de la porción social que les hubiera correspondido. Si es una sociedad anónima, o una sociedad de responsabilidad limitada, lo mismo ocurre con los herederos que ya tenían el carácter de directores o gerentes respecto de los que no invertían tal condición. Por otra parte, se presentará la cuestión del poder de decisión sobre el patrimonio social, ya que en todos los casos prevalecerá la voluntad de la mayoría. En suma, puede suceder que sin violar formalmente la legítima ni ninguna otra institución de orden público, en los hechos se excluye a algunos herederos forzosos al no tener posibilidad de administrar la sociedad ni hacer prevalecer su opinión en las decisiones sociales. Están, pues, a merced de la voluntad de los administradores y coherederos que representen la mayoría social.

Así las cosas, al margen de la posibilidad de que las sociedades de familia incluyan violaciones a la igualdad de los herederos forzosos susceptibles de ser rectificadas mediante la colación <sup>60</sup>; éstas y las sociedades constituidas con o por terceros, han dado pie también a una manera sutil de quebrantamiento de la legítima. Ofrecen uno de los supuestos de fraude a la ley.

Aplicando las nociones generales relativas al negocio en fraude a la ley, se ha dicho que *“es tal, con relación a la legítima de los herederos forzosos, todo acto jurídico que encubre bajo una apariencia de licitud una causa final, un móvil ilícito: la sustracción del patrimonio de bienes que, de encontrarse en él a la época del fallecimiento, integrarían el acervo hereditario”* <sup>61</sup>.

De manera entonces que, además de las donaciones no ostensibles y de las simuladas bajo la apariencia de negocios onerosos, la sustracción de bienes se consigue creando el titular del patrimonio, una nueva persona, a la que atribuyen todos o parte importante de los bienes del futuro causante: una sociedad, generalmente por acciones, que se distribuyen entre los legitimarios o se entregan a terceros. Conforme lo relatado, pueden esquematizarse las siguientes hipótesis.

c.1) Constitución totalmente ficticia de la sociedad, configurándose una simulación absoluta.

Las acciones de esa sociedad pueden haber sido distribuidas entre el causante y los legitimarios, el causante y terceros prescindiéndose de los legitimarios, solamente los legitimarios o solamente terceros. La lesión a la legítima sobreviene al encontrarse los legitimarios, a la apertura de la sucesión, con que todo el

patrimonio al que están llamados a heredar, está formado por las acciones de titularidad del causante (dos primeras hipótesis). La legítima se encuentra así condicionada, en violación del art. 3598. Dicho condicionamiento resulta de la circunstancia que el legitimario que recibe su legítima en acciones queda sujeto al régimen societario, a la decisión de la mayoría y se encuentra trabado en la negociación de las acciones por precio justo porque es común que no se coticen en bolsa ni se ofrezcan el público<sup>62</sup>. La tercera hipótesis puede encerrar violaciones a la igualdad de los herederos forzosos aplicándose, entonces, el instituto de la colación. En la cuarta, por fin, si las acciones se entregaron a terceros, los legitimarios se verían privados de la integridad de la legítima por actos que, de ser verdaderos, serían atacables como donaciones encubiertas, de difícil prueba.

Es evidente que los legitimarios son hábiles para ejercer la acción de simulación, actuando como terceros, logrando que los bienes del causante vuelvan al acervo hereditario. Téngase presente las consecuencias propias de la inexistencia o nulidad del acto simulado, según la tesis que se sustente al respecto.

c.2) Sociedad verdadera en todas sus facetas -constitutivas, de desenvolvimiento y de resultados-, no configurándose simulación, ni donaciones no ostensibles atacables por reducción ni fraude si no hubo ánimo de perjudicar a los legitimarios.

Aquí corresponde que a la muerte de un socio de la sociedad comercial, sus herederos reciban en especie sus cuotas o acciones existentes en el acervo sucesorio, siendo jurídicamente irrelevante la disconformidad del heredero respecto a su eventual condición minoritaria en tal sociedad o la falta de cotización pública de las acciones<sup>63</sup>.

Es decir que aquellas “*sociedades entre cónyuges o entre alguno, o ambos, con algunos o todos los hijos, que efectivamente explotan una empresa o hacienda mercantil, son sociedades regularmente constituidas, con aportes efectivamente integrados por sus socios, que han adquirido sus activos por un precio serio, con sus propios fondos de capital o con sus reservas, que han desarrollado sus empresas, que se han gobernado y administrado con sus órganos típicos, que no han sido constituidas para preterir herederos, ni para defraudar cónyuges, ni para adelantar herencias o encubrir donaciones. No incurrir en ninguno de los vicios que, según el art. 54, habilitan la inoponibilidad de su personalidad... Así, la regla es la plena oponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad (art. 2º) al viudo, o divorciado, o a los herederos del socio, quienes no podrán alegar su inoponibilidad por la mera calificación de **sociedad de familia**, salvo que por medio de esa configuración hayan incurrido en los supuestos previstos por el art. 54, 3º párrafo, de la Ley de Sociedades*”<sup>64</sup>.

En tal sentido, las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1991) concluyeron por unanimidad que “la sola indisponibilidad por el heredero forzoso derivada de mantener el régimen societario creado por el causante, no

implica necesariamente violación de la legítima, salvo abuso de la personalidad societaria”<sup>65</sup>.

A su vez, con anterioridad las Jornadas de Derecho Civil -Familia y Sucesiones (Santa Fe, 1990) habían aconsejado que “la desestimación de las normas societarias es viable para la defensa de la legítima cuando dichas formas han sido empleadas desviadamente a fin de soslayar las normas imperativas que amparan al heredero legitimario. La procedencia o improcedencia de esa desestimación depende de las circunstancias de cada caso que deben ser apreciadas por su gravedad y con el criterio de utilidad. Adquieren especial relevancia los derechos de terceros, la efectiva existencia de una explotación empresarial, el interés en su conservación y las eventuales desventajas resultantes de su desintegración”<sup>66</sup>.

Pero la lesión de la legítima puede darse si en la creación de la sociedad, se tuvo el propósito de burlar el derecho de los legitimarios mediante el traspaso de todo, o una parte importante del patrimonio del futuro causante, a la sociedad. A la muerte de éste sucederá análogamente lo descrito en el caso anterior, agravándose la situación de los legitimarios al encontrarse las acciones en poder de terceros, excluyéndose entonces la procedencia de la colación.

Es decir, las sociedades comerciales como tales en nada afectan la legítima hereditaria; los problemas se presentan cuando: a) la sociedad se forma para burlarla; o b) la sociedad se utiliza para tal fin.

Precisamente las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1983) determinaron “que el art. 54, últ. párr. ley 19.550... comprende los casos en que el causante ha concurrido a la constitución de sociedades comerciales, o ha utilizado sociedades comerciales ya formadas, para sustraer bienes de su patrimonio en fraude a la legítima de todos o alguno de sus legitimarios. Dicha norma es también aplicable a los casos en que el causante ha dado forma societaria a una explotación económica que se realizaba con anterioridad en forma personal cuando, de las circunstancias del caso, resulta que la constitución de la sociedad no ha alterado las condiciones de la explotación, no se ha realizado para la obtención de capitales necesarios para ampliar, extender, mejorar o diversificar dicha explotación, y cuya finalidad ha sido la de sustituir los bienes por acciones o participaciones societarias en detrimento del derecho de los legitimarios de recibir su legítima en especie (arg. art. 3598 C.C.)”<sup>67</sup>.

Se ha interpretado que “podrá presumirse *iuris tantum* el fraude cuando se den los siguientes presupuestos: a) La sociedad sea cerrada o de familia; b) Los aportes sean efectuados total o mayoritariamente por el causante; y c) Los aportes sean subvaluados”<sup>68</sup>.

Para este tipo de conflicto se proponen distintas soluciones.

Una de ellas es aplicar la doctrina del *disregard* o desestimación de la persona jurídica que permite penetrar en su intimidad. Su clásico expositor ha escrito que “si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez puede descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue,

*para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. Existe abuso cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata de burlar la ley, de quebrantar las obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros”*<sup>69</sup>.

Probado que sea el abuso de la personalidad jurídica, la consecuencia de esta doctrina será la declaración de nulidad de la sociedad y la vuelta de los bienes sociales a su anterior propietario para que se pueda deferir la sucesión como lo establece el Código Civil, garantizándose de este modo que todos los herederos tendrán su derecho de administrar, disponer y disfrutar de los bienes que les correspondan a su entera voluntad.

Ello ha sido recibido implícitamente en el art. 2° de la ley 19.550, al disponer que la sociedad es un sujeto de derecho con los alcances fijados en ella, importando un remedio técnico, y su personalidad será reconocida mientras se mantenga dentro de los fines lícitos perseguidos y previstos por la ley; y después expresamente por el art. 54 del mismo cuerpo legal según la ley 22.903 -si bien adaptando los principios del *disregard* anglosajón a nuestro sistema a través del instituto relativo a la inoponibilidad de la personalidad jurídica-, que admite prescindir de la personalidad de la sociedad cuando su actuación encubra la consecución de fines extrasocietarios o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, o que se aparta de los fines previstos legalmente y responde a fines ilícitos.

La otra, más moderna, supera la noción de desestimación de la personalidad societaria para acudir -precisamente- a la idea de inoponibilidad de ella respecto a los terceros a quienes perjudica, ya que los actos fraudulentos o ilícitos no pueden imputarse a la sociedad, sino a los individuos que actuaron ilícita o fraudulentamente<sup>70</sup>. No se trata, pues, de que la sociedad sea nula ni que carezca de efectos, sino que es inoponible a aquél en cuyo perjuicio se han consumado los actos que se consideran fraudulentos<sup>71</sup>.

La legítima deberá ser integrada en especie o en valor, no interesando el valor nominal atribuido a los bienes en el acto constitutivo de la sociedad -el que forma parte, precisamente, del elenco de disposiciones inoponibles a los legitimarios-, sino su valor real y actual al momento de la partición. Resulta decididamente aceptable que la devolución se haga en valor y no en especie si es equitativo salvar el capital de la sociedad, pues en caso contrario éste debería reducirse y con ello podría peligrar la continuación de la vida de la persona jurídica (arg. arts. 92 incs. 1 y 4, y 245, ley 19.550)<sup>72</sup>.

El cumplimiento de la sentencia de inoponibilidad de la persona jurídica, por la cual se ha ordenado la incorporación a la sucesión de bienes de la sociedad aportados por el causante, debe computar el pasivo social -ya que el patrimonio del ente es la prenda común de los acreedores sociales y los bienes transmitidos por el causante a la sociedad lo fueron a título de aporte, o sea, sujetos a las contingencias de la operatoria societaria de la que pueden derivar deudas, pérdidas y ganancias

(arts. 1º y 13 incs. 1, 2 y 3, ley 19.550). De manera que en el cómputo del valor de los bienes a incorporar en la sucesión se debe descontar el pasivo social proporcional, vale decir tendrá que representar una porción del patrimonio “neto”.

Importando ello una reducción de capital social, habrá que publicar edictos para posibilitar la oposición de dichos terceros a fin de ser desinteresados o suficientemente garantizados, o venza el plazo para obtener embargos (arts. 204 y 83, inc. 3, ley 19.550) <sup>73</sup>.

Si ante la descapitalización producida por el pago de la legítima, se optare por disolver la sociedad, la transmisión de los bienes a la sucesión exigirá previamente garantizar el pasivo (caso de distribución parcial: art. 107 L.S.) o cancelarlo totalmente (caso de distribución final: art. 109 L.S.).

Por supuesto que el legitimario perjudicado siempre podrá impugnar la existencia y legitimidad de los créditos sociales que se le pretenden oponer.

Además, en caso de optarse por la disolución de la sociedad, y subsistiendo los bienes aportados en especie por el causante, el heredero tendrá prioridad para su adjudicación (arg. art. 3475 bis) <sup>74</sup>.

Entre paréntesis, la competencia para entender en las acciones judiciales sobre fraude societario a la legítima hereditaria corresponde al juez de la sucesión (art. 3284, inc. 1). Y la acción debe ser articulada contra todos los integrantes del acto inoponible y contra la sociedad, por más fraudulenta que sea su constitución, para que después pueda serle opuesta la sentencia <sup>75</sup>.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones llegando a soluciones similares por distintos caminos:

a) Se viola la prohibición del art. 3598 de condicionar la legítima cuando al causante ha formado una sociedad en comandita por acciones con su cónyuge y tres de sus hijos y aportando casi el total de sus bienes, por un término de 99 años renovable, impidiendo que los bienes lleguen a manos de los otros herederos (nietos que venían por representación de un hijo prefallecido, con quien el causante se encontraba distanciado desde hacía más de 18 años). La sociedad no es nula, sino que cabe utilizar la fórmula “como no escrito” de la ley para disponer la inoponibilidad del ente societario ante la situación de subversión de la vocación legitimaria, disponiéndose la entrega de los bienes en especie que correspondan de acuerdo a las reglas sucesorias. Desde el punto de vista mercantil se marcó que esto importaba la reducción del capital social si los socios no optan por disolverla y que el valor de los bienes debía tomarse en conjunto y actualizado.

Las distintas circunstancias que surgen del proceso, entre ellas la avanzada edad del causante cuando constituyó la sociedad, la desproporción de los aportes, el largo plazo fijado al ente colectivo, el precio vil de las casas y campo aportados, la falta de motivo o razón de la sociedad, la acumulación de la administración en alguno de los herederos, permitieron al tribunal decidir que la exclusión de los nietos fue deliberada y fraudulenta <sup>76</sup>.

b) La sociedad no existe y, por ende, es simulada y nula si no cumple el objeto social -explotación del campo aportado por la causante, que estaba alquilado a un precio vil por un largo tiempo a uno de los accionistas, yerno de aquélla-, y que se constituyó con la intención de defraudar la legítima de una hija de la difunta. En consecuencia, se le entregó el campo a ésta y se estableció la responsabilidad resarcitoria de los integrantes de aquélla (el referido yerno, que estaba divorciado de la actora, y la hermana de la muerta) <sup>77</sup>.

c) Si todo el patrimonio del causante fue aportado por él en vida a una sociedad anónima constituida justamente por la totalidad menos uno de sus herederos forzosos, el patrimonio transmisible *mortis causa* que determina la legítima del heredero excluido, aun cuando voluntariamente haya quedado fuera de la sociedad, no puede estar constituido por las acciones del causante, porque esto importaría una innegable desigualdad entre los sucesores. La realidad económica y subjetiva que existe detrás de la estructura societaria así formada, lesiona la integridad e intangibilidad de la cuota legítima del heredero excluido. Es procedente, por lo tanto, la acción de inoponibilidad del acto constitutivo de la sociedad, deducida por el heredero no partícipe, y deben incluirse en especie en el inventario del sucesorio los bienes aportados por el causante a la sociedad, la que deberá reducir su capital si los socios optan por su continuación <sup>78</sup>.

d) Es ineficaz la forma societaria para satisfacer fines o intereses que excedan lo que la normativa reconoce como legítima, basándose esta concepción en art. 2º de la ley 19.550, que dispone: “La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley”. Por consiguiente, cuando se enfrentan la sociedad mercantil y la protección de la vocación legitimaria debe prevalecer la intangibilidad de la legítima hereditaria, siempre que los elementos de convicción con que cuenta el tribunal revelen que la invocación de la personalidad societaria puede afectar injustificadamente la mentada intangibilidad <sup>79</sup>.

e) Es lícito aplicar el art. 54 de la ley 19.550, que consagra en nuestro ordenamiento la teoría del *disregard*, cuando los socios de una sociedad comercial la han utilizado para violentar los límites de la porción disponible o neutralizar el principio igualitario de la sucesión de los herederos forzosos. Si por un tecnicismo societario (aumento de capital) el causante licuó su capital en la empresa y la transfirió a una de sus hijas, que pasó del 1,75% al 45% de la cartera accionaria, tal maniobra comporta un traspaso patrimonial sin contraprestación y una simulación ilícita que posibilita la violación de la legítima de la accionante, quedando la heredera forzosa favorecida por dicha maniobra obligada a colacionar <sup>80</sup>.

f) La adjudicación de las cuotas de capital de una sociedad anónima a favor de la concubina del causante, en cuanto aparecen adquiridas onerosamente por ésta, se lo consideró un acto relativamente simulado por encubrir una donación. Y la falta de explicación satisfactoria de la preponderante asignación otorgada a aquélla, ni habiendo la misma probado el aporte que realizara al ente societario, como tampoco de dónde provenían los fondos para ello, llevó a decidir la restitución

de los bienes al acervo hereditario, para integrar la masa partible y establecer en qué medida las donaciones resultan inoficiosas al exceder la porción disponible (art. 1830), salvando la legítima pues así los herederos forzosos harán uso de la acción de reducción (art. 1831), siendo esta acción perteneciente a las del género de la “inoponibilidad”<sup>81</sup>.

g) El padre, con la intención de beneficiar a su único hijo varón, aportó en propiedad a una sociedad comercial en que sólo éste era parte, una fracción de campo cuyo valor excedía su porción disponible, lesionando la legítima de las tres hijas restantes. Se consideró que éstas estaban legitimadas para atacar el acto fraudulento -consumado mediante la interposición de la sociedad creada para sustraer del patrimonio del causante dicho bien y que sirve a un fin fraudulento: violar las disposiciones legales sobre la legítima hereditaria respecto a los herederos forzosos-; sin que ello comprometa la personalidad de la sociedad, ni implique plantear su desestimación, sino que persigue la inoponibilidad del aporte fraudulentamente realizado<sup>82</sup>.

A la luz de la doctrina y jurisprudencia expuestas pueden señalarse como pautas ejemplificativas de las que surgen *prima facie* la existencia de una *presunción hominis* de creación o actuación de una sociedad en violación de las normas sobre la legítima hereditaria, las siguientes:

a) La sociedad se forma entre una persona y alguno de sus herederos forzosos, excluyendo o no a otros, con una masa de bienes heterogéneos<sup>83</sup> que racionalmente no justifican su explotación conjunta, y cuya propiedad originariamente se encontraba exclusivamente en la masa patrimonial del de mayor edad.

b) La sociedad se forma entre una persona y alguno de sus herederos forzosos, excluyendo a otros, pero los aportes se sobre o subvalúan de manera tal que se incrementa ficticiamente el porcentaje accionario de quienes nada o poco aportan.

c) La sociedad se forma normalmente ajustando los porcentajes accionarios a la realidad de los aportes, no existiendo vicios en la constitución, pero aprovechando las formas societarias se realiza una transferencia de acciones -que en el fondo ninguna diferencia tiene con la transmisión de cualquier otro bien- o se aumenta el capital de forma tal que el progenitor disminuya su participación accionaria en beneficio de otros accionistas, que son algunos de los herederos forzosos<sup>84</sup>.

Además, de encararse una regulación especial de las sociedades de familia, lo que es opinable<sup>85</sup>, deben tenerse en cuenta como pautas esenciales:

a) Se considerará sociedad de familia a la que está constituida por herederos forzosos.

b) La eventual participación de terceros en ella no podrá exceder del 20% de su capital social.

c) Debe establecerse que los aportes que figuren efectuados por los herederos forzosos del titular originario del patrimonio se presumirán donados por éste.

d) La participación social debe ser nominativa y su transmisibilidad restringida.

Contrariamente a las acciones al portador en que no se registra el propietario siendo tal su tenedor, las acciones nominativas no endosables permiten que el propietario esté perfectamente individualizado y exigen que su transmisión sea notificada al emisor e inscribirse en el registro que éste llevará a tal fin (arg. arts. 1º y 2º ley 24.587) <sup>86</sup>.

e) Se contemplará el derecho de receso de los herederos forzosos excluidos -sea de la sociedad o del poder decisorio en su administración- a fin de que reciban su parte en bienes, con la consiguiente disminución del capital social o el pago de su valor real <sup>87</sup>.

## **7. Legitimarios <sup>88</sup>: quiénes lo son, porción legítima y concurrencia**

Entre nosotros, son legitimarios los descendientes, cuya legítima es de cuatro quintos (4/5) de la masa sucesoria (arts. 3592/3 y 3602); los ascendientes, a quienes se le deben respetar dos tercios (2/3) de ella (arts. 3592 y 3594; y 3602); y el cónyuge para quien la porción legítima, cuando no existan descendientes ni ascendientes, es de la mitad (1/2) de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque éstos sean gananciales (arts. 3592 y 3595). También lo es la nuera viuda pues, aun desconociéndole la calidad de heredera, es indiscutible que es una legitimaria <sup>89</sup>; y su legítima individual asciende a la cuarta parte (1/4) de la de su cónyuge prefallecido, cuya legítima global es de cuatro quintos (4/5) por ser hijo del causante, por lo cual -si dicho hijo fuese el único que tuvo el causante- aquélla es de un quinto (1/5) (art. 3576 bis) <sup>90</sup>.

Entre paréntesis cabe señalar que el Proyecto de Código Civil de 1998 establece que “Tienen una porción legítima de los bienes del causante, de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge” (art. 2394), dejando afuera entonces a la nuera viuda sin hijos. Además reduce la porción legítima de los descendientes a dos tercios y la de los ascendientes un medio, manteniendo la del cónyuge en un medio (art. 2395, 1ª p.) <sup>91</sup>.

Dentro de los descendientes quedan comprendidos los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y los hijos adoptivos plenos o simples o de concurrencia de unos y otros, y también todos los descendientes de ellos, que vienen por derecho de representación (arts. 240, 329, 334, 3549 y 3557), ya sea que estén vinculados al causante mediante filiaciones matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivas, con la salvedad que el hijo adoptivo simple y sus descendientes no son herederos forzosos de los ascendientes del adoptante (art. 334).

Respecto de los ascendientes, la cuota de legítima referida es aplicable ya se trate de padre y madre matrimoniales o extramatrimoniales. Es también la que corresponde a los padres adoptivos plenos y simples, con exclusión en el caso del padre adoptivo simple de los bienes que el hijo adoptivo hubiese recibido



gratuitamente de su familia de origen (art. 333). En la adopción simple, la legítima de los padres biológicos es también de dos tercios calculados sobre los bienes que el adoptado hubiese recibido de su familia biológica.

En cuanto a la terminología precedentemente aplicada para describir la legítima del cónyuge, quiere decir que la capacidad del difunto para testar en favor de extraños será el 25% del total de los bienes gananciales -ya que en la sucesión entrará solamente la mitad de dichos bienes, pues la mitad restante la llevará el cónyuge superviviente como socio de la sociedad conyugal disuelta por la muerte- y el 50% de los bienes propios<sup>92</sup>.

A esta altura debemos recalcar la diferencia entre porción legítima y cuota de legítima. “El monto de la cuota legitimaria (porción legítima) actúa en la relación jurídica existente entre el testador y los legitimarios con absoluta independencia del número de estos últimos. En cambio, la proporción en que se ha de dividir el acervo en el supuesto de concurrencia de legitimarios de igual o distinta clase (cuota de legítima), concierne a la relación jurídica que se crea entre todos los partícipes; y ese concepto rige, por esa razón, en todos los supuestos de concurrencia de herederos, es decir, aun cuando se trate de quienes no son legitimarios”<sup>93</sup>. Similarmente se habla de legítima global y de legítima individual -o como dice la doctrina española, de legítima colectiva y de legítima individual- en lugar de porción legítima y cuota de legítima, respectivamente<sup>94</sup>.

Cuando concurren legitimarios de distinto monto de legítima<sup>95</sup>, las reglas a respetar son:

a) Los herederos que excluyen a otros en la sucesión *ab intestato* lo privan también de la legítima<sup>96</sup>.

Así, si concurren descendientes, no tienen legítima los ascendientes (art. 3567); ni el cónyuge sobre la porción de gananciales del causante (art. 3576), aunque sí sobre los propios (art. 3570).

b) La legítima menor sale de la legítima mayor, o, lo que es lo mismo, advertido que está respetada la legítima mayor se entiende que también lo está la menor<sup>97</sup>.

Consecuentemente, si concurren descendientes (4/5) y cónyuge (1/2), cubierta la legítima de los primeros se entiende que también lo está la del último; y si concurren ascendientes (2/3) y cónyuge (1/2) ocurrirá lo mismo con proteger la de los primeros. Con lo que la porción disponible del causante en los ejemplos anteriores será de 1/5 y de 1/3, respectivamente.

Así lo ha normado expresamente -con una deficiencia de técnica legislativa- el Proyecto de Código Civil de 1998 al establecer: “Si concurren sólo descendientes o sólo ascendientes, la porción disponible se calcula según sus respectivas legítimas. Si concurre el cónyuge con descendientes o con ascendientes, la porción disponible se calcula según la legítima mayor” (art. 2396)<sup>98</sup>.

c) Visto previamente el respeto de la legítima en cuestión para el caso concreto, luego quienes concurren se reparten la sucesión siguiendo las reglas de la sucesión *ab intestato*<sup>99</sup>.

Entonces tenemos que si concurren descendientes y cónyuge y, reiteramos, incólume la legítima de  $\frac{4}{5}$ , los bienes propios serán divididos entre ellos por cabeza (art. 3570) y los gananciales pertenecerán al cónyuge superviviente en un 50% como socio de la sociedad conyugal, no recibiendo nada de ellos como heredero, y el restante 50% será exclusivamente para los descendientes (art. 3576). Si concurren ascendientes y cónyuge y acatada la legítima de  $\frac{2}{3}$ , los bienes propios serán repartidos entre ellos recibiendo el cónyuge sobreviviente el 50% y el restante 50% para los ascendientes; y los bienes gananciales serán atribuidos en un 50% al cónyuge como socio de la sociedad conyugal disuelta por muerte y de la otra mitad correspondiente al causante y que entonces es la que entra a formar parte del acervo sucesorio (50%) recibirá un 25% más como heredero y el restante 25% será para los ascendientes (art. 3571).

## **8. Porción disponible. Mejora: concepto y forma de establecerla**

La porción disponible es el anverso de la legítima. Llamada también “porción de libre disposición”, es la parte que el testador puede disponer aun cuando haya legitimarios (arg. art. 3591), beneficiando a terceros -incluidos sus herederos no forzosos- mediante legados, o mejorando a legitimarios (art. 3605), o incluso, como se verá, instituyendo herederos a extraños (arts. 3605 y 3715).

Ella se obtiene restando de la masa de cálculo (activo líquido + donaciones) la porción legítima y que, en abstracto, se fija en un quinto ( $\frac{1}{5}$ ) cuando a la herencia concurren descendientes, en un tercio ( $\frac{1}{3}$ ) si concurren ascendientes, y en la mitad ( $\frac{1}{2}$ ) si se trata del cónyuge superviviente.

Como hemos dicho, dentro del límite de la porción disponible, el testador puede mejorar a uno o más herederos forzosos (arg. art. 3605). Mejora es, entonces, lo que el heredero forzoso recibe además de su porción hereditaria y su título a ella deriva del testamento. Puede consistir en toda o una parte alícuota de la porción disponible o en un legado particular, hipótesis esta última en la que estaremos en presencia de un prelegado y entonces el heredero tendrá dos llamamientos independientes: uno como heredero y otro como legatario <sup>100</sup>. También hay mejora cuando se instituyen herederos forzosos con preterición de otros herederos forzosos, ya que a éstos solamente habrá que salvarles la legítima, mientras que aquéllos recibirán su legítima y la porción disponible (arg. art. 3715) <sup>101</sup>.

Por regla, la mejora debe hacerse por testamento (arg. art. 3484) <sup>102</sup>.

Sin embargo, se reconocen, si bien no pacíficamente, tres salvedades que -de admitírselas- importan casos de pactos sobre herencia futura excepcionalmente permitidos en nuestro derecho:

a) La situación en que el causante ha entregado por contrato algunos bienes a un heredero forzoso, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o reservándose el

usufructo, el valor de los bienes será imputado a la porción disponible del testador y el resto será traído a la masa sucesoria (art. 3604, 1ª p.)<sup>103</sup>.

Como se presume *juris et de jure*<sup>104</sup> que estamos ante una donación disfrazada (arg. nota art. 3604) y el valor es imputado a la porción disponible, en lo que entre en ella nos encontramos en presencia de una mejora por un acto entre vivos<sup>105</sup>; y, además, de un pacto sobre herencia futura permitido<sup>106</sup>. Dicha imputación a la porción disponible se aparta también así de la regla general que establece que toda donación hecha a un heredero forzoso se presume un anticipo de herencia (art. 3476)<sup>107</sup>.

Cabe aclarar que la norma recordada continúa estableciendo que “esa imputación (es decir, a la porción disponible y por ende, como se ha visto, mejora por donación) y esa colación (por el eventual excedente)<sup>108</sup> no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima” (art. 3604, 2ª p.). Ese consentimiento de los demás herederos forzosos, que se ha dado en llamar “pacto de reconocimiento de la onerosidad de las enajenaciones hechas por el causante” o “pacto de reconocimiento de la sinceridad del acto” -ya que en realidad no se trata de que “consientan” la enajenación, pues el propietario no necesita el consentimiento de los herederos forzosos para enajenar el bien, sino que ellos reconozcan que el negocio es oneroso-<sup>109</sup>, importa también otro pacto sobre herencia futura que por excepción se admite entre nosotros y significa que el heredero forzoso que contrató con el difunto ya no solamente retendrá la porción disponible que le permite la primera parte del artículo, sino directamente la totalidad del bien y esto aunque supere dicha porción y afecte la legítima. Significa entonces, y además, el reconocimiento excepcional de una renuncia lícita a la legítima futura (art. 3599)<sup>110</sup>.

Dicho reconocimiento es oponible a los legitimarios de existencia posterior. Es que si la aplicación de la presunción del art. 3604 tiene como consecuencia convertir en gratuita la enajenación, con dispensa tácita de colación, y obligar a traer a la sucesión solamente el excedente de la porción disponible, resulta evidente que su invocación implica una reducción por inoficiosidad, y ello no podría ser petitionado por los legitimarios cuya existencia comenzó después del acto que se presume gratuito. Los legitimarios existentes al momento del acto jurídico consintieron en él y por ende no existen “descendientes que tuvieren derecho a ejercer la acción” (arg. art. 1832, inc. 1). Solamente cabrá excepcionar, entonces, el caso que algún descendiente que existiera al tiempo del acto no lo hubiere consentido, hipótesis que abrirá la acción de reducción a los descendientes nacidos después<sup>111</sup>.

Es de destacar que el art. 3604 se refiere a los contratos que, en apariencia, son onerosos. Si, por el contrario, fuesen ostensiblemente gratuitos (p. ej.: una donación) deben aplicarse las reglas de la colación, de manera que el valor de los

bienes no se imputa a la porción disponible, sino a la porción hereditaria del beneficiario (arg. art. 3476 y conchs.)<sup>112</sup>.

Tampoco quedan comprendidas en el art. 3604 las donaciones disimuladas (simulación de venta, sea al propio heredero directamente -o, como variante, apareciendo el heredero como adquirente de un bien que se paga con dinero del causante-, sea a través de personas interpuestas que adquieren un bien del causante con el fin de transferirlo luego al heredero), por lo cual no se podrá presumir la voluntad del causante de dispensar a su heredero de la obligación de colacionar, pues en nuestro régimen legal la dispensa no se presume, debe ser expresa (arg. arts. 1805 y 3524) y -por regla- mediante testamento (art. 3484), salvo los casos de excepción (algunos sólo incluyen el art. 3604; otros, éste y el art. 1805; y los demás -entre los que nos encontramos- estos dos artículos y también la posibilidad de la cláusula de mejora en la partición-donación por ascendiente contemplada en la primera parte del art. 3524), no siendo permitido entonces una interpretación extensiva ni una integración analógica. De manera entonces que probada la simulación sobrevendrá, en su caso, la obligación de colacionar el anticipo de herencia obtenido mediante dicha vía (arg. arts. 3476 y 3477); siendo corolario obvio la colación total de su valor y no sólo del excedente de la porción disponible, pues lo contrario significaría que las donaciones disimuladas vendrían a constituir, una vez probada la simulación, una mejora presumida por la ley. Es que si ante una donación abierta no puede pretenderse la prueba de la intención del donante de dispensar la colación, admitirlo cuando se trate de una donación disfrazada equivale a poner a disposición de los interesados el medio de sustraerse a una regla categórica e imperativa<sup>113</sup>.

*“En conclusión, toda donación a favor de un sucesible forzoso, ostensible, no ostensible o disimulada, salvo que lo haya sido en forma tal que resulte **textualmente** aplicable al artículo 3604, **debe ser colacionada por la totalidad de su valor** si no ha habido dispensa expresa de colación en testamento o en el acto mismo de la donación...”*<sup>114</sup>.

b) El art. 1805 preceptúa que “El padre y la madre, o ambos juntos, pueden hacer donaciones a sus hijos de cualquier edad que éstos sean. Cuando no se expresare a qué cuenta debe imputarse la donación, entiéndese que es hecha como adelanto de la legítima”.

Fácil es darse cuenta de que la última parte de la norma contiene una disposición supletoria, que rige cuando el donante no estableció a qué parte de su patrimonio correspondía imputar la donación. Si, por el contrario, lo hizo es factible que la atribuya a su porción disponible y así eximir al hijo del deber de colacionar, mejorándolo de esa manera.

El precepto establece otra excepción a la regla general de que el deber de dispensar de colacionar debe hacerse por testamento (art. 3484)<sup>115</sup>. Importa también un pacto sobre herencia futura admitido<sup>116</sup>.

c) Por último, resta considerar la posibilidad de la admisión de la cláusula de mejora en la partición-donación por ascendiente, la que -en contradictoria disposición- aparece inicialmente aceptada (art. 3524, 1ª p.) y luego negada (art. 3524, últ. p.).

Los hay quienes opinan que debe prevalecer la última parte y, por tanto, no se puede reconocer la validez de la cláusula de mejora en la partición-donación por ascendiente, porque de esa manera se concilia mejor con el art. 3484 que solamente permite mejorar por testamento <sup>117</sup>.

Otros piensan que la mejora referida en dicha parte final del art. 3524 es la antigua institución española de la mejora establecida para beneficiar a un descendiente; y se sostiene que el artículo así interpretado pierde su apariencia contradictoria, si bien nada ganan la ley y el intérprete pues la institución a que se refiere la norma ha quedado derogada en el art. 3605 que, luego de establecer que con la porción disponible puede hacerse los legados que se estimen convenientes o mejorar con ella a sus herederos legítimos, culmina ordenando que *“ninguna otra porción de la herencia puede ser detraída para mejorar a los herederos legítimos”* <sup>118</sup>.

Finalmente, hay quienes creen que la última parte del art. 3524 no importa impedir que los ascendientes hagan mejoras en la partición por donación con su porción disponible, sino que ha querido expresar que cualquiera fuera la desigualdad que el ascendiente hubiera establecido entre los diferentes lotes -y aunque ella fuera tan flagrante que atestiguara evidentemente su voluntad de mejorar a uno de sus hijos en detrimento de los demás-, no significaría ver en ese acto ni una donación ni un legado por mejora, si el ascendiente no hubiera declarado donar o legar la diferencia, y sólo habría una partición; agregándose que la necesidad de la dispensa de colación o de una cláusula de mejora que se concibe en una donación o legado ordinario, parece difícil de justificar en una partición de ascendientes: la colación no se hace sino a la masa y es un incidente de la partición, pero precisamente en el caso no hay masa y por tanto no hay partición que hacer porque el ascendiente ya la ha hecho. Es decir, *“por su naturaleza y función la partición-donación no puede contener una cláusula de mejora, inherente a las donaciones ordinarias o a los legados; es innecesario que una partición del ascendiente la contenga, aunque haya intención de establecer desigualdades entre los descendientes, porque el acto es una operación divisoria y definitiva, realizada por el ascendiente anticipadamente a su muerte, como si ésta ya se hubiera producido, con conocimiento y conciencia de los bienes atribuidos a cada descendiente, y que debe respetarse mientras no vulnere la legítima. En definitiva: el ascendiente puede utilizar la porción disponible en la partición-donación para favorecer a uno de los descendientes”* <sup>119</sup>.

Esta última postura, a la cual adherimos, importa otra excepción a la regla de que la dispensa de colación debe hacerse por testamento (art. 3524), al igual que los casos de la mejora por acto entre vivos que admiten los arts. 1805 y 3604, 1ª p.; y

como éstos asimismo constituye otro supuesto de pacto sobre herencia futura excepcionalmente válido en nuestro derecho <sup>120</sup>.

Por último, tangencialmente cabe agregar que el Proyecto de 1998, coherente con la admisión de la dispensa de colación o cláusula de mejora expresa en el acto de donación o en el testamento (art. 2339, 1ª p., *in fine*), entre las disposiciones generales de la partición por ascendiente -por tanto aplicables a la partición por donación y a la por testamento- admite que el ascendiente pueda mejorar a alguno de sus descendientes o al cónyuge dentro de los límites de la porción disponible, pero debe manifestarlo expresamente (art. 2365).

## **9. Inconveniencia de la adopción de la mejora española**

Como se ha visto, en sentido amplio mejora es el beneficio adicional que recibe del causante algún legitimario en desmedro de otros, mediante la utilización de la porción disponible.

Pero en un sentido más estricto, se trata de una institución típica del derecho español cuyo origen se remonta al siglo VII, donde encontramos que cuando concurren descendientes a la herencia, ésta se divide de la siguiente manera: un tercio de libre disposición, sea a favor de extraños o de herederos, sean legitimarios o no, y los dos tercios restantes constituyen la denominada legítima larga. A su vez, de éstos tenemos que un tercio necesariamente debe serle respetado a los descendientes legitimarios y se divide igualitariamente entre ellos -estamos en presencia de la llamada legítima corta, estricta o rigurosa- y con el otro tercio es posible mejorar exclusivamente a hijos y descendientes, pero no a otras personas (arts. 808 inc. 1, 808 inc. 2 y 823 del Código Civil español).

De manera que restringidamente la mejora consiste en *“aquella porción del segundo tercio con la cual el ascendiente, o bien favorece a alguno de sus descendientes que no sean herederos forzosos, o bien la distribuye desigualmente entre los que efectivamente lo sean, incluso atribuyéndola totalmente a uno solo de ellos”* <sup>121</sup>. Como se advierte, esta mejora es una parte de la legítima de los descendientes que el difunto destina a uno o varios de ellos, y puede ser otorgada no sólo a los hijos, sino a cualquier descendiente (nietos, bisnietos, etc.), sean o no legitimarios, que no lo son si hay un pariente intermedio entre el mejorado y el mejorante <sup>122</sup>. Participa al mismo tiempo del régimen jurídico de la sucesión forzosa, en cuanto es parte de la legítima de los descendientes, y de la sucesión voluntaria, en cuanto es ordenada por la voluntad del causante. Éste puede realizar la mejora a través de un acto entre vivos (donación) o, más comúnmente, mediante uno mortis causa (testamento); debe constar de un modo expreso (arts. 825 y 828); y es gravable, ya que los bienes que se dejan a un descendiente en concepto de mejora pueden ser gravados a favor de otro descendiente (arts. 824 y 782).

La institución de la mejora ha tenido escasa recepción legislativa. Amén del derecho español, solamente la han adoptado los Códigos de Puerto Rico (art. 737), Chile (art. 1184, 3<sup>er</sup> párr.) y Colombia (art. 1242). Bolivia, que la admitía (art. 571 del Código de 1830), no la mantuvo en el de 1975; Perú, que inicialmente también la aceptaba en el Código Civil de 1936 (art. 707 y ss.), tampoco la sostuvo en el de 1975; y lo mismo ocurrió con Guatemala, aunque allí fue sustituida por la absoluta libertad de testar establecida por el Código de 1963, que eliminó el sistema de legítima, limitándose a conceder alimentos (art. 936).

Vélez Sársfield rechazó categóricamente dicha mejora en sentido estricto del derecho español. Así, luego de admitir que con la porción disponible el testador puede hacer legados o mejorar con ella a sus legitimarios, culmina sentando que "... Ninguna otra porción de la herencia puede ser detraída para mejorar a los herederos legítimos" (art. 3605).

Sin embargo, sus defensores ven en ella una ingeniosa combinación de la libertad de testar y de la sucesión forzosa, que aúna sus respectivas ventajas. De modo que permite a los padres corregir la injusticia que en muchos casos podría entrañar la absoluta igualdad en la distribución de la herencia; acentúa la autonomía privada del creador del patrimonio que se transmite al posibilitarle disponer de él con mayor libertad para después de su muerte, sin desproteger a su familia; reconociéndole de esa manera al progenitor que es quien está en mejores condiciones para evaluar con justicia la situación de cada descendiente. Tendrá entonces la facultad de adjudicar el tercio de mejora o una parte del mismo, por ejemplo, a quien lo cuidó durante su enfermedad, a quien lo ayudó a formar su patrimonio, al descendiente que más lo necesita, al incapaz o al más idóneo para conservar y desarrollar los bienes productivos. Se favorece, pues, la solidaridad familiar y el interés de la comunidad <sup>123</sup>.

La adopción de la institución fue aconsejada mayoritariamente por varios certámenes jurídicos. Así, las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1983) recomendaron facultar al causante para aplicar un porcentaje de la porción legítima fijada para los descendientes para mejorar a alguno o algunos de ellos <sup>124</sup>; las Jornadas de Derecho Civil -Familia y Sucesiones- en homenaje a la Dra. María J. Méndez Costa (Santa Fe, 1990) propusieron que cuando la sucesión tiene lugar a favor de hijos o descendientes del causante, el caudal hereditario se divida en tres porciones: una correspondiente a la porción legítima, otra la porción de mejora a favor de los descendientes, y por último la porción disponible <sup>125</sup>; las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 1993) aprobaron un despacho según el cual es conveniente regular la institución de la mejora en el derecho argentino, en una cuantía que deberá decidir el legislador entre un mínimo de un quinto y un máximo de un tercio, dentro de la porción legítima; y la XIII Conferencia Nacional de Abogados (Jujuy, 2000), al analizar el Proyecto de Código Civil de 1998 que reduce la porción legítima de los descendientes a dos tercios, propuso introducir en el sistema legitimario el instituto de la mejora, permitiendo

que el ascendiente pueda disponer de una de dichas dos terceras partes en concepto de mejora para beneficiar a alguno o algunos de sus hijos o descendientes.

Sin embargo, nosotros coincidimos con quienes piensan que resulta inconveniente su adopción. Para ello basta repetir las críticas que en la doctrina española magistralmente ha expresado Puig Peña, diciendo: *“Existen en nuestro derecho algunas instituciones singularísimas e interesantes, pero que deben, no obstante, ser sometidas a profundo estudio y atenta consideración para concretar si, con arreglo a los resultados de las mismas en la práctica, deben continuar dentro de nuestro ordenamiento o, por el contrario, suprimirse o modificarse. Ello ocurre precisamente con la institución de la **mejora** que, a pesar de los elogios que ha recibido por parte de la doctrina española... no ha tenido un resultado de gran eficacia en el ámbito real de nuestro derecho sucesorio. Ya hay bastante que sospechar cuando en el resto del derecho comparado apenas si se recoge este instituto jurídico; y cuando la línea histórica nacional no se encuentra uniformemente continuada. Las mejoras, en efecto, no se reciben en la mayoría de los derechos extranjeros y tan sólo algún que otro código sudamericano dio entrada a las mismas, quizás por respeto y consideración al Código de la Madre Patria; de otro lado... la línea histórica nacional no se encuentra uniformemente continuada, pues los cuerpos legales más trascendentales del derecho castellano o lo silencian o le ponen profundas y graves cortapisas...”*

*“...Lo cierto y verdad es que la mejora castellana, aparte de no ser el único procedimiento para resolver honrados propósitos de compensación (ya que el testador tiene en sus manos el tercio libre de la herencia), tiene defectos gravísimos muy difíciles de paliar. Efectivamente:*

*a) Provoca, ante todo, un estado de irritación entre los hijos no mejorados, que en ocasiones puede incluso pesar en el mal recuerdo del ascendiente, pues, siempre aparecerá como decisiva la circunstancia de que él mismo ha detraído de una masa de bienes que ‘estaba reservada a la legítima de todos los hermanos’ una determinada cantidad para asignarla, con carácter de privilegio, a uno de ellos en particular.*

*b) A la par que lo anterior, la mejora introduce el desamor y el odio entre los familiares al ver que muchas veces, sin una verdadera y justificada causa, resulta uno de ellos enriquecido en relación con la estricta cuota dejada a los otros.*

*c) Complica también la mejora la mecánica de la partición e introduce, en su desarrollo positivo, serias y graves complicaciones jurídicas, dada la naturaleza especialísima y compleja de este instituto.*

*d) Finalmente, pone en mano de los padres un instrumento de **desigualación filial** que puede no moverse siempre por equitativas razones, sino, a veces, por la misma pasión, el cariño extremado o, incluso, el mismo desafecto”*<sup>126</sup>.

A ello cabe agregar que en nuestro país no es costumbre testar, sobre todo cuando existe descendencia, de manera que la mayor parte de las sucesiones son *ab*



*intestato*. Más aún, tampoco lo es privilegiar a uno de los descendientes ni siquiera con la porción disponible autorizada. No se entiende, pues, para qué tratar de ampliar la posibilidad de ejercicio de una facultad que ni aun en la medida actualmente permitida es ejercitada.

La mejora española ideada dentro de la legítima larga, puede conducir a posibilidades aberrantes, como sería, en caso de haber dos hijos, la de dejar un sexto del haber a uno y cinco sextos al otro. Aberración que aumenta a medida que crece el número de hijos, ya que siempre existe la posibilidad de disponer de dos tercios más la porción de legítima rigurosa a favor de uno de ellos: a mayor número, mayor posibilidad de distribución desigual (por ejemplo, si son cinco, puede dejarse a uno  $\frac{2}{3}$  más  $\frac{1}{5}$  del otro tercio que constituye la legítima corta o rigurosa, es decir  $\frac{11}{15}$ , y a los restantes solamente  $\frac{1}{15}$  a cada uno).

*“Ciertamente es que pueden existir las alegadas diferencias naturales que justifiquen cierta desigualdad económica. Pero ¿son los padres los que deben llevar a cabo esta justicia privada? ¿Qué garantía hay de que mejorarán a los más desvalidos y no a los más hábiles? ¿Por qué suponer que los padres han de atender necesariamente a esas desigualdades y no a intereses mezquinos o a rencillas familiares? ¿Es que el hecho de procrear unido al de amasar una fortuna comunica un soplo divino que convierte al hombre en justo y le permite decidir sobre la suerte económica de la progenie? Por otra parte, el desvalido o discapacitado que reciba igual proporción que sus hermanos tendrá, además, derecho alimentario contra éstos. Finalmente, para que haya una efectiva mayor protección económica a unos hijos que a otros debe tratarse de una herencia de magnitud apreciable. Y si lo es, también lo será la porción disponible, y con ella la posibilidad de mejorar eficazmente dentro de sus límites”<sup>127</sup>.*

## **10. ¿Es posible instituir herederos a extraños existiendo forzosos?**

Es sabido que la sucesión legítima o *ab intestato* es la regla y la testamentaria la excepción. Además, si bien gramaticalmente o en sentido amplio se habla de que la sucesión es testamentaria cuando es deferida por la voluntad del hombre manifestada en testamento válido (arts. 3280 y 3606), técnicamente o en sentido estricto cabe afirmar que es solamente tal aquella sucesión donde, además de haber testamento, en él se ha instituido heredero <sup>128</sup>. De allí que no lo sería cuando en el testamento se ha hecho un legado, pero no se ha instituido heredero; hipótesis en la cual las disposiciones del causante han de cumplirse “y en el remanente de sus bienes se sucederá como se ordena en las sucesiones intestadas” (arg. art. 3710).

La facultad de disponer por testamento instituyendo herederos se ha dicho que es absoluta si no hay legitimarios, pues en caso contrario es limitada. Tal afirmación se fundamenta en que, por el art. 3605, existiendo herederos forzosos el testador puede disponer de la porción disponible a título de legado o mejora, o sea a

título particular, pero no instituir heredero a un extraño. Ello porque: a) como se ha indicado, en principio entre nosotros el heredero testamentario no se diferencia del de sangre (art. 3713) <sup>129</sup>, de manera que siendo su título universal tendría vocación al todo, lo que se opone a la limitación impuesta al testador cuya capacidad se ve restringida por el respeto a la legítima (art. 3591); y b) si uno de los herederos forzosos renuncia (art. 3554), es declarado indigno (art. 3301) o desheredado (art. 3749), y no tiene descendientes que lo representen (arg. art. 3557) <sup>130</sup>, su parte acrece a los demás herederos, entre quienes se encontraría el extraño instituido que recibiría así más de la porción disponible <sup>131</sup>.

Por el contrario, se interpreta que el nuevo art. 3715 permite la concurrencia en una misma sucesión de herederos forzosos e instituidos, pues establece que el heredero instituido recibe el resto como heredero, es decir que su derecho se extiende a la universalidad. Y se argumenta que en el caso en que concurren herederos forzosos con no forzosos en un testamento, los últimos sólo recibirán la porción disponible, pero si de los términos de la institución surge un llamamiento eventual a la universalidad, son herederos con vocación al todo. “Vale decir que si los herederos forzosos no quieren o no pueden aceptar la herencia, el heredero instituido para recibirla con ellos, extenderá su porción hasta absorber toda la universalidad. Pero será un acrecimiento mediato, si hubiera herederos forzosos de grado menos preferente. En ese caso, los herederos instituidos con los forzosos serán favorecidos con la caducidad del llamamiento preferente, en la medida de la porción disponible, si los llamados en reemplazo de la de grado y línea preferente tienen una legítima menor, pero los instituidos recibirán toda la herencia si tampoco quieren o pueden aceptarla los nuevos llamados”; y se ejemplifica con el caso en que se ha instituido herederos a un único hijo del difunto y a un sobrino de éste; el hijo recibirá su legítima o sea cuatro quintos (4/5) y lo restante el sobrino, pero si aquél renuncia y queda como heredero forzoso el padre del testador, éste recibirá dos tercios (2/3) del acervo hereditario mientras que el sobrino instituido recibe el tercio restante; pero si el padre también renuncia y no hay más herederos forzosos, el sobrino recibirá toda la herencia. Culmina señalándose que la concurrencia tiene lugar aun cuando el testamento no instituya a los herederos forzosos, sea por preterición o no <sup>132</sup>.

La coexistencia que admitimos no puede verse desdibujada por el diferente régimen al que quedarían sometidos los herederos forzosos y los instituidos, en cuanto a la colación, la reducción, a la responsabilidad respecto al pago de legados. En ninguna parte de nuestro Código se establece que todos los herederos estarán en la misma situación jurídica, como lo atestigua el hecho de que una misma sucesión se puede deferir a herederos puros y simples y a herederos que hayan aceptado con beneficio de inventario (arts. 3360 y 3361) <sup>133</sup>.

Tampoco la empaña la doctrina judicial que estimó que la institución de heredero en la porción disponible es, en realidad, legado de cuota, por haber determinación precisa de la parte <sup>134</sup>; pues no lo creemos así. En primer lugar,

porque no hay tal determinación precisa, ya que hasta la muerte del testador no puede saberse cuál es el monto de esa porción. En segundo término, porque no es exacto que la institución de heredero con designación de parte signifique legado de cuota: el art. 3719 alude al legado de la universalidad de los bienes con asignación de partes y no a la institución con asignación de partes; la posibilidad de instituir herederos con asignación de partes resulta inequívocamente de la admisión de la institución por partes desiguales (arts. 3721 y 3727), que por definición no podría existir sin tal asignación <sup>135</sup>.

Avalando este último criterio, cabe agregar que el art. 3605 debe ser armonizado con el texto del nuevo art. 3715, que, reiteramos, establece la validez de la institución hereditaria pese a que existan legitimarios. O sea que luego de la reforma introducida por la ley 17.711, el causante por medio de un testamento puede destinar su porción disponible no sólo a legados y mejoras sino incluso a instituir herederos <sup>136</sup>.

En suma, ante la inexistencia de prohibición expresa de la ley, cabe estimar cuál de las dos soluciones es la más valiosa. En ese aspecto no parece conveniente el criterio de que sólo pueda destinarse la porción disponible a legados o mejoras, pues en tal caso la falta de concurrencia de los legitimarios ocasionaría la vacancia de la herencia, en contra de la voluntad del testador de asignar al heredero instituido todo aquello de que pudiera disponer; y no se diga que el testador tiene la posibilidad de sustituir a los legitimarios con el legatario de la porción disponible, pues de lo que se trata no es de determinar la vía que debe seguir el testador si la legislación le veda instituir heredero junto a los legitimarios sino de fijar el criterio para los casos en que así procede.

Por lo tanto, no existe motivo jurídico ni axiológico para desechar la posibilidad de instituir herederos a extraños existiendo legitimarios. Claro que en tal caso no regirá la regla del art. 3721, según la cual los herederos instituidos sin designación de partes heredan por partes iguales, pues las proporciones de unos y otros estarán determinadas por las disposiciones legales que fijan los montos de las legítimas <sup>137</sup>.

Notas:

<sup>1</sup> BORDA, op. cit., t. II, pág. 94, pto. 903; J. O. MAFFÍA, *Tratado de las sucesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1982, t. II, pág. 446, pto. 818.

<sup>2</sup> M. J. MÉNDEZ COSTA, en LLAMBIAS - MÉNDEZ COSTA, *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, t. V-B, pág. 454, pto. 1.

<sup>3</sup> Véase J. PUIG BRUTAU, "Naturaleza jurídica de las legítimas en el derecho común y en el foral", en R. M. ROCA SASTRE, *Estudios de derecho privado*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1948, t. II (Sucesiones), pág. 109 y ss.; R. M. ROCA SASTRE, "Naturaleza jurídica de la legítima", en *Estudios sobre sucesiones*, Madrid, Ed. Instituto de España, 1981, t. II, pág. 35 y ss.

<sup>4</sup> PRAYONES, op. cit., pág. 229, pto. 68.

<sup>5</sup> OVSEJEVICH, op. cit., pág. 42, pto. 15.

<sup>6</sup> Lo superlativo de la dicotomía ha sido mostrado al escribir: "Esta era precisamente la piedra de toque (se está refiriendo al art. 3354 -luego de marcar que del art. 3591 habría que concluir que la legítima es una *pars hereditatis* y entonces para pretenderla es necesario el carácter hereditario;

mientras que el art. 3714 traduce literalmente la expresión *pars bonorum*, donde no es exigible la condición de heredero para tomar dicha parte del acervo, sin perjuicio que no es ajustado que también hable de 'herederos' ante semejante conclusión-) que servía para distinguir uno y otro sistema. En la 'reserva' era indispensable aceptar la herencia para poder exigirla, mientras no ocurría así con la 'legítima' romana, cuya entrega podía ser reclamada con independencia de la calidad sucesoria. La elección de nuestro codificador queda corroborada cuando se recurre a su fuente o sea al proyecto de Goyena (art. 822 y no art. 840 como dice la nota), donde la legítima era considerada como un crédito (la 'porción legítima es una deuda' -F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, t. II, pág. 213, com. art. 822-. Es decir como *debitum naturale*, en el sentido de deber ineludible impuesto por la naturaleza a todo progenitor de asegurar a sus hijos y descendientes una porción de sus bienes -conf. DE GÁSPERI, op. cit., t. I, pág. 408, pto. 106) y se permitía de una manera inequívoca repudiar la herencia sin perjuicio de recabar la entrega de aquélla. Las calidades de heredero y de legitimario estaban, pues, perfectamente independizadas". Continuando con que el art. 3591 es una simple definición y, en cambio, el art. 3354 es imperativo, lo que impide que pueda ser dejado de lado por el intérprete y entonces sosteniendo "... que en el estado actual del asunto y mientras no sobrevenga una reforma, habría que exigir la renuncia expresa de la legítima y no conformarse con una repudiación general de la herencia...". Agregándose que cabría hacer jugar la posibilidad del renunciante de conservar la legítima (art. 3354) y además las donaciones y legados que pudiesen beneficiarlo, bastante en ambos casos hacer sendas reservas de sus derechos. Ello se impone al combinar ambas normas y "también a raíz de dicha legítima como parte de los bienes y no como parte de la herencia. Si el derecho que analizamos no deriva del sucesorio sino de los vínculos de familia -es una deuda de la naturaleza- entonces la renuncia no impide su ejercicio, como tampoco es óbice para recoger las mandas o las donaciones". Para concluir entonces que "el somero estudio que precede viene a confirmar cómo a través de nuestras normas actuales, no es posible atenerse de un modo riguroso a la definición del art. 3591 ya que nuestra legítima participa de las dos instituciones conocidas en la historia del derecho para resolver este aspecto del problema de la partición hereditaria" (LAFAILLE, op. cit., Buenos Aires, 1933, t. II, págs. 148/50, ptos. 200 y 202, pág. 151, pto. 203, y pág. 156, pto. 208).

La polémica habida ha sido reflejada por varios autores: OVSEJEVICH, op. cit., págs. 64/8, pto. 15; MAFFÍA, op. cit., t. II, págs. 465/82, ptos. 825/34; ZANNONI, op. cit., t. 2, págs. 142/52, ptos. 921/8; J.L. PÉREZ LASALA, op. cit., vol. II, págs. 784/90, pto. 642.

<sup>7</sup> B. LLERENA, *Concordancias y comentarios al Código Civil argentino*, 3ª ed., Buenos Aires, Ed. "La Facultad", 1931, t. IX, págs. 146/7, com. art. 3354; MACHADO, op. cit., t. VIII, pág. 478 -si bien ambos no trataron el tema, puede considerárselos que tácita o implícitamente aceptaban entre nosotros el sistema de la *pars bonorum*-; J. C. RÉBORA y J. C. GRÜNBERG, "La naturaleza de la legítima y el artículo 3354 del Código Civil", en *Cinco estudios de derecho sucesorio*, Buenos Aires, Ed. "La Facultad", 1930, pág. 121 y ss.; PRAYONES, op. cit., págs. 229/31, pto. 68; D. OVEJERO, "La naturaleza de la legítima", J.A. 44, Secc. Doct., pág. 47, pto. VI; J. ARIAS, *Derecho sucesorio*, 2ª ed., Buenos Aires, Kraft, 1950, págs. 109/11, pto. 2; E. J. LAJE, *La protección de la legítima*, tesis, Bs. As. - 1949, págs. 23/65, ptos. 1/63, y "La naturaleza jurídica de la legítima y la comprobación del carácter de legitimario", L.L. 71-634; A. H. GUAGLIANONE, "La condición del legitimario no heredero", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Martínez Paz*, Buenos Aires, Perrot, 1957, pág. 269 y ss.; A. D. MOLINARIO, "Inconstitucionalidad del monto de las cuotas legitimarias", L.L. 90-900, nota 35; OVSEJEVICH, op. cit., págs. 64/8, pto. 15.

<sup>8</sup> S. H. BLOUSSON, *La acción de reducción*, tesis, Buenos Aires, Ed. Agustín Etchepareborda, 1902, págs. 26/41, ptos. VIII/X; FORNIELES, op. cit., t. I, págs. 169/73, pto. 107 y t. II, págs. 102/4, pto. 93; BORDA, op. cit., t. I, págs. 208/9, pto. 275, y t. II, págs. 98/9, pto. 911. En nuestro primer comentador parece desprenderse que conceptúa la legítima como parte de la herencia, pues en su nota al art. 3354 expresa que el legitimario renunciante está en el deber de colacionar, lo que implicaría otorgarle la calidad de heredero, y en la del art. 3591 cuando asevera que la legítima es una "fracción de la herencia" (SEGOVIA, op. cit., t. II, pág. 432, nota 87 al art. 3356 de su núm. y pág. 550, nota 2 al art. 3593 de su num.). Desde otra perspectiva, aunque admitiendo el carácter hereditario de la legítima, se

ha afirmado que no existía contradicción con los arts. 3353 y 3591, ya que el art. 3354 importaba una excepción a los principios que consagraban o una modalidad de la renuncia, que debía ser expresa, y que no otorgaba el derecho de reclamar la legítima por vía de acción, sino que sólo era ejercitable por vía de excepción para retenerla cuando quedaba colmada por donaciones hechas en vida por el *de cuius* a favor del legitimario que no podían, entonces, reverse (DE GÁSPERI, op. cit., t. I, págs. 408/15, pto. 106, y t. III, págs. 428/9, pto. 503). Finalmente, es interesante mencionar un estudio realizado en torno al art. 3354, pero después de su derogación, por quien consideró que en nuestro sistema civil desde su origen la legítima fue *pars hereditatis*. Allí se señala que la doctrina no ha advertido que nuestro codificador citó como fuente el art. 840 del Proyecto español de 1851 -que Rébora y Grünberg consideraron como una equivocación de Vélez, ya que entendían que la correcta era el art. 822- según el cual “el que es llamado a una misma herencia por testamento y *ab intestato*, y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos”. Consideraba García Goyena, al justificar esta norma del Proyecto, que quien se mofaba de la voluntad del testador, renunciando a la herencia que se le defería en el testamento no podía pretender heredarlo *ab intestato*. Vélez Sársfield en el art. 3354 habría querido consagrar la solución inversa, estableciendo que quien renuncia a la herencia en virtud de ese doble llamamiento lo podrá hacer, sin perjuicio de tomar (“aceptar”) la herencia que por llamamiento legítimo le corresponde. Y cuando se encuentra con el art. 3714, opina que lo que Vélez ha querido señalar es que la participación en la herencia del heredero legítimo, que como tal es legitimario, se debe efectuar mediante la adjudicación de bienes pertenecientes al autor de la sucesión, es decir *in natura* (J. I. CAFFERATA, *Legítima y sucesión intestada*, Buenos Aires, Astrea, Ensayos Jurídicos 28, 1982, págs. 46/60, ptos. 11/15, y págs. 91/4, pto. 26).

<sup>9</sup> CNCiv., en pleno, 10/8/53, L.L. 71-634, con nota crítica de LAJE, “La naturaleza de la legítima...”, cit.; J.A. 1953-IV-15; GF. 208-541. La mayoría, integrada por los Dres. Agustín y Antonio Alsina, Méndez Chavarría, Podetti, Baldrich, Ruza, Chute, Coronas y Funes, sintéticamente argumentó: a) El cónyuge, como legitimario, no sólo tiene derecho a recibir los bienes que integran su porción, sino que es heredero forzoso, y esta condición es inalienable, de orden público, garantiza una vocación universal de la cual el causante no puede prescindir, aunque asegure mediante legados la percepción de la porción hereditaria; b) No es suficiente que se reciban los bienes para que se cumplan las exigencias legales, ya que el heredero legitimario debe gozar de todos los derechos ínsitos en su condición, lo que requiere que se le otorgue la posesión hereditaria, lo cual sólo es posible, frente a una institución hereditaria, con el dictado de la declaratoria de herederos; c) Ésta es indispensable como medio para que el legitimario pueda ejercer sus derechos, reclamar la entrega de los bienes y demostrar su título en todos los casos en que ello se haga necesario; y d) La legítima constituye para el heredero forzoso un derecho inalienable sobre la herencia, de la cual es parte, como lo revela el Código y sus fuentes inmediatas, lo que además estaría confirmado por la interpretación de los arts. 3554 y 3555. La minoría, formada por los Dres. Bargalló, Aráuz Castex y Sánchez de Bustamante, sustentó: a) En nuestro sistema, el legitimario no tiene necesariamente la calidad de heredero, puesto que la legítima es *pars bonorum*, ya que se traduce en un derecho sobre los bienes líquidos de la herencia, con abstracción del título hereditario; b) Tal como resulta de los arts. 3354, 3593 a 3597, 3600, 3602 y 3715, se ha consagrado un sistema según el cual la condición de legitimario es independiente de la calidad de heredero, aunque pueda coincidir con ésta: lo que el código asegura al legitimario es la recepción gratuita y sin gravámenes de los bienes necesarios para cubrir su cuota; c) En nuestro ordenamiento, la existencia de legitimarios no impide al causante disponer libremente de sus bienes por testamento, instituyendo herederos, con tal de que salve la legítima de aquéllos; y d) Esta interpretación no choca con razones de orden moral, ya que son muchos los países ubicados dentro de nuestro círculo cultural que consagran un derecho ilimitado de disposición testamentaria, y no habría motivos éticos que obliguen a declarar expresamente heredero al legitimario si se ha satisfecho su legítima.

<sup>10</sup> BORDA, op. cit., t. I, págs. 208/9, pto. 275 y t. II, págs. 98/9, pto. 911, y *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1971, págs. 580/1, ptos. 416/7; M. J. MÉNDEZ COSTA, en ÁLVAREZ Y OTROS, *Reformas al Código Civil (Ley 17.711)*, Rosario, Orbir, 1968, pág. 289, nota 1; E. E. MORENO DUBOIS y W. TEJERINA, *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, La Plata, Platense, 1973, t. 4,

vol. II-Sucesiones, págs. 31/6; E. P. GUASTAVINO, "Interpretación del art. 3576 bis del Código Civil", L.L. 140-536, pto. IV; G. R. GARBINO, *Preterición de herederos forzosos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Monografías Jurídicas 132, 1970, pág. 51; ZANNONI, op. cit., t. 2, págs. 145/52, ptos. 923/8; J. O. MAFFÍA, J. O., *El derecho sucesorio en la reforma del Código Civil*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1972, págs. 19/20, pto. 5 y págs. 149/50, pto. 80, y *Tratado...*, cit., t. II, págs. 472/82, ptos. 829/34 y t. I, pág. 76, pto. 39 -si bien en ambas obras advierte que no obstante que la reforma de 1968 ha suprimido el carácter creditorio de la legítima, ha introducido de rondón un nuevo legitimario no heredero con la figura de la nuera viuda sin hijos-; CAFFERATA, op. cit., págs. 100/2, pto. 29, y correlato con págs. 91/4, pto. 26; M. M. CÓRDOBA, L. M. LEVY, N. E. SOLARI y A. M. WAGMAISTER, *Derecho sucesorio*, Buenos Aires, Universidad, 1982, t. II, págs. 246/7, pto. 3 ap. c; J.O. AZPIRI, *Manual de derecho sucesorio*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, págs. 305/7, pto. 50, ap. a; C. H. VIDAL TAQUINI, "Vocación sucesoria de la nuera", E.D. 75-805, pto. 6; L. N. MAKIANICH DE BASSET, "Naturaleza jurídica de la legítima. Imposibilidad de la existencia del legitimario no heredero", L.L. 1981-D-1091; F. A. M. FERRER, en FERRER - MEDINA, *Código Civil comentado - Sucesiones*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. II, págs. 149/51, pto. B, ap. 2.

<sup>11</sup> E. P. GUASTAVINO, "Interpretación del art. 3576 bis...", cit., L.L. 140-536, pto. IV.

<sup>12</sup> A. C. BELLUSCIO, "La naturaleza del derecho sucesorio de la nueva viuda", J.A. 10-1971-579, pto. III, ap. E-5; y *Vocación sucesoria*, Buenos Aires, Depalma, 1975, págs. 98/9, pto. 47. Similarmente se ha pensado que el problema no admite una solución unilateral, ya que hay casos en que la legítima se atribuye como *pars hereditatis* y otros como *pars bonorum*. De ahí que, como se ha visto en el texto, los autores modernos hablen del contenido normal o del carácter preponderante de uno u otro término. Para concluir entonces que hay casos en que la legítima es *pars hereditatis* cuando el legitimario es heredero testamentario o intestado, y *pars bonorum* cuando no lo es (PÉREZ LASALA, op. cit., vl. II, págs. 789/90).

Resulta útil recordar aquí cómo se pronunciaron los Proyectos de reforma. El Anteproyecto de Biliboni mantuvo el criterio del art. 3591 al establecer que la legítima es un derecho de sucesión limitado a determinada parte de la herencia de la que no puede disponer el causante (art. 3161) y también dejó subsistente el derecho del legitimario renunciante a reclamar su legítima, pero la aceptación de ésta debe declararse en el acto de la renuncia (art. 2929). La Comisión de Reformas del Código Civil de 1936 regló que "La legítima es un derecho de sucesión a determinada parte de los bienes..." (art. 2009) y suprimió el art. 3354 (confr. S.C. FASSI, *La sucesión hereditaria en el Proyecto de Código Civil argentino de 1936*, Buenos Aires, Jurídica Argentina, 1940, págs. 325/6, pto. 305 y págs. 70/2, pto. 73; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 481/2, pto. 834; E. MARTÍNEZ PAZ, *Introducción al derecho de la sucesión hereditaria*, Buenos Aires, TEA, 1953, págs. 313/5, pto. 1. El Anteproyecto de 1954 volvió a considerar a la legítima como un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia (art. 691) y también dejó de lado el art. 3354. Nada reglaron sobre la cuestión el Proyecto de 1993 sancionado por la Cámara de Diputados y el de la Comisión designada por decr. 468/92. Finalmente, el Proyecto de Código Civil de 1998 establece que la legítima es parte de los bienes del causante (art. 2393).

<sup>13</sup> H. R. GOYENA COPELLO, "La derogación del artículo 3354 del Código Civil y la sanción del nuevo 3715", E.D. 25-869.

<sup>14</sup> LAJE, op. cit., págs. 66/8, ptos. 64/7; OVSEJEVICH, op. cit., págs. 70/1, pto. 17. Contrariamente, los sostenedores de la legítima como *pars hereditatis* ven en el art. 3599 un argumento más, ya que si quien renunció a la legítima futura puede reclamarla después del fallecimiento del causante, pero simultáneamente debe traer a colación lo recibido por el contrato o renuncia, dicho reclamo lo es como heredero pues la colación sólo es debida por el heredero a su coheredero (art. 3478) (ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 174, pto. 956). A esta creencia cabe responder que la renuncia anticipada del legitimario se refiere al contenido patrimonial de la legítima y no a su condición personal de legitimario (conf. de P. BARRÁN ARNICHEs, *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Barcelona, Cedecs, 2001, pág. 231, pto. 2.1.2).

<sup>15</sup> Art. 816 Código Civil español: “Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción”.

<sup>16</sup> DE BARRÁN ARNICHES, op. cit., págs. 236/7, pto. 2.2.

<sup>17</sup> LAJE, op. cit., págs. 58/60, ptos. 52/4.

<sup>18</sup> MAFFÍA, *El derecho sucesorio...*, cit., págs. 19/20, pto. 5; págs. 149/50, pto. 80; *Tratado...*, cit., t. II, págs. 472/82, ptos. 829/34 y t. I, págs. 76, pto. 39. También otro de los defensores de la legítima como parte de la herencia, al escribir sobre el monto de la alícuota de la nuera viuda dice que es, en todo caso, *pars bonorum* y no *pars hereditatis* (ZANNONI, op. cit., t. 2, pág. 117, pto. 901).

<sup>19</sup> BELLUSCIO, “Naturaleza del derecho sucesorio...”, cit., J.A. 10-1971-579, pto. III, ap. B-1.

<sup>20</sup> A. H. GUAGLIANONE, “La reforma del derecho sucesorio”, en *Revista del Notariado*, enero-feb. 1969, N° 703, pág. 22 y ss.

<sup>21</sup> GUAGLIANONE, “La condición del legitimario no heredero”, en op. cit., pág. 282. Comp. PÉREZ LASALA, op. cit., vol. II, págs. 775/6 y 778, pto. 639.

<sup>22</sup> Comp. PÉREZ LASALA, op. cit., vol. II, págs. 776/8, pto. 639.

<sup>23</sup> BELLUSCIO, “Naturaleza del derecho sucesorio...”, cit., J.A. 10-1971-599. Comp. PÉREZ LASALA, op. cit., vol. II, págs. 778/9, pto. 639.

<sup>24</sup> MAFFÍA, *El derecho sucesorio...*, cit., págs. 149/50, pto. 80; *Tratado...*, cit., t. I, pág. 76, pto. 39, y t. II, pág. 485, pto. 836, ap. h.

<sup>25</sup> J. J. LLAMBIAS, *Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711*, Buenos Aires, Ed. Revista de Jurisprudencia Argentina, 1969, págs. 463/4; BELLUSCIO, “Naturaleza del derecho sucesorio...”, cit., J.A. 10-1971-579, pto. III, ap. F. Hemos seguido a este autor en los legitimarios mencionados, salvo con respecto al descendiente del desheredado que no lo incluye. Pero agrega al legitimario desheredado sin justa causa, el que, análogamente al supuesto de preterición, sólo puede reclamar su legítima (ver “Naturaleza del derecho sucesorio...”, cit., J.A. 10-1971-579, pto. E; y *Vocación sucesoria*, cit., págs. 99/103). La figura ya había sido aceptada con anterioridad respecto al legitimario donatario y el legitimario legatario, agregándose -producida la reforma de la ley 17.711- los supuestos de la nuera viuda (art. 3576 bis), el descendiente del desheredado (art. 3749) y el legitimario preterido (art. 3715) (GUAGLIANONE, “La condición de legitimario...”, cit., en op. cit., pág. 269, pto. 5 y ss.; “La reforma...”, cit., pág. 22, ptos. 2/4; y *La preterición de legitimarios antes y después de la reforma civil*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1971). Con algunas características subjetivas, se ha reconocido como legitimarios no herederos al legitimario legatario y al legitimario donatario -en tanto también no hayan sido instituidos herederos, y además no hayan renunciado a la herencia pues así sólo podrían retener la liberalidad dentro de la porción disponible (art. 3355) y entonces ya no cabe hablar de legitimario ni de heredero sino de simple legatario o donatario-, y el legitimario preterido o desheredado injustamente, pues recoge su legítima exclusivamente en virtud de su título de legitimario. Pero esto no ocurre cuando al legitimario se le deja una parte de la legítima; entonces será un heredero testamentario legitimario, que podrá pedir el monto faltante mediante la acción de complemento (PÉREZ LASALA, op. cit., vol. II, págs. 773/83, ptos. 639/40, y en PÉREZ LASALA - MEDINA, *Acciones judiciales en el derecho sucesorio*, Buenos Aires, Depalma, 1992, págs. 4/10, ptos. 2/3). Recientemente se ha vuelto sobre el tema al decir que, dado que la legítima se puede recibir a cualquier título (art. 3600), ello puede ocurrir a título *mortis causa* (a título de heredero) e inter vivos (a título de legatario o de donatario) (MEDINA, G., en BUERES - HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, t. 6 A, pág. 774, pto. 2).

<sup>26</sup> Se ha puesto de relieve que en todo nuestro derecho positivo, tanto civil como procesal, no existe ninguna disposición que contemple la situación del legitimario que necesita justificar su carácter de tal, cuando, pese a mantener su derecho a la legítima, carece de cualidad hereditaria. Sin embargo, su inclusión en una declaratoria de herederos tendría aval práctico y encuentra sustento en la ley de la necesidad: es indispensable que el legitimario pueda acreditar esa cualidad. Pero también se ha pensado que éste no es el único recurso, ya que el mismo efecto se lograría otorgando al

interesado un certificado judicial en el que conste su parentesco con el causante, la cuota que le corresponde y que en la respectiva sucesión no ha sido declarado indigno ni desheredado válidamente. Ello sería eficaz para demostrar la cualidad de legitimario, oficiaría de título para la adjudicación de los bienes necesarios para integrar su legítima, podría inscribirse en los registros inmobiliarios y serviría de constancia para obligar a los terceros a reconocer los derechos existentes a favor de quien lo invoque (LAJE, “La naturaleza jurídica de la legítima...”, cit., L.L. 71-634, ptos. 16/21). Conf. al hablar de la nuera viuda: BELLUSCIO, “Naturaleza del derecho sucesorio...”, cit., J.A. 10-1971-579, pto. IV, ap. 5º, y *Vocación...*, cit., pág. 51, pto. 24; y MÉNDEZ COSTA, en LLAMBIAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 436, pto. 11.

<sup>27</sup> Sobre las consecuencias: véase GUAGLIANONE, “La condición del legitimario...”, cit., en op. cit., pág. 269, pto. 7, y *La preterición de legitimarios ...*, cit., pág.... y pto. 37 y ss.; BELLUSCIO, “Naturaleza del derecho sucesorio...”, cit., J.A. 10-1971-579, pto. IV, y *Vocación...*, cit. págs. 49/51, pto. 24.

<sup>28</sup> CNCiv., en pleno, 29/8/83, J.A. 1983-IV-6; L.L. 1983-D-176; E.D. 105-524.

<sup>29</sup> GUASTAVINO, “Interpretación del art. 3576 bis...”, cit., L.L. 140-536, pto. IV; ZANNONI, op. cit., t. 2, págs. 151/2, ptos. 928; MAFFÍA, *El derecho sucesorio...*, cit., págs. 19/20, pto. 5, y págs. 149/50, pto. 80, y *Tratado...*, cit., t. II, págs. 476/81, ptos. 831/2, sin perjuicio de repetir que excepciona el caso de la nuera viuda a quien reconoce como una legitimaria no heredera -véase nota 36-; VIDAL TAQUINI, “Vocación sucesoria...”, cit., E.D. 75-805, pto. 6; MAKIANICH DE BASSET, “Naturaleza jurídica de la legítima...”, cit., L.L. 1981-D-1091, ptos. VII y VIII; REQUEJO, O. H., “El legitimario no heredero y las VI Jornadas del Derecho Civil”, E.D. 77-851; F. A. M. FERRER, en FERRER - MEDINA, *Código Civil comentado. Sucesiones*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. II, págs. 149/51, pto. B, ap. 2.

<sup>30</sup> CCiv. 2ª Cap., 22/6/25, J.A. 16-194; CCiv. 1ª Cap., 30/12/41, J.A. 1942-I-806 y L.L. 25-379; CNCiv., Sala A, 2/6/59, J.A. 1959-VI-137 y L.L. 95-220; SC. Mendoza, Sala I, 8/7/60, L.L. 105-465; CNCCom., Sala C, 15/5/62, E.D. 3-793; CNCiv., Sala B, 13/7/53, L.L. 71-725.

<sup>31</sup> “Por intangibilidad de las legítimas se entiende no sólo la prohibición de privar de ellas a los legitimarios o de reducir sus proporciones, sino también la de afectarlas, comprometerlas o supeditarlas a plazos, condiciones, designación de administrador, etc. La intangibilidad equivale a la inviolabilidad total” (E. P. GUASTAVINO, “Indivisión impuesta a los herederos forzosos por el testador”, E.D. 164-225, pto. I, ap. 2).

<sup>32</sup> CNCiv., Sala C, 7/8/52, J.A. 1952-IV-255. Su anotador al pie entiende que la distinción respecto a los herederos forzosos se justificaría si la cláusula constituyese un gravamen o una condición que el testador no puede imponer a las porciones legítimas (art. 3598); pero en el caso no hay una lesión pecuniaria, pues la intervención de un abogado en la sucesión será inevitable y cualquiera sea devengará el mismo honorario que fija el arancel, no siendo en consecuencia susceptible de menoscabar las cuotas legitimarias. Termina resumiendo su pensamiento considerando válida la cláusula cuando con ella se procura evitar litigios injustos, reclamaciones injuriosas para la persona del testador o tienda a contribuir a la armonía familiar; no lo sería si el testador buscara mediante ella proteger un testamento respecto al cual los herederos pudiesen ejercer una resistencia legítima (J. RODRÍGUEZ AIMÉ, “Examen de la cláusula que designa abogado testamentario”).

<sup>33</sup> CCiv. 2ª Cap., 15/11/26, J.A. 23-224; idem, 9/11/47, J.A. 1947-III-528; CNCiv., Sala D, 29/6/54, L.L. 75-51.

<sup>34</sup> CNCiv., Sala B, 13/7/53, L.L. 71-725 y J.A. 1954-I-360.

<sup>35</sup> CCiv. 1ª Cap., 14/12/32, J.A. 40-426.

<sup>36</sup> LAJE, “La protección...”, cit., págs. 78/80, ptos. 84/6; BORDA, op. cit., t. II, págs. 96/7, ptos. 907-908; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 69, pto. 16. Comp. DE GÁSPERI, op. cit., t. III, págs. 430/1, pto. 504.

<sup>37</sup> Véase F. LEGÓN, “El beneficio de competencia, a través de una teoría objetiva”, J.A. 48-453.

<sup>38</sup> Conf. SCBs.As., 27/12/66, J.A. 1967-VI-489, con nota de E. P. GUASTAVINO, “Legítima y bien de familia”; CCC. Rosario, Sala IV, 28/6/78, J.A. 1978-IV-570, con nota de O. U. BARBERO, “Un caso de aplicación retroactiva del art. 3573 bis del Código Civil concurriendo dos cónyuges supérstites



legítimos”, pto. III; ZANNONI, op. cit., t. 2, págs. 172/4, pto. 955. Comp. GUASTAVINO, *Bien de familia*, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1985, t. II, págs. 333/40, pto. 554.

<sup>39</sup> Véase la crítica a la excepción consagrada por el art. 51 ley 14.394 al principio de la inviolabilidad de la legítima (art. 3598) en A.D. MOLINARIO, *Indivisiones hereditarias y condominios forzosos organizados por la ley 14.394*, La Plata, 1959, págs. 49 y 53/7, pto. 12. Por otro lado, se ha opinado que la disposición testamentaria que impide partir la herencia no puede importar un gravamen o condición a la legítima. Condición no es pues no supedita el derecho a ningún acontecimiento futuro e incierto; y tampoco es gravamen porque no disminuye la legítima con una carga, ni coarta su disponibilidad. El legitimario puede enajenar su cuota y, por otra parte, el código no contiene ninguna norma por la cual se la deba recibir mediante la entrega de dominio o propiedad exclusiva sobre cosas o bienes. ¿Acaso el causante no podría dejar a su legitimario, sin crear una indivisión, la parte indivisa que tuviera en una cosa, respecto de la cual ya existiese un pacto de indivisión con los demás condóminos? (GUAGLIANONE, “La indivisión hereditaria pactada o impuesta y la ley 14.394”, J.A. 1956-II-Secc. Doct., pág. 76, pto. I, *in fine*. En contra: SEGOVIA, op. cit., t. II, pág. 152, nota 47 al art. 2696 de su núm.).

<sup>40</sup> GUASTAVINO, “Indivisión impuesta a...”, cit., E.D. 164-225, pto. III, ap. 10.

<sup>41</sup> Conf. J. O. AZPIRI, “Sociedad de familia”, L.L. 1979-C-1129, pto. II; M. GAGLIARDO, “Sociedades de familia y cuestiones patrimoniales”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pág. 24, pto. 15. En el mismo sentido, conclusión de uno de los despachos de *lege lata* (pto. IX) y de otro de *lege ferenda* (pto. III ap. d) de las XIII Jornadas de Derecho Civil (Buenos Aires, 1991), las que -con las demás- se encuentran incluidas en la obra colectiva dirigida por E. M. FAVIER DUBOIS (h), *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, págs. 219/23.

Cuando existen herederos menores y ante lo normado por los arts. 28 y 29 de la ley 19.550, se ha discutido si necesariamente debe constituirse una sociedad en que éstos tengan responsabilidad limitada o si el régimen de indivisión hereditaria puede continuar siendo tal sin necesidad de organizarse societariamente. La ley 14.394 no indica esa necesidad y el art. 28 dispone que “el contrato constitutivo deberá ser aprobado por el juez de la sucesión” y el contrato, por naturaleza, es voluntario (art. 1137 CC. y arg. art. 218 C.Com.); con lo que si los copartícipes no proponen el contrato, el juez no puede aprobarlo ni suplir a las partes en esa función (conf. GUASTAVINO, “Cuestiones sucesorias en las leyes 19.550 y 19.551 de sociedades y concursos”, L.L. 147-1064, pto. II, ap. 10. En contra, opinando que la palabra “socios” del art. 28 hace imperativa la limitación de la responsabilidad de los herederos menores a través del contrato social -AZPIRI, *ibidem.*; ZANNONI, op. cit., t. 1, págs. 646/7, pto. 629-).

<sup>42</sup> E.P. GUASTAVINO, “Indivisión impuesta por el cónyuge supérstite”, J.A. 1957-III-Secc. Doct., pág. 30, pto. VI. Comp. S.C. FASSI, *Tratado de los testamentos*, Buenos Aires, Astrea, 1971, vol. 2, pág. 217, pto. 1530; S. C. FASSI y G. A. BOSSERT, *Sociedad conyugal*, Buenos Aires, Astrea, 1978, t. 2, pág. 441, pto. 72.

<sup>43</sup> F. A. M. FERRER, “Derecho hereditario especial de las unidades económicas agrarias familiares y la legítima”, J.A. 1991-I-922; F. P. BREBBIA, “La regulación del dominio en el Anteproyecto de Ley Agraria”, J.A. Doctrina-1975-137, pto. II, ap. 3, y “Derecho sucesorio agrario”, en *Sucesiones* (Libro homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1991, pág. 267 y ss.; E. A. PÉREZ LLANA, *Derecho agrario*, 3ª ed., Santa Fe Abad & Beigbeder, 1959, págs. 158/9. Comp. J.L. DE LOS MOZOS, “La sucesión *mortis causa* en la explotación agrícola familiar”, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, Córdoba-República Argentina, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, t. III, pág. 237.

<sup>44</sup> J.A. 1991-II-919, Comisión N° 4 - Legítima y unidad económica familiar, pto. II.

<sup>45</sup> Conf. F. A. M. FERRER, “El fideicomiso testamentario y la flexibilización del derecho sucesorio”, J.A. 1999-III-1038, pto. IV, y *Fideicomiso testamentario y derecho sucesorio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, págs. 198/209, pto. 17; B. MAURY DE GONZÁLEZ, “Fideicomiso testamentario”, en la obra colectiva dirigida por ella *Tratado teórico práctico de fideicomiso*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, págs. 251/3. Existen quienes aceptan esta excepción a la inviolabilidad de la legítima, pero siempre que los

frutos que perciba el incapaz no superen los límites de los alimentos; si los exceden afectándola, los herederos forzosos podrán demandar su reducción (J. L. PÉREZ LASALA y G. MEDINA, *El fideicomiso testamentario*, Buenos Aires, Depalma, 1999, pág. 27, pto. 2). Sin perjuicio de admitir que es virtualmente unánime la opinión que el fideicomiso testamentario no puede afectar la legítima, debe reconocerse como excepción cuando es creado en beneficio de un menor que es heredero legítimo. Ello en razón de que en materia de orden público tanto la legítima como el interés del menor atienden a la protección de la familia y en particular de los hijos, por lo que aquélla no puede entenderse menoscabada por éste. Y aun en el caso del conflicto que puede generarse cuando el heredero legítimo menor concurre con otros legítimos capaces, no deberá perderse de vista las normas atinentes a las indivisiones forzosas de la ley 14.394 (art. 51 y ss.) que son aceptadas -junto al derecho real de habitación viudal y la subsistencia del bien de familia- como excepciones a intangibilidad de la legítima (E. J. PETTIGIANI, “La legítima del heredero menor de edad frente al fideicomiso constituido por testamento”, J.A. 1999-III-1078, ptos. XIII, XIV, XV, XIX y XX, aps. o) y ss.).

Por el contrario, otra postura opina que el principio de la inviolabilidad de la legítima (art. 3598) es de orden público, no habiendo recibido modificación expresa por la ley 24.441. De manera que el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas y si ello ocurriera se tendrán por no escritas, cualquiera que sea el beneficiario. Por lo tanto, los legítimos afectados pueden demandar la reducción del fideicomiso a los límites de la porción disponible, ya que prevalecen las disposiciones regulatorias de la legítima (arg. arts. 3601 y 3605) (E. P. GUASTAVINO, “Fideicomisos, ‘leasing’, letras hipotecarias y otros aspectos de la ley 24.441”, L.L. 1995-B-1061, pto. II, e “Indivisión impuesta a...”, cit., E.D. 164-225, pto. I, ap. 4; P. M. GIRALDI, *Fideicomiso (Ley 24.441)*, Buenos Aires, Depalma, 1998, págs. 60/1, pto. 20; J. O. AZPIRI y O. REQUELJO, “El fideicomiso y el derecho sucesorio”, L.L. 1995-D-1127, pto. III.1/5; E. A. ZANNONI, “Eficacia de los fideicomisos *mortis causa* en el derecho argentino (Ley 24.441)”, en *Nulidades*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 8, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 204, pto. 9, y *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 416, pto. 1230; G. MEDINA, “Fideicomiso testamentario (¿Cómo evitar el fraude a la legítima, a los acreedores y a las incapacidades para suceder?)”, J.A. 1995-D-1127, ptos. VIII, X, XI y XVI; O. E. ORLANDI, “El interés familiar en el fideicomiso testamentario”, J.A. 1999-III-1072, pto. II, ap. a; N. LLOVERAS, “Fideicomiso testamentario: ¿La voluntad dispone?”, J.A. 1999-III-1058, pto. II; J. A. FUENTES, “El fideicomiso testamentario: carácter limitado de los alcances de su aplicación fáctica”, J.A. 1999-III-1044, ptos. III, IV y VI; IÑIGO, D. B., “Fideicomiso y legítima”, J.A. 2001-IV-924).

Dentro de esta segunda corriente, claramente mayoritaria, se ha señalado que tanto en la constitución en vida de un fideicomiso como en el fideicomiso testamentario su alcance debe ser dentro de la porción disponible. De manera que el desarrollo del contrato al producirse la muerte del fiduciante -en tanto pueda encontrarse en él una donación en sentido amplio- puede alterarse seriamente si está afectada la legítima, pudiendo los herederos forzosos perjudicados que existían al tiempo de la celebración, con más los descendientes nacidos ulteriormente siempre que existiese también alguno a ese tiempo (art. 1832 inc. 1), ejercer las acciones pertinentes para completar su legítima, con el consiguiente desmedro de los intereses del fideicomisario y del beneficiario. En cuanto al fideicomiso testamentario, si está dispuesto a favor de los herederos legítimos pueden liberarse ya que la legítima no puede estar sujeta a gravamen, plazo o condición, presupuestos ineludibles para la constitución del fideicomiso. No obstante, puede entenderse que la ley ha creado una nueva restricción a la intangibilidad de la legítima al prever su constitución e indivisión de bienes hereditarios por treinta años (arts. 3° y 4°, ley 24.441), por lo que puede conciliarse el instituto reduciéndolo a diez años o la mayoría de edad de los legítimos (S. E. LAMBOIS, “El fideicomiso y la legítima”, J.A. 1998-III-805, ptos. V al IX. Conf. C. N. ARMELLA, “El fideicomiso constituido por testamento”, en ORELLE-ARMELLA-CAUSSE, *Financiamiento de la vivienda y de la construcción. Ley 24.441*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995, págs. 246/7; FUENTES, op. cit., págs. y ptos. cit.).

Nosotros insistimos en nuestra postura pues si se admite que las indivisiones hereditarias referidas y el derecho real de habitación del cónyuge supérstite modificaron el régimen sucesorio, incorporando restricciones a la intangibilidad de la legítima, no vemos por qué no se acepta la restricción establecida por la ley 24.441 al fijar en treinta años -o más, en el caso del beneficiario

incapaz, en que puede prolongarse hasta su muerte o el cese de su incapacidad- el plazo máximo del fideicomiso, pretendiendo borrar lo que dispone la ley, pese a que ella -especial y posterior- no ha dispuesto que el instituto no puede afectar la legítima y además ha declarado derogada toda disposición que se oponga a sus normas (art. 97) (conf. FERRER, “El fideicomiso testamentario y...”, cit., J.A. 1999-III-1038, pto. IV, y *Fideicomiso testamentario y...*, cit., pto. 17, págs. 202/3).

Ante la posibilidad de que el fideicomiso se extienda a treinta años o hasta la recuperación o desaparición del beneficiario incapaz y mientras tanto las rentas de los bienes son gozadas por el beneficiario, algunos de los integrantes de la corriente mayoritaria interpretan que los legitimarios, a fin de dejar intacta su legítima, tienen la opción de cumplir la voluntad testamentaria o restringir el beneficio a lo que el causante podía disponer (arg. art. 3603); aclarándose que si el beneficiario fuera a su vez heredero forzoso la sumaría como mejora a su cuota hereditaria (AZPIRI y REQUELJO, op. cit., L.L. 1995-D-1127, pto. III aps. III.2, III.3 y III.5; FUENTES, op. cit., J.A. 1999-III-1044, pto. IV; IÑIGO, op. cit., J.A. 2001-IV-924, pto. II).

Creemos que no corresponde la aplicación analógica del art. 3603, ya que estamos ante una ley posterior que, repetimos, establece una nueva excepción al principio de la intangibilidad de la legítima (art. 3598), y además el fideicomiso constituye un supuesto distinto al contemplado por aquella norma. De no comprendérselo así, la aplicación de dicho precepto frustraría el fideicomiso testamentario y la protección del beneficiario, generalmente incapaz (conf. FERRER, *Fideicomiso testamentario y...*, cit., pto. 17, pág. 209).

<sup>46</sup> De acuerdo con la solución del Proyecto: G. MEDINA y H. MADERNA ETCHEGARAY, “El fideicomiso testamentario en el Proyecto de Código Civil de 1999 (Su relación con la legítima y la protección de los incapaces)”, J.A. 1999-III-1067, pto. IX y X; N. L. NICOLAU, “Transmisión de bienes a los legitimarios por actos entre vivos”, J.A. 2001-IV-918, pto. 2. En contra: LLOVERAS, op. cit., J.A. 1999-III-1058, pto. III y IV, ap. e y ss.; AZPIRI, “La legítima en el Proyecto...”, cit., en *Temas...*, cit., págs. 164/5.

<sup>47</sup> Sin embargo, debe puntualizarse que la mayoría de la misma Comisión VI de dichas Jornadas recomendó de *lege lata* que “en el derecho vigente el fideicomiso testamentario no puede afectar la legítima en ningún caso”; mientras que la minoría sentó que “en el derecho vigente la constitución del fideicomiso testamentario puede afectar la legítima, cuando su finalidad sea beneficiar a herederos forzosos incapaces” (J.A. 2000-I-1045, pto. 3).

<sup>48</sup> GUASTAVINO, “Indivisión impuesta por...”, cit., J.A. 1957-Secc. Doct., págs. 30, pto. VI; BORDA, *Tratado...*, cit., t. I, págs. 404/5, pto. 556; FASSI y BOSSERT, op. cit., t. 2, pág. 442, pto. 73; CNCiv., Sala D, 22/2/63, E.D. 4-500. En contra: GUAGLIANONE, afirmando que el art. 53, 1<sup>er</sup> párr., comprende bienes propios y gananciales (“La indivisión hereditaria...”, cit., J.A. 1956-II-Secc. Doct., pág. 76, pto. IV); y ZANNONI, quien opina que la alusión “... el cónyuge supérstite que lo hubiera adquirido o formado en todo o en parte”, no exige que el establecimiento sea calificado de ganancial. Puede ser propio del cónyuge premuerto, pero en el que el supérstite realizó inversiones, ampliaciones, etc., que eventualmente puedan dar lugar al reclamo por recompensas. Basta que de un modo u otro éste haya contribuido a su formación, acrecentamiento o evolución económica (aunque no estuviere en su masa de administración), para poder exigir su indivisión (*Derecho...*, cit., t. 1, pág. 643, pto. 625).

<sup>49</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. I, pág. 405, pto. 556 bis; FASSI y BOSSERT, op. cit., t. 2, pág. 443, pto. 76; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 1, pág. 644, pto. 625, ap. b); GUAGLIANONE, *ibidem*; GUASTAVINO, *ibidem*.

<sup>50</sup> Conf. GUASTAVINO, “Indivisión impuesta a...”, cit., E.D. 164-225, pto. I, ap. 4; O. U. BARBERO, *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, Buenos Aires, Astrea, 1977, págs. 48/9, pto. 36 *in fine*; LAMBOIS, op. cit., J.A. 1998-III-805, pto. VIII; FERRER, en FERRER-MEDINA, *Código Civil... . Sucesiones*, cit., t. II, pág. 159, pto. 2, ap. b) ii).

<sup>51</sup> BARBERO, *El derecho de habitación...*, cit., págs. 144/9, pto. 117/26.

<sup>52</sup> BARBERO, *ibidem*, págs. 150/1, pto. 128/9.

<sup>53</sup> Es de destacar que el Código Civil japonés reconoce efectos a la renuncia realizada con anterioridad a la apertura de la sucesión, pero sólo si fue autorizada por el Juzgado de Familia; y la renuncia a la legítima, entendida como posterior a la apertura de la sucesión o como anterior con la autorización señalada, de uno de los coherederos no afectará a la legítima de los otros (art. 1043)

(CÓDIGO CIVIL JAPONÉS, estudio preliminar, traducción y notas por Rafael Domingo y Nobuo Hayashi, Madrid, Marcial Pons, 2000, pág. 303).

<sup>54</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 97, ptos. 909/10; SEGOVIA, op. cit., t. II, págs. 552/3, nota 21 al art. 3601 de su núm. -aunque critica la conclusión de la norma, ya que siendo nulo el acto el heredero debería restituir la cosa recibida y sus frutos, pues es un poseedor de mala fe-; MACHADO, op. cit., t. IX, págs. 390/2; LAJE, *La protección...*, cit. págs. 68/9, pto. 68; FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 104, pto. 94; OVSEJEVICH, op. cit., págs. 71, pto. 17, ap. D); MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 497, pto. 847; PÉREZ LASALA, op. cit., vol. II, pág. 796, pto. 647, y en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., págs. 27/8, pto. 13. En contra, se ha sostenido que la restitución debe hacerse en especie, pues se trata de un acto nulo y la nulidad arrastra la obligación de devolver (LLERENA, op. cit., t. 9, págs. 540/2, pto. 4).

Algunos autores afirman que el texto del artículo sólo contempla la renuncia o pacto entre el legitimario y sus coherederos, si bien reconocen que nada obsta a que la prohibición alcance igualmente al celebrado entre el legitimario y su eventual causante, o entre el legitimario y los que a falta del mismo serían llamados a la sucesión, o entre el legitimario y terceros (RÉBORA, op. cit., t. II, pág. 24, pto. 285, texto y notas 1 y 2; DE GÁSPERI, op. cit., t. III, págs. 433/4, pto. 506).

<sup>55</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 97, pto. 909; MÉNDEZ COSTA, en LLAMBIÁS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 470, com. art. 3599, pto. 3; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 71, pto. 17, ap. D.

<sup>56</sup> E. P. GUASTAVINO, *Pactos sobre herencias futuras*, Buenos Aires, Ediar, 1968, págs. 388/90, ptos. 355/6; BUSSO, “Algunos aspectos de la protección de la legítima”, E.D. 12-815/6; A.G. SPOTA, “Contratos entre el futuro causante y los legitimarios. Alcance del nuevo art. 3604 surgido de la reforma al Código Civil introducida por la ley 17.711”, E.D. 94-125, ptos. 1 y 4 d; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. I, pág. 30, pto. 16, y t. II, pág. 519, pto. 867; PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 74, pto. 47. En contra, se ha pensado que el reconocimiento de onerosidad no involucra una convención que tenga en cuenta la legítima futura, sino un reconocimiento de la verdad de dicho acto. Cuando éste es realmente oneroso y cuando así le consta al futuro heredero que consiente, no está en juego la legítima, por lo mismo que ella no es afectada por los actos no gratuitos. En esta hipótesis falta fundamento para que entren a funcionar las defensas legales, porque el valor del patrimonio queda intacto al adquirir el causante la contraprestación pagada por el sucesor (E. J. LAJE, “La transmisión onerosa de bienes a los legitimarios”, L.L. 75-913, ptos. 77/9).

El 28/11/66, la mayoría de la C4<sup>a</sup>CC., Minas, Paz y Tributaria de Mendoza entendió que el reconocimiento de la sinceridad del acto por los coherederos solamente puede significar un consentimiento para con la mejora, sin que ello implique la admisión del sacrificio de su legítima; y la minoría -acertadamente- consideró que las conformidades de los coherederos previstas en el art. 3604 son válidas aunque luego pretendan anularlas invocando una lesión a la legítima, lo que es avalado por la ubicación del precepto dentro del título referido a la porción legítima de los herederos forzosos y su texto, extremos que enervan y neutralizan los efectos del art. 3599.

Su comentador inicialmente afirma correctamente que la conformidad en el acto de enajenación manifestada por los coherederos significa consentir que se invada la propia legítima, y que tal consentimiento cobra valor relevante para la ley ya que por él se pierde, literalmente, todo derecho a demandar la colación del excedente (pto. 3). Pero luego atribuye al reconocimiento el alcance de una presunción de onerosidad susceptible de prueba en contrario (pto. 6. Conf. BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 116, pto. 955) (E. A. ZANNONI, “Renuncia a la legítima hereditaria y renuncia a pedir la colación de la mejora presumida por el art. 3604 del Código Civil”, L.L. 126-46). Disentimos con este último criterio ya que entendemos que el reconocimiento de onerosidad contiene una declaración definitiva de voluntad, eficaz contra quienes la emitieron. Cuando se invocan vicios del consentimiento, enriquecimiento sin causa, o lesión subjetiva, no se trata de desvirtuar con prueba en contrario una mera presunción de onerosidad; con tales impugnaciones se ejercitan acciones ordinarias de nulidad del acto jurídico fundadas en los vicios del consentimiento, lesión subjetiva, etc. (conf. GUASTAVINO, *Pactos...*, cit., pág. 390, nota 542; MÉNDEZ COSTA, en LLAMBIÁS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit. t. V-B, pág. 493, pto. 5, ap. e).

<sup>57</sup> Conf. G. A. BORDA, “El derecho comercial contra el derecho civil”, L.L. 151-803, ptos. I y II; J. S. FORNIELES, “La protección de la legítima en las sociedades acogidas al impuesto sustitutivo a la herencia”, E.D. 31-1039, en especial ptos. I, VIII y IX.

Sin embargo, pese a que ya existían estas voces y la de Busso -cit. nota 74- que advertían sobre la gravedad de la situación, llama la atención que -si bien acentuando que se estaba visualizando supuestos en que el causante no ha pretendido perjudicar a alguno de sus herederos forzosos ni burlar la ley, sino procurarles un beneficio impositivo- se haya dicho que la crítica a las sociedades de familia cuando entran en colisión con las normas sucesorias sólo había sido recogida en el terreno de la literatura jurídica y que la doctrina civilista no había encontrado soluciones a nivel legal, proponiendo la necesidad de una reforma de la ley societaria que las contemplara (J.F. TRAVERSI, “La sociedad anónima de familia (Un puzzle para juristas)”, E.D. 47-871). No mucho tiempo tuvo que correr para que nuestros tribunales tuviesen que oír concretamente a aquellos visionarios.

<sup>58</sup> Conf. FORNIELES, *ibidem*, pto. XI; P. A. GUTIÉRREZ, “La porción legítima y las sociedades de familia”, J.A. 1998-II-919, pto. III.

<sup>59</sup> Sin embargo no se entiende por qué asumen la forma de anónima estas sociedades integradas por el padre, la madre y los hijos, ya que lo razonable sería constituir una S.R.L.. Es que bien se ha resaltado que la anónima de la cual hablamos es una colectiva en forma de anónima, ya que en realidad es una sociedad *intuitu personae*, porque la persona del socio es fundamental, que es lo que es lo típico de la sociedad de personas, de la sociedad colectiva ¿Cómo se explica que tenga acciones al portador? (ZANNONI, “Temas de derecho privado”, en Revista del Notariado, N° 825, abril-junio 1991, pág. 468 y ss., especialmente pág. 481. Conf. P.F. GUTIÉRREZ y J. O. GUTIÉRREZ, “Hacia una caracterización de la sociedad anónima de familia y la protección de sus minorías”, L.L. 147-1226, pto. VIII).

<sup>60</sup> En tal sentido se ha resuelto que “la ruptura de la igualdad de los herederos, resultante de la transferencia de la casi totalidad del patrimonio del causante a una sociedad de familia constituida por algunos de sus hijos, demuestra que se ha procedido con abuso, lo que autoriza a penetrar el velo de la personería y desconocerla para tomar sólo en consideración el sustrato humano y patrimonial que constituye la realidad enmascarada, siendo procedente la acción de colación deducida por los herederos no integrantes de la sociedad” (CNCiv., Sala E, 5/2/79, L.L. 1979-C-177, con nota de C. H. VIDAL TAQUINI, “Colación y donación de gananciales”. Comentando el pronunciamiento, se ha subrayado que no obstante existir ilustres opiniones que asimilan la colación a los recursos imaginados para defender la legítima, esa identificación es inexacta. Sin perjuicio de otras diferencias, baste por el momento subrayar que la legítima puede no haber sufrido ningún agravio y, sin embargo, ser procedente la acción de colación (MAFFÍA, “La colación y las sociedades entre ascendientes y descendientes, DJBA. 1979-4-3, pto. II, ap. c). Por otro lado, se interpretó que, dado el monto de la donación -casi la totalidad del patrimonio ganancial- la acción que correspondía ejercer era la de reducción y no la de colación (PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 68, pto. 45, ap. b).

<sup>61</sup> ZANNONI, op. cit., t. 2, págs. 206/7, pto. 991.

<sup>62</sup> BUSSO, “Algunos aspectos...”, cit., E.D. 12-817.

<sup>63</sup> MEDINA, op. cit., t. 6 A, pág. 782, pto. 2, ap. d; y también “El fraude a la legítima hereditaria a través de la constitución de sociedades”, J.A. 1983-I-699, y “Fraude a la legítima hereditaria”, en *Fraudes*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 4, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993, pág. 123. Ejemplifiquemos: un padre que con sus hijos varones forma un taller mecánico, una tienda, un fondo de comercio, etc., haciendo inicialmente el aporte más importante y después con el giro y el trabajo de los hijos, ese negocio se amplía, tiene una sucursal, la sociedad se transforma en anónima y estos hijos y su padre tienen un giro real. Pasan los años y hay una hija que no está en la sociedad porque no participó en ella. Al morir el padre, ¿podría esta hija decir que la sociedad le es inoponible? De ninguna manera, ya que por más que sea una sociedad de familia, que haya hijos que la integren y otros no -porque no estaban en la actividad, no deseaban hacerlo, no tenían capital o se fueron a vivir a otro lado, etc.-, aquéllos se asociaron con el causante y trabajaron con él durante largos años. Hay

en la historia de la constitución y desenvolvimiento de la sociedad, un auténtico aporte, giro, trabajo en común; es decir los elementos que caracterizan al negocio societario y a la actividad societaria como tal (conf. ZANNONI, “El fraude a la legítima hereditaria en las sociedades”, en FAVIER DUBOIS (H) Y OTROS, *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, págs. 37/46).

<sup>64</sup> J.A. LOSICER, “La personalidad societaria de las llamadas *sociedades de familia* ante la sucesión del socio”, en FAVIER DUBOIS (H) Y OTROS, *Las sociedades comerciales...*, cit., págs. 59/76, ptos. 5.5. y ss. Es interesante apuntar que este autor se enrola entre los que creen que las sociedades de familia no deben merecer un tratamiento diferenciado, tratándose de una expresión que carece de significación jurídica y que se utiliza por comodidad verbal. Encuentra, además, que el art. 54 L.S. coincide en un todo con el instituto de la acción de simulación (art. 959 C.C.) y la del fraude (art. 961 C.C.), mostrando así una perfecta coherencia entre el derecho civil y el comercial.

<sup>65</sup> Para las conclusiones de dichas Jornadas, véase *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, cit. nota 81, págs. 219/23.

<sup>66</sup> Véase J.A. 1991-II-919, Comisión N° 4 (Legítima y unidad económica familiar).

<sup>67</sup> Z. 33, pág. D-57, Comisión N° 6 - Porción legítima indisponible: extensión, fraude, protección, tercer despacho.

<sup>68</sup> Conclusión mayoritaria de *lege lata* de las XIII Jornadas de Derecho Civil (Bs. As., 1991).

<sup>69</sup> R. SERICK, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica*, tr. J. Puig Brutau, Barcelona, Ariel, 1958, págs. 241/2. Conf. BORDA, “El velo de la personería”, L.L. 142-1158.

<sup>70</sup> M. C. MARSILI, “Actualización de la teoría de la personalidad de las sociedades”, RDCO, 1971-1; C. R. FRESCHI, “La reformulación legislativa de la teoría de la personalidad jurídica”, en RDCO, 1976-746.

<sup>71</sup> E. A. ZANNONI, “El fraude a la legítima...”, en *Las sociedades comerciales y...*, cit., págs. 39/45; NICOLAU, “Transmisión de bienes...”, cit., J.A. 2001-IV-918, pto. 2. Uno de los despachos de las XIII Jornadas de Derecho Civil (Bs. As., 1991) concluyó que “La inoponibilidad de la persona jurídica de las sociedades constituidas por el causante, respecto al heredero forzoso excluido, será operante cuando se pruebe que la forma societaria ha sido el modo de constituir un patrimonio sujeto a reglas de administración, disposición y transmisión que contrarían las normas de protección a la legítima hereditaria”.

<sup>72</sup> Conf. ZANNONI, op. cit., t. 2, pág. 211, ptos. 997/8; MÉNDEZ COSTA, *Código Civil anotado*, cit., t. V-B, pág. 467, pto. 5. Las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As., 1991), entre sus conclusiones de *lege lata*, establecieron que “cuando el causante ha favorecido a herederos forzosos o terceros con la cesión gratuita de acciones de la sociedad donde se ha incorporado parte de su patrimonio, el valor de dichas acciones se debe calcular, a los fines sucesorios (legítima/colación) atendiendo a su valor proporcional con el valor real del patrimonio social que representan, y considerando igualmente el ‘valor llave’ de la empresa” (véase op. y págs. cit. nota 81). La computación del valor llave ha sido reconocida judicialmente desde larga data (CNCiv., Sala E, 16/6/64, E.D. 8-318; CNCom., Sala C, 11/7/56, GF. 218-59).

<sup>73</sup> En tal sentido las XIII Jornadas de Derecho Civil (Bs. As., 1991) concluyeron, por unanimidad, que “El cumplimiento de la sentencia que declara la inoponibilidad de la forma societaria o de ciertos actos de la misma por violación de la legítima hereditaria, debe computar el pasivo de la sociedad, y ajustarse a los mecanismos de reducción de capital o de liquidación salvaguardando los derechos de los acreedores sociales (arts. 107, 109 y 204, ley 19.550)”.

<sup>74</sup> E. M. FAVIER DUBOIS (h) y M. F. BARGALLÓ, “Los derechos de los terceros como límite a los efectos de la ‘inoponibilidad’ ”, en FAVIER DUBOIS (H) Y OTROS, *Las sociedades comerciales y...*, cit., págs. 77/83. Frente a la necesidad de que la sociedad restituya al acervo sucesorio bienes o valores suficientes para cubrir la parte del heredero excluido y la continuación de aquélla, y ante la reacción de la doctrina comercialista que ve en ello la reducción de capital social, lo que a su vez pone en peligro a la sociedad o a los terceros frente a ella; se ha respondido que entran en colisión el interés del heredero forzoso excluido, el interés del tráfico jurídico y de los terceros que han contratado con la sociedad. Si hay que

salvar el derecho hereditario, la sociedad -que en definitiva fue creada como cobertura de un patrimonio y excluirlo del patrimonio del causante-, así como el tercero interpuesto, así como el tercero que acepta una transferencia simulada para que los acreedores no persigan al deudor, será la que deberá, es decir los socios, responder frente al heredero para devolverle los bienes que correspondan a la alícuota de este heredero (ZANNONI, "Temas de...", cit., en Revista del Notariado, N° 825, abril-junio 1991, págs. 472/3).

<sup>75</sup> E.A. ZANNONI, "El fraude a la legítima...", en *Las sociedades comerciales y...*, cit., págs. 45/6, y "Temas de...", cit., en Revista del Notariado, N° 825, págs. 481 y 473/4; MEDINA, "Fraude a la legítima...", cit., en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 4, cit., págs. 145/6; FERRER, en FERRER-MEDINA, *Código Civil ...*, cit., t. II, pág. 160.

<sup>76</sup> CNCom., Sala A, 27/2/78, L.L. 1978-B-195, con nota de E. A. ZANNONI, "La desestimación de la personalidad societaria -disregard- y una aplicación en defensa de la intangibilidad de la legítima hereditaria". También fue tratado por J. M. FARINA, "La legítima de los herederos forzosos y la teoría de la penetración de la personalidad. Comentario a un fallo", Z. 20-D-3.

<sup>77</sup> CNCiv., Sala B, 10/8/72, L.L. 151-4, con nota de L. A. SOJO, "Las sociedades de familia y las disposiciones sobre la herencia".

<sup>78</sup> CApel.CC. Concepción del Uruguay, 9/2/79, L.L. 1979-D-237, con nota de M. J. MÉNDEZ COSTA, "Legítima y sociedades de familia" y J.A. 1980-II-323.

<sup>79</sup> CNCiv., Sala C, 27/8/81, J.A. 1982-I-675.

<sup>80</sup> CCC. Bahía Blanca, Sala 1ª, 21/10/93, J.A. 1995-I-656, con nota de P. DI LELLA, "Sociedades comerciales y legítima hereditaria".

<sup>81</sup> CNCiv., Sala G, 26/11/85, J.A. 1987-I-630.

<sup>82</sup> CNCiv., Sala D, 5/12/97, L.L. 1998-F-439, con nota de E. L. GREGORINI CLUSELLAS, "La colación y la determinación del valor a colacionar".

<sup>283</sup> La referencia a "bienes heterogéneos" se relaciona con que la forma es elegida no tanto para privar o restringir la legítima, sino para privar de la administración del heredero forzoso, sometiéndolo al régimen societario de mayorías y minorías (integrando normalmente estas últimas), sin que sea justificable real y económicamente que la masa patrimonial sea puesta bajo esta forma de explotación.

<sup>84</sup> Conf. DI LELLA, "Sociedades comerciales y...", cit., J.A. 1995-I-671.

<sup>85</sup> Han propuesto su reglamentación especial: BUSSO, "Algunos aspectos...", cit., E.D. 12-814; BORDA, "El derecho comercial...", cit., L.L. 151-803, pto. VI; FORNIELES, "La protección de la legítima...", cit., E.D. 31-1039, pto. XII; AZPIRI, "Sociedad de...", cit., L.L. 1979-C-1129, pto. VI; GUTIÉRREZ, "La porción legítima...", J.A. 1998-II-919, pto. VI. Se han pronunciado negativamente: TRAVERSI, "La sociedad anónima...", E.D. 47-871; MEDINA, "El fraude a la legítima...", cit., J.A. 1983-I-704. Tan discutible es el tema que en las referidas XIII Jornadas de Derecho Civil se emitieron dos despachos opuestos: uno que interpretaba la necesidad de su regulación especial, dando una serie de pautas básicas; y otro que sostenía lo contrario, ya que "no debería haber subtipos para la regulación de las sociedades comerciales. Contractualmente en el estatuto pueden ser previstas las cláusulas que se consideren necesarias a fin de proteger la legítima. La actual Ley de Sociedades Comerciales provee suficientes y variados tipos societarios adaptables a las necesidades de una sociedad formada por familiares".

<sup>86</sup> Resulta razonable que las acciones que no cotizan en Bolsa sean nominativas no solamente por razones fiscales, sino también porque de esta manera su transmisión exige -a diferencia de las acciones al portador- dejar las constancias pertinentes. Por el contrario, en las acciones que cotizan en Bolsa no se justifica la nominatividad. De esta manera se concilia el interés del capital que sale a la calle a invertir -el verdadero sentido del anonimato de las acciones- con los intereses de las sociedades cerradas, de las sociedades de familia, en las que es conveniente que los capitales tengan algún resguardo frente a la posible transmisión de las acciones sin ningún tipo de control o favoreciendo el fraude (ZANNONI, "Temas de...", cit., Revista del Notariado N° 825, págs. 475/6).

<sup>87</sup> Conf. GUTIÉRREZ y GUTIÉRREZ, op. cit., L.L. 147-1226, ptos. VII y VIII; BUSO, “Algunos aspectos...”, cit., E.D. 12-819. Refiriéndose a la protección de las minorías -sin perjuicio de subrayar el fino equilibrio que debe existir entre darles más posibilidades de control, por un lado, e impedirles que so pretexto de desamparo ejerzan una verdadera tiranía sobre la sociedad, por el otro- se ha propuesto además de la nominatividad obligatoria de las acciones de estas sociedades de familia, sean anónimas o en comandita por acciones, y la incorporación de la posibilidad del derecho de receso cuando no se distribuyan las utilidades realizadas y liquidadas por tres ejercicios sucesivos o cuatro alternados en los seis años anteriores al ejercicio de receso. El sistema de publicidad será por citación personal en el último domicilio registrado por el accionista en la sociedad. Finalmente se contempla establecer como requisito para la celebración de la asamblea la presencia de un funcionario de la Inspección General de Personas Jurídicas cuando lo requiera un miembro del Directorio, o del Consejo de Vigilancia si existe, o accionistas que representen el 20% del capital (conf. A. GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, “Los motivos y el futuro de las ‘sociedades anónimas de familia’”, L.L. 144-967).

<sup>88</sup> Nuestro Código Civil titula a quienes tienen derecho a la legítima de “herederos forzosos” (art. 3591), expresión que emplea en otras normas (arts. 3475, 3599, 3600, 3601, 3604, 3714, 3715, etc.). Asimismo, utiliza en ese sentido la expresión “herederos legítimos” (arts. 3603 y 3605). Incluso usa la de “heredero necesario” (arts. 1085 y 1831). Nosotros preferimos designar a quienes tienen una porción legítima con el vocablo “legitimarios”; denominación clara que contrasta con las otras.

Así: a) la locución “herederos forzosos” no es original de nuestro codificador sino recogida del derecho justinianeo y castellano por el proyecto español, sin advertir que era exacta cuando la legítima debía ser dejada necesariamente por institución hereditaria, pero dejó de serlo al permitirse la atribución “por cualquier título” por el Código Civil español (art. 815). Esto mismo ha sucedido en nuestro Código Civil, cuyo art. 3600 admite que la legítima se cubra por cualquier título; cuando ese título no es el de heredero y la legítima queda cubierta por un legado o por una donación, el legitimario no es heredero, siendo entonces inexacta la expresión “herederos forzosos”; b) el término “heredero necesario” es inadmisibles, ya que con él se designaba en el derecho romano el caso del esclavo heredero instituido, al cual se le endosaba la herencia como un medio de evitar que el autor cayera en infamia por no pagar sus deudas, es decir que se lo obligaba a recoger la herencia; y c) tampoco aceptamos el término “heredero legítimo”, pues se lo usa para identificar al que surge de la ley en contraposición a la de heredero testamentario; y resulta que hay quienes suceden *ab intestato* que no son legitimarios, tal los colaterales; y d) por último, todas estas expresiones hacen mención al término “heredero”, y según nuestra opinión se puede ser legitimario sin ser heredero (conf. OVSEJEVICH, op. cit., pág. 76, pto. 21; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, págs. 783/4, pto. 641; LAJE, *La protección...*, cit., pág. 100, pto. 115).

<sup>89</sup> Sobre la naturaleza jurídica del derecho atribuido a la nuera viuda y sin hijos se han sostenido varias teorías: a) Que es heredera legitimaria por derecho propio (E. P. GUASTAVINO, “El derecho sucesorio de la nuera”, L.L. 134-1343, “Interpretación del art. 3576 bis...”, cit., L.L. 140-546, y “El derecho sucesorio de la nuera ante la existencia de hijos del marido habidos con otra mujer”, L.L. 150-584; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 71/2, pto. 871-2, ap. c), y pág. 76, pto. 871-4, y *La reforma...*, cit., págs. 531/2, pto. 379; J. J. LÓPEZ DEL CARRIL, *Derecho sucesorio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, págs. 88/9; A.G. SPOTA, *Sobre las reformas al Código Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1969, pág. 134; G. R. GARBINO, *El derecho hereditario de la nuera*, Buenos Aires, Astrea, Ensayos Jurídicos 17, 1976, págs. 41/9, pto. III, ap. A-1, págs. 61/4, pto. III, ap. A-6., y págs. 104/5, pto. VII; M. J. MÉNDEZ COSTA, “Interpretación jurisprudencial del art. 3576 bis”, J.A. 1978-II-489 y *Código Civil...*, cit., t. V-B, págs. 433/5, pto. 5, y pág. 436, pto. 9; R. GARRIDO y L. ANDORNO, *Reformas al Código Civil*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavallía, 1969, t. II, págs. 129/30; W. TEJERINA, en MORENO DUBOIS-TEJERINA, *Examen y crítica...*, cit., t. 4, vol. II, págs. 592/4, pto. IV, ap. C; AZPIRI, *Manual ...*, cit., págs. 292/2; J. I. CAFFERATA, A. B. EPPSTEIN, P. L. FEIT y N. M. MOISÉS, ponencia presentada en el *Cuarto Congreso Nacional de derecho civil*, Córdoba, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1972, t. II, pág. 808; MEDINA, en BUERES-HIGHTON, *Código Civil...*, cit., t. 6 A, pág. 762, pto. 3, y en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 126, pto. 3; b) Que es heredera por representación anómala (A. E. SALAS, “La sucesión de la nuera”, J.A. 1968-IV-Secc. Doct., pág. 831, pto. 2; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol II,



pág. 160, pto. 77, ap. a) 1), págs. 165/6, pto. 79, y págs. 168/70, ptos. 81/4, y *La representación en el derecho sucesorio*, Buenos Aires, Ensayos Jurídicos 12, Astrea, 1973, págs. 42/4, pto. 12 C); c) Que es heredera con vocación limitada (A.D. MOLINARIO, ponencia presentada en el *Cuarto Congreso...*, cit, t. II, pág. 811; H. L. POVIÑA, ponencia presentada en el *Cuarto Congreso...*, cit, t. II, pág. 809, y *Sucesión de los cónyuges y de los parientes colaterales*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1973, págs. 77/8, pto. 68; C.A. DANSEY, “El derecho hereditario de la nuera viuda en la sucesión de los suegros”, E.D. 30-849, ptos. II y III. H. R. GOYENA COPELLO, inicialmente consideró que la norma confería a la nuera viuda un derecho de representación anómalo, circunscripto a una parte alícuota de lo que le correspondía a aquel a quien representaba: “El derecho sucesorio en la reforma civil”, L.L. 133-1077, com. art. 3576 bis. Después rectificó su postura sosteniendo -bajo el título de “Naturaleza jurídica del derecho acordado”- que “hemos de anticipar de que estamos ante un derecho asistencial conferido por la ley y nada más, ni nada menos”, para seguir -luego de marcar las diferencias entre esta figura y el heredero, el legatario y el legitimario, y pasar revista a las distintas corrientes que existen sobre ella- con que “el no saberse si la heredera o legataria no es ni lo uno ni lo otro, aun cuando se haya incluido el artículo en el capítulo de la sucesión de los cónyuges. Ya nos hemos referido al fundamento asistencial que le damos a este derecho, fundamento que lo excluye de cualquier otra institución análoga” y agregar -refiriéndose a los caracteres del derecho acordado- que es un “derecho propio”, ya que no representa a su esposo, y que “es limitado”, ya que la porción fijada en el precepto “y no más es todo lo que puede aspirar en la sucesión de su suegro”, y entonces finalizar con que “la nuera viuda y sin hijos no excluye a heredero alguno, ya que concurre con quienquiera haya sido llamado a la sucesión, ya sea legal ya testamentariamente por el causante. Simplemente una vez abierta la sucesión, se ha de recurrir al expediente excepcional de considerar vivo al hijo del causante para determinar en ese momento cuánto le hubiera correspondido en la sucesión de su padre y entregarle a su esposa la cuarta parte, devolviendo el resto a la masa para la distribución ordinaria del remanente conforme la naturaleza y proporciones del llamado de los demás concurrentes, o en el caso eventual la entrega al fisco si la sucesión fuera vacante” (“Acerca del derecho conferido a la nueva viuda, sin hijos y de buena conducta por el art. 3576 bis del Código Civil”, L.L. 135-1432, ptos. IV, V y fundamentalmente VI y VII, *Tratado del derecho de sucesión*, Buenos Aires, La Ley, 1974, t. II, págs. 538/60 y pág. 566, y nota 994, y “El derecho de la nuera encauzado en sus justos márgenes”, L.L. 1978-B-541); d) Que es legataria legal de cuota (E. E. MORENO DUBOIS, “Naturaleza del derecho sucesorio otorgado a la viuda en la sucesión de sus suegros”, L.L. 132-1422, pto. V); e) Que es legitimaria no heredera (MAFFÍA, *El derecho sucesorio...*, cit., págs. 128/150, ptos. 71/81, “El derecho sucesorio de la nuera”, L.L. 134-1317, ptos. V a X, “Vocación sucesoria de la nuera viuda. Concurrencia con hijos de un anterior matrimonio de su marido”, J.A. 20-1973-615, pto. IV, y *Tratado...*, cit., t. I, págs. 58/77, ptos. 30/40, y t. II, pág. 485, pto. 836, ap. h), caratulándola en realidad de “legitimaria no heredera, sucesora universal”, porque si bien está confinada a recibir el cuarto de los bienes que le hubiesen correspondido a su esposo prefallecido en la sucesión de sus suegros, sin excluir al Fisco, es sucesora universal del causante porque recibe una alícuota del patrimonio de éste (art. 3263); GUAGLIANONE, “La reforma...”, cit., pág. 22, pto. 2; FASSI, *Tratado...*, cit., vol. I, pág. 436, pto. 752, ap. k), donde sostiene que es una sucesora universal no heredera por las mismas razones que el anterior, y prólogos a las obras de Maffía -*El derecho sucesorio...*, cit., pág. 10, donde repite lo mismo- y Garbino -*El derecho hereditario...*, cit., pág. 11, lugar en que dice que es una legitimaria no heredera-; OCAMPO, C. G., *La nuera viuda - Exclusión sucesoria del cónyuge*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 26/7, pto. II, ap. 6), y págs. 43/4, pto. IV, ap. 6; f) Que es sucesora universal no heredera (LLAMBIAS, op. cit., págs. 463/4, dice que es una sucesora universal no heredera, pero sí legitimaria; BELLUSCIO, “Naturaleza del derecho sucesorio...”, cit. J.A. 10-1971-579, y *Vocación...*, págs. 38/49, pto. 23, quien parte de que queda comprendida entre los legitimarios no herederos, pero a diferencia de los demás que pueden llegar a ser herederos cuando falle el testamento por cualquier causa y entonces se abra la sucesión intestada, con ella esto nunca puede ocurrir pues tiene limitada su vocación sucesoria al cuarto de los bienes que le hubiesen correspondido a su cónyuge premuerto por imperio de la ley, de ahí que precisando la figura opine que es una sucesora universal no heredera. De manera que si queda sola puede acrecer hasta el límite máximo de un cuarto de la herencia, en los casos en que si su esposo

hubiese sobrevivido habría acrecido, pero carece de vocación universal que le permita recibir la totalidad de la herencia en caso de no concurrir otros sucesores legítimos o testamentarios; hipótesis en la cual el resto se lo llevará al Fisco; y g) Que es sucesora universal no heredera y no legitimaria con llamamiento imperativo (ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, págs. 112/3, ptos. 895/6, y págs. 116/8, pto. 901, y “Nuera versus Fisco (Aspectos de la vocación limitada de la nuera como sucesora universal no heredera)”, L.L. 156-608, interpreta que las primeras características las tiene por las razones apuntadas, pero tiene un llamamiento imperativo para el causante, sin que ello implique calificarla de legitimaria, ya que su cuota constituye una carga de la sucesión, que ha de computarse sobre la masa de cálculo de la legítima. Fuera de la cuarta parte de los bienes que le hubiesen correspondido a su esposo en la sucesión de sus suegros, el resto escapa a la atribución patrimonial que hace la ley y, por tanto, corresponderá al Fisco).

Mayoritariamente la jurisprudencia se pronunció reconociéndole carácter de heredera por derecho propio y legitimaria (CApel. Concepción del Uruguay, Sala C. y C., 25/9/70, J.A. 10-1971-830 y L.L. 142-310; CApel. Junín, 30/10/69, J.A. 10-1971-579; CNCiv., Sala C, 15/8/79, L.L. 1980-A-112 y E.D. 84-509); por lo que excluye al Fisco (CNCiv, Sala F, 9/3/72, J.A. 14-1972-231 y L.L. 149-350; C.1ª Apel., San Nicolás, Rep. L.L. 1979-2158, N° 159; SCBs.As., 15/4/80, J.A. 1980-IV-33 y E.D. 89-279); debiendo ser incluida en la declaratoria de herederos como heredera *ab intestato* (CCCSFe, Sala 2ª, 25/4/73, J.A. 19-1973-755 y L.L. 150-585). También se le ha asignado aquel carácter a efectos de la legitimación para reclamar la indemnización por daño moral (CNEsp.Civ. y Com., Sala III, 21/10/80, L.L. 1982-C-510-N° 4695).

Algún pronunciamiento le ha reconocido la vocación hereditaria en virtud del derecho de representación extendido a un no consanguíneo, razón por la cual no funciona en todo su rigor el orden de las sucesiones intestadas (C1ª La Plata, Sala 2ª, 10/4/73, J.A. 20-1973-614).

Por el contrario, minoritariamente se ha resuelto que el concepto de heredero, como especie de sucesor universal a quien pasa todo o una parte alícuota del patrimonio de una persona, no es atribuible a la nuera viuda; teniendo solamente derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubiesen correspondido a su esposo en la sucesión de sus suegros, sin tener derecho de acrecer en caso de inexistencia de otros sucesores, con lo que el resto corresponderá al Fisco (voto de la minoría de SCBs. As., 15/4/80, J.A. 1980-IV-33 y E.D. 89-279; CNCiv., Sala D, 6/12/77, L.L. 1978-B-541; CNCiv., Sala B, 9/5/86, J.A. 1987-II-308, y fundamentalmente el fallo de la CNCiv., en pleno, 29/8/83, J.A. 1983-IV-6).

Sin entrar a analizar la naturaleza jurídica del derecho de la nuera viuda, se le ha acordado la acción de preterición (art. 3715) (CNCiv., Sala J, 7/5/92, J.A. 1993-II-203).

El Código Civil paraguayo reconoce al cónyuge viudo y sin hijos la tercera parte de los bienes que le hubieren correspondido al otro cónyuge en la sucesión de sus suegros (art. 2589); interpretándose que esa es su legítima. De manera que admite el beneficio no solamente para la nueva viuda, sino también para el yerno viudo, en ambos casos sin hijos. Es más, acepta como legitimario al concubino supérstite (art. 91 Ley 1/92) (conf. MARTÍNEZ, op. cit., págs. 359 y 392/3, aps. e y f).

<sup>90</sup> La ley no ha determinado cuál es la legítima de la nuera viuda, sólo lo ha hecho con su cuota hereditaria. Pese a que lo correcto es el procedimiento inverso, es decir conocer la legítima y tomando la mayor si hay concurrencia de legitimarios con distinta legítima global, aplicar dentro de ella la cuota hereditaria que a cada uno le corresponde; se acepta que su legítima se extrae haciendo el cálculo de su cuota hereditaria. En otras palabras, si la ley toma un porcentaje de la cuota hereditaria del marido, necesariamente está tomando el mismo porcentaje de su legítima.

De manera entonces que para dividir la herencia a la cual concurre la nuera debe efectuarse una doble operación: a) calcular la parte que le hubiera correspondido al marido premuerto y luego extraer el cuarto, que será lo que tomará la nuera; y b) distribuir la masa de bienes restantes, incluidos los tres cuartos (3/4) que no toma la nuera, entre los demás herederos conforme las normas de devolución del Código Civil (SALAS, op. cit., J.A. 1968-IV-Secc. Doct., pág. 831, pto. 8; DANSEY, op. cit., E.D. 30-849, pto. III; BELLUSCIO, *Vocación...*, cit., págs. 54/5, pto. 27; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 76, pto. 871-4; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, pág. 169, pto. 81; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 405, pto. 783,

y pág. 485, pto. 836, ap. h; AZPIRI, *Manual...*, cit., pág. 292, pto. 45, ap. c, y págs. 311, pto. 51, ap. a; MEDINA, en BUERES-HIGHTON, *Código Civil...*, cit., t. 6 A, pág. 761, pto. 2, y en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, págs. 125/6, pto. 2; GUASTAVINO, “Derecho sucesorio...”, cit., L.L. 134-1343, pto. 19/21.

Así las cosas, es conveniente pulir lo escrito en el texto. Debemos entonces distinguir: 1) Si el causante no ha dispuesto de su porción disponible: a) Concurrencia de la nuera con otros herederos a los cuales su esposo no desplazaba (otros descendientes y cónyuge del *de cujus*): aquélla toma la cuarta parte de lo que le hubiese correspondido a su marido prefallecido y el resto se divide entre los demás; b) Concurrencia con otros herederos a los cuales su esposo desplazaba (ascendientes y colaterales): la nuera llevará la cuarta parte de la totalidad del acervo hereditario y lo restante se distribuye entre los demás herederos según las reglas de la sucesión intestada; y c) Concurrencia con otros herederos a los cuales su esposo no desplazaba (cónyuge del causante) y desplazaba (ascendientes): creemos que la solución es idéntica a la anterior; y 2) Si el causante ha dispuesto de la porción disponible: a) Concurrencia de la nuera con otros herederos a los cuales su esposo no desplazaba (otros descendientes y cónyuge del *de cujus* o solamente éste): en las primeras concurrencias la legítima global a respetar es de cuatro quintos (4/5) o de la mitad (1/2) en la restante (con cónyuge) y entonces para determinar la legítima de la nuera debemos ficticiamente pensar como si el hijo hubiese sobrevivido al *de cujus*, con lo que determinada su legítima individual se extraerá de ella la cuarta parte correspondiente a la nuera (obvio es que en el caso de concurrencia con el cónyuge, la fijación de la legítima de la nuera viuda será 1/5 de los 4/5 que le hubiesen correspondido a su marido prefallecido y se deducirá dicho porcentaje de la legítima del cónyuge (1/2)); b) Concurrencia con otros herederos a los cuales su esposo desplazaba (ascendientes y colaterales): es evidente que la hipótesis solamente tiene lugar cuando la nuera es viuda del único hijo premuerto del causante. Así, con ascendientes, la legítima global imperativa será de dos tercios (2/3) e imaginando nuevamente que el hijo no prefalleció, a la nuera viuda otra vez le corresponderá 1/5 de los 4/5 que le hubiesen correspondido a éste, y de aquellos dos tercios (2/3) se descontará el monto de legítima de la nuera (1/5). Con colaterales, que recordemos no son legitimarios, la legítima de la nuera será de un cuarto (o sea 1/5) de la legítima de su marido (4/5) y el resto de la herencia sigue los principios de reparto de la sucesión intestada; y c) Concurrencia con cónyuge y ascendientes del causante: nuevamente estamos imaginando a la nuera viuda del único hijo del causante y además estamos en un caso de que van a la herencia quien la comparte con ella (el cónyuge del difunto) y quienes son excluidos por su marido prefallecido (los ascendientes). La legítima global que debe mantenerse incólume es la mayor, es decir dos tercios (2/3), y a la nuera le corresponde la cuarta parte de lo que debió llevar su marido si no hubiese premuerto, es decir un quinto (1/5) de los cuatro quintos (4/5) de éste, y dicho quinto (1/5) se deduce previamente de los dos tercios (2/3) y el resto se distribuye de acuerdo a los principios de la sucesión ab intestado (arts. 3594 y 3571) (conf. PÉREZ LASALA, *Acciones judiciales...*, págs. 20/25, pto. 11). Comp. DI LELLA, “De la nuera viuda”, J.A. 1993-II-205, pto. III, nota al fallo de la CNCiv., Sala J, 7/5/92, donde explica que no siempre es acertado decir, como lo hace el pronunciamiento, que “si la porción legítima de los hijos es de cuatro quintos de la herencia, la porción legítima de la nuera viuda no puede ser sino un cuarto de dichos cuatro quintos”, ya que ello será cierto cuando el difunto tuvo un solo hijo, marido prefallecido de la ahora nuera viuda, pero no lo es si hubiera habido varios y el causante hubiese dispuesto de la porción disponible, pues entonces sería la cuarta parte de la porción legítima que le hubiera correspondido a su marido; y ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 116, pto. 900).

Debe advertirse que existe una corriente minoritaria que interpreta que la nuera viuda desplaza a todos aquellos que hubiese desplazado su esposo, es decir a los ascendientes y a los colaterales (LÓPEZ DEL CARRIL, op. cit., pág. 89; GARBINO, *El derecho hereditario...*, pág. 106, pto. VIII, aps. 4 y 6). Sin embargo, tal creencia olvida que el art. 3585 -pese a haber sido reformado por la ley 17.711, que también incluyó la figura de la nuera viuda- solamente excluye a los colaterales cuando existen descendientes, ascendientes y cónyuge supérstite, no mencionado para nada a la nueva legitimaria (conf. GARRIDO Y ANDORNO, op. cit., t. II, pág. 130).

*En síntesis, podemos afirmar que la nuera viuda tiene una legítima y una cuota hereditaria referida a la legítima y cuota hereditaria de su esposo prefallecido, ya que para determinarlas se parte de la ficción de que éste ha sobrevivido al causante.*

<sup>91</sup> Es también, borradas las diferencias entre los descendientes y entre los ascendientes por la ley 23.264, el criterio adoptado por el Anteproyecto de Biliboni (art. 3163) y el Proyecto de 1936 (art. 2010 incs. 1, 2 y 3); y más tarde por el Proyecto de la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados (1993) (arts. 3593/5) y mientras que el Proyecto de la Comisión designada por decr. 468/92 del Poder Ejecutivo no innovó lo dispuesto por el Código Civil de Vélez. El Anteproyecto de 1954 fijó la legítima en la mitad de los bienes si se trataba de un hijo legítimo, legitimado o adoptivo, cuando concurrían hasta tres de ellos aquélla se extendía a los dos tercios de los bienes, y si concurrían más a tres cuartos del total; determinando en la mitad de los bienes la correspondiente a los ascendientes legítimos y al cónyuge (art. 692 incs. 1, 2 y 3).

<sup>92</sup> PRAYONES, op. cit., págs. 235/6; DE GÁSPERI, op. cit., t. III, pág. 437, pto. 510; MÉNDEZ COSTA, en LLAMBÍAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 462; FERRER, en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 155, pto. 1; CCiv.2ª Cap., GF. 148-15.

<sup>93</sup> MOLINARIO, "Inconstitucionalidad del monto...", cit., L.L. 90-911, nota 82. Conf. ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 156, pto. 934.

<sup>94</sup> BELLUSCIO, "Naturaleza del derecho sucesorio...", cit., J.A. 10-1971-600, ap. 2; E. A. ZANNONI, "Acción de reducción ejercida entre herederos forzosos", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario - Sucesiones*, año 2000-2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, pág. 49, ptos. 1 y 2; CAFFERATA, op. cit., pág. 72, pto. 17; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Compendio de derecho sucesorio*, 2ª ed. actualizada por Martínez-Radio, A. de la E., Madrid, Ed. La Ley, 1999, pág. 190, pto. 3. En igual sentido también se habla de monto de legítima y cuota de legítima. La primera es la porción indisponible de la herencia, constituida por un monto fijo, independiente de la cantidad de herederos forzosos que concurren a la sucesión (4/5, 2/3, 1/2, según el caso). La segunda es la proporción en que se ha de dividir el acervo en el supuesto de concurrencia de legitimarios de igual o distinta clase; ella tiene directa relación con la cantidad de éstos que concurren a la herencia (MEDINA, en BUERES-HIGHTON, *Código Civil...*, cit., t. 6-A, pág. 776, pto. 2). Comp. ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, págs. 155/6, pto. 933, y pág. 157, pto. 935.

<sup>95</sup> El monto de las legítimas nacionales -que es el más alto de la legislación comparada- ha sido tildado de inconstitucional por afectar el derecho de propiedad y el de testar (arts. 14 y 20 C.N.), los que no pueden ser alterados por las leyes que los reglamenten (art. 28 C.N.), y el Código Civil, que es posterior a nuestra Carta Magna, lo habría hecho al fijarlas. Y ello sería así ya que todas exceden el límite del 33% que la Corte Suprema de la Nación ha fijado como confiscatorio en materia impositiva, trasladando de esa manera dicho criterio al derecho civil (MOLINARIO, op. cit., L.L. 90-900).

Recientemente se ha ido más allá al atacar directamente la institución de la legítima, opinando que el causante debería poder disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, con la sola limitación de que el ordenamiento jurídico mantendría vigente después de la muerte las obligaciones alimentarias que el fallecido tenía en vida (J. O. AZPIRI, "Límites a la autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio", J.A. 2001-IV-909). O señalando que con el régimen actual se viola el derecho de testar -el que debería tener como límite las obligaciones alimentarias que el causante tenía en vida para con sus herederos y graduarla según la cantidad de herederos, la edad biológica de éstos y si padecen de alguna discapacidad física, psíquica o social-; el derecho de propiedad -ya que la función social de la propiedad no se agota en el círculo familiar, sino también se extiende a otros que por razones de indigencia o incapacidad necesitan de esa propiedad; alterándose asimismo el principio de razonabilidad, que haría que en vida el derecho de propiedad no pudiese ser afectado en más del treinta y tres por ciento, mientras que cuando existen herederos forzosos por disposición testamentaria en el mejor de los casos sólo se permite disponer del cincuenta por ciento de los bienes-; y el derecho de igualdad real -pues basta que los herederos legitimarios se encuentren en el mismo grado para que el derecho sucesorio les otorgue por igual la misma cuota parte de la herencia legítima, no importando su edad biológica, su situación social, ni sus cargas de familia- (M. J. SALOMÓN, "La Constitución Nacional y la legítima hereditaria", J.A. 2001-IV-913).

<sup>96</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 101/2, pto. 920; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 42, pto. 28; MAFFÍA, *Tratado...*, t. II, pág. 486, pto. 837; PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit.,

pág. 19, pto. 10; MÉNDEZ COSTA, en LLAMBÍAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 457; FERRER, en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, t. II, pág. 153, pto. 2.

<sup>97</sup> FORNIELES, op. cit., t. II, págs. 100/1, pto. 90; LAFAILLE, op. cit., t. II, pág. 157, pto. 210; PRAYONES, op. cit., pág. 233; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 102, pto. 920; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 42, pto. 28; AZPIRI, *Manual...*, cit., págs. 311/2, pto. 51, ap. b; MEDINA, en BUERES-HIGHTON, *Código Civil...*, cit., t. 6 A, pág. 776, pto. 2, y pág. 777, pto. 2; CCiv. 1<sup>º</sup> Cap., 26/4/27, J.A. 24-463. La expresión de que “la legítima menor se toma de la mayor” ha sido criticada por inexacta, ya que no es acertado que establecida la legítima de los descendientes y dentro de esta fracción (4/5) haya que tomar, por ejemplo, la porción que corresponde al cónyuge (1/2). Lo correcto sería decir que dentro de los límites que se extiende la protección otorgada por la ley -límites que se determinan conforme al derecho del heredero que tenga asegurada una porción mayor- se establece la fracción perteneciente a cada heredero (RÉBORA, op. cit., t. II, pág. 22, pto. 284, texto y nota 1; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 486, pto. 837. Es decir, la cuestión se resuelve tomando como referencia la cuota más elevada, la cual se reparte entre todos los herederos legitimarios que concurren -FERRER, en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 152, pto. 2-). Otros enfocan la cuestión desde la óptica inversa y así hablan de que en caso de concurrencia de legitimarios ella se resuelve tomando como referencia la porción disponible menor, correlativa de la legítima mayor, siendo ésta la que se reparte entre los llamados de acuerdo a las porciones hereditarias que la ley les atribuye, si el causante ha dispuesto de la porción disponible (MÉNDEZ COSTA, en LLAMBÍAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil ...*, cit., t. V-B, pág. 457; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, pág. 810, pto. 653, y en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 19, pto. 10). Sin embargo, aquel principio ha sido explicado con simpleza: “*si lo hacen legitimarios con distinta porción legítima global, como, por ejemplo, hijos y cónyuge o ascendientes y cónyuge, es evidente que la legítima individual o cuota de legítima de cada heredero se obtendrá conforme a las normas de concurrencia aunque el o los herederos con legítima menor se beneficiarán de la legítima global mayor: éste es el sentido del principio que afirma que la legítima menor se obtiene de la mayor*” (ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, págs. 156/7, pto. 934).

<sup>98</sup> Fácil es darse cuenta que es incorrecto expresar, como lo hace la norma, que en caso de concurrencia entre el cónyuge y los ascendientes la legítima será la mayor, porque en la reforma proyectada ambos tienen como legítima un medio (art. 2395, 1<sup>º</sup> p.) (J. O. AZPIRI, “La legítima en el Proyecto de Código Civil de 1998”, en *Temas de Derecho Privado XII*, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Ed. Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 2000, pág. 161 y ss.; F. A. M. FERRER y R. M. NATALE, “Algunas observaciones al Proyecto de Código Civil de 1998 en materia de sucesiones”, en *Estudios sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998*, Buenos Aires, Zavalía, 2001, pág. 369, pto. XX).

<sup>99</sup> Conf. BORDA, *Tratado...*, cit., pág. 102, pto. 920; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, vol. II, pág. 810, pto. 653; FERRER, en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 153, pto. 2.

<sup>100</sup> Conf. FASSI, op. cit., vol. 1, pág. 365, pto. 618, y págs. 464/66, pto. 787/91; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. III, págs. 251/3, pto. 1222; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, págs. 548/50, pto. 428; SC. Bs. As., 21/7/64, E.D. 8-862. Comp. BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 368/70, pto. 1413/16. Sobre el tema, véase C. GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, *El prelegado: un problema de concurrencia de títulos sucesorios*, Granada, Comares, 1996.

Refiriéndose a la naturaleza jurídica del derecho real de habitación viudal (art. 3573 bis), entre nosotros se ha visto en él un caso de prelegado legal particular forzoso. Ello en virtud de que se trataría de un beneficio otorgado al cónyuge supérstite por la ley, y no derivado de la voluntad testamentaria del causante; sobre un bien determinado, la habitación del inmueble que fuera el hogar conyugal; e impuesto imperativamente al difunto, ya que éste no puede mediante liberalidades entre vivos o *mortis causa* privar o afectar dicho derecho (BARBERO, op. cit., págs. 36/6, pto. 30/4, y “El cónyuge supérstite, prelegatario legal particular forzoso (art. 3573 bis del C.C.)”, J.A. 1976-I-638).

<sup>101</sup> FASSI, op. cit., vol. 1, pág. 365, pto. 618, y págs. 374/5, pto. 641.

<sup>102</sup> En el Proyecto de 1998 expresamente se reconoce que la cláusula de mejora puede tener lugar no sólo por testamento, sino también por donación (art. 2339, 1<sup>º</sup> p.).

Los resultados de la imputación a la porción disponible realizada por el donante en su testamento o en el acto mismo de la donación llevan a resultados parcialmente distintos. Cuando la imputación resulta recién del testamento, ella no se retrotrae a la fecha de la donación, lo que tiene importancia por el orden en que debe hacerse la reducción; suponer lo contrario equivaldría a dejar en manos del donante el afectar las donaciones anteriores hechas a extraños. En cambio, cuando la imputación se hubiere hecho en el acto mismo de la donación, tendría efectos a partir de entonces (F.J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte especial*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1976, t. I, págs. 548/9 y nota 78).

<sup>103</sup> El art. 3604 comprende toda clase de enajenaciones (venta, permuta, cesión) y toda clase de bienes (muebles, inmuebles, créditos, títulos, acciones, etc.) (CCCRos., Sala I, 24/9/53, J. 3-296).

Se considera que la aplicación de la norma debe extenderse al supuesto en que el causante transfiera la nuda propiedad, reservándose el derecho de uso o de habitación del inmueble, pues importan desmembraciones del dominio que se constituyen del mismo modo que el usufructo (art. 2949) (ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 219, pto. 1005; FERRER, en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 187, pto. 1). En contra: dado que el precepto significa la doble presunción que estamos ante una liberalidad y que ella importa una mejora tácita, en la doctrina francesa se ha interpretado que es de aplicación estricta a la enajenación con reserva de usufructo, no pudiéndose extender al derecho de uso o de habitación (JOSSEMAND, op. cit., t. III, vol. III, pág. 297, pto. 1701, ap. 3).

<sup>104</sup> FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 136, pto. 136; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 118, pto. 957; OVSEJEVICH, op. cit., págs. 105/6, pto. 38, aps. E/F); MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 517/8, pto. 866; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 222, pto. 1009; BELLUSCIO, *Vocación...*, cit., pág. 117, pto. 52; PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 71, pto. 46, ap. a); CCCRos., Sala I, 24/9/53, J. 3-296; CCiv. 2ª Cap., 27/7/32, J.A. 38-1170. En contra, se ha interpretado que la presunción no tiene carácter absoluto, ya que literalmente no está establecido así ni ese carácter deriva de razones de orden público. Lo único que puede verse en el art. 3604 es la sospecha proyectada sobre la apariencia del acto, inspirada en el propósito de facilitar o excusar en ciertos casos una prueba, pero ello no implica negar a las partes interesadas el derecho de probar que aquélla era infundada y que la onerosidad que reviste el acto es perfectamente real. Se agrega que este criterio presenta las siguientes ventajas: a) se conforma con la letra del precepto; b) permite al adquirente demostrar la sinceridad de la operación y lo ampara contra la negativa arbitraria del consentimiento de los otros legitimarios; c) elimina la incapacidad para contratar a título oneroso que impone al causante y a los legitimarios el criterio de considerarla como una presunción absoluta; y d) mantiene el principio inspirador de librar a los legitimarios de la obligación de probar la simulación (LAJE, "La transmisión onerosa...", cit., L.L. 75-913, pto. II, pto. 39/48; PRAYONES, op. cit., pág. 253, pto. 72; POVIÑA, H. L., "Contratos onerosos celebrados entre el causante y uno de sus herederos legitimarios", en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, N° 64-65, Santa Fe, 1950, pág. 25, pto. 20; E.P. GUASTAVINO, "Las presunciones tácitas en el derecho privado", J.A. 1965-VI-Secc. Doct., pág. 15, pto. 18, ap. 4; SPOTA, "Contratos entre el futuro causante y los legitimarios...", cit., E.D. 94-125. Comp. GOYENA COPELLO, op. cit., t. II, pág. 644).

Se ha advertido que sería contradictorio que por una parte, ante un acto de enajenación en que la ley ve una donación disfrazada o disimulada, presumiéndolo así *juris et de jure*, que por la otra se admita la realidad de una contraprestación cumplida, posibilidad ésta que demostraría que estamos ante una presunción *juris tantum*. O sea: es imposible que un contrato pueda ser calificado de donación en cuanto a la cosa transmitida; y de venta, permuta o cesión onerosa en cuanto a la supuesta contraprestación que aduce el adquirente de aquélla. Sin embargo produce perturbación para la interpretación cuando en realidad se comprueba el cumplimiento de la contraprestación mencionada en el contrato: por ejemplo, el precio de adquisición se pagó con un cheque certificado que fue depositado en la cuenta corriente bancaria del enajenante, quien fallece sin hacer retiros de esa cuenta; o tratándose de una permuta y la contraprestación del adquirente ha consistido en la transmisión de otro inmueble, el que fue registralmente inscripto a nombre del causante y así se encuentra al tiempo del deceso. ¿Cómo sostener que la entrega del dinero o la transmisión del segundo inmueble han sido simulados? En las hipótesis en que se pruebe debidamente el pago se ha reconocido

la posibilidad de repetición, ya que sino mediaría un enriquecimiento injusto; pues los coherederos del adquirente reciben sin causa lo que éste pierde, también sin causa. El adquirente ha pagado lo que creyó que debía pagar, ignorando que por ley no compraba realmente, no estaba obligado a cumplir con esa contraprestación, lo que le permite invocar el art. 784. Y aunque el pago no fuese motivado por un error de derecho, no había causa para efectuarlo ya que lo recibido era una liberalidad, sin deber compensatorio a cargo del adquirente, posibilitando ahora la invocación también de los arts. 792 y 793. Por último, si la contraprestación estuviera pendiente de pago ¿quién se atrevería a decir que el enajenante o sus herederos estuvieran autorizados a reclamarla? No podrían atenerse a la figura de una donación impuesta por la ley, y requerir al mismo tiempo una contraprestación reñida con la naturaleza de aquélla (A.H. GUAGLIANONE, “Venta de inmuebles a herederos forzosos”, en Revista del Notariado, N° 714, pág. 1961, pto. 20. Comp. NICOLAU, “Transmisión de bienes...”, cit., J.A. 201-IV-918).

Con mayor precisión, en realidad, de admitirse el carácter de una presunción *juris tantum*, habría que distinguir: a) si el heredero adquirente admite que la enajenación fue a título gratuito, reconociendo así la validez de la presunción legal, no podrá demandar la repetición por no haber realizado prestación por su parte; o b) podrá impugnar la presunción legal, demostrando que el contrato a título oneroso es real y verdadero: si consigue probarlo, no podrá repetir el pago, que constituye su contraprestación; si su acción fracasa y se declara simulado el acto a título oneroso a pesar de demostrar la realidad de algún pago, será procedente repetir esos valores de acuerdo a la teoría del enriquecimiento *injusto* (POVIÑA, “Contratos onerosos...”, cit., en Revista de..., cit., N° 64-65, pág. 25, pto. 22).

El Proyecto de Código Civil de 1998 establece: “*Transmisión de bienes a legitimarios*. Si por acto entre vivos el causante ha transmitido a alguno de los legitimarios la propiedad de los bienes con reserva de usufructo o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario. Por tanto, el acto queda sujeto a colación. Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado” (art. 2408). La norma proyectada no deja de asombrar: 1) Al hablar de “actos entre vivos” cabría preguntarse si no están incluidos también los actos a título gratuito celebrados en las condiciones antedichas, lo que actualmente es negado por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria; 2) Por un lado, se sostiene que la gratuidad se presume sin admitir prueba en contrario; y, por el otro, al final del artículo se permite al adquirente demostrar lo efectivamente pagado para deducirlo del valor de lo donado; y 3) Finalmente, si el adquirente prueba haber efectivamente pagado el bien, cómo seguir presumiéndolo gratuito, considerarlo una mejora tácita y sujetarlo a colación?

<sup>105</sup> MÉNDEZ COSTA, en LLAMBIÁS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil ... cit.*, t. V-B, pág. 258, pto. 4; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 1, pág. 784, pto. 795, y t. 2, págs. 222/3, pto. 1010; E.P. GUASTAVINO, “Colación de donaciones disimuladas”, J.A. 1961-III-46, pto. II, ap. a), y en *Colación de deudas*, Buenos Aires, Ediar, 1964, pág. 379 y ss., pto. II, ap. 6; LAFAILLE, op. cit., t. I, pág. 345, pto. 505; M.A. RISOLÍA, “Colación y simulación. La extensión analógica de una presunción legal *juris el de jure*”, L.L. 1981-B-324, pto. II; BELLUSCIO, *Vocación...*, cit., pág. 117, pto. 52; CÓRDOBA, LEVY, SOLARI y WAGMAISTER, op. cit., t. II, págs. 264/5; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 116, pto. 954; PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 71, pto. 46, ap. a); MEDINA, en BUERES-HIGHTON, *Código Civil...*, cit., t. 6 A, pág. 798, pto. 3; LAMBOIS, en *ibidem*, t. 6 A, págs. 542/3; FERRER, en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 188, pto. 3.

Es de subrayar que existe opinión que -pese a reconocer que la norma contempla una presunción *jure et de jure* de gratuidad del contrato, pero atenuándole sus efectos al imputar previamente el valor del bien a la parte disponible- posibilita a los herederos no contratantes a que accionen por simulación, si tienen certeza de ello o si la maniobra aparece burdamente fraguada, a fin de evitar la dispensa de colación contemplada al final de la primera parte del art. 3604. Si los demandantes triunfan en su pretensión, la donación sacada a la luz importará la necesidad de aplicar las reglas de la colación y el valor del bien será imputado a la legítima del heredero contratante. Si en cambio la demanda fracasa, aun así al contrato se lo tendrá por gratuito por la presunción que no admite

prueba en contrario, pero con el alcance dado por dicho precepto: imputar el valor de lo donado a la porción disponible y así encontrarnos con una mejora para dicho heredero (J.S. FORNIELES, "El art. 3604 del Código Civil después de la reforma", E.D. 37-869, pto. VIII).

<sup>106</sup> En realidad el art. 3604 encierra dos pactos sobre herencia futura excepcionalmente permitidos: el celebrado entre el causante y el adquirente porque anticipa su cuota hereditaria, y el de reconocimiento de la onerosidad entre éstos y los restantes sucesibles forzosos que aceptan la cualidad onerosa de la enajenación; y, además, una dispensa tácita de colación, verdadera mejora presumida por la ley, al imputarse el valor a la porción disponible para que sólo se colacione lo que excede (M. J. MÉNDEZ COSTA, "Los herederos ante las ventas simuladas de su causante", en *Estudios Jurídico-Notariales en homenaje al Dr. Carlos A. Pelosi*, Buenos Aires, 1981, pág. 15, pto. 19).

<sup>107</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 116, pto. 954; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 212, pto. 1000; LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, pág. 539, pto. F, ap. a).

<sup>108</sup> Con ayuda de la doctrina francesa, se ha dicho que pese a que el precepto habla de "colación del excedente" en realidad estamos en presencia de lo que aquélla llama "colación con fines de reducción", ya que aquí se está defendiendo la legítima y no la proporcionalidad de los herederos forzosos. Habrá que ver también si el valor de la donación presumida excede la porción disponible, teniendo cabida el exceso en la legítima individual del donatario -hipótesis en que éste podrá retener la totalidad de lo donado, imputándose dicho exceso a la mencionada cuota de legítima-; o si aquél excede de la porción de libre disposición y, además, de la legítima individual del beneficiario -caso en que jugará la acción de reducción para salvar la legítima afectada-.(conf. PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., págs. 71/3, pto. 46, ap. b, y pág. 123, pto. 108; G. RIPERT y J. BOULANGER, *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, La Ley, 1965, t. X, vol. 2, págs. 392/3, pto. 2942; CCCResistencia, Sala IV, 19/5/95, L.L. Litoral 1997-22, con nota aprobatoria sobre este aspecto de L. B. HERNÁNDEZ, "Relación entre la colación y la reducción y el art. 3604 del Código Civil", L.L. Litoral 1997-22, pto. III, especialmente págs. 26/7).

En el mismo sentido, fundando su voto en un asunto en que se rehusó aplicar el art. 3604 a la disolución de una sociedad entre padre e hijos, Colmo expresó que en él había una simple acción de reducción de una donación disfrazada e inoficiosa hasta los límites de la porción disponible respecto a los bienes entregados a los herederos forzosos en las condiciones del precepto (CCiv. 1ª Cap., 27/2/24, J.A. 12-122. Conf. DE GÁSPERI, op. cit, t. III, pág. 454, pto. 521). Más tarde, criticando la redacción del art. 3604, se puso de relieve la inexactitud del término "colación", "*porque el excedente de la porción disponible debe ser traído a la masa por la acción de reducción*" (POVIÑA, "Contratos onerosos...", cit., en Revista de..., cit., Nº 64-65, pto. 12, ap. a), y pto. 20). Por otro lado, también se dijo que en virtud de la presunción de gratuidad, esas enajenaciones siguen la ley de las donaciones a terceros, quedando sometidas como éstas a la acción de reducción, aunque no a la reivindicación pues el art. 3604 establece expresamente que lo colacionable es el valor de los bienes y no los bienes mismos (RÉBORA, *Derecho...*, cit., t. 2, págs. 32 y 38/9, pto. 291). Contrariamente, si bien partiendo igualmente que en el caso del art. 3604 estamos en presencia de una acción de reducción y no de colación, ante la posibilidad de que lo transferido por la donación presumida disimulada haya sido enajenado a un tercero y sobrepase la imputación a la porción disponible y a la legítima individual del heredero, se afirma que se abre paso al carácter real contra los terceros adquirentes de la acción del legitimario tendiente a cubrir su legítima, sin perjuicio del derecho de aquéllos a desinteresarlo cubriéndole la diferencia (E. J. LAJE, "Los actos gratuitos del causante y la protección de la legítima", J.A. 1948-I-Secc. Doct., pág. 63, pto. VIII, ap. 7, y nota 22, y *La protección...*, cit., págs. 273/5, pto. 441, y nota 119).

En contra, se sostiene que el excedente se colaciona, señalando que en la esfera exterior de la operación, las cosas pasan exactamente igual que si la venta se hubiera hecho a un extraño y que el heredero adquirente puede transmitir los bienes a extraños sin que haya para éstos peligro alguno de reducción o de reivindicación, su título es perfecto; mientras que en las relaciones internas de los sucesores la norma opera mediante la imputación a la porción disponible del causante y lo que sobrepase se imputa a la legítima del adquirente, y si excede de ambas, quedará deudor el heredero forzoso por la diferencia. En última instancia -se concluye-, la operación se resuelve en un simple



derecho creditorio (FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 135, pto. 134). Se agrega también que, correctamente ubicado dentro del título que legisla la legítima, la expresión “valor” usada en las dos redacciones sucesivas del art. 3604 es clara y su insistencia, pese a las discusiones planteadas al respecto, debe atribuirse a una meditada decisión del legislador (M.J. MÉNDEZ COSTA, “Derechos de los herederos forzosos con respecto a las donaciones del causante a favor de un coheredero”, J.A. 28-1975-42, pto. 15). Jurisprudencialmente, en el caso del art. 3604 han constreñido a colacionar los valores que exceden la porción disponible: CCiv. 2ª Cap., 27/7/32, J.A. 38-1170; STSFe, 24/12/43, J.A. 1944-I-635, y 29/4/60, J.A. 1961-III-46; CFed. Paraná, 28/8/40, J.A. 72-408.

<sup>109</sup> El reconocimiento se puede hacer simultáneamente en el mismo acto, o en un momento anterior o posterior, con referencia específica a aquel acto; ser expreso o tácito -por ej.: suscripción de la escritura de enajenación cuando por sí mismo ello no era necesario; pago de alquileres al adquirente (después coheredero) habiéndolo efectuado antes al vendedor (después causante); etc.-; y ser otorgado gratuitamente o mediante una contraprestación (GUASTAVINO, *Pactos...*, cit., págs. 375/8, ptos. 345/7; LAJE, “La transmisión onerosa...”, cit., L.L. 75-913, ptos. 69/70; MACHADO, op. cit., t. IX, pág. 411; FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 139, pto. 140; BORDA, *Tratado...*, cit., t. I, pág. 472, pto. 669; A. CAMMAROTA, *La colación y el art. 3604 del Código Civil*, Buenos Aires, Lajouane, 1934, págs. 49/50, pto. 20; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 520, ptos. 868/9; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, págs. 224/5, pto. 1013; LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, pág. 539, pto. F, ap. a). Comp. CNCiv., Sala A, 20/4/94, L.L. 1995-C-470.

<sup>110</sup> Véase nota 56. El carácter de pacto sobre herencia futura excepcional atribuido a dicho reconocimiento es también admitido por la doctrina paraguaya frente a su art. 2605, prácticamente igual a nuestro art. 3604 (MARTÍNEZ, op. cit., pág. 406).

<sup>111</sup> GUASTAVINO, *Pactos...*, cit., págs. 384/5, pto. 353; FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 140, pto. 141; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 521/2, pto. 873; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, págs. 223/4, pto. 1011 - todos los cuales, sin embargo, opinan que el reconocimiento de la onerosidad de la transmisión no es oponible a los hijos extramatrimoniales reconocidos por el causante con posterioridad al acto de enajenación si existían al tiempo de ella, ya que dicho reconocimiento tiene efectos retroactivos al día de la concepción: véase pág. 386, pto. 354; págs. 140/1, pto. 143; pág. 522, últ. párr., pto. 873; y pág. 224, pto. 1011, respectivamente-; LAJE, “La transmisión onerosa...”, cit., L.L. 75-913, pto. 76; SPOTA, “Contratos entre el futuro causante y los legitimarios...”, cit., E.D. 94-125, ptos. 1 y 4, ap. d. En contra: MACHADO, op. cit., t. IX, págs. 411/2; ERDOZAIN, M. L., “El artículo 3604 del Código Civil: sus antecedentes y su reforma”, J.A. Doctrina-1970-466, pto. III, ap. e) 10). Comp. MÉNDEZ COSTA, en LLAMBÍAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 493, penúltimo párr., pto. 5.

<sup>112</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 114, pto. 952; LAFAILLE, op. cit., t. II, págs. 182/3, pto. 249; RÉBORA, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 38, pto. 291; FORNIELES, op. cit., t. II, págs. 130/1, pto. 132, y pág. 136, pto. 135; GUASTAVINO, *Pactos...*, cit., pág. 381, pto. 350; ACUÑA ANZORENA, A., “Algunas consideraciones sobre la aplicabilidad del art. 3604 del Cód. Civil”, J.A. 52-55; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 518/9, pto. 866 bis; PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 71, pto. 46, ap. a); CÓRDOBA, LEVY, SOLARI y WAGMAISTER, op. cit., t. II, págs. 263/5, pto. 5, ap. d); HERNÁNDEZ, “Relación entre la colación y la reducción...”, cit., L.L. Litoral 1997-22, pto. III, ap. 2; FERRER, en FERRER-MEDINA, *Código Civil ...*, t. II, págs. 186/7, pto. 1; LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, pág. 540, ap. b); GUAGLIANONE, “Venta de inmuebles...”, cit., en Revista ..., cit, N° 714, pág. 1961, ptos. 8/10; J. S. FORNIELES, “El art. 3604...”, cit., E.D. 37-869, pto. VIII; CCiv. 1ª Cap., 26/6/33, J.A. 42-714; CCC.Venado Tuerto, 30/6/95, J.A. 1998-II-Síntesis, pág. 219, ptos. 47/9. En contra, se ha escrito que la nueva redacción del art. 3604 lo hace aplicable a los contratos entre el causante y el legítimo por los cuales aquél transmite a éste bienes en alguna de las siguientes maneras: a) enajenándolos a cambio de la promesa de pago de una renta vitalicia o donándolos con cargo de ella; b) vendiéndolos o donándolos con reserva de usufructo; c) cediendo onerosa y gratuitamente la nuda propiedad de los mismos (ERDOZAIN, “El artículo 3604 del Código Civil...”, cit., J.A. Doctrina-1970-466, pto. III, ap. e) 1) y ap. f) II); MORENO DUBOIS y TEJERINA, *Examen y crítica...*, cit., t. 4, vol. II, págs. 252/4, pto. II, ap. C). Conf. ZANNONI, *Derecho...*, t. 2, págs. 218/9, pto. 1004; MEDINA, en BUERES-HIGHTON, *Código Civil...*, cit., t. 6-A, pág. 797,

pto. 1; CCC.Resistencia, Sala IV, 19/5/95, L.L. Litoral 1997-22. Comp. NICOLAU, “Transmisión de bienes...”, J.A. 2001-IV-918, pto. 3, ap. d).

<sup>113</sup> MÉNDEZ COSTA, “Los herederos ante las ventas simuladas...”, cit., en *Estudios jurídico-notariales...*, cit., pág. 15, pto. 19, y en LLAMBIÁS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 258, pto. 4; M. A. RISOLÍA, “Colación y simulación. La extensión analógica...”, cit., L.L. 1981-B-324; BORDA, *Tratado...*, op. cit., t. I, pág. 471, pto. 667; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 212/5, pto. 640; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, págs. 225/32, pto. 1015/9, y “Acción de colación y simulación de venta por persona interpuesta: algunos aspectos comunes”, L.L. 1975-D-228, pto. II y III, notas 4 y 5; C. G. OCAMPO, “Las donaciones disimuladas por persona interpuesta y el artículo 3604”, L.L. 1982-C-938, pto. V; MEDINA, en BUERES-HIGHTON, *Código Civil...*, cit., t. 6-A, págs. 798/9, pto. 4; FERRER, en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 187, pto. 1; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. I, págs. 743/4, pto. 631, y en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., 177/8, pto. 151; RÉBORA, *Derecho...* cit., t. II, págs. 39/40, pto. 291, nota 15; R. MARTÍNEZ RUIZ, *La colación en el derecho sucesorio*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1943, págs. 119/20, pto. 157; LAFAILLE, op. cit., t. I, págs. 349/50, pto. 514; CCiv. 2<sup>a</sup> Cap., 4/8/24, GF. 51-334; STSFe, Sala I Civ. y Com., 29/4/60, J.A. 1961-III-46; CNCiv., Sala B, 15/5/79, J.A. 1979-IV-602; CNCiv., Sala D, 19/4/82, E.D. 99-516 y L.L. 1982-C-436.

En contra, haciendo una interpretación extensiva del art. 3604 y aplicándolo también a las donaciones indirectas, reconociendo así una dispensa tácita de colación cuyo valor se carga a la porción disponible, y solamente corresponde la colación del excedente (ACUÑA ANZORENA, op. cit., J.A. 52-55, pto. II, y “Donaciones disfrazadas entre padres e hijos. Naturaleza de la simulación que importan y término de prescripción de la acción”, J.A. 74-913, pto. 7/9; CAMMAROTA, *La colación y el art. 3604...*, cit., págs. 45/8, pto. 18 -si bien aclarando que opinan que a la donación directa y oculta, como sería la del padre que con dinero propio compra un inmueble escriturándolo a nombre del hijo, no sería aplicable el art. 3604; pero, en cambio, a la donación disimulada, indirecta, por intermediación de terceros, cabría aplicarle la dispensa de colación: véanse notas 12 y 11, y 35 y 34, respectivamente, de cada uno de ellos. FORNIELES admite ambos casos: a) mencionado el pronunciamiento de la CCiv. 1<sup>a</sup> Cap., 26/6/33, J.A. 42-714, califica de inobjetable la solución que tomó al aplicar extensivamente el art. 3604 al caso de un padre que adquirió un inmueble para un hijo menor, empleando fondos propios, considerando que ello importaba un beneficio hasta la suma empleada en la operación y como ese beneficio aparecía encubierto correspondía tal aplicación; y b) refiriéndose al fallo del STSFe, 24/12/43, J.A. 1944-I-635 -donde se trató de una donación disimulada por persona interpuesta y se consideró mejorado al heredero, obligando a colacionar solamente el valor del excedente de la porción disponible-, decía que estaba “muy bien razonado, es legalmente irreprochable, si bien, moralmente, habría sido preferible ordenar la colación total, como sanción a los procedimientos puestos en juego”: op. cit., t. II, pág. 131, pto. 132 bis, y t. I, págs. 419/20, pto. 339, respectivamente. Spota confusamente pareciera no incluir en el ámbito del 3604 a las donaciones ostensibles, cuando sean con reserva de usufructo o con cargo de renta vitalicia; pero sí lo hace con las donaciones disfrazadas o encubiertas a través de interposición de personas, a las que valida como donación con dispensa de colación: “Contratos entre el futuro causante y los legitimarios...”, cit., E.D. 94-125, pto. 2, últ. párr., y pto. 4, ap. a), 2<sup>o</sup> párr., y ap. c), respecto a la duda mencionada; y pto. 2, últ. párr., y 5, últ. párr., respecto a la última afirmación. Otras resoluciones en el mismo sentido: CCiv. 1<sup>a</sup> Cap., 9/4/26, J.A. 19-716; CApel. Mercedes, 19/10/43, J.A. 1943-IV-173; C. 4<sup>a</sup> Civ. y Com. Córdoba, 7/10/66, J.A. 1967-II-Sec. Prov., pág. 177; SCBs.As., 28/7/81, J.A. 1981-IV-93 y L.L. 1982-A-71; CNCiv., Sala E, 10/9/80, E.D. 91-189 y L.L. 1981-B-327).

Frente a estas tesis, se postula una de carácter intermedio, que refiere la solución a las circunstancias del caso; por lo tanto sería admisible la dispensa si de los datos de hecho aportados por la parte se probara que esa ha sido la intención del causante. “Algunos opinarán que siempre que se recurre a una donación simulada existe el propósito, la voluntad de mejorar al donatario heredero. Y, agregarán, precisamente se recurre a la simulación para lograr la ventaja. La intención, en esos casos, sólo puede manifestarse tácitamente, ya que sería impropio o absurdo exigir al que transfiere gratuitamente, bajo apariencias simuladas, que manifieste explícitamente su voluntad de dispensar porque ello revelaría la naturaleza gratuita del acto, que es lo que se ha querido ocultar. Reconocemos

que el ánimo de mejorar sólo puede descubrirse tácitamente, y que sería impropio exigir en tales supuestos una dispensa expresa. Aunque, observemos, nada impediría que posteriormente el causante para eliminar toda dificultad, manifestara en testamento que ésa ha sido realmente su voluntad. Pero lo que no puede aceptarse es que haya una correlación necesaria entre donación simulada y voluntad de dispensar de la colación. No es exacto que siempre y en todo caso una donación disimulada sea acompañada de la intención de crear una situación preferencial al heredero que la recibe. Ello es posible, pero no necesario... Pero si de los datos de hecho aportados y probados por las partes se induce que existió efectivamente una intención de dispensar de la colación, no sería antijurídica la decisión que así lo admitiera. El juez *no está obligado*, pero *puede* admitir la dispensa de colación”. Para llegar a esta conclusión se razonaba que en el supuesto de las donaciones simuladas, la ley no dice cuál va a ser su imputación como efectivamente lo hace con otras donaciones; y ante ese vacío legal, el intérprete debe recurrir a la integración analógica y aplicar al supuesto la norma positiva que solucione un caso distinto pero semejante. Y se continuaba: “El razonamiento por analogía se apoya en un juicio de valor sobre dos situaciones de hecho, la prevista y la no prevista. Por ello, lo esencial en la integración analógica reside en el análisis de las circunstancias probadas en el pleito. Si de este examen surge la convicción de que ha existido propósito de dispensar de la colación, no será injusta ni antijurídica la decisión que lo admita”. El art. 3604 no es un síntoma de una regla general opuesta a la del art. 3476, válida para todas las donaciones disimuladas; es en sí una norma de excepción y especial. “... La dispensa no derivará de la forma simulada de la enajenación, ni de una presunción de la ley, sino de la voluntad del causante...”. Para concluir: “Desde el punto de vista valorativo lo expuesto es la solución más jurídica porque subordina la dispensa de colación a la voluntad del causante, que es la verdadera causa de la liberación. En cambio, la dispensa automática, como producto de una supuesta regla aplicable a toda donación simulada, se fundaría en la forma de los actos, en su aspecto externo, prescindiendo y aun contradiciendo su contenido, la voluntad. Y llegaría a premiarse la conducta de quienes se aprovechan de un procedimiento simulado que pudo ser elegido no con el fin de mejorarlos, sino por otras motivaciones (GUASTAVINO, “Colación de donaciones...”, cit., J.A. 1961-III-46, pto. III, y en *Colación de deudas*, cit., pág. 379 y ss., pto. III).

<sup>114</sup> MÉNDEZ COSTA, “Los herederos ante...”, cit., en *Estudios jurídico-notariales...*, pág. 15, pto. 19, últ. párr.

<sup>115</sup> Conf. SEGOVIA, op. cit., t. II, pág. 503, nota 100 al art. 3486 de su núm.; MACHADO, op. cit., t. IX, pág. 142; LAFAILLE, op. cit., t. I, pág. 314, pto. 505; DE GÁSPERI, op. cit., t. II, pág. 292, pto. 264; LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, pág. 548; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. I, pág. 751, pto. 636, y en *Acciones judiciales...*, cit., págs. 150/1, pto. 126; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 208/10, pto. 637; SPOTA, A. G., *Contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1975, vol. II, pág. 51; HERNÁNDEZ, “Relación entre la colación y la reducción...”, cit., L.L. Litoral 1997-22, pto. II. Las razones invocadas para sustentar dicha creencia son: a) La ley debe interpretarse atribuyendo a cada precepto un campo propio de aplicación; en el conflicto entre el art. 3484 y el art. 1805, afirmar que éste configura una excepción a la regla establecida por el primero no comporta crear una excepción que suprima la regla aun cuando el campo que abarque resulte más amplio, porque la relación entre la regla y la excepción hace al orden sistemático de las normas dada la virtualidad universal de aquélla y la virtualidad particular de ésta, razón por la cual las excepciones deben ser expresamente consagradas y las reglas son de aplicación residual; b) La oración inicial del art. 1805 autoriza al donante a que impute la liberalidad a la legítima o a la porción disponible, la oración final contiene un precepto supletorio que rige en el supuesto de que el donante no haya hecho uso de dicha facultad; c) Hay otras excepciones al principio del art. 3484 (arts. 3524 y 3604); d) Al aceptar la excepción del art. 1805, el art. 3484 no queda privado de aplicación porque subsiste en las donaciones a favor de los ascendientes; y e) La dispensa de colación por medio de donación está consagrada en la mayoría de las legislaciones (Código Civil francés, art. 919; español, art. 1036; alemán, art. 2050; italiano, arts. 552 y 737; chileno, art. 1198; brasileño, art. 2006; suizo, art. 626) (GUASTAVINO, *Pactos...*, cit., págs. 364/5, pto. 329). Así también lo ha entendido la jurisprudencia: CNCiv., Sala C, 2/3/77, E.D. 78-327. Por otro lado, repetimos, el Proyecto de 1998 explícitamente admite la dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento (art. 2339, 1ª p.).

En contra, afirmando que reconocer la dispensa de colación por actos entre vivos resta efectiva funcionalidad al art. 3484, el que debe privar sobre el art. 1805 que sólo incidentalmente se refiere a la colación, mientras que el art. 3484 establece categóricamente la dispensa por testamento y en la ubicación adecuada dentro del Código (LLERENA, op. cit., t. IX, págs. 376/7, pto. 1; FORNIELES, op. cit., t. I, pág. 383, pto. 317, y Apéndice II, pág. 469 y ss., en especial ptos. 1/4; BORDA, *Tratado...*, cit., t. I, pág. 484, pto. 684; PRAYONES, op. cit., págs. 264/5; MARTÍNEZ RUIZ, op. cit., págs. 116/7, pto. 153). Argumentándose también que el art. 3484, que solamente admite la dispensa de colación en testamento, tiene en cuenta que dicha dispensa integra el elenco de disposiciones *mortis causa* susceptibles de revocación hasta la muerte del donante, siendo discutible si la manifestada en la donación estaría sujeta a dicha eventualidad. El art. 1805, aunque de interpretación literal dudosa, no alude a la imputación de la donación en el acto mismo; sólo prevé el caso en que el donante “no expresare a qué cuenta debe imputarse”, pero esa expresión deberá serlo en el testamento (art. 3484) (ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 1, págs. 783/4, pto. 794. Conf. S. LAMBOIS, en BUERES-HIGHTON, *Código Civil...*, cit., t. 6-A, págs. 542/3). Esta postura ha recibido acogida por parte de la doctrina judicial: CNCiv., Sala B, 9/5/86, J.A. 1987-II-308.

<sup>116</sup> GUASTAVINO, *Pactos...*, pág. 366, pto. 330. Comp. MAFFÍA, *Tratado...*, t. I, pág. 30, pto. 16.

<sup>117</sup> FORNIELES, op. cit., t. I, págs. 428/9, pto. 351, y Apéndice II, pág. 469 y ss., en especial ptos. 5/7; LAFAILLE, op. cit., t. I, págs. 365/6, pto. 535; LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, pág. 548.

<sup>118</sup> A. H. GUAGLIANONE, “La cláusula de mejora en la partición-donación por el ascendiente”, J.A. 1957-IV-293.

<sup>119</sup> GUASTAVINO, *Pactos...*, cit., págs. 336/7, pto. 285; MACHADO, op. cit., t. IX, pág. 222 y ss.; DE GÁSPERI, op. cit., t. II, págs. 426/9, pto. 305; BORDA, *Tratado...*, cit., t. I, pto. 723/4; SEGOVIA, op. cit., t. II, pág. 526, nota 185 al art. 3526 de su núm.; PÉREZ LASALA, op. cit., vol. I, págs. 699/700, pto. 603; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 255/6, pto. 676; B. P. PIÑÓN, “Partición por donación del ascendiente a sus descendientes”, en *Sucesiones* (Libro homenaje...), cit., pág. 137, pto. 10, ap. a).

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de resolver que “la norma de la parte final del art. 3524 que establece que en la partición por donación ‘no puede haber cláusula de mejora’ no obsta a que el ascendiente dé su porción disponible a uno o algunos de sus descendientes. El derecho de los no destinatarios de dicha ventaja se limita a rehusar la partición por donación que el partidor-donante quiere celebrar”, ya que “no debe darse un significado jurídico estricto a la palabra ‘mejora’ empleada en una partición por donación, sino el que mejor se adecue a la intención del donante-partidor” (CNCiv., Sala B, 24/6/57, J.A. 1957-IV-293).

<sup>120</sup> GUASTAVINO, *Pactos...*, cit., págs. 337/8. En contra, pese a decirse que se coincide con dicho autor, se ha señalado que en la partición-donación puede beneficiarse a algún descendiente sobre los demás con la porción disponible, pero no importará mejora la cláusula inserta en dicho acto si su valor no es dispensado de colacionar por cláusula expresa de su testamento (ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 1, pág. 725, pto. 730).

<sup>121</sup> CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., t. VI, vol. II, pág. 551.

<sup>122</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA, *La mejora*, Madrid, Ed. Servicios de Estudios del Colegio de Registradores, 2003, pág. 32. Además enfatiza que se puede mejorar a los descendientes no sólo con el tercio de mejora, sino también a cargo del tercio libre: “... la mejora son dos tercios de la herencia, el de mejora y el libre, que se puede dejar a descendientes aunque no sean legitimarios, o sea el doble de lo que corresponde necesariamente a los legitimarios y el doble de lo que se puede dejar a cualquiera” (págs. 37/43, pto. 4).

<sup>123</sup> PÉREZ LASALA, op. cit., vol. II, pág. 748, pto. 632, y págs. 755/6, pto. 636, y “La mejora del tercio, como medio para posibilitar una distribución más equitativa de la herencia entre los hijos”, L.L. 1991-B-821; R. LÓPEZ CABANA, “Conveniencia de incorporar al derecho argentino la mejora del Código Civil español”, L.L. 1989-E-1124, y “La porción disponible del causante con hijos”, en *Sucesiones* (Libro homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1991, pág. 183; G. MEDINA y F.A.M. FERRER, “La mejora, el Proyecto de Código Civil y la XIII Conferencia Nacional de Abogados”, J.A. 2000-IV-921.

<sup>124</sup> Z. 33, págs. D-57, Comisión Nº 6, Segundo despacho.

<sup>125</sup> J.A. 1991-II-919, Comisión Nº 4, pto. III, ap. a).

<sup>126</sup> F. PUIG PEÑA, *Tratado de derecho civil español - Sucesiones*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1963, t. V, vol. II, págs. 446/7.

<sup>127</sup> A. C. BELLUSCIO, “La posible introducción de la mejora en el derecho argentino (La resurrección de Chindasvinto)”, E.D. 156-858, pto. VI.

<sup>128</sup> Y también se agrega que sería testamentaria, en el sentido amplio señalado, cuando, aun faltando la institución de herederos, el testador ha dispuesto de la totalidad del caudal en legados (confr. L.E. PALACIO, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, t. IX, págs. 353/4, pto. 1494; S.C. FASSI, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -Comentado, anotado y concordado-*, Buenos Aires, Astrea, 1973, t. III, págs. 276/7, y pág. 330, pto. 2840; H. ALSINA, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Ed. Compañía Argentina de Editores, 1943, t. III, pág. 682, pto. 3, aps. b) y c); CNCiv., Sala C, 4/9/64, L.L. 118-878 y L.L. 1984-D-585.

<sup>129</sup> Sin embargo, dicha regla tiene excepciones, las que, a su vez, no son absolutas. En primer lugar, los herederos testamentarios no gozan del derecho-obligación de colacionar (art. 3713); mientras que algunos herederos intestados como los forzosos sí la tienen (art. 3476 y cons.). En segundo término, y teóricamente hablando ya que en la práctica todos necesitan la declaratoria de herederos, aquéllos tampoco tienen la posesión hereditaria de pleno derecho (arts. 3713 y 3413); y sí la tienen los herederos forzosos entre los segundos (art. 3410). Finalmente, los herederos testamentarios no gozan del derecho de representación, pues la disposición testamentaria caduca si el heredero a cuyo favor se ha hecho no sobrevive al testador (arts. 3548 y 3743); el que sí poseen los herederos legítimos que se encuentren en las líneas descendente (art. 3557) y colateral (arts. 3560 y 3561) (conf. BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 321/2, pto. 1336, y t. I, pág. 311, pto. 440, y págs. 319/23, ptos. 450/1; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 400/1, pto. 1220).

<sup>130</sup> Para los restantes legitimarios no juega el derecho de representación: ascendientes (art. 3559) y el cónyuge. Sin embargo, respecto a la nuera viuda sin hijos (art. 3576 bis) existe una opinión que considera que es heredera por representación anómala, es decir -dadas sus características propias- aparecería como una cuasi representante de su marido prefallecido (véase nota 107).

<sup>131</sup> FORNIELES, op. cit., t. II, págs. 145/6, pto. 154; RÉBORA, o. cit., t. II, págs. 223/6, pto. 397; ZANNONI, *Derecho ...*, t. 2, págs. 399/400, pto. 1219; CCiv. 2ª La Plata, Sala I, 22/8/44, L.L. 35-958; CCiv. 1ª Cap., 23/8/48, L.L. 52-146.

<sup>132</sup> FASSI, *Tratado...*, cit., vol. 1, pág. 375, pto. 642, y págs. 365/67, ptos. 619/23; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. III, págs. 225/6, pto. 1186; GARBINO, *Preterición de...*, cit., págs. 43/53; HERNÁNDEZ, en BUERES-HIGHTON, *Código Civil...*, cit, t. 6-A, pág. 891 y pág. 901, pto. 2; ARIAS, op. cit., pág. 296, pto. 3, últ. párr.; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 324, pto. 1340, y págs. 325/6, pto. 1342; GUAGLIANONE, *La preterición de legitimarios...*, cit., pág. 41, pto. 44. La concurrencia de herederos forzosos con herederos instituidos ha sido admitida por numerosas decisiones judiciales: CCiv. 2ª Cap., 2/3/21, J.A. VI-201 y GF. 31-57; idem, 11/5/32, J.A. 38-180 y GF. 98-147; idem, 6/7/39, J.A. 67-252; idem, 20/5/49, J.A. 1949-III-81; CApel. Rosario, Sala I, 6/11/26, J.A. 23-568; idem, 3/11/41, J.A. 76-629; CNCiv., Sala D, 29/6/56, J.A. 1956-III-294 y L.L. 83-335; C1ª CC. Mercedes, 18/3/55, L.L. 78-364; CNCiv., Sala C, 16/12/76, E.D. 72-347; CNCiv., Sala G, 3/12/80, E.D. 93-386; CNCiv., Sala F, 18/12/80, E.D. 99-385.

<sup>133</sup> FASSI, *Tratado...*, cit., vol. 1, pág. 367, pto. 621; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. III, pág. 226, pto. 1186.

<sup>134</sup> Conf. CCiv. 1ª Cap., 23/8/48, L.L. 52-146.

<sup>135</sup> Conf. CNCiv., Sala C, 16/12/76, E.D. 72-347; CNCiv., Sala A, 29/5/80, E.D. 89-367, con nota aprobatoria de BELLUSCIO, “Institución de herederos por partes desiguales”; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 323, pto. 1338, ap. c), sin embargo comp. con “Reflexiones en torno a la interpretación de la ley (A propósito de la institución de herederos con asignación de partes)”, E.D. 2-1073. En contra, sosteniendo que cuando hay asignación de partes se está en presencia de legatarios de cuota y no de herederos: J. S. FORNIELES, “La institución de herederos con asignación de partes”, E.D. 1-1060.

<sup>136</sup> Conf. BELLUSCIO, *Vocación...*, cit., pág. 137, y “Naturaleza del derecho sucesorio...”, J.A. 10-1971-600.

<sup>137</sup> Conf. el citado fallo de la CNCiv., Sala C, 16/12/76, E.D. 72-347.

## CAPÍTULO III DETERMINACIÓN DE LA LEGÍTIMA

### 1. Modo de calcularla

Ahora bien, para determinar si la legítima está lesionada, y consecuentemente que el difunto ha ido más allá de su porción disponible, es preciso determinar *la masa para su cálculo*. Ella se forma sumando al valor líquido de la herencia (bienes dejados por el causante a su muerte, menos las deudas) (*relictum*) lo que ha donado durante su existencia -ya sea a extraños, como a sus propios herederos- (*donatum*), valor que actualmente se calcula al momento de la apertura de la sucesión (arts. 3477 y 3602) <sup>1</sup>.

La ley no menciona expresamente a los legados, que desde luego son reducibles, en razón que ya van comprendidos entre “los bienes existentes a la muerte del testador” (arts. 3593 y 3602) y entran en el cómputo bajo esa forma.

La circunstancia pasiva del caudal relicto no elimina la legítima si hubo donación. Lo dejado por muerte es, entonces, cero y la cuota legítima y la disponible se establecen exclusivamente sobre lo donado, no pudiéndose cobrar los acreedores hereditarios sobre ello, porque los bienes salieron definitivamente del patrimonio de su deudor durante su vida (arg. art. 3602) <sup>2</sup>, sin perjuicio de su derecho contra el eventual aceptante puro y simple <sup>3</sup>.

Precisada, pues, la suma correspondiente podremos calcular la legítima y la porción disponible, las que variarán, tal como hemos visto, según la calidad y cantidad de los legitimarios.

Como se advierte, dos grandes cuestiones son las que aquí deben considerarse: primeramente, la conformación y valuación del patrimonio del causante que servirá de base para, ulteriormente, determinar su porción legítima y su porción disponible.

### 2. La formación de una masa, con los bienes que debe comprender y su valuación

En principio, la forman todos los bienes que se encontraban en el patrimonio del causante al fallecer <sup>4</sup>. Siendo imposible hacer una enumeración definitiva, en términos generales comprende todos los bienes, sean muebles o inmuebles, corporales e incorporales, fungibles o no fungibles, cualquiera sea su origen, adquiridos por trabajo o herencia, etc., de un valor apreciable en dinero.

## 2.1. Bienes que forman la masa legitimaria

### 2.1.1. Bienes que se incluyen

Como se acaba de decir, todos los bienes que formaban el patrimonio del difunto a la apertura de la sucesión y que se transmiten por causa de muerte han de ser computados para la formación del caudal. Incluso los *legados*, aunque se considere que el legatario de cosa cierta es propietario desde la muerte del testador (art. 3766).

Igualmente los *créditos del causante contra el legitimario*, a pesar de que se hayan extinguido por confusión cuando la aceptación sea pura y simple (arts. 3342, 3373, *a contrario sensu*, y concs.). De otro modo se perjudicaría al resto de los legitimarios, al reducirse la masa sobre la cual se computa la legítima.

También los *créditos sometidos a condición resolutoria*, pero ello en forma provisional, pues si se cumple la condición se deberá practicar una liquidación complementaria, y en este caso con mayores dificultades prácticas, ya que habría que reducir legados y donaciones, y con graves problemas si los beneficiarios de éstos hubieren caído en insolvencia o hubieren fallecido, porque debería irse contra los herederos <sup>5</sup>.

Asimismo deben incluirse en la herencia los *créditos de dudoso cobro* -cuya calificación es una cuestión de hecho que, en su caso, queda a criterio judicial-, pero no por su valor real o nominal sino por su valor venal, o sea efectivo; salvo que los legatarios o donatarios dieran fianza a los herederos por los perjuicios que pudieran derivar de la imposibilidad de cobrarlos íntegramente. A ellos han de asimilarse los *créditos litigiosos*, y de no llegar a un acuerdo con los interesados se tomará como valor el importe que le atribuye el demandado, salvo que se discuta la existencia de la deuda; además los legatarios y donatarios pueden exigir su computación otorgando garantías para el supuesto que finalmente no resultaren cobrados; y en todo caso se deberá hacer una liquidación complementaria.

Los *derechos intelectuales, marcas de fábrica, patentes de invención* se valuarán y luego computarán en la masa.

Otro tanto ocurrirá con el valor de la *herencia deferida al causante* que éste no aceptó ni repudió durante su vida, transmitiendo el derecho de opción y el valor líquido de aquélla deberá ser incorporado al acervo sucesorio de aquél <sup>6</sup>.

Con respecto a los *sepulcros*, si bien pueden estar excluidos de la partición y sometidos a indivisión forzosa, se deberá computar su valor en el acervo hereditario, ya que son bienes que se encuentran en el comercio y, por lo tanto, son enajenables <sup>7</sup>.

Los *frutos*, sean civiles o naturales, ya vencidos o percibidos al momento de la muerte entran en la masa legitimaria. En cambio, los frutos devengados con posterioridad a dicha oportunidad no ingresan en la masa para el cálculo de la



legítima -aunque sí en la partición (arg. art. 3439)- ya que son propiedad de los herederos <sup>8</sup>.

Cabe preguntarse si para la formación de la masa de cálculo de la legítima, se deben incluir los frutos o rentas que produzcan los bienes fideicomitidos destinados al beneficiario.

Algunos creen que sí, ya que esos frutos o rentas constituyen un legado particular de prestaciones periódicas ordenado por el causante -estrictamente no hay un solo legado, sino tantos legados como períodos sucesivos haya (art. 3794)- y entonces a medida que el beneficiario vaya percibiendo los frutos irá apareciendo el valor económico que habrá que computar por medio de liquidaciones complementarias, para determinar el valor del caudal relicto y el monto de las legítimas <sup>9</sup>.

Por nuestra parte, entendemos que los frutos que se deben al beneficiario no pueden computarse para el cálculo de la legítima, ya que dicha masa se forma con los bienes dejados por el causante, valuados a la fecha de su muerte (arg. art. 3602). Como se dijo, los frutos o rentas que produzcan los bienes relictos luego de la muerte del *de cuius*, nunca le pertenecieron y por ello no integran el caudal sucesorio, son de propiedad de los herederos desde entonces, y por el efecto declarativo y retroactivo de la partición a cada sucesor se lo considera único propietario de su lote desde el deceso del causante (art. 3503). En nuestro caso, el heredero o legatario fiduciario es propietario desde la apertura de la sucesión de los frutos que devengaren los bienes fideicomitidos, que se le adjudicaron por disposición del testador fiduciante, quien a su vez, y conforme lo habilita la ley, ha dispuesto que se entreguen esos frutos a un beneficiario, lo cual es característica del dominio imperfecto fiduciario <sup>10</sup>.

Pero ello sin perjuicio de que los frutos naturales y civiles de los bienes hereditarios fideicomitidos integran la garantía común de los acreedores de la sucesión (arg. art. 3439), pues a este fin siguen la suerte del principal, los bienes hereditarios, porque son accesorios de ellos como los frutos civiles (art. 2330), o porque forman un todo con la cosa, como los naturales (art. 2329). Por lo tanto, los acreedores sucesorios podrán embargarlos y cobrarse de ellos, con preferencia a los acreedores personales de los herederos, que en este supuesto son los acreedores del beneficiario <sup>11</sup>.

### *2.1.2. Supuesto de dudosa inclusión*

Es dudosa la inclusión de los *inmuebles que el difunto comenzó a usucapir* y es necesario que el heredero complete el término de la prescripción adquisitiva. Se dan tres soluciones: su exclusión del cálculo porque el dominio es adquirido por el heredero; su inclusión por el efecto retroactivo de la prescripción cumplida a la fecha del comienzo de la posesión; y la que debe tomarse el valor venal de la posesión corrida hasta el momento del fallecimiento del poseedor, para incluirlo, y así tendremos que él será escaso si recién comenzó la usucapión y en cambio será

alto y cercano al verdadero valor de la plena propiedad del bien si la usucapión está próxima a finalizar. Estimamos que esta última es la solución más equitativa y práctica <sup>12</sup>.

### 2.1.3. Bienes que no se incluyen

No forman parte de la masa legitimaria los *derechos inherentes a la persona* (derechos de la personalidad: vida, honor, libertad, etc.); los derechos de familia, los derechos políticos, etc. (art. 498).

Tampoco *ciertos derechos reales*, pues en caso contrario producirían un desmembramiento perpetuo de la propiedad (usufructo, art. 2920; uso y habitación, art. 2969; renta vitalicia, art. 2083; el derecho de preferencia en la compraventa, art. 1396; el de reversión en la donación, art. 1842; el mandato, art. 1963 inc. 3; el derecho de socio, salvo los casos en que se prevé su transmisión a los herederos, art. 1670).

Otro tanto cabe decir de los *créditos incobrables* por insolvencia del deudor y los *prescriptos* <sup>13</sup>; los *sometidos a condición suspensiva*, por carecer de valor actual mientras la condición no se cumpla (art. 548) <sup>14</sup>.

Asimismo quedan excluidas las llamadas *cosas comunes a la herencia*, como títulos honoríficos del difunto, diplomas, medallas, manuscritos, correspondencia, retratos de familia, y todos aquellos objetos cuyo valor es afectivo y no pecuniario (art. 3473 y nota) <sup>15</sup>.

Igualmente no forman parte de la masa hereditaria a la cual se le sumará lo donado, los *bienes gananciales* que corresponden al cónyuge supérstite en la división de la sociedad conyugal <sup>16</sup>.

### 2.1.4. Supuestos que requerirán liquidación complementaria

Será necesaria una nueva liquidación: para incluir los créditos excluidos por incobrables o sujetos a prescripción, cuando el deudor los abone; o sujetos a condición suspensiva si la condición se cumple; o para excluir los créditos sometidos a condición resolutoria si ésta acaece <sup>17</sup>.

## 2.2. Dedución de las deudas

De los bienes referidos habrá que deducir las deudas para establecer el valor líquido. Esa deducción, repetimos, se hace sobre el patrimonio relicto y no sobre las donaciones, que no están entonces afectadas por el pasivo hereditario y recién se agregan después de dicha operación (art. 3602). En efecto, si el difunto ha dejado un pasivo superior al activo, el importe del déficit no debe deducirse del valor de los bienes donados, porque los acreedores de la sucesión no pueden cobrarse sobre esos bienes por haber salido del poder de su deudor antes de haber contratado con él,

pierden pues la diferencia. Entonces, llegado ese caso, los bienes hereditarios figuran en cero y la legítima y la porción disponible se calculan sobre las donaciones hechas en vida por su valor íntegro<sup>18</sup>.

Debe señalarse que las deudas deben ser probadas fehacientemente, no bastando el mero reconocimiento de los herederos para tenerlas por válidas. Ello en virtud de que si se lo admitiera, los legitimarios podrían disminuir el activo simulando deudas en favor de terceros y por lo tanto la porción disponible, logrando así una disminución de los legados o donaciones<sup>19</sup>.

### 2.2.1. Deudas que se deducen

En principio, se deducen todas las deudas que pesaban sobre el patrimonio del causante al tiempo de su muerte y que no se extinguen por ella.

Los *impuestos* personales (p. ej.: ganancias) se restan en su totalidad; en cambio, los reales (p. ej.: contribución inmobiliaria) sólo en la medida en que son debidos hasta la apertura de la sucesión.

Se deducen las deudas sometidas a *condición resolutoria*; las existentes *a favor de los herederos*, aunque extinguidas por confusión en la aceptación pura y simple (arts. 3342, 3373, *a contrario sensu*, y concs.) -manteniendo así una solución coherente con la inclusión en el activo de los créditos del mismo tipo y evitando que se perjudique un heredero en beneficio de los demás-; las *deudas aleatorias* (p. ej.: la derivada de una renta vitalicia que pagaba el causante y que la continuarán haciendo los legitimarios, donde es imposible determinar el valor exacto pues depende de la duración de la vida del beneficiario; de no llegar a un acuerdo con los interesados, parece razonable aceptar el valor que a esas deudas se le asigna de acuerdo a los criterios aplicados en materia de seguros de vida y fijado así el valor de la renta al tiempo del fallecimiento, deducirlas del acervo)<sup>20</sup>.

### 2.2.2. Deudas que no se deducen

No se restan las *obligaciones naturales*. El caso típico está representado por una deuda prescripta. En principio, no se la debe computar para el cálculo de la legítima, ya que el heredero con tal circunstancia tiene en sus manos el recurso para evitar su pago (art. 515); además, si se le reconociera la posibilidad de hacer valer su pago voluntario, fácilmente podría entrar en connivencia dolosa con el acreedor en perjuicio de donatarios y legatarios. Sólo excepcionalmente podría computarse su pago, cuando fuera evidente la obligación moral del causante o sus herederos; lo que quedará a criterio judicial<sup>21</sup>.

### 2.2.3. Supuesto de difícil deducción

Con respecto a las *deudas sometidas a condición suspensiva* o *dudosas* o *litigiosas*, se opina: si hay acuerdo entre los interesados, deducirlas por su valor estimado; si no hay acuerdo, deducirlas garantizando el heredero a legatarios y

donatarios para el supuesto que en definitiva no sean satisfechas o, por el contrario, no deducirlas, con garantía satisfactoria de legatarios y donatarios a favor del heredero por si deben ser pagadas <sup>22</sup>.

En cuanto a las *deudas solidarias*, se las computa por la parte que al causante le corresponde contribuir. El problema se presenta si luego alguno de los codeudores resulta insolvente, de modo que la parte del mismo acrecería proporcionalmente la obligación del *de cuius*. Si ocurre con anterioridad al fallecimiento del causante, se deducirá la obligación suplementaria a cargo de éste. Pero si la insolvencia sobreviene con posterioridad a la apertura de la sucesión, la obligación que nacería recaería solamente sobre la legítima, debiendo los legitimarios promover una liquidación complementaria, con riesgo de que resultaren insolventes los donatarios o legatarios. Entonces ante la pregunta si estos últimos deberían ofrecer garantías frente a la eventual insolvencia de alguno de los codeudores, cabrá responder que estamos ante una cuestión de hecho <sup>23</sup>.

#### *2.2.4. Gastos de entrega de los legados*

No pueden afectar la legítima; por lo tanto son a cargo de la sucesión solamente en el caso de que aquélla no sea agredida (arts. 3767 y 3797) <sup>24</sup>.

#### *2.2.5. Supuestos que requerirán liquidación complementaria*

Ella será necesaria si se obtiene sentencia favorable en el pleito relativo a una deuda del causante que fue deducida; o si se cumple la condición resolutoria que afectaba una obligación suya igualmente tenida en cuenta en el cálculo; o la condición suspensiva que recaía sobre una deuda que no se consideró en el mismo.

### *2.3. Cargas de la sucesión*

Ante todo hay que recordar que las cargas de la sucesión son las obligaciones que han nacido con posterioridad al fallecimiento del causante (art. 3474 y nota); mientras que las deudas hereditarias son las que contrajo el causante durante su vida.

Como también se lee en dicha nota, entre las cargas encontramos los gastos funerarios y los relativos a la conservación, liquidación y división de los derechos respectivos; es decir, los gastos de inventario, tasación, partición, administración, sellados, edictos, honorarios de abogados, procuradores, partidores, peritos, comisión que se le paga al albacea, etc.

El mencionado art. 3474 preceptúa que “en la partición, sea judicial o extrajudicial, deben separarse los bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión”; y en su nota también se establece que la denominación de acreedores de la sucesión es aplicable tanto a los que lo sean por deudas

propriadamente dichas, como a los que resulten por cargas. Es más, las cargas deben ser pagadas primero que las deudas: con respecto a los gastos de sepelio, el privilegio surge del art. 3880, inc. 1; y con relación a los demás, originados en el juicio sucesorio, en el art. 3879, referente a los gastos de justicia hechos en interés de los acreedores <sup>25</sup>.

Por otro lado, el art. 3795 dispone que “si los bienes de la herencia o la porción de que puede disponer el testador no alcanzaren a cubrir los legados, se observará lo siguiente: las cargas comunes se sacarán de la masa hereditaria, y los gastos funerarios de la porción disponible...”.

A la luz de lo relatado, entre nosotros la duda de la inclusión de las cargas en el pasivo sucesorio sólo puede derivar de la fuente que tomó Vélez Sársfield al redactar el art. 3602, ya que entre las normas del proyecto de García Goyena que menciona se encuentra el art. 648 -que en su primera parte establecía que para la fijación de la legítima se tenía en cuenta los bienes quedados a la muerte del causante, “con deducción de las deudas y cargas”-. Al redactar el mencionado art. 3602, nuestro codificador se limitó a decir, luego de marcar que para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes quedados por muerte del testador, que “... al valor líquido de los bienes hereditarios se le agregará...”, lo que puede hacer creer que solamente quedan incluidas en la deducción las deudas y no las cargas <sup>26</sup>.

Por lo pronto, si de literalidad estamos hablando, el art. 3602 no emplea la palabra deudas, ni menciona a las cargas de la herencia. Es cierto que es doctrina constante en esta materia considerar que deben extraerse las deudas que gravan el activo y que esas deudas, en principio, no son otras que las contraídas por el causante. Pero no por ello cabe concluir que esas son las únicas, porque ni lo dice expresamente la ley, ni es lo que corresponde.

Es que *“la computación de las cargas de la herencia como deudas es incuestionable, a pesar de no haber nacido en vida del causante. En última instancia, son más que las deudas, son impensas necesarias, porque sin ellas no podría concretarse el derecho de los herederos ni de los legatarios, puesto que se refieren a los medios legales, fundados en exigencias procesales y fiscales, que deben ponerse en movimiento para que la transmisión se tenga por realizada”* <sup>27</sup>.

Así las cosas, deben considerarse dos situaciones. La primera, producida cuando la porción disponible permite pagar todos los legados hechos por el causante; es decir, que ha alcanzado para pagar las cargas, pues éstas se satisfacen previamente.

La segunda situación se presenta cuando la porción disponible no alcanza para cubrir los legados; y para no perjudicar exclusivamente a éstos es que el Código ha realizado la distinción entre las cargas comunes y los gastos funerarios (art. 3795).

En este supuesto, las *cargas comunes* que anteriormente hemos ejemplificado integran la masa hereditaria, para luego determinar la legítima y la porción disponible. Así, esta clase de cargas recaerá proporcionalmente sobre herederos y

legatarios. Sobre los primeros, al integrar la masa legitimaria; y sobre los segundos, indirectamente, ya que al reducirse la masa habrá una porción disponible menor. La solución se impone partiendo de la base de que los legados se pagan con la porción disponible, y el monto de ésta tendrá que determinarse con el cómputo de las cargas comunes como deudas <sup>28</sup>.

Distinta es la situación de los donatarios, pues su derecho ya lo tienen adquirido y no necesitan del fallecimiento del causante ni de los trámites sucesorios. De manera entonces que no corresponde que ellos contribuyan al pago de las cargas comunes mediante su deducción del activo hereditario, a los efectos de determinar la porción disponible. El art. 3795 viene a confirmar la conclusión al referirse solamente a los legatarios <sup>29</sup>.

En síntesis, en presencia de cargas comunes la determinación de la porción disponible se hará de la siguiente manera:

a) Si el causante no hizo donaciones y sí legados, se establecerá el valor de los bienes que forman la masa hereditaria y se le restará el importe de las deudas del causante y de las cargas comunes. Sobre el resultado se determina la legítima, según la calidad de los herederos forzosos que concurren, quedando la diferencia como porción disponible, la que se distribuirá entre todos los legatarios si alcanzare. En caso contrario, se seguirá el orden del art. 3795, que prevalecerá sobre el principio igualitario de reducción a prorrata de la última parte del art. 3602.

b) Si el causante sólo realizó donaciones, se procederá de la misma forma inicial, pero para fijar la legítima y la porción libre no debe restarse de la masa hereditaria las cargas comunes. O sea que ellas tendrán que pagarse exclusivamente con la legítima.

c) Si el causante ha hecho ambos tipos de liberalidades, se aplicará el criterio que corresponde a cada grupo. Por tanto, la porción disponible puede ser mayor respecto a las donaciones que con relación a los legados, ya que para determinarla no se restan las cargas comunes del haber hereditario <sup>30</sup>.

Los *gastos funerarios* podría decirse que son hechos a favor del causante, en cuanto tienen en vista la sepultura de sus restos y los sufragios por su alma. Por lo tanto, lo razonable sería que todos los que reciben beneficios gratuitos de él contribuyan proporcionalmente a ellos. Respecto de los herederos, la obligación es indiscutible y otro tanto cabe decir con relación a donatarios y legatarios, por una razón de gratitud y porque debe presumirse que esa ha sido la voluntad del difunto, que si ha dispuesto gratuitamente a favor de terceros habrá querido también dejar a salvo el pago de las deudas inmediatas provocadas por su muerte. Pero en este caso nos encontramos con que el art. 3795 establece que los gastos funerarios tendrían que ser cubiertos con la porción disponible, la cual se fijaría sin deducir tales gastos del activo; llevando sin motivos atendibles a liberar a los legitimarios de su contribución y haciéndolos recaer exclusivamente en los legatarios y donatarios.

Sin embargo, no debe olvidarse que esos gastos deben pagarse con recursos del causante como una deuda personal suya (arg. arts. 3474 y nota y 3475). Y al encontrarnos con el escollo del art. 3795, hay que subrayar que éste no establece una regla general aplicable a todos los casos en que existen gastos funerarios y legados, sino para el caso que la porción disponible sea insuficiente para cubrir los legados. Con lo que va de suyo que ya se ha determinado previamente la porción disponible y luego el monto de los legados. Si éstos caben en ella no correspondería deducir los gastos funerarios, porque la disposición legal se refiere -precisamente- al caso en que no quepan.

Es necesario, pues, conciliar lo dispuesto por el art. 3795 con el art. 3602, y ante ello es éste el que debe prevalecer. En presencia de legados, la porción disponible debe determinarse restando del activo el conjunto de las deudas personales del causante, de las cargas hereditarias y de los gastos funerarios, que, repetimos, en nuestro régimen son considerados como un ejemplo de cargas de la sucesión (nota art. 3474). Si resultase que los legados exceden la porción disponible, debe aplicarse el art. 3795, haciendo gravitar los gastos funerarios sobre ella. Pero como tal operación no resulta necesaria porque esos gastos ya han sido deducidos, se llega a la conclusión de que la regla queda prácticamente derogada en lo referente a los gastos funerarios, por el principio general que surge del art. 3602.

La argumentación contraria en el sentido que la regla del art. 3602 sufre una excepción derivada de la necesidad de aplicar el art. 3795, choca con el mayor sentido de justicia del criterio adoptado y éste se concilia mejor con otras normas del Código <sup>31</sup>.

#### *2.4. Determinación de las donaciones*

Respecto de las *donaciones* cuyo valor debe sumarse al activo hereditario líquido, se computan tanto las efectuadas a extraños como a los herederos. Se obtiene así la reconstrucción total del patrimonio, aunque de manera ficta. El carácter real recién lo adquirirá cuando, en su caso, se ejercite la acción de reducción, siendo hasta ese momento simplemente una suma hecha en el papel que tiene por objeto saber si el donante al ejercer su derecho se ha excedido o no en su facultad de libre disposición, es decir, si ha afectado o no la porción legítima, declarándose en el primer caso la donación como inoficiosa (arts. 1830, 1831 y 1832).

El art. 3602 habla de valores, sin referirse a los bienes mismos, porque de lo que ahora se trata es de verificar un cálculo que no prejuzga sobre la restitución total o parcial de las cosas donadas.

El vocablo “donación” empleado en los arts. 1830, 1831 y 1832 y 3955 debe interpretarse en sentido amplio, comprensivo de muebles, inmuebles, derechos o valores. También las liberalidades no verificadas por medio de un contrato de

donación, como las hechas por renuncia, cesión gratuita, por partición por donación hecha por el ascendiente, etc.; como asimismo las donaciones directas y las indirectas o disfrazadas. Han de ser gratuitas y no las remuneratorias o con cargos, salvo en la parte que sean gratuitas (art. 1832 inc. 2) <sup>32</sup>.

Dicho concepto amplio ha sido aplicado jurisprudencialmente tratándose, por ejemplo, del arrendamiento de un predio rural por un precio vil y a largo plazo <sup>33</sup>. En lo referente al seguro de vida contratado por el causante a favor de un tercero, el capital asegurado no forma parte de la sucesión y por ende no se toma en cuenta para la formación de la masa. Por el contrario, las primas pagadas por el causante se computarán como una liberalidad y como tal integrarán la masa legitimaria (arts. 143, 2º párr., y 144, ley 17.418); pero sólo hasta el límite máximo del capital asegurado, pues la liberalidad existe únicamente hasta la concurrencia del enriquecimiento de la persona beneficiada <sup>34</sup>.

En cuanto a las donaciones encubiertas, su inclusión requerirá el previo ejercicio de la acción de simulación. No será imperioso que además se le acumule la eventual acción de reducción, ya que en esta etapa de cálculo sólo se persigue efectuar el mismo; pero si se ha prescindido de ella puede ser necesaria una nueva liquidación <sup>35</sup>.

Se computan todas las donaciones cualquiera sea su fecha y el tiempo transcurrido hasta la apertura de la sucesión. Sin embargo, tal afirmación requiere ser precisada pues mientras del art. 3602 efectivamente surge que se deberían computar todas las donaciones, por el art. 1832 inc. 1 sólo pueden pedir su reducción los herederos forzosos que ya existían al tiempo de la donación; requisito éste que define el carácter individual de la legítima, estableciendo así un cálculo independiente para cada uno de los legitimarios sobre la masa formada por el haber hereditario líquido, más las donaciones realizadas a partir del momento en que había comenzado su existencia o había contraído matrimonio con el causante, lo que era así para los descendientes y cónyuge, pues para los ascendientes la situación debía necesariamente ser uniforme ya que no se concibe que ellos nazcan después de su descendiente. Eso hace, pues, que una y otra disposición deban conciliarse, entendiéndose que el art. 3602 se refiere a las donaciones hechas cuando ya el donante tenía eventuales legitimarios. Es decir, el ámbito de aplicación del art. 3602 para la determinación de la masa legitimaria no resulta de la sumatoria al valor líquido de los bienes relictos del correspondiente a todas las donaciones efectuadas por el causante, pues queda restringido a aquellas que al realizarse ya existían legitimarios y sólo en amparo de éstos, de manera que si esas donaciones están libres de la reducción, no corresponde incluirlas a los efectos de calcular la legítima. Es la solución adecuada, pues no sería lógico imponer limitaciones al derecho de disponer a título gratuito de sus bienes a quien carece actualmente de legitimarios <sup>36</sup>.

Si bien las donaciones hechas a herederos forzosos no dan lugar a inconvenientes para su cómputo, a los efectos de calcular la legítima, cuando ello es



reclamado por otro legitimario; la cuestión presenta dificultades cuando es pedido por un legatario. Ejemplifiquemos: el causante ha dejado dos hijos a los cuales le ha dado en vida \$ 100.000 a cada uno y a su muerte quedan otros \$ 200.000 y un testamento por el cual dispone de su porción libre a favor de un tercero. ¿Esta porción disponible se calcula sobre lo que ha quedado a la muerte del testador (\$ 200.000), o sobre el total, incluidas las donaciones a los hijos (\$ 400.000)?

No dudamos en contestar afirmativamente la segunda hipótesis: así se desprende sin distinción de los arts. 3593 y 3602 y no puede quedar en manos del legitimario el incluir o no una determinada donación según su conveniencia.

a) No constituye obstáculo que la acción de reducción solamente corresponda a los legitimarios (arts. 1831, 1832 y 3601), ya que los legatarios, los donatarios extraños, no pretenden ninguna reducción, sino que, por el contrario, se oponen a ella.

b) Tampoco es impedimento que la colación sea debida entre coherederos forzosos, pero no a los legatarios (art. 3478)<sup>37</sup>; que solamente podrían demandarla cuando el heredero a quien es debida, ha aceptado la sucesión pura y simplemente (art. 3483). Aquí no estamos ante el instituto de la colación, sino en la forma de computar la masa para determinar la legítima, y en consecuencia la porción disponible. Tan es así que si en base a dicho cálculo resultara luego que los legados entran en la porción disponible, pero que sin embargo los bienes dejados al fallecimiento no alcanzaran para su pago, los legatarios perjudicados no tendrían por ese solo cómputo ningún derecho con relación a los bienes recibidos mediante donación por el legitimario.

La ley al establecer el modo de hacer el cálculo ha definido claramente los derechos de los legitimarios sobre una parte del patrimonio hereditario y los del causante a disponer el resto. De aceptarse la postura criticada llegaríamos al siguiente absurdo: el causante que nada anticipó a sus hijos podría disponer íntegramente de su porción disponible; el que le hubiera donado algo solamente podría usarla en parte<sup>38</sup>.

Los gastos que el causante ha hecho en beneficio de los herederos forzosos enumerados en el art. 3480, y que no son colacionables, tampoco son reducibles si se han hecho en beneficio a personas extrañas a la sucesión. Aunque esta afirmación ha sido discutida, sosteniéndose que la legítima merece que se la defienda con mayor estrictez que la igualdad de los herederos y que las reglas de los arts. 3602 y 1831, que mandan agregar el valor de todas las donaciones sin distinción y posibilitan la reducción de toda donación inoficiosa, no tienen excepciones que permitan apartarnos de ellas<sup>39</sup>; compartimos el pensamiento de que cualquiera sea el valor teórico de estas razones no valen en el terreno del Código, ya que dichos beneficios no caen bajo la acción de reducción *“dada su naturaleza y su escasa importancia. La persona que emplea su dinero en educar, alimentar o curar a otros, denota una elevada moralidad, que deben respetar sus herederos, sobre todo teniendo en cuenta que tales erogaciones no comprometen*

*ningún caudal*"<sup>40</sup>. Incluso se ha llegado a decir que la razón de la exclusión se debe a que en realidad no son donaciones por el tipo de gastos y limitado a pequeñas cantidades<sup>41</sup>; por eso resulta una mira a tomar en cuenta para resolver el problema lo dispuesto en el art. 2330 del Código Civil alemán que engloba todas las situaciones en una fórmula acertada: no se computan a los efectos del cálculo de la legítima y su complemento las donaciones que atienden a una obligación moral o a una medida a tomar referente al decoro.

Corresponde llamar la atención sobre el caso de los contratos celebrados por el causante con alguno de sus herederos forzosos con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, ante el desconocimiento de acción a quienes carecen de legítima (art. 3604). Si ningún legitimario acciona, o no está en condiciones de accionar, el acto vale como aparentemente ha sido hecho y no es una donación, y entonces su cómputo para la formación de la masa de cálculo no puede ser reclamado por otros donatarios extraños que tuvieren interés en su inclusión a los fines de demostrar que con ese negocio se afectó la porción disponible y no con la liberalidad recibida por ellos. Grafiquemos el caso: supongamos que un tercero ha recibido una donación de \$ 200.000; luego el causante transfiere a un hijo único un bien valuado a \$ 300.000, con reserva de usufructo; y a la muerte deja \$ 500.000. De manera que la fortuna del difunto ha sido de \$ 1.000.000 y ha podido disponer de esos \$ 200.000 sin afectar la legítima del hijo; pero como a la muerte ha dejado solamente \$ 500.000 y el donatario no tiene acción, resultará que tiene que restituir \$ 60.000. Pues bien, para que esos otros donatarios exigieran su inclusión en la masa sería preciso que demostraran la simulación (arts. 956, 958, y 1058), no pudiéndose amparar en la presunción *juris et de jure* de que el acto es gratuito; lo que podrán hacer por todos los medios de que pueden valerse los terceros, teniendo ya como presunciones en su favor la naturaleza del acto impugnado y el grado de parentesco<sup>42</sup>. Las consideraciones precedentes caben también respecto a los legatarios, ya que razones semejantes autorizan a reconocerles el derecho de probar la simulación y hacer declarar que el acto fue gratuito para que sea imputado como adelanto de la porción hereditaria del legitimario (arg. art. 3476); sin perjuicio de no olvidar que su derecho nace del testamento y no es anterior al fallecimiento del disponente, lo que impondrá que primero deban respetarse las donaciones<sup>43</sup>.

Hablando de los bienes enajenados entre vivos por el *de cuius* que están comprendidos en la masa, y sin echar mano a ninguna acción de simulación previa, la doctrina francesa ha dicho directamente que se incluyen "*todos aquellos que habían sido objeto de una liberalidad efectiva o legalmente presumida. La agrupación que se realiza así, no tiene lugar más que en el papel y por orden: y ésta es la razón de que esta reunión **ficticia** pueda ser demandada aun por las personas que carecerían de calidad para exigir la colación, como los legatarios y los donatarios; no tiene otra finalidad que la de permitir el cálculo de la reserva y de la cuota disponible*"<sup>44</sup>.

Finalmente, no se incluyen en la masa de cálculo y no están sujetos a reducción, los actos que la ley declara que no son donaciones y que enumera el art. 1791<sup>45</sup>.

## 2.5. Valuación de los bienes

Pero esta primera operación determinante de la legítima nos obliga también a fijar el *valor de los bienes quedados por la muerte del causante*, la que se hace al día de la apertura de la sucesión, es decir el de la muerte del causante (arg. arts. 3602, 3477 y 3282 y nota), por ser el momento cuando se hacen efectivos los derechos de los legitimarios y legatarios. Idéntico criterio debe aplicarse para establecer el valor de las donaciones (arts. cits.)<sup>46</sup>.

Siendo los herederos propietarios de los bienes integrantes del patrimonio relicto desde ese momento (arts. 3420, 3344 y concs.), las ulteriores alteraciones del valor de éstos les aprovecharán o perjudicarán, pero no alterarán el valor de la masa de cálculo de la legítima.

Es importante destacar que si bien para calcular el valor colacionable cabe actualizar dicho valor hasta el momento de la partición, garantizándose así la igualdad de la distribución entre los coherederos; con respecto al cálculo de los valores para establecer la porción legítima y, correlativamente, la porción disponible del causante, siempre es menester hacerlo con referencia exclusiva al momento del fallecimiento del causante. Ello se explica porque ese cálculo se realiza frente a liberalidades realizadas en vida por aquél, situación que además no puede ser modificada en razón del tiempo que puede durar la indivisión hereditaria, o ante legados contenidos en su testamento, y al efecto de establecer si esas donaciones o estos legados son o no inoficiosos<sup>47</sup>.

No es dudoso, pues, que para el cálculo de la legítima y de la porción disponible el acervo hereditario y los bienes donados se valúen en moneda con referencia al momento de la muerte del causante, *“ya que es entonces cuando deberá apreciarse si sus donaciones excedieron la porción disponible; las ulteriores variaciones de valor de la moneda no pueden aprovechar ni perjudicar ni a legitimarios ni a donatarios, sin perjuicio de que la reducción debida por el donatario se considere obligación de valor”*<sup>48</sup>.

La fijación de valor se hace judicialmente de acuerdo a los trámites que establecen las leyes de procedimiento civil, y en general se efectúa previa tasación practicada por peritos -de conformidad con los valores reales de los bienes, no admitiéndose la valuación fiscal-, con intervención de todos los interesados.

Del principio sentado, se excepciona el caso de la partición-donación realizada por el ascendiente entre sus descendientes (arts. 3514, 3516 y concs.), donde el momento que se toma en consideración para determinar los valores de los bienes es

el de la donación, ya que todos los herederos reciben su parte al hacerse la partición entre vivos. Se protege así tanto los derechos de los herederos como de los terceros que a su vez, hayan adquirido derechos sobre los bienes.

Por el contrario, en la partición por testamento deben tomarse en cuenta los valores al instante de la apertura de la sucesión (art. 3524). De tal manera que se vuelve a la regla general, lo que es lógico porque sólo entonces empieza a producir efectos la partición <sup>49</sup>.

### *2.5.1. Cómo se realiza la valuación*

Las distintas partidas del activo relicto se estiman según el estado (tanto físico como jurídico) que tienen al tiempo de la apertura de la sucesión y según el valor que les corresponde a esa fecha, traduciéndolo a esa misma oportunidad a un valor en dinero. Lo mismo se hace con el pasivo, teniendo en cuenta su estado y valor al tiempo del fallecimiento del causante, midiéndolo en dinero.

Para las donaciones, hay dos tiempos a considerar: el del fallecimiento y el de la donación misma.

A. a) Respecto al estado jurídico, en principio, debe tomarse en cuenta el existente al tiempo de la donación, sin que interesen los cambios posteriores (“existan o no en poder del heredero” dice el art. 3477, 2º párr., que aplicado al art. 3602 debe leerse “existan o no en poder del donatario”, y, por lo tanto, aun cuando hayan sido enajenados y estén en poder de un tercero).

Si la cosa donada no está en poder del heredero por haber sido expropiada, el valor del bien ha quedado subrogado por el precio de la expropiación (art. 28, ley 21.499). En ello ha quedado convertida la donación, que en adelante será juzgada como de un crédito (si la indemnización no fue abonada) o de dinero si ya lo fue, abriéndose la posibilidad del reajuste equitativo previsto en el art. 3477, 3º párrafo.

b) Respecto al estado físico, en principio, tampoco los cambios interesan (aumentos, deterioros, etc.).

Acá la salvedad será la hipótesis del perecimiento total o parcial de la cosa, obra del caso fortuito, caso que debe quedar excluido. La ley habla que los valores de las cosas se computen “existan o no en poder del heredero” (art. 3477, 2º párr.), lo que literalmente sólo cubre el supuesto de inexistencia en el patrimonio del donatario.

B) Con relación al valor a dar a los bienes donados, la cuestión se complica porque la ley ha determinado que “dichos valores” deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión.

Ante ello parece que pueden adoptarse una de estas dos posiciones:

a) Hacer la traducción en dinero al tiempo de la donación, lo que importa que tanto el estado como el valor de lo donado se toma a esa época.

Ello puede llevar a una injusticia cuando entre el tiempo de la donación y el del fallecimiento del donante ha cambiado el valor del dinero. Por ejemplo, de dos casas iguales una fue donada y la otra integra el haber hereditario y el dinero en el ínterin se ha depreciado a la mitad de su valor. La casa donada es valuada en \$ 300.000 y la que quedó el poder del donante en \$ 600.000. Si bien la medida adoptada tiene el mismo nombre (dinero), ya no es la misma medida, y entonces no sería un procedimiento justo para calcular la legítima y la porción disponible.

b) Reactualizar esa traducción dineraria al día de la apertura de la sucesión, corrigiendo el efecto de la alteración del valor adquisitivo de la moneda.

Aquí no terminan los inconvenientes. Si el mismo día el donante dio a Juan una casa valuada en \$ 300.000 y a Pablo \$ 300.000 en efectivo, se puede decir que el valor de ellas al tiempo en que fueron hechas era de \$ 600.000. Pero suponiendo una depreciación del dinero que lo ha llevado a la mitad de su valor y así pretender llevar esos \$ 600.000 a la masa de cálculo para que sean computados como \$ 1.200.000, puede resultar razonable para el inmueble que conserva Juan e irrazonable para el dinero que conserva Pablo, pues aquél tiene un inmueble que vale en dinero el doble, en tanto que éste tiene dinero depreciado que sigue valiendo igual. Puede decirse que la culpa es de Pablo por no haber invertido el dinero adecuadamente para quedar a cubierto de la inflación, pero si hubiese permanecido en manos del donante ¿lo habría hecho? A la inversa, pretender que se actualice la donación del inmueble realizada a Juan y no la de dinero efectuada a Pablo, sería ignorar el hecho fundamental de que el dinero fue donado cuando valía más y no estaba depreciado y de que, incluso, por ejemplo, los intereses que percibió el donatario por la suma eventualmente colocada, eran de tipo inflacionario. La solución parece estar en el art. 3477, últ. párr., al permitir un reajuste equitativo cuando se trata de créditos o de sumas de dinero, según las circunstancias del caso.

Ni siquiera el criterio de la reactualización de la moneda sería equitativo para los bienes que no sean ni créditos ni dinero. Así, supongamos que el tiempo de la donación la cosa valiera \$ 10.000, y que por haberse depreciado el dinero correspondiera al tiempo de la apertura de la sucesión una actualización que la llevara a \$ 20.000, pero concomitantemente se advirtiera que también existe la depreciación de la cosa misma, de manera tal que se demostrara que si hoy se adquiriera esa misma cosa en el mismo estado en que se encontraba al tiempo de la donación, nadie daría ni siquiera los \$ 10.000 de aquella época.

Es que independientemente de toda variación del valor de la moneda (inflación o deflación) es posible una variación en los precios de los bienes. Y si en ese caso nos limitáramos a actualizar el valor del dinero, estaríamos acordando al legitimario más de lo que en recta justicia corresponde, pues, de no haberse hecho la donación, lo que tendría sería ese bien.

El art. 3602 no permite esa injusticia pues al mandar computar al tiempo de la apertura de la sucesión el valor que tenía la donación, supone que este último valor

se actualiza, y por lo tanto, no solamente el valor de la moneda en que se ha medido ese valor, sino el valor mismo de la cosa, sea que uno u otro hayan subido o bajado

50

*2.5.2. Cuestiones que derivan de la apreciación del valor de lo donado al tiempo de la apertura de la sucesión*

*2.5.2.1. Enajenación*

Si el bien donado ha sido enajenado, debe computarse su valor al tiempo de la apertura de la sucesión (arg. art. 3477, 2º párr.).

*2.5.2.2. Pérdida*

Si la cosa donada ha perecido y hubiera igualmente perecido en poder del donante, no debe tenérselo en cuenta porque, además de resultar imposible el cómputo del valor a la época de la apertura de la sucesión, de cualquier manera no se hubiera encontrado en el patrimonio del causante, que es lo que se busca reconstruir.

Si el bien estaba asegurado y el donatario cobró una indemnización, se agregará la indemnización percibida, sin perjuicio del eventual equitativo ajuste judicial (art. 3477, últ. párr.).

*2.5.2.3. Mejoras*

Si el donatario o los sucesivos adquirentes introdujeron mejoras en el bien, el mayor valor que ellas le confieren debe ser descontado del importe de la tasación. Se evita así el despojo de aquéllos y el enriquecimiento sin causa de los legitimarios.

En cambio, los aumentos naturales (aluvión o avulsión) no deben tenerse en consideración, pues igualmente habrían ocurrido si la donación no se hubiese hecho.

*2.5.2.4. Gastos necesarios*

Los gastos necesarios u ordinarios de conservación no se descuentan del valor calculado pues tienen como contrapartida el disfrute del bien.

Sí corresponde reconocerle al donatario los gastos extraordinarios no ocasionados por su culpa, ya que presumiblemente también habría tenido que realizarlos el donante y habrían disminuido su patrimonio.

*2.5.2.5. Deterioros*

El donatario o los posteriores adquirentes quedan obligados por la disminución del valor del bien ocasionado por los deterioros motivados por su culpa, ya que ellos no habrían ocurrido si el causante hubiese conservado el bien <sup>51</sup>.

### **3. Determinación de la porción legítima y de la porción disponible**

Restado a la masa hereditaria el pasivo sucesorio se obtiene el valor líquido quedado por la muerte del causante, al cual le sumamos el valor de las donaciones, y así llegamos a la constitución del patrimonio sobre el cual se calcula la porción legítima y la porción disponible.

Sobre este resultado aplicamos el porcentaje de legítima que legalmente corresponde conforme a la o las categorías de legitimarios que concurren a la sucesión. El resto será la porción disponible.

Si concurre más de un legitimario, la legítima global que hemos fijado se divide entre ellos de acuerdo a lo también dispuesto por la ley. Si el legitimario es único heredero, la legítima global coincide con su porción legítima individual <sup>52</sup>.

Sin embargo, puede ocurrir que la cuota de legítima de algún heredero no se compute sobre la misma masa de cálculo. Ello tiene lugar cuando algunas donaciones hubiesen sido hechas por el causante antes de que existieran los herederos forzosos que más tarde actualizan su vocación. La reducción de las donaciones solamente puede ser demandada “por los herederos forzosos que existían en la época de la donación”, con la única excepción prevista en favor de los descendientes nacidos después de ella si al tiempo de la donación ya existían descendientes del donante (art. 1832, inc. 1). De modo tal que si el causante hiciera una donación siendo casado pero aún sin hijos y éstos nacieran después, la liberalidad se computará para calcular la cuota de legítima del cónyuge superviviente, pero no la de los hijos. Será entonces necesario formar dos masas de cálculo: una para calcular la cuota de legítima del cónyuge sobreviviente, incluyendo el valor de la donación; otra, excluyendo ese valor, para calcular la cuota de legítima de los hijos <sup>53</sup>.

Así las cosas, sobre el porcentaje de porción disponible se aplica el importe total de las liberalidades (legados y donaciones) realizadas por el causante; si la exceden, se encontrará vulnerada la legítima. Y en la medida del exceso, dichas liberalidades son inoficiosas y darán lugar a su reducción <sup>54</sup>.

A su vez, ya determinada la porción disponible, habrá que hacer la imputación de las donaciones que se han tenido en cuenta para la formación de la masa de cálculo. Las efectuadas a los herederos forzosos sólo importan un anticipo de su porción hereditaria (art. 3476), por lo que en principio ellas no son consideradas para ver si el donante excedió o no su porción disponible y, por tanto, fueron o no inoficiosas. Distinto sería cuando el heredero donatario ha sido dispensado de colacionar, porque entonces la donación se imputa a la porción disponible (art. 3484) <sup>55</sup>.

Notas:

<sup>1</sup> Como se advierte, la composición de la masa para determinar la legítima es distinta a la masa para determinar la porción de cada heredero. Ésta solamente busca interpretar la voluntad del causante, y entonces hace que el partidor de la herencia deba tener en cuenta la masa hereditaria (es decir, el conjunto de bienes que componen la herencia del difunto al tiempo de su fallecimiento y que pasa a sus herederos) y además tenga que reunir lo donado en vida por el causante a sus herederos forzosos, a fin de que su valor se le impute a la hijuela del beneficiario, descontándose o dándole de menos, para que de esa manera se mantenga la igualdad entre todos cuando no ha habido cláusula de mejora (arg. arts. 3469, 3476, 3484 y concs.). Mientras la masa legitimaria tiende a proteger los derechos de los legitimarios y es más amplia porque, amén de las donaciones realizadas a herederos forzosos, hay que agregar las realizadas a los herederos no comprendidos en esa categoría y a los extraños; pero, además, en este supuesto se deducen previamente las deudas (art. 3602), lo que no sucede en el otro caso (conf. LAFAILLE, op. cit., t. I, págs. 281/2, pto. 412, y t. II, págs. 165/6, ptos. 223/4; FORNIELES, op. cit., t. I, págs. 296/7, ptos. 231/2, y t. II, pág. 105, pto. 96; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 42, pto. 31).

<sup>2</sup> Es lo que resulta de la norma, que manda que se agreguen las donaciones al *valor líquido* de los bienes hereditarios. Coherentemente, esa deducción del activo bruto surge de otros preceptos (arts. 3474, 3475, 3372 y 3441). Conf. FORNIELES, op. cit., t. II, págs. 105/6, ptos. 95/6; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, págs. 162/3, ptos. 942/3, y pág. 166, pto. 950; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 42, pto. 31, texto y notas 88/9; J. L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de derecho civil. Derecho de sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1988 (reimpresión 1990), t. V, págs. 536/7, pto. 385; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, op. cit., pág. 247, pto. 6.

<sup>3</sup> Si se produce tal tipo de aceptación, el legitimario será deudor personal de los acreedores de la herencia (arts. 3341/3 y 3408/9) (OVSEJEVICH, op. cit., pág. 42, pto. 31, nota 89; LAFAILLE, op. cit., t. II, pág. 166, pto. 226; FERRER, "La acción de reducción", en *Sucesiones* (Libro homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1991, pág. 193, pto. 31).

<sup>4</sup> Debe marcarse que los términos herencia y patrimonio del causante no son sinónimos. Ello porque hay derechos que no se transmiten a los sucesores (p. ej.: derechos y obligaciones inherentes a la persona -art. 498-) y también porque ciertos derechos que reciben los herederos por muerte del *de cuius* no eran de su propiedad (p. ej.: las acciones de petición de herencia, colación y reducción) (conf. S. C. FASSI, "El contenido de la herencia", L.L. 94-871).

<sup>5</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 105, pto. 925; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 94, pto. 32, ap. B) e) II); MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 491, pto. 842. Se opina que la respuesta respecto de los derechos condicionales no está en una eventual nueva liquidación, que puede tropezar con la insolvencia sobreviniente de quien tiene que restituir, sino en las fianzas que podrían exigirse las partes interesadas para que se computen los derechos bajo condición resolutoria o no se computen los bajo condición suspensiva (BLOUSSON, op. cit., págs. 108/10, pto. LIII).

<sup>6</sup> A. CICU, *Derecho de sucesiones. Parte general*, trad. J. M. González Porrás, Barcelona, Bosch, 1964, págs. 95/6, pto. 18. Éste agrega que otra prueba que el *ius delationis* representa un valor patrimonial del transmitente está demostrada por la posibilidad que tienen sus acreedores de impugnar la renuncia a la herencia -entre nosotros, mediante el ejercicio de la revocación de la renuncia (art. 3351)-. Obviamente que también los acreedores de quien falleció sin haberse pronunciado pueden considerar la herencia que le corresponde como garantía de sus derechos (conf. MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. I, págs. 271/2, pto. 193, y t. II, pág. 490, pto. 842; MÉNDEZ COSTA, en LLAMBIÁS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...* cit., t. V-B, pág. 483, pto. 2, ap. a)

<sup>7</sup> CCiv.Cap., en pleno, 21/8/42, J.A. 1942-III-673. Se ha dicho, entre otros conceptos: a) que la concesión de una sepultura constituye un bien de derecho civil, con carácter de derecho de propiedad; b) que los sepulcros son cosas que están en el comercio; c) que los sepulcros -como todas las cosas alienables- son susceptibles de transmisión por causa de muerte, de venta, de reivindicación, de protección posesoria, de prescripción adquisitiva, de derecho de retención, de embargo -al solo fin de hacerlo efectivo en caso de venta voluntaria- y de los demás actos jurídicos que no desvirtúen su destino, ni alteren su naturaleza, ni las restricciones que les son inherentes; y d) al ser transmisibles



por causa de muerte, que su valor debe ser computado dentro de la masa de bienes (conf. E. DÍAZ DE GULJARRO, “Los sepulcros como objeto de relaciones jurídicas de derecho privado”, J.A. 60-905, pto. V, y “Valor patrimonial del derecho del titular de una sepultura”, J.A. 72-Secc. Doct., pág. 90, ptos. II y III, ap. 7 A; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 95, pto. 32, ap. A) b); ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 163, pto. 945; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 491, pto. 842. Fundamentalmente en cuanto a la última característica referida: CCiv. 2ª Cap., 30/11/39, JA. 68-837).

<sup>8</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 104/6, ptos. 924/5, 927/8, y 930, y pág. 107, pto. 932; OVSEJEVICH, op. cit., págs. 93/4, pto. 32, aps. A) a) y B) d), g) y h); MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 489/91, pto. 842; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, págs. 163/4, ptos. 944 y 947; GRIMALDI, M., *Droit Civil. Successions*, París, Litec, 1989, pág. 658, pto. 720.

<sup>9</sup> J. L. y F. PÉREZ LASALA, *El fideicomiso...*, cit., págs. 24/5.

<sup>10</sup> FERRER, *Fideicomiso testamentario...*, cit., págs. 207/8, pto. 17.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Baste para demostrarlo las siguientes situaciones: a) El causante fallece al poco tiempo de haber comenzado la usucapión: si tomáramos en cuenta la postura que interpreta que el bien debe ingresar a la masa, ello sería injusto ya que se consideraría lo mismo que si el causante lo hubiera tenido en plena propiedad, la que por el contrario fue adquirida casi exclusivamente por el heredero; amén de los problemas que traería aparejada la liquidación complementaria a realizarse al término de la usucapión, quizás habiendo corrido largos años desde la muerte del *de cuius*; y b) El causante fallece poco antes de cumplirse la usucapión: en este caso si nos atenemos a la opinión que sostiene que el bien no ingresa en el activo de la masa, nos encontraríamos con una injusticia (conf. BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 106/7, pto. 931; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 93, pto. 32, ap. A) d); MÉNDEZ COSTA, en LLAMBIAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, págs. 483/4, pto. 2, ap. b. En contra, se ha considerado que siempre se debe incluir el bien porque la prescripción, una vez cumplida, tiene efectos retroactivos al día en que ha comenzado la posesión (arg. arts. 1267, 1268, 4004 y 1065) (LAJE, *La protección...*, cit., págs. 178/9, ptos. 239/40; BLOUSSON, op. cit., págs. 111/2, pto. LVI)

<sup>13</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 104, pto. 924; MÉNDEZ COSTA, en LLAMBIAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 484, pto. 2, ap. c); DE GÁSPERI, op. cit., t. III, pág. 442, pto. 515 -quien, sin embargo, hace la salvedad que el testador haya legado el crédito incobrable a su propio deudor, supuesto en el cual se debe tener en cuenta si el monto del legado no excede la porción disponible. Comp. BLOUSSON, op. cit., págs. 113/5, pto. LVII-. Por otro lado, teniendo en mira que el derecho del causante a la cuota libre es concomitante con el de los legitimarios a su legítima, se ha propuesto que la inclusión o exclusión de créditos malos, dudosos, litigiosos o que se han convertido en una obligación natural por haber ocurrido la prescripción debe resolverse mediante una distinción: a) Si la causa que afecta el cobro inmediato del crédito existía en el momento en que se realizó la donación o en que falleció el *de cuius*, tratándose de un legado, aquél no debe ser computado en la masa; y b) Caso contrario, si la insolvencia del deudor, o el motivo que dio carácter de dudoso o litigioso al crédito o la causa que lo transformó en obligación natural, fueron posteriores, tales créditos deben incluirse. Todo ello, sin perjuicio de que si el crédito se cobra en el primer caso o si no se puede percibir en el segundo, se realicen las restituciones que correspondan de los donatarios y legatarios a los legitimarios, o viceversa, según los casos (LAJE, *La protección...*, cit., págs. 189/92, ptos. 256/60).

<sup>14</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 104, pto. 925; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 490/1, pto. 842; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, págs. 163/4, pto. 936; MÉNDEZ COSTA, en LLAMBIAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 484, pto. 2, ap. c). En contra, se afirma que deben computarse todos los créditos condicionales, reconociéndoles a los legitimarios el derecho de tomar, como acreedores sujetos a condición de los donatarios y legatarios, medidas conservatorias (arts. 544 y 546 y nota) (LAJE, *La protección...*, cit., págs. 179/89, ptos. 241/55).

<sup>15</sup> Sin embargo, se ha señalado que no cabe exagerar el principio: ello será así en la medida en la que no representen un valor pecuniario digno de ser tomado en consideración (LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, pág. 532, pto. 3, ap. a).

<sup>16</sup> CNCiv., Sala D, L.L. 75-746.

<sup>17</sup> MÉNDEZ COSTA, en LLAMBIÁS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 484, pto. 2, ap. d).

<sup>18</sup> Por consiguiente, si el causante hubiera donado en vida \$ 100.000 y dejado a su muerte bienes valuados en \$ 100.000 y deudas por \$ 150.000, la masa patrimonial para calcular la legítima estará formada por los \$ 100.000 donados, ya que las deudas han absorbido toda la herencia. En cambio, si las deudas sólo alcanzaran a \$ 50.000, la masa patrimonial a considerar a los efectos de la legítima sería de \$ 150.000 (conf. FORNIELES, op. cit., t. II, págs. 105/6, pto. 96; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 107, ptos. 933/4; DE GÁSPERI, op. cit., t. III, pág. 443, pto. 515; GOYENA COPELLO, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 629, pto. B; CÓRDOBA, LEVY, SOLARI, y WAGMAISTER, op. cit., t. II, págs. 252/3).

<sup>19</sup> Baste para demostrarlo el siguiente ejemplo dado: el causante ha dejado una fortuna de \$ 100.000 y legado toda su porción disponible (\$ 20.000). Los hijos del causante, en colusión con un tercero, lo hacen presentar en el sucesorio reclamando un crédito de \$ 50.000. Si esa acción prospera, el legado quedará reducido a \$ 10.000 (conf. BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 107, pto. 935; FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 106, pto. 97; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 95, pto. 33; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 492, pto. 843; GOYENA COPELLO, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 629, pto. B).

<sup>20</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 108/9, ptos. 937, 939/41. Con razón, se ha aconsejado que además el capital deducido se coloque en condiciones de no poder ser retirado por el heredero, a fin de evitar el peligro de una posible insolvencia de éste (BLOUSSON, op. cit., pág. 5, pto. LXVIII).

<sup>21</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 109, pto. 942; LAJE, *La protección...* cit., pág. 225, pto. 334; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 95, pto. 33, ap. c). En contra, se ha afirmado que en ningún caso deben computarse, ya que el heredero que paga una deuda natural, y pretende descargarse luego de ella a costa de los legatarios y donatarios, no hace honor a la memoria del causante, sino que persigue que la honren dichos terceros, por lo que en cuestiones de esta índole es a ellos a quienes corresponde decidir (LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, pág. 534, pto. 4, ap. a). Conf. BLOUSSON, op. cit., págs. 119/21, pto. LXIII).

<sup>22</sup> MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 492, pto. 843; MÉNDEZ COSTA, en LLAMBIÁS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 484, pto. 3, ap. c). En contra, coherente con no computar provisoriamente los créditos dudosos o litigiosos, tampoco deben deducirse las deudas del mismo tipo, sin perjuicio del reajuste posterior; no debiéndose pedir garantía alguna a los legatarios y donatarios para la no deducción de ellos (LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, págs. 534/5, pto. 4, ap. c).

<sup>23</sup> LAJE, *La protección...*, cit., págs. 229/31, ptos. 345/50; OVSEJEVICH, op. cit., págs. 95/6, pto. 33, ap. g). Comp. BLOUSSON, op. cit., págs. 122/3, pto. LXV, quien si bien comparte la solución dada en el texto, opina que aun en el caso que el heredero pueda resultar perjudicado por la insolvencia posterior de legatarios o donatarios cuando debe ir contra ellos por los resultados de una nueva liquidación, no ve motivos para que puedan exigirse fianzas.

<sup>24</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 110, pto. 946; CCiv. Cap., Sala B, 16/11/56, J.A. 1957-II-433.

<sup>25</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. I, pág. 493, pto. 701.

<sup>26</sup> Así, no incluyen las cargas: LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, págs. 535/6, pto. 5; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 493, pto. 843; MÉNDEZ COSTA, en LLAMBIÁS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 484, pto. 3, ap. b); FERRER, *ibidem*, t. V-B, pág. 173/4, pto. 5, ap. d); PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., págs. 14/7, pto. 7, rectificando su postura sostenida en *Derecho...*, cit., vol. II, págs. 799/800, pto. 648, ap. A) b); MACHADO, op. cit., t. IX, págs. 397/400, nota art. 3602; LLERENA, op. cit., t. IX, págs. 548/9, pto. 2; L. SEGOVIA, *El Código Civil argentino anotado*, Buenos Aires, Lajouane, 1894, pág. 661, nota 2646; DE GÁSPERI, op. cit., t. III, pág. 441, pto. 515. Comp. ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, págs. 166/7, pto. 951; GOYENA COPELLO, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 629/30, pto. B. En contra, incluyendo las cargas sin distinción: RÉBORA, op. cit., t. II, pág. 23, pto. 284; LAJE, *La protección...*, cit., págs. 233/53, ptos. 359/402; LAFAILLE, op. cit., t. II, pág. 381, pto. 572; AZPIRI, *Manual...*, cit., págs. 317/9; CÓRDOBA, LEVY, SOLARI, y WAGMAISTER, op. cit., t. II, págs. 253/4, pto. 4, ap. c); MEDINA, en BUERES-HIGHTON, *Código...*, cit., t. 6-A, pág. 787, pto. 1. Como se verá inmediatamente en el texto y sus respectivas notas existen otros que hacen distinciones y en relación a ellas las incluyen o no.

Las cargas, como gastos que deben deducirse al igual que las deudas del valor de los bienes hereditarios para la formación de la masa para determinar la legítima, fueron incluidas expresamente por el Anteproyecto de Bibiloni (art. 3168), el Proyecto de 1936 (art. 2012), y el Anteproyecto de 1954 (art. 694). Los Proyectos de reforma de 1993, tanto de la Comisión Federal como de la Comisión creada por la Cámara de Diputados no innovaron sobre el tema la redacción del art. 3602; mientras que el Proyecto de 1998 se limitó a decir que las porciones legítimas "... se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados..." (art. 2395).

El Código Civil paraguayo admite la deducción de las deudas y cargas, sin comprender en ellas las impuestas en el testamento (art. 2601).

<sup>27</sup> LAJE, *La protección...*, cit., pág. 237, pto. 369.

<sup>28</sup> OVSEJEVICH, op. cit., págs. 96/7, pto. 34; CCCRos., Sala 2ª, 10/5/66, J.A. 1966-VI- Secc. Prov., pág. 133, y L.L. 123-600.

<sup>29</sup> Conf. LAJE, *La protección...*, cit., págs. 233/43, ptos. 359/82; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 110, pto. 945; FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 143, pto. 149/50; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 96/7, pto. 34; BLOUSSON, op. cit., págs. 124/5, pto. LXVII; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, págs. 799/800, pto. 648, ap. A) b).

<sup>30</sup> Conf. LAJE, *La protección...*, cit., págs. 242/3, ptos. 380/2.

<sup>31</sup> Conf. LAJE, *La protección...*, cit., págs. 233/53, ptos. 359/402; LAFAILLE, op. cit., t. II, pág. 381, pto. 572. En contra, basándose que el art. 3795 habla que los gastos de sepelio deben tomarse de la porción disponible, se opina que ello significa que no se computan para calcular la legítima; no sin reconocer lo malo de la interpretación que hacen del sistema legal, eximiendo a los legitimarios de un deber moral y haciéndolo recaer solamente sobre donatarios y legatarios e, incluso, recordando que los gastos hechos en honor del difunto son en realidad una deuda suya (BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 944; BLOUSSON, op. cit., págs. 123/4, pto. LXVI; FERRER, en LLAMBIÁS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 173, pto. 5, ap. d); FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 142, ptos. 148 y 150; OVSEJEVICH, op. cit., págs. 96/7, pto. 34; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, pág. 799, pto. 648, ap. A) b), quien sin embargo critica el régimen del Código Civil y propicia que también deberían estar incluidos como lo hizo García Goyena).

<sup>32</sup> Conf. FORNIELES, op. cit., t. II, págs. 106/7, ptos. 99/101, y pág. 114, pto. 113; LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, págs. 536/7, pto. 6, aps. A) y B), y págs. 538/9, ap. E); BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 110, pto. 948, y pág. 112, pto. 950, ap. a).

<sup>33</sup> STSFe, 29/3/49, JTSF. 28-57; idem, 30/12/49, JTSF. 28-233.

<sup>34</sup> C2a.CC.Paraná, 15/5/92, J.A. 1992-IV-144, con nota de F. A. M. FERRER, "Seguro de vida y protección de la legítima", págs. 148/58; CCiv. 1ª Cap., 2/10/39, J.A. 68-95. Conf. R. M. ROCA SASTRE, anotaciones a T. KIPP, *Derecho de sucesiones*, trad. B. Pérez González y J. Alguer, 2ª ed., Barcelona Bosch, 1976, t. V, vol. I, págs. 155/7; PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 52, pto. 36, y pág. 180, pto. 155; BORDA, *Tratado...*, cit., t. I, pág. 475, pto. 675, y t. II, pág. 105, pto. 927, y pág. 113, pto. 950, ap. c); MARTÍNEZ RUIZ, *La colación...*, cit., págs. 149/50, pto. 208; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 495, pto. 844; MÉNDEZ COSTA, en LLAMBIÁS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 485, pto. 4.

<sup>35</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 113, pto. 951; MÉNDEZ COSTA, en LLAMBIÁS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 485, pto. 4, ap. b).

<sup>36</sup> MACHADO, op. cit., t. V, págs. 94/5, nota al art. 1832 inc. 1; BLOUSSON, op. cit., pág. 128, pto. LXXI; LAJE, *La protección...*, cit., págs. 195/6, ptos. 270/1; SPOTA, *Contratos*, cit., t. VII, págs. 321/2, pto. 1638, ap. f); BELLUSCIO, *Vocación...*, cit., págs. 123/4, pto. 54; FERRER, "La acción...", cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 22; P. CALATAYUD, *Sucesiones*, versión taquigráfica de sus clases, Buenos Aires, Amicis, 1933, págs. 162/3; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 158, pto. 936.

En contra, minoritariamente se ha sostenido que deben computarse incluso las anteriores a la existencia del legitimario, ya que lo que aquí se persigue es su inclusión para el cálculo de la legítima.

Una vez determinada ésta y la porción disponible recién se verá si determinado legitimario goza o no de la acción de reducción y si son susceptibles de ser alcanzadas por ésta. Y así se ha ejemplificado que puede acontecer que la acción de reducción la tenga un legitimario (el cónyuge que estaba casado con el donante a esa época) y no otros (los hijos nacidos todos después), o que incluso no la tenga ninguno. Pero aun a aquel legitimario que no le aproveche la reducción, siempre le resultará útil el computar la donación anterior. Así, si suponemos un *relictum* líquido de \$ 80.000 y un valor del *donatum* de \$ 30.000, integrado éste por \$ 25.000 de donaciones anteriores y \$ 5.000 de donaciones posteriores, se advierte que el hijo legitimario, computando todas las donaciones, no podrá reducir las anteriores, pero podrá aniquilar en su valor total a las posteriores, efecto que no lograría si no se tomara en consideración a aquéllas, pues entonces habiendo un *relictum* líquido de \$ 80.000 y un *donatum* de \$ 5.000, éste no excedería la porción disponible (en la hipótesis de un quinto, esto es de \$ 17.000) (LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, págs. 537/8, pto. C. Conf. SALVAT, R., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2ª ed., actualizada por Acuña Anzorena, Buenos Aires, TEA, 1954, t. III, págs. 67/8, pto. 1049 y nota 128).

<sup>37</sup> Tal creencia ha permitido sostener que el legatario no puede pretender que se compute lo dado en vida por el causante, de manera entonces que la porción disponible se calcula sobre los bienes dejados a la muerte, prescindiendo de las donaciones (CCiv. 1ª Cap., 7/5/30, J.A. 33-89; idem, 5/3/36, J.A. 53-615 y GF. 121-217; MACHADO, op. cit., t. IX, págs. 123/5, sin perjuicio que critica la doctrina que surge del art. 3478 y su nota, y coincide que la solución debería ser la que damos en el texto, lo que exige una reforma cuando el Código sea corregido; CAMMAROTA, op. cit., págs. 12/15, pto. 5, ap. 1º b).

<sup>38</sup> Conf. CCiv. 1ª Cap., 21/9/25, J.A. 33-89, en nota; LAFAILLE, op. cit., t. I, págs. 339/49, pto. 497, ap. b); P. CALATAYUD, “Un caso judicial de legítima y colación”, GF. 143-29; MARTÍNEZ RUIZ, op. cit., págs. 129/38, ptos. 174/90; SEGOVIA, op. cit., t. II, págs. 498/9, nota 86; FORNIELES, op. cit., t. I, pág. 377/81, ptos. 310/11; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 111/2, ptos. 949; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 99, pto. II, ap. b); LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, pág. 537, ap. B; F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, Ed. Sociedad Tipográfica, 1852, t. II, com. art. 648, págs. 97/8 y correlato con pág. 342; JOSSEERAND, op. cit., t. III, vol. II, pág. 314, pto. 1103.

<sup>39</sup> F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 3ª ed., Bruxelles-París, Bruylant-Christophe-Marescq, 1878, t. 12, págs. 228/30, pto. 171; BLOUSSON, op. cit., págs. 132/5, pto. LXXIII.

<sup>40</sup> FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 113, pto. 112; MAFFÍA, *Tratado...* cit., t. II, pág. 494, pto. 844; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 165, pto. 950; LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., pág. 536, pto. 6 A; MÉNDEZ COSTA, en LLAMBÍAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 485, pto. 4, ap. a); PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 53, pto. 36; A. COLIN y H. CAPITANT, *Curso elemental de derecho civil*, trad. D. de Buen, Madrid, Reus, 1928, t. 8, págs. 425/6, ap. c). Algunos excluyen el pago de deudas de terceros, cuyo importe será reducible, porque de lo contrario sería un medio muy fácil de burlar la legítima (BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 113, pto. 950, ap. b); FERRER, en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 168, pto. 3). Con mayor generalidad se ha expresado que los gastos y regalos extraordinarios deben colacionarse y en cuanto al pago de deudas debe tratarse de pequeñas sumas (OVSEJEVICH, op. cit., pág. 98, ap. B) d).

<sup>41</sup> LAJE, *La protección...*, cit., págs. 275/80, ptos. 442/9 y pág. 198, pto. 274.

<sup>42</sup> LAJE, *La protección...*, cit., págs. 371/4, ptos. 639/45, y “La transmisión onerosa...”, cit., L.L. 75-913, ptos. 58/64; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 116/7, pto. 955; LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, págs. 539/40, pto. F, ap. a). En contra: OVSEJEVICH, op. cit., págs. 107/8, pto. 38, ap. K) b).

<sup>43</sup> LAJE, *La protección...*, cit., págs. 374/5, pto. 646, y “La transmisión onerosa...”, cit., L.L. 75-913, ptos. 58/64. En contra: GUASTAVINO, *Pactos...*, pág. 386, pto. 354; MÉNDEZ COSTA, en LLAMBÍAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 493, pto. 5, ap. e).

<sup>44</sup> JOSSEERAND, op. cit., t. III, vol. III, pág. 299, pto. 1703. En sentido similar, se ha señalado que el efecto de la dispensa de colación presumida podrá resultar disminuido o aniquilado por la existencia de donaciones anteriores hechas a otras personas, que menoscaben o absorban la porción disponible. En tal caso, aunque el heredero sea dispensado de la colación, será alcanzado por la reducción (RIPERT

y BOULANGER, op. cit., t. X, vol. 2, págs. 253/4, pto. 2692. En contra: COLIN y CAPITANT, op. cit., t. 7, págs. 531/2; GRIMALDI, op. cit., pág. 665, pto. 726, ap. 2 a).

<sup>45</sup> BLOUSSON, op. cit., págs. 129/32, pto. LXXII; OVSEJEVICH, op. cit., págs. 98, pto. 36, ap. B) e); LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., pág. 536, pto. 6 A; PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 53, pto. 36; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 165, pto. 950.

El Proyecto de Código Civil de 1998 prevé un régimen sustancialmente distinto. Por un lado, dispone que se debe aplicar en subsidio a los actos gratuitos que no son donaciones las normas que regulan dicho contrato (art. 1422), y luego, concordante con este criterio, obliga a colacionar a los descendientes y al cónyuge los beneficios recibidos como consecuencia de convenciones hechas con el difunto que hayan tenido por objeto procurarles una ventaja particular, salvo dispensa. Se exceptúa el fideicomiso constituido por actos entre vivos o por testamento en beneficio de herederos incapaces, el que puede durar hasta que cese la incapacidad, y es válido aun cuando exceda la porción disponible (arts. 2345 y 2397).

<sup>46</sup> Vélez Sársfield estableció que las donaciones se valuaban al tiempo en que habían sido hechas, lo que era aplicable para determinar la masa legitimaria y para el cálculo del valor colacionable.

El Anteproyecto de Babiloni (art. 3168), el Proyecto de 1936 (art. 2012) y el Anteproyecto de 1954 (art. 694) mantuvieron el mismo criterio.

El sistema fue objetado, afirmándose que lo adecuado era tomar los valores al tiempo del fallecimiento del causante, ya que: a) Para saber si está excedida la legítima, hay que atenerse al momento de su nacimiento -la muerte del donante- y no a la época de la donación, en que la capacidad del causante para donar era plena; b) Si la donación no se hubiese realizado, los legitimarios hubieran recibido el bien objeto de ella por el valor existente al abrirse la sucesión; c) La acción de reducción es personal, pero puede derivar de ella una real (art. 3955), con efectos reipersecutorios. Ello permite la restitución en especie, lo que implica determinar su valor al tiempo del reintegro, ¿cómo se la puede conciliar con la apreciación del valor de la donación al tiempo en que se la hizo?; d) Resulta aun más inconveniente en países como el nuestro azotados por la inflación; e) Precisamente de ésta puede derivar que por la alteración de los valores, los donatarios puedan encontrarse beneficiados en perjuicio de los legitimarios; con lo que el superior derecho de éstos resultaría desvirtuado en la práctica a favor de aquéllos; y f) En la hipótesis del aumento de valor del bien donado, el beneficiado no podría considerarse perjudicado ya que, en primer lugar, gozó de la cosa hasta el momento de la reducción; y además le serían resarcidos los gastos para mejorar la cosa, siempre que no sean meramente conservatorios (LAJE, *La protección...*, cit., págs. 207/11, ptos. 294/9; OVSEJEVICH, op. cit., págs. 100/2, pto. 37; BLOUSSON, op. cit., págs. 154/5, pto. XC; P. CALATAYUD, op. cit., GF. 143-29).

Fue, entonces, la reforma de la ley 17.711 la que estableció que a los fines del cálculo en ambas situaciones se tomase el valor de las donaciones al tiempo de la apertura de la sucesión. Es el sistema del Código Civil italiano (arts. 556 y 747, 750 y 751) y del venezolano (arts. 1092 y 1099); el Código suizo fija el valor venal de las liberalidades al día del deceso del causante o el precio de venta si ha sido enajenada (art. 630). El Código Civil japonés estima el valor de las donaciones a los fines de la colación según el que tengan las cosas donadas en su estado originario al tiempo de la apertura de la sucesión, aun cuando éstas se hubieren perdido, aumentado o disminuido su valor a consecuencia de actos efectuados por el donatario (art. 904); tomando también el valor de lo donado a la muerte del causante para el cálculo de la legítima (art. 1029, inc. 1). El Código paraguayo para fijar la legítima atiende al valor actualizado de los bienes del difunto al tiempo del inventario judicial, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender en ellas las impuestas en el testamento, agregándose al valor líquido el de las donaciones valuadas a aquel tiempo (art. 2601); inventario y avalúo que se realiza según los trámites previstos en el Código Procesal Civil. Se agrega que en la práctica judicial en principio no se denuncian las donaciones al realizar dichas operaciones; ello recién ocurre cuando aparecen evidencias de que los bienes inventariados no cubren la legítima (MARTÍNEZ, op. cit., págs. 396/7).

Marcando otra vez el azote inflacionario que nos aqueja, y sus efectos perniciosos para recomponer la masa hereditaria a los fines del cómputo de la legítima, ante el nuevo sistema de

valuar las donaciones al tiempo de la muerte del *de cujus*, se escribió que “*era lo que correspondía para procurar un ajuste de los valores donados, en función de los términos pecuniarios actuales, lo que permite su adición, en términos homogéneos, a los valores dejados a su muerte por el causante*” (LLAMBIAS, *Estudio de la reforma...*, cit., págs. 488/91; BORDA, *Tratado...*, cit., t. I, págs. 455/9, ptos. 643/5, y t. II, pág. 118, pto. 958; GARRIDO y ANDORNO, op. cit., t. II, págs. 105/7 (com. art. 3477) y págs. 138/40 (com. art. 3602). Otro que coincidió con el cambio, lo hizo con reservas: “... *la justicia que trasuntan las normas apuntadas embriagan por su logicidad y su perfecta razón; sin embargo, su aplicación práctica plantea interrogantes cuya respuesta es difícil de predecir*” -GOYENA COPELLO, “El derecho sucesorio en...”, cit., L.L. 133-1077, com. arts. 3477 y 3602-).

Sin embargo, por otro lado se consideró que la computación del fenómeno inflacionario a las cuestiones atinentes a la determinación de la legítima y la colación, a los problemas derivados de ésta y la acción de reducción, encontraban solución mediante la aplicación a ellas del criterio de las deudas de valor (J. J. CASIELLO, “La deuda de valor”, L.L. 104-957, pto. VII; L. COLOMBO, “La depreciación de la moneda y las ‘deudas de dinero’ y las ‘deudas de valor’”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1968, t. I, pág. 161, pto. 4). Se sostuvo asimismo que además de surgir del propio art. 3477 que la colación es una obligación de valor, ya que habla que las personas obligadas a colacionar “deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto”, los arts. 3602 y 3604 también refieren a “valores” cuando aluden a los bienes dispuestos por el causante. La alocución originaria contenida en el art. 3602 al mencionar que para fijar la legítima se atenderá al “valor que tenían las donaciones del mismo testador al tiempo en que las hizo” debe ser entendida en su sentido propio, diferenciando las variaciones intrínsecas y extrínsecas del valor. La variación intrínseca se produce cuando se alteran los elementos materiales de los bienes donados (mejoras, deterioros, abandonos, etc.), o cuando se alteran circunstancias concretas y particulares que configuran el contorno de la cosa (caminos, pavimentaciones, etc.) y permiten su correlación con el valor de los restantes bienes; la variación extrínseca ocurre cuando la cosa permanece idéntica a sí misma, en sus elementos constitutivos y en las circunstancias que configuran su contorno, pero sufre las consecuencias de las fluctuaciones del poder adquisitivo del dinero, que afectan por igual a todos los bienes. Y el art. 3602 desecha sólo las variaciones intrínsecas, con el fin de que el donatario asuma los riesgos de la cosa donada, beneficiándose con su aumento de valor o perjudicándose con su depreciación, de modo de premiar su empeño o castigar su descuido. En cambio, en las alteraciones extrínsecas no hay una real alteración de la cosa, sino sólo contable o aritmética, como consecuencia de la modificación de la unidad de medida del valor; lo que obliga a estimar los valores que tenían las cosas donadas al tiempo en que las donaciones se realizaron, pero computando las fluctuaciones del poder real del módulo monetario con que se miden los valores (E. P. GUASTAVINO, “El derecho civil ante la inflación”, LL. 116-1080, pto. XVI, ap. B 1) y 2); idem, *Colación de...*, cit., págs. 346/58, ptos. 185/6).

Esta tesis fue recepcionada por las Primeras Jornadas de Derecho Civil (Santa Fe, noviembre 1963), las que aprobaron el siguiente despacho: “I. En el Código Civil argentino la colación es una deuda de valor. II. Por lo tanto, en la determinación del monto de lo colacionable ha de tenerse en cuenta la alteración del poder de cambio de la moneda, en modo de reflejar al día de la partición el valor que tenía el bien al tiempo de la donación”. Era la opinión de Guaglianone plasmada en su ponencia presentada a dichas Jornadas. Además en ellas, durante las deliberaciones, se manifestó que incluso en las donaciones de dinero la colación es una obligación de valor, sujeta al reajuste por la variación intensa del dinero; la que tenía como antecedente la ponencia de Martínez Ruiz: “En el ordenamiento vigente, debe interpretarse que la obligación de colacionar es una obligación de valor. Por ello, si lo colacionable fuere una donación de dinero, deberá tenerse en cuenta la alteración del poder adquisitivo del mismo”.

Coincidentemente se expresaron las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho (San Nicolás, julio 1964), al decir, en lo pertinente, “V (Mayoría). La obligación de valor debe cumplirse integrando la cantidad de moneda que en el día de cumplimiento efectivo sea necesaria para satisfacer el valor debido, para lo cual deberá tenerse en cuenta la fluctuación sufrida por la moneda de pago. VI.... Dentro del derecho hereditario corresponde también considerar que en la determinación del monto de lo colacionable, de la legítima,... ha de computarse el fenómeno de la alteración del poder intrínseco

de la moneda” (véase ambos certámenes jurídicos y dichas ponencias en GUASTAVINO, “El derecho civil ante...”, cit., L.L. 116-1112/3 y nota 72, y *Colación de...*, págs. 421/6).

Los precedentes judiciales también habían hecho aplicación de la actualización de valores: CNCiv., Sala E, 16/6/64, L.L. 116-661; CNCiv., Sala F, 26/12/67, L.L. 131-197; CNCiv., Sala C, 22/2/68, L.L. 130-537.

Los fundamentos de tomar el valor del bien al tiempo de la donación a los fines de la colación y el cálculo de la legítima y la porción disponible son: 1) Es el momento en que se produce la transmisión definitiva de la propiedad del bien al donatario y el empobrecimiento del patrimonio del donante como consecuencia de la donación, por lo que las alternativas posteriores deben estar a cargo del titular de la propiedad; 2) La colación en valor es superior a la colación en especie, porque no resuelve el título del donatario y es más conforme a la voluntad probable del disponente, que debió querer que el donatario se hiciese propietario definitivo del bien; y esta forma de colacionar es más acorde con el principio de la colación en valor, mientras que en las otras (colación del valor al tiempo del fallecimiento del donante o al tiempo de la partición, extremo este último que es inaplicable a la determinación de la legítima porque la situación de los donatarios extraños no es susceptible de ser modificada en razón del tiempo que los herederos, a su voluntad, hagan durar la indivisión hereditaria) sólo es un sustitutivo de la colación en especie; 3) Favorece la buena explotación del bien objeto de la liberalidad entre vivos, pues el donatario es el que se beneficia o perjudica con los aumentos o disminuciones posteriores del valor; 4) Permite al donatario conocer desde el momento de la donación la extensión de su responsabilidad respecto a los herederos; 5) Reduce los problemas derivados de la tasación; 6) Elimina todo problema derivado de los aumentos, mejoras, deterioros o periclitamiento; y 7) Si el causante hubiera vendido el bien al heredero o al tercero en vez de donárselo, lo que conservaría en su patrimonio sería su valor al tiempo de la venta.

Partiendo de tomar en cuenta el valor del bien al tiempo de la donación, esta corriente distingue: a) en materia de colación, teniendo en cuenta el tiempo que puede durar la indivisión, debe actualizarse el valor fijado al tiempo de la partición; de manera entonces que la suma dineraria atribuida al bien donado en ese momento tenga el mismo poder adquisitivo que la tenida en el día de la donación; y b) en materia de cálculo de la legítima y de la porción disponible, el valor determinado será actualizado al tiempo de la muerte del causante, ya que es entonces cuando deberá apreciarse si sus donaciones excedieron la porción disponible; las posteriores variaciones del valor de la moneda no pueden aprovechar ni perjudicar ni a legitimarios ni a donatarios, sin perjuicio de que la reducción debida por el donatario se considere obligación de valor (BELLUSCIO, “El valor de las donaciones ...”, cit., L.L. 135-1241, pto. 20, y *Vocación ...*, cit., págs. 107/12, ptos. 48/9. Conf. MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 199/205, ptos. 627/30, y pág. 495, pto. 845; GREGORINI CLUSELLAS, “La colación y la determinación...”, cit., L.L. 1998-F-439, ptos. III y V; MORENO DUBOIS y TEJERINA, *Examen y crítica de la reforma...*, cit., t. 4, vol. II, pág. 215 y ss.).

Sin embargo, no debe olvidarse que esta propia doctrina, pese a las críticas y ante el texto actual que toma en cuenta el valor de lo donado al tiempo de la apertura de la sucesión, propicia que en materia de colación dicho valor sea actualizado al tiempo de la partición (BELLUSCIO, “El valor de las donaciones...”, cit., L.L. 135-1241, ptos. 22/3; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 205, pto. 631; GREGORINI CLUSELLAS, “La colación y la determinación...”, cit., L.L. 1998-F-439, pto. III; AZPIRI, en FERRER-MEDINA, *Código Civil comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, t. I, págs. 585/6, pto. 3; SCBs. As., 11/3/80, Supl. L.L. 1980-403; CNCiv., Sala E, 5/2/79, J.A. 1980-I-504; CNCiv. Morón, Sala 1ª, 23/10/80, J.A. 1980-IV-686; CNCiv., Sala E, 17/10/86, J.A. 1987-IV-154; CNCiv., Sala C, 2/3/77, E.D. 78-327; CCCRos., Sala II, 1/3/79, Z. 18-198. Comp. LLAMBÍAS, *Estudio de la reforma...*, cit., págs. 440/1). Es de advertir que en su hora la jurisprudencia si bien reconoció imperativo la homogeneización de los valores colacionables computables en la cuenta particionaria, estableció que los cómputos actualizados al momento del fallecimiento del causante, aun reconociendo que se trataba de una deuda de valor, se cristalizaban al 1/4/91 por aplicación de la ley 23.928 de convertibilidad del austral (CCC. Bahía Blanca, Sala 1ª, 21/10/93, J.A. 1995-I-656). En contra, PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA - MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 18, pto. 8.

El Proyecto de Reformas al Código Civil de la Comisión Federal de 1993 (estableciendo "... Dichos valores se computarán al tiempo de las liberalidades, apreciados en moneda constante al tiempo de la partición" -art. 3477 y, por ende, su pertinente reflejo en el art. 3602-) y el de Código Civil de 1998 (reglando en materia de colación y cálculo de la legítima que el valor de las donaciones se aprecia, en valores constantes, al tiempo en que fueron hechas -arts. 2339, 2º párr., y 2395, 2º párr. *in fine*, respectivamente) volvieron a la idea de Vélez al apreciar el valor de las liberalidades al tiempo en que fueron hechas, sin perjuicio de la adecuación al tiempo de la partición si hubiese habido oscilaciones del valor de la moneda (nota de la Comisión Federal de 1993 al art. 3477), o, dicho de otra manera por la posterior propuesta, manteniendo ese valor en forma constante hasta la actualidad, evitándose así los problemas que se plantean en caso de pérdida o destrucción del bien o de mejoras o deterioros, producto de la acción del heredero o de terceros, al tiempo de la muerte del causante (AZPIRI, "La legítima en el Proyecto ...", cit., en *Temas ...*, cit., pág. 166/7). Por el contrario, el Proyecto de Reformas de la Comisión de la Cámara de Diputados (1993) mantuvo el régimen actual de valoración al tiempo de la apertura de la sucesión (art. 3477, últ. párr., y su correlato con el inamovible art. 3602).

<sup>47</sup> ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 165, pto. 949; BELLUSCIO, "El valor de las donaciones...", cit., LL. 135-1241, pto. 20; GREGORINI CLUSELLAS, "La colación y la determinación...", cit., L.L. 1998-F-439, pto. III. En contra, reajustando los valores al tiempo de la partición también para el cálculo de la masa para determinar la legítima: PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 17, pto. 8; GUASTAVINO, "El derecho civil...", cit., L.L. 116-1080, pto. XVI, ap. B 1), últ. párr.

<sup>48</sup> BELLUSCIO, "El valor de las donaciones...", cit., L.L. 135-1241, pto. 20.

<sup>49</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. I, págs. 518/9, ptos. 749/50.

<sup>50</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., págs. 540/7, ptos. 7/10, aps. A/E.

<sup>51</sup> Conf. BELLUSCIO, "El valor de las donaciones...", cit., L.L. 135-1241, pto. 24, y *Vocación...*, cit., págs. 112/3, pto. 50; MÉNDEZ COSTA, en LLAMBÍAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 243; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 1, págs. 749/52, ptos. 756/9; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 206/7, ptos. 632/5. Comp. MORENO DUBOIS y TEJERINA, *Examen y crítica de la reforma...*, cit., t. 4, vol. II, págs. 244/7, ptos. 3 y 4.

<sup>52</sup> Conf. PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 14, pto. 6, ap. C); MÉNDEZ COSTA, en LLAMBÍAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 486, pto. 6; CCCResistencia, Sala IV, 19/5/95, L.L. Litoral 1997-22.

<sup>53</sup> Conf. ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 158, pto. 936.

<sup>54</sup> Se ha escrito en la doctrina italiana que si la legítima queda afectada por actos entre vivos (donaciones) o disposiciones *mortis causa* (legados o atribución a uno o varios herederos de una cuota mayor que a otros), la defensa es la acción de reducción de los actos que han producido su lesión, siendo el medio para reintegrarla. Tiene una función correctiva del comportamiento del *de cujus*, lesivo de la legítima (F. MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, EJEA, 1956, t. VII, págs. 214/5, pto. 191, ap. 1).

<sup>55</sup> Conf. LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, págs. 547/8, pto. V, ap. b); ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, págs. 158/9, pto. 937; LAJE, *La protección...*, cit., págs. 196/7, pto. 272.



**CAPÍTULO IV**  
**PROTECCIÓN DE LA LEGÍTIMA**  
**ACCIONES DE COMPLEMENTO Y REDUCCIÓN**

**1. Concepto. Necesidad de compatibilizar ambas acciones**

El art. 3600 establece que “el heredero forzoso, a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, sólo podrá pedir su complemento” y el art. 3601 preceptúa que “las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos, se reducirán a solicitud de éstos, a los términos debidos”.

Pareciera que estamos frente a dos acciones distintas, sin embargo es conveniente realizar una interpretación que armonice con los principios generales. El art. 3601 refiere a la *reducción* de “las *disposiciones testamentarias* que mengüen la legítima” y en cuanto a las *donaciones*, la *reducción* opera de acuerdo con lo dispuesto respecto de las donaciones inoficiosas, que son aquellas cuyo valor excede la parte que el donante podía disponer y entonces se procederá conforme a lo determinado por el Libro IV del Código Civil (art. 1830). A su vez, el art. 1831 sienta que “Si por el inventario de los bienes del donante fallecido, se conociere que fueron inoficiosas las donaciones que había hecho, sus herederos necesarios (es decir, forzosos o legitimarios) podrán demandar la reducción de ellas hasta que queden cubiertas sus legítimas”.

De allí que la acción de complemento de la legítima del art. 3600 se identifica con la acción de reducción del art. 3601, constituyendo, en realidad, dos aspectos de la misma pretensión. La primera persigue la integración de la cuota, su complemento, y la segunda señala el modo de lograr dicho complemento: la reducción de las disposiciones testamentarias o, en su caso, de las donaciones inoficiosas. Por lo tanto, se reduce en la medida necesaria para completar la legítima afectada; el art. 3600 constituye la expresión del límite con que opera toda reducción: el complemento de la legítima. Logrado ello, las demás liberalidades serán inatacables porque se imputan a la porción disponible <sup>1</sup>.

**2. Caracteres**

a) *No opera de pleno derecho*: Sin perjuicio que la reducción es una sanción <sup>2</sup>, no tiene lugar automáticamente, de pleno derecho, ya que para ello es necesario una demanda <sup>3</sup>.

Es que el fallecimiento del causante no resuelve la liberalidad, ni constituye al beneficiario en deudor de una indemnización. Las liberalidades existen y producen efectos plenos mientras los herederos no promuevan la acción de reducción <sup>4</sup>.

b) *Patrimonial*: Es una acción pecuniaria que pertenece a los legitimarios por derecho propio desde la apertura de la sucesión. El derecho de demandar la reducción de liberalidades inoficiosas integra el patrimonio del damnificado, implicando la posibilidad de obtener la nivelación de valores de acuerdo con los derechos existentes en virtud de la ley <sup>5</sup>.

c) *Transmisible*: Derivado del contenido patrimonial de la acción, surge que es transmisible a los sucesores *mortis causa* del titular -universales o particulares-, como asimismo en virtud de actos inter vivos del mismo, por ejemplo al cesionario de derechos hereditarios <sup>6</sup>.

d) *No es inherente a la persona*: Su transmisibilidad y carácter económico del derecho que protege hacen que no esté indisolublemente ligada a la persona del titular (arg. art. 498, *a contrario sensu*) <sup>7</sup>.

e) *Renunciable*: Si bien después de la muerte del causante (arg. arts. 3311 y 3599), porque ampara intereses individuales y no existe norma que lo prohíba (arg. arts. 19 y 872) <sup>8</sup>.

f) *Divisible*: Sólo aprovecha a quien la ejerce y en la medida de su derecho hereditario. Por lo tanto, si alguno de los legitimarios renunciara a la acción o la dejara prescribir, siempre subsistirá a favor de los restantes <sup>9</sup>.

Pero la parte del heredero que no ejercite la acción no acrecerá a quienes lo hagan, pues el acrecimiento solamente se produce en caso de renuncia a la legítima, pero no por la falta de ejercicio o renuncia a la acción de reducción <sup>10</sup>.

g) *Tiene efectos reales*: Pues persigue la restitución del bien donado, en la medida necesaria para salvar la legítima, con efectos reipersecutorios con relación a los terceros adquirentes (art. 3955) <sup>11</sup>.

h) *Prescriptible*: No obstante lo anterior, por tratarse de una acción personal la alcanza la prescripción decenal (art. 4023 y nota) <sup>12</sup>.

### **3. Naturaleza de la acción de reducción**

La cuestión se plantea por el efecto reipersecutorio que se le atribuye a la acción de reducción con relación a los terceros subadquirentes del inmueble donado por el causante (art. 3955).

Es prevaeciente la doctrina nacional y extranjera que estima que la reducción es una *acción personal* cuyo resultado es la resolución retroactiva del dominio del donatario o legatario, en virtud de lo cual sobreviene la obligación de éstos de restituir el bien. Pero si lo hubiesen enajenado, surge la *acción reivindicatoria contra los terceros adquirentes*.

De manera entonces que se ha señalado que en la reducción hay una aglutinación de acciones, ya que -siguiendo a la doctrina francesa- envuelve dos acciones: una personal y otra real. Es que toda donación lleva implícita la cláusula

de que será ineficaz si excede la porción disponible del donante, y que la reducción se obtiene sobre la base de este convenio tácito. Se ejercita entonces una acción personal derivada de un contrato. Pero, al mismo tiempo, la acción personal abre camino a una acción real de reivindicación, y declarado el derecho del heredero, éste recupera los bienes de cualquier mano que se encuentren.

Ello encuentra asidero entre nosotros por el juego de la nota al art. 4023 y lo dispuesto en el art. 3955 del Código Civil. El texto del primero sienta el plazo decenal de prescripción de las acciones personales, aclarando en su nota que el mismo alcanza al “derecho para pedir la legítima que corresponde por la ley”. El segundo, define la acción como real, pues, para finalmente marcar que el término de prescripción recién comienza desde la muerte del donante, en su inicio expresamente hace referencia a la acción de reivindicación que compete al legitimario contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación sujeta a reducción por comprometer parte de la legítima <sup>13</sup>.

#### **4. Actos susceptibles de ser atacados**

Son pasibles de la acción de reducción los legados (arts. 3601 y 3602, últ. p.) y las donaciones (arts. 1830, 1831 y 3602) que exceden la porción disponible, a fin de dejar a salvo la legítima afectada.

##### *4.1. Legados*

Cualquiera sea su clase, pueden ser reducidos total o parcialmente, según que la medida del exceso de la porción disponible <sup>14</sup>; y, en principio, ella se efectúe en especie.

Frente a la duda que podría plantear el art. 3343 -que, en lo que aquí interesa, establece que el aceptante puro y simple queda obligado no solamente con los bienes hereditarios sino también con los propios a hacer frente igualmente a los legados-, cabe aclarar que incluso el legitimario aceptante puro y simple de la herencia no tiene por qué respetar los legados que vayan más allá de la porción disponible del difunto y de los bienes relictos <sup>15</sup>, para lo cual será preciso confeccionar un inventario de ellos, pues la legítima no puede ser lesionada por ningún acto a título gratuito, independientemente de la modalidad con que el legitimario acepte la herencia. Su derecho le deriva de la ley, que además no exige que sea aceptante beneficiario para poder accionar por reducción. En sus relaciones con los legatarios, el legitimario afectado es un tercero que en defensa de su legítima ejerce un derecho que le es propio <sup>16</sup>.

Es posible que al legitimario se le deje un legado, situación en la que estaremos en presencia de un prelegado que asume la forma de una mejora. Si ésta se ha hecho con cláusula expresa (arts. 3524 y 3605), se imputará a la porción disponible, y el excedente lo recibirá como heredero, imputándose a cuenta de su porción legítima <sup>17</sup>. Si el testador no ha manifestado explícitamente su voluntad de mejorar, el legado se imputará directamente sobre la cuota de legítima que corresponde al legitimario <sup>18</sup>. Debiendo reducirse los legados, el prelegado sufrirá reducción como cualquier otro legado <sup>19</sup>.

## 4.2. Donaciones

Las que son objeto de la acción de reducción son las que exceden la porción disponible y su régimen está contemplado en los arts. 1830, 1832, 3604 y 3955.

Sin embargo, hay que hacer precisiones para delimitar el ámbito de ejercicio de la acción:

### 4.2.1. Donatario extraño o heredero forzoso.

Discútese si la acción de reducción solamente es esgrimible contra las donaciones efectuadas a extraños; mientras las que tengan como beneficiarios a herederos forzosos caen dentro de la órbita de la acción de colación (arts. 3476 y 3477), aun cuando la liberalidad excediera el monto de su legítima personal, o de la porción disponible en caso de que haya dispensa de colación <sup>20</sup>; o en estos casos también los alcanza la acción de reducción pues el excedente ya no será anticipo de la porción legítima, desde que dicha cuota del legitimario donatario ya está agotada. Importará, por lo tanto, una donación común, como si fuese a un extraño, desde el momento en que no existe porción legítima que gravite sobre el exceso, por lo cual se regirá por las disposiciones de la reducción <sup>21</sup>.

La consecuencia más trascendente de esta polémica es que si el heredero donatario ha dispuesto del bien donado y es insolvente, dado que la colación se hace en valores y no tiene los efectos reipersecutorios contra los terceros adquirentes que posee la acción de reducción y que permite traer el bien en especie, resultaría que la legítima del perjudicado quedaría lesionada para siempre.

Compartimos la opinión de que el exceso del valor donado sobre la cuota hereditaria del legitimario-donatario, que viola la legítima de sus coherederos, está sujeto a reducción, con todos sus alcances, medie o no dispensa de colacionar. Se protege así adecuadamente a los herederos forzosos frente a la eventual insolvencia del coheredero donatario, pues cabrá la restitución en especie y alcanzará a los subadquirentes.

Ello es así por varias razones:

a) Si bien toda donación efectuada en favor de un legitimario importa un adelanto de su porción hereditaria, siempre que el donante no disponga lo contrario (arg. arts. 3476, 3484, 1805, 3524), y está sujeta a colación, ello es así en tanto el valor de lo donado no exceda el de la legítima del donatario. Si esto ocurre, lo donado no puede ser imputado a aquélla y estaremos ante una donación común y por lo tanto regida por las reglas de la reducción y sus consecuencias.

b) Se entiende también que dentro de dicha porción hereditaria la colación se efectivice por un sistema de reintegro de valores y de obligaciones meramente personales. Pero cuando tal cuota está excedida, dicho sistema no puede resultar excluyente de todo otro por la sola circunstancia de que el donatario sea un heredero forzoso.

c) Si la colación se idea para establecer la igualdad entre los herederos (nota art. 3478), es absurdo y contradictorio fundarse en ella para negar la reducción en favor de los legitimarios afectados, frente a la insolvencia del donatario.

d) Es más, se estaría propiciando que el legitimario donatario vendiese la cosa e hiciese desaparecer su producido, para asegurarse su impunidad, colocándose en mejor situación que los donatarios comunes, para quienes la obligación de restituir se desplaza a los terceros adquirentes.

e) Tan irrevocable es el dominio adquirido por el donatario legitimario de los bienes donados que ha podido como dueño disponer de ellos con terceros (nota art. 3477, últ. párr.), como lo es el del donatario extraño. No se entiende, entonces, cómo puede pensarse que las enajenaciones de éste son atacables por la reducción y no las de aquél.

f) El efecto reipersecutorio de la acción de reducción contra los terceros adquirentes de lo donado y el consecuente resultado de lesionar sus derechos, es fruto de la primacía de los derechos de los legitimarios ante el enérgico sistema de defensa de la legítima adoptado en nuestro régimen.

g) Por lo demás, el heredero no pudo evitar la donación realizada por el causante ni la ulterior enajenación del donatario. El tercero, en cambio, pudo abstenerse de adquirir frente a un título imperfecto (art. 2663).

h) Tal es la energía con que nuestra legislación defiende a la legítima, que los efectos de la acción de reducción pueden darse frente a enajenaciones que exteriormente aparecen como realizadas a título oneroso.

Así, en el caso previsto por el art. 3604 en que la transferencia por contrato hecha a un heredero forzoso se reputa donación y debe imputarse a la porción disponible del causante, si el valor transferido al legitimario supera la porción disponible, el exceso es considerado como donación colacionable y se imputará a la legítima que le corresponde y si ésta también se encuentra sobrepasada, la diferencia en favor de los otros herederos forzosos tendrá que ser compesada en efectivo o con otros bienes. Pero si el bien objeto de la operación hubiese sido enajenado por su adquirente y luego se convirtiera en insolvente, tendríamos por reproducido el problema derivado de una donación a un heredero forzoso y la

solución tendría que ser la misma que venimos sosteniendo: la posibilidad de la promoción de la acción de reducción con efectos reivindicatorios contra el subadquirente, tendiente a reintegrar lo faltante para cubrir la legítima afectada, sin perjuicio que dicho tercero tenga el derecho a desinteresarlos en valores (arg. art. 1857) <sup>22</sup>.

Como se ha señalado con agudeza, la doctrina que impugnamos se fundaría en el error de creer que la colación es el medio necesario para defender las legítimas, sin advertir que puede darse la colación sin que haya legítima que proteger, tal como ocurre en el derecho inglés, conforme el cual se la concibe como un adelanto de herencia, con la circunstancia elocuente de que sólo la traen los descendientes a quienes se han dado bienes para establecerlos o para pagar sus deudas. Por el contrario, existiendo entre nosotros el instituto de la legítima y su correlativo representado por la porción disponible, el causante no puede disponer de todo sino libremente de una parte (arts. 3591 y 3605). Todo exceso en que pueda incurrir menoscabando la legítima no puede corregirse mediante la colación de lo que en vida les dio a sus herederos forzosos, sino por medio de la acción de reducción. Es que *“la colación es la imputación a la cuota hereditaria. Si hay legítima, no queda perjudicada, si se imputa a la parte disponible lo que se da en mejoras a los herederos. Sólo el excedente se imputa a la legítima. La colación es, pues, lo opuesto a la imputación sobre la parte disponible”* <sup>23</sup>.

En síntesis, las donaciones a extraños están sujetas al régimen de la reducción y sus efectos reipersecutorios. También procederá la acción de reducción contra las donaciones efectuadas a herederos forzosos, cuando no hay dispensa de colación y el valor de lo donado excede la cuota de legítima individual del donatario; o cuando media dispensa de colación y excede el monto de la porción disponible más la cuota de legítima individual del heredero forzoso.

De manera entonces que la colación solamente será viable cuando el valor de lo donado no exceda la cuota de legítima individual del legitimario beneficiado, es decir que pueda ser imputado a su porción hereditaria. Si existiese dispensa de colación de la donación, ésta se imputará a la porción disponible del causante y, por tanto, su valor se atribuirá al donatario a título de mejora (art. 3605); y si eventualmente excediese dicha porción pero el superávit entrase dentro de la legítima individual del legitimario donatario, el mismo estará sujeto a colación y se imputará a su hijuela como anticipo de herencia <sup>24</sup>.

#### *4.2.2. Epoca en que se hizo la donación*

Solamente pueden pedir la reducción los herederos forzosos que existían a la fecha de la donación, si bien el marco se amplía exclusivamente en favor de los descendientes nacidos después cuando hay alguno de ellos que existía a ese entonces (art. 1832 inc. 1).

Las donaciones hechas cuando no existían herederos forzosos del donante no son reducibles.

Además, cabe poner de relieve que en nuestro régimen son objeto de reducción todas las donaciones efectuadas por el causante, sin límite cronológico alguno, siempre que el caudal relicto no alcance para cubrir las legítimas. Es el criterio que adoptan los códigos de la familia latina (francés, art. 923; italiano, arts. 556, 557 y 559; portugués, arts. 2168, 2169 y 2173; y español, arts. 636, 654, 655, 656).

Sin embargo, el Proyecto de 1998 establece que el legitimario solamente puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante en los diez años anteriores a su deceso (art. 2402). Este plazo luego fue reducido a cinco años por la Comisión de Legislación General.

La limitación cronológica de la reducibilidad de las donaciones tiene su fuente en el Anteproyecto de 1954 (art. 693), el cual a su vez se basa en el Código Civil alemán (art. 2325, 3<sup>er</sup> párr.), que limitan la reducción a lo donado en los últimos diez años<sup>25</sup>. De esta manera la segunda comisión redactora del Código Civil alemán quería evitar que volvieran a ponerse en tela de juicio situaciones de mucho tiempo atrás<sup>26</sup>; y la Nota de Elevación del Proyecto de 1998 expresa que con dicha limitación temporal se quiere rodear de mayor seguridad a la adquisición y transmisión de los derechos del donatario (Nº 319).

Creemos que no son razones suficientes que justifiquen distinguir el tiempo en que fueron hechas las donaciones a los fines de la reducción, puesto que con ese criterio se crea una discriminación que lesiona gravemente el régimen de protección a la legítima. En la práctica se observa que en una gran cantidad de casos las donaciones que avanzan sobre la porción legítima están hechas más allá de los diez años anteriores a la muerte del donante. En estos supuestos, que no son infrecuentes, con la norma proyectada la lesión a la legítima quedaría definitivamente consumada.

La vulnerabilidad de la donación cuando el donante tiene herederos forzosos, es un engranaje esencial del mecanismo de protección a la legítima. Si se suprime o restringe, se resquebraja y se diluye todo el régimen protector inteligentemente armado por nuestro codificador, inspirado fundamentalmente en el derecho francés<sup>27</sup>.

La legítima y su defensa constituyen por esencia un régimen limitativo del poder de disposición del propietario; indudablemente y en alguna medida traba la libre circulación de los bienes y por ello puede provocar ciertos inconvenientes económicos. Pero es preciso ponderar los fundamentos: si la estabilidad de la transmisión de derechos y la economía tienen su importancia, la familia y su protección patrimonial también la tienen. La legislación civil no debe sacrificar una institución que es la más elevada expresión de la solidaridad familiar en el altar de la seguridad jurídica, porque efectivamente la acción de reducción es el instrumento de protección más eficaz de los legitimarios contra los abusos siempre posibles del causante.

Por lo demás, no es significativa la cantidad de donaciones y transmisiones sucesivas que pueden ser afectadas por la acción de reducción como para plantear

un problema de seguridad jurídica que justifique cambiar el sistema. En cambio, cuando un padre deshereda a sus hijos por vía de liberalidades y logra consumir definitivamente su burla al sistema, se convalida legalmente un ejemplo altamente nocivo para la sociedad, porque queda impune y consentido un acto de profunda insolidaridad familiar destinado a suprimir el apoyo patrimonial a los parientes más próximos, a sus propios hijos.

En Bélgica, recientemente se ha estudiado la cuestión de la protección de la legítima, la acción de reducción y sus efectos reipersecutorios, cuyo régimen es similar al nuestro, e incluso se ha hecho una encuesta entre los notarios belgas, pronunciándose el 88% de los mismos a favor del sistema y de su mantenimiento. Además de la solidaridad familiar, entre otras razones se dieron la necesidad de proteger a los hijos contra las reacciones a veces muy impulsivas de sus padres; la de evitar que las relaciones en el seno de la familia sean influenciadas por el chantaje, consistente en amenazas potenciales de desheredamiento; y también impedir que personas vulnerables puedan sufrir influjos respecto al destino de su herencia, produciéndose situaciones malsanas y abusivas.

Consideramos que el Proyecto originario de 1998 trae innovaciones que flexibilizan razonablemente el rigor de la protección de los legitimarios, cuando reduce el monto de las cuotas legítimas (art. 2395, 1<sup>er</sup> párr.)<sup>28</sup>, aumentando el margen del poder de libre disposición del causante; y a la vez otorga al donatario y al subadquirente el derecho de impedir la resolución de la donación pagando en efectivo al legitimario la suma necesaria para integrar su legítima (art. 2403), con lo cual se habilita un medio para impedir que esta acción afecte el régimen de transmisión de bienes. Asimismo, establece expresamente que para accionar contra los terceros adquirentes se requiere previamente la excusión de los bienes del donatario (art. 2406). Y por último, fija en dos años el plazo de prescripción de la acción de reducción, a contar de la apertura de la sucesión (art. 2502 inc. f).

Estas importantes reformas nos parecen razonablemente suficientes para balancear de un modo equitativo el derecho de los herederos forzosos a integrar su cuota legítima, por una parte, y el derecho de los donatarios y subadquirentes a la estabilidad y firmeza de sus adquisiciones, por la otra, con lo que se satisface el principio de la seguridad jurídica, sin necesidad de avanzar más allá y sin desarticular el régimen legal de protección de los herederos forzosos en función del sustento económico de la familia<sup>29</sup>.

Por otra parte, de la normativa proyectada puede resultar la incongruencia de tomar en cuenta para el cálculo de la legítima todas las donaciones hechas por el causante desde los trescientos días anteriores al nacimiento del descendiente, o del representado por él, o desde la celebración del matrimonio (art. 2395, últ. párr.), pero luego no poder reducirlas si la afectan porque han transcurrido más de cinco años entre la liberalidad y la muerte<sup>30</sup>. Sin embargo, podría pensarse que dichas donaciones no deben computarse porque el artículo también hablase que para



determinar “la porción de cada descendiente sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles” y las que nos ocupan no lo son.

## **5. Orden en que se hace la reducción**

### *5.1. Principio general*

Primero caen los legados y después las donaciones (arg. art. 3602).

Ello se debe a que las disposiciones testamentarias son más recientes que las donaciones y precisamente por eso, quizás, son las que han sobrepasado el límite de la porción disponible. El derecho de los legatarios tiene recién comienzo en la fecha del fallecimiento del causante.

Por otra parte, se respeta así el principio de la irrevocabilidad de las donaciones (art. 1848 y ss.). De lo contrario, si se permitiese reducir a prorrata los legados y donaciones, se estaría autorizando indirectamente al donante a revocar donaciones anteriores mediante nuevas o por disposiciones testamentarias ulteriores.

La regla que surge del art. 3602, que da estabilidad a los derechos adquiridos -las donaciones- sobre los derechos en expectativa -los legados-, tiene carácter de orden público, no pudiendo ser alterada por el disponente y si lo hace la cláusula sería nula <sup>31</sup>.

### *5.2. Legados*

#### *5.2.1. Cómo caen*

Los legados caen en el orden inverso al cual se pagan. Es decir, primero los de cantidad, luego los remuneratorios y por último los de cosa cierta <sup>32</sup> (arg. art. 3795). Dentro de cada una de dichas categorías, la reducción se hace a prorrata (arts. 3602, 3<sup>er</sup> párr., y 3795).

Dicha solución es criticada, ya que se sostiene que todos deberían caer a prorrata, pues todos toman eficacia en el mismo momento: la apertura de la sucesión. Más aún cuando inicialmente pareciera aceptar este criterio al decir “reduciendo a prorrata” (art. 3602, 3<sup>er</sup> párr.) y “reducción proporcional” (art. 3797) cuando habla de los legados <sup>33</sup>.

Pero en materia de legados el causante puede alterar dicho orden de caída, ya que si está facultado a revocarlos, con mayor razón puede realizar lo primero. Además, en ello no hay perjuicio a los herederos forzosos ni a los donatarios <sup>34</sup>.

Sin embargo, precisamente en razón del reconocimiento de dicha posibilidad al testador, se ha explicado que, cualquiera sea la expresión normativa adoptada, lo que se persigue en todos los casos es consagrar un sistema que interprete la voluntad presunta del testador, cuando éste no la ha exteriorizado expresamente previendo la hipótesis de que no puedan satisfacerse todos los legados que hubiese dispuesto. Si no resulta antifuncional que el testador fije un orden de prelación para el cumplimiento de los legados, no cabrían tampoco objeciones si esa preferencia emanara de una norma legal. Cuando el legislador adopta ese sistema se está anticipando a interpretar en función normativa, la voluntad presunta del disponente. A esos efectos, y para concretar la prioridad, utiliza cierta escala de valores -que en un momento dado se acepta como adecuada al acontecer habitual de los hechos- procurando, al mismo tiempo, armonizar las previsiones respectivas, con el esquema general vigente en materia sucesoria <sup>35</sup>.

### *5.3. Donaciones*

#### *5.3.1. Cómo caen*

Si tocando los legados la legítima sigue afectada, se seguirá con las donaciones. Éstas se reducen sucesivamente, una a una, en el orden inverso en que han sido cronológicamente creadas, o sea desde la última hacia la primera hasta que la legítima sea salvada. De manera que es factible que una quede parcial o totalmente aniquilada, mientras las demás subsistan íntegramente <sup>36</sup>.

Tal criterio se basa en que, teniendo las donaciones fechas diferentes, es justo reducir primero las más recientes, pues cabe suponer que las más antiguas no han afectado la legítima. Con el agregado de que también lo es preferir a aquel que primero ha adquirido sus derechos.

Además, como hemos indicado, el principio de la irrevocabilidad de las donaciones excluye el sistema del prorrato, ya que mediante éste el donante a través de donaciones posteriores que excedieran la porción disponible, tendría el medio de revocar todas las donaciones anteriores, al menos parcialmente, por efecto de la reducción proporcional <sup>37</sup>.

El sistema sucesivo de reducción de las donaciones no puede ser modificado por el causante, ya que la mencionada regla de la irrevocabilidad de las donaciones -que es un principio de orden público- lo impide <sup>38</sup>.

Es factible que sean reducidas a prorrata, en proporción a su valor, las donaciones que han sido hechas el mismo día o en un solo y mismo acto, ya que todos los donatarios tienen los mismos derechos, a no ser que el donante haya establecido un orden de prioridad entre ellas, circunstancia que impondrá atenerse a él <sup>39</sup>. Si establecidas el mismo día, se ha indicado la hora en que se hicieron, la reducción comenzará por la última y si hubiese dudas se hará a prorrata <sup>40</sup>.

### 5.3.2. Fecha cierta

Es claro que la reducción sucesiva de las donaciones en orden inverso a sus fechas, es sencilla cuando éstas surgen de escrituras públicas, ya que tienen efecto *erga omnes*.

No lo es si la donación está documentada en instrumento privado, en que será oponible al legitimario y a los legatarios desde que hubiese adquirido fecha cierta de acuerdo con lo preceptuado por el art. 1035<sup>41</sup>. Si ella fue adquirida desde el día del fallecimiento del donante (art. 1035 inc. 4), se reducirá al mismo tiempo que los legados y proporcionalmente con ellos<sup>42</sup>.

Más complejo aún es el caso de las donaciones manuales, en donde generalmente no se extiende documento alguno, lo que torna inaplicable el art. 1035. Esto hace que le quede al donatario la posibilidad de demostrar la fecha por todos los medios, principalmente los papeles del difunto<sup>43</sup>.

### 5.3.3. Insolvencia de un donatario

Supongamos que una sucesión tenga una porción disponible de \$ 100.000, los que el causante dona a Juan, agotando así su poder de disposición. Luego hace otra donación a Pedro por \$ 100.000, la que enteramente debe ser tomada sobre la legítima. Luego resulta que Pedro cae en insolvencia.

Si la donación ha sido de inmueble, no hay problemas porque los herederos disponen de una acción reipersecutoria (art. 3955). Pero si se trata de dinero, valores, o cosas fungibles o consumibles: ¿Quién se perjudica?. Se encuentran en pugna dos principios de orden público: el de la protección de la legítima y el de la irrevocabilidad de las donaciones. ¿A cuál se le da preferencia?

Ante el silencio legal, se han ensayado tres soluciones:

a) El perjuicio debe recaer sobre el heredero forzoso, de manera que el donatario anterior no debe ser molestado. Se funda en el rigor del texto legal: en la masa de cálculo de la legítima deben ser computadas todas las donaciones, incluso la efectuada al insolvente<sup>44</sup>.

b) Otros, no obstante admitir que la donación al insolvente se compute en la masa, hacen sufrir el perjuicio a los donatarios anteriores, única manera de mantener incólume la legítima<sup>45</sup>.

c) Por último, un tercer sistema, fundado en razones de equidad, hace pesar la insolvencia sobre todos los interesados, no computando la donación al insolvente en la masa de bienes, y así el legitimario podrá demandar la reducción de las donaciones anteriores, aunque en una proporción menor desde que disminuida la masa, la legítima es menor y la acción de reducción pesa menos sobre los demandados<sup>46</sup>.

Como se explicará, debe adoptarse el segundo criterio, por ser -en resumen- el más práctico y el que a la vez mejor defiende la institución de la legítima. Descartamos la primera solución por ser injusta, puesto que la legítima se ha dictado para defender a los legitimarios y no para perjudicarlos por la simple razón de que el último donatario sea insolvente, circunstancia que escapa totalmente a la voluntad de aquéllos. En cuanto a la tercera opinión, pese a aparentar ser la más equitativa <sup>47</sup>, acarrea inconvenientes prácticos, los que se agravan cuando el insolvente es, por ejemplo, el penúltimo donatario o alguno anterior <sup>48</sup>.

Nosotros compartimos el segundo de los criterios expuestos, ya que lo prioritario para la ley es la satisfacción del derecho del legitimario a costa de cualquiera de los donatarios. Por ello, entendemos que la insolvencia de uno de los donatarios no debe perjudicar al legitimario, sino que legitima a éste para pedir la reducción de las donaciones anteriores. Esto con independencia de que quede subsistente contra el donatario insolvente la acción de reducción correspondiente en la que se subrogaría el donatario cuya donación fue reducida y, en consecuencia, resulta afectado por la insolvencia del donatario posterior. Por supuesto que en el caso de que no existiera donación anterior, o a pesar de que con esa reducción no se pudiera cubrir la legítima, lo que subsiste a favor del legitimario es la acción de reducción contra el donatario insolvente.

Es que la preferencia absoluta del derecho del legitimario frente a cualquier donatario encuentra fundamento en las siguientes razones:

1) La donación es un acto gratuito que padece siempre de cierta incertidumbre, porque debe ceder ante los derechos de los acreedores y de los legitimarios.

2) En el caso de la legítima, la donación siempre está a la expectativa del estado del patrimonio del donante al momento de la muerte. En cuanto afecte la legítima, la donación puede ser reducida en ese momento. Si se establece un orden de reducción en caso de pluralidad de donaciones es más bien para garantizar los derechos de los donatarios, pero ese orden no parece que deba limitar el derecho de los legitimarios.

3) Los preceptos destinados a la reducción de donaciones no consagran, pero tampoco excluyen, la reducción de las donaciones más antiguas si las modernas son irrecuperables <sup>49</sup>.

## **6. Ejercicio de la acción**

### *6.1. Legitimación activa*

Los *legitimarios*, sin distinción de si son aceptantes beneficiarios o puros y simples <sup>50</sup>; e incluso -si sostenemos que la legítima es *pars bonorum*- aquéllos por el

solo hecho de ser tales y sin necesidad de aceptar la herencia, pueden ejercitar la acción de reducción, en tanto acrediten esa cualidad y su porción legal <sup>51</sup>.

Si son legados los que lesionan la legítima, todos los herederos forzosos existentes al tiempo de la apertura de la sucesión podrán hacerlo (arg. arts. 3287 y 3601); no siendo necesario que también hayan estado al efectuarse el testamento, porque la liberalidad se cumple con el fallecimiento del causante <sup>52</sup>.

Si son donaciones, como hemos dicho, tienen la acción los legitimarios existentes y que tengan la calidad de tales a la época en que se hicieron, como igualmente los descendientes nacidos ulteriormente si hay alguno de ellos a la fecha de la donación (art. 1832 inc. 1) <sup>53</sup>. Ello se entiende porque no teniendo legitimarios el poder de disposición del donante es pleno, ya que a nadie perjudica con su ejercicio y no existen para él deberes morales que lo sujeten, no siendo entonces justo ni legal obstaculizarlo; y además se protege el derecho de propiedad de los donatarios y los probables subadquirentes de lo donado. Por otro lado, la solución adoptada se encuentra confirmada al disponerse que “las donaciones no pueden ser revocadas por supernacencia de hijos al donante después de la donación, si expresamente no estuviese estipulada esta condición” (art. 1868) <sup>54</sup>.

Por lo tanto, es necesario no solamente la existencia física al momento de la donación, sino también investir a esa fecha la calidad de legitimario del causante.

Fácil será la respuesta cuando se trata de ascendientes y descendientes -si bien respecto a éstos su existencia comenzará desde la concepción en el seno materno (art. 70)- porque el vínculo de parentesco que le atribuye la calidad de legitimarios surge desde el comienzo mismo de su existencia, bastando entonces que existan como personas al tiempo de la donación para gozar de la acción.

Distinta es la situación para los legitimarios que no son parientes consanguíneos del causante. Si el cónyuge no era tal al tiempo de la donación, al no existir vínculo matrimonial que le atribuyese la calidad de legitimario a ese entonces, no podrá demandar la reducción <sup>55</sup>. La nuera viuda podrá articularla si ya hubiese adquirido dicho carácter al momento de la donación; y actuará no sólo en defensa de su legítima, sino también en la de su esposo prefallecido, pues de ésta depende la consistencia de su derecho. Si estamos en presencia de un vínculo adoptivo, la acción de reducción no nacerá si la liberalidad se hizo antes del otorgamiento de la guarda judicial o, si se trata del hijo del cónyuge, antes de la promoción de la demanda de adopción (art. 322, texto según ley 24.779) <sup>56</sup>.

Respecto de los descendientes extramatrimoniales existentes antes de la donación, pero reconocidos con posterioridad a ella, compartimos la opinión de que tienen la acción, pues ya existían a la época de la donación, y el reconocimiento judicial o voluntario es sólo declarativo de estado, por lo cual produce efectos retroactivos a partir del momento mismo de la concepción <sup>57</sup>. Pensamos que la misma solución cabe en el supuesto de los padres cuya relación de parentesco hubiera sido probada con posterioridad a la fecha de la donación hecha por el hijo difunto <sup>58</sup>.

Cabe preguntarse qué ocurre si el descendiente que existía al tiempo de la donación fallece antes que el causante de ella. La respuesta está condicionada a dos supuestos: 1) si el descendiente hubiera dejado herederos forzosos, que como tales poseen la acción de reducción, también la tiene el descendiente nacido con posterioridad; y 2) si, en cambio, no hubiere dejado legitimarios, no hay acción de reducción, pues no existe otro heredero que tenga a su favor la acción de reducción; esto es, que existía a la época de la liberalidad y sobrevive a la apertura de la sucesión <sup>59</sup>.

Finalmente es de acentuar que los otros herederos forzosos no quedan incluidos en la excepción, ni como sostenedores de la acción, ni como disfrutadores de ella por vía refleja. La ley no se ha conformado con que existiere un heredero forzoso con derecho a ejercer la acción, sino que ha exigido que se trate de un descendiente, y habiendo ese descendiente, no ha dicho que le compete la acción a los herederos forzosos que surgieren después, sino que ha hablado de los descendientes que nacieren después <sup>60</sup>.

Pueden accionar igualmente los *herederos legítimos o testamentarios del legitimario titular* y sus *legatarios* que encuentren dentro del objeto legado la acción de reducción <sup>61</sup>. Otro tanto ocurre con el *cesionario de derechos hereditarios*, sea total o parcial, en tanto en este último caso dicha acción entre en lo cedido <sup>62</sup>.

No es pacífica la opinión sobre la concesión de la acción de los *acreedores personales del heredero forzoso damnificado* para que la ejerzan por vía subrogatoria (art. 1196) en caso de negligencia de su deudor, inclinándonos por su otorgamiento en virtud de su carácter patrimonial, integrando por tanto la prenda común de aquéllos; con el agregado de que tampoco es inherente a la persona. Incluso si el heredero forzoso renuncia a la acción pueden demandar la revocación de ella por el perjuicio que les ocasiona (arg. art. 3351). La ejercerán en la medida necesaria para salvar sus créditos y dentro del límite de la cuota legítima de su deudor <sup>63</sup>.

Por supuesto que si el legitimario no ha aceptado la herencia todavía, o para nosotros simplemente no ha acreditado esa cualidad y su porción legal, sus acreedores deberán previamente intimarlo para que se decida (arg. art. 3314), ya que en cualquiera de las hipótesis dichos respectivos extremos son un presupuesto para el ejercicio de la acción.

Con respecto a los *acreedores de la sucesión*, hay que distinguir si estamos en presencia de legados o de donaciones.

Si estamos ante legados, como se pagan después de satisfechas las deudas, los acreedores sucesorios no tienen interés en impugnarlos. Tienen prioridad para cobrarse con los bienes hereditarios (arts. 3400 y 3797). Lo que les importa no es que los legados sean reducidos, sino que los legatarios no sean pagados antes que ellos <sup>64</sup>.

En cuanto a las donaciones, si estamos ante un aceptante beneficiario, lo que es la regla desde la reforma de 1968 (art. 3363), los acreedores del causante no tienen

legitimación para ejercer la acción de reducción, ya que ese derecho integra el patrimonio personal del heredero y no del causante, del cual los bienes donados salieron definitivamente. Los bienes y derechos particulares del heredero, en virtud de la separación de patrimonios ocasionada por la aceptación beneficiaria (art. 3371), están excluidos de la garantía común de los acreedores, no pudiendo éstos ejercer un derecho personal del heredero. Por la misma razón, tampoco pueden agredir los bienes que el heredero adquiriera como consecuencia del ejercicio de la acción de reducción <sup>65</sup>.

Si el heredero es aceptante puro y simple, sea en virtud de un acto voluntario (art. 3404) o por la comisión de un acto prohibido que por sanción le haya motivado aquella consecuencia (art. 3363, 2ª p., y cons.) <sup>66</sup>, se bifurcan las opiniones entre quienes le otorgan la acción de reducción a los acreedores del causante que se han convertido en razón de lo ocurrido en acreedores personales del heredero (arts. 3408 y 3409), para que en este carácter la intenten por vía subrogatoria (art. 1196) <sup>67</sup>; y los que siguen negándosela porque los bienes donados salieron definitivamente del patrimonio del difunto y dejaron de ser su garantía, con el agregado de que el derecho a demandar la reducción no lo tenía el causante, nació después de su muerte y por ello beneficia exclusivamente a sus sucesores <sup>68</sup>.

Nosotros coincidimos con la primera opinión en virtud de lo dispuesto por los arts. 3343, 3408 y 3409 y además porque, similarmente, se reconoce que pueden demandar la colación los acreedores hereditarios cuando el heredero a quien ella es debida ha aceptado la sucesión pura y simplemente (art. 3483) <sup>69</sup>.

Por supuesto que de aceptarse esta postura, los acreedores del causante, convertidos en acreedores del heredero por la aceptación pura y simple de la herencia por parte de éste, podrán, actuando en esta calidad, cobrarse con los bienes recuperados por efecto del ejercicio de la acción, sea que la hayan intentado ellos o el heredero <sup>70</sup>.

Sin embargo, no debe olvidarse que, aunque el heredero haya aceptado pura y simplemente, si los acreedores de la sucesión han evitado la confusión de patrimonios mediante el pedido de la separación de ellos (art. 3433 y ss.), no podrán pedir la reducción de las donaciones ni aprovecharse de su ejercicio. Expresamente así se lo ordena al decir que “La separación de patrimonios no puede aplicarse sino a los bienes que han pertenecido al difunto, y no a los bienes que hubiese dado en vida al heredero, aunque éste debiese colacionarlos en la partición con sus coherederos; ni a los bienes que proviniesen de una acción para reducir una donación entre vivos” (art. 3441 y nota).

Pero puede ocurrir que separados los patrimonios, resulte que en el del causante no haya bienes para pagar a todos los acreedores. Nuestro Código entonces posibilita a éstos a entrar en concurso sobre los bienes personales del heredero con los acreedores particulares de éste y aún con preferencia a ellos, en el caso que la calidad de sus créditos los hiciera preferibles (art. 3446 y nota). Luego, puede suceder que esos acreedores de la sucesión vayan contra el heredero con el

carácter de acreedores personales y, por ende, una vez agotados los bienes hereditarios, puedan intentar la acción de reducción en nombre de su deudor, si éste no lo hubiera hecho ya, y en todo caso, aprovecharse de sus resultados haciendo efectivos sus créditos en los bienes que, por ese ejercicio de la reducción, hubiese obtenido el heredero <sup>71</sup>.

El causante no puede ejercer la reducción de los legados, pues le basta con revocarlos. Tampoco contra las donaciones inoficiosas, que tienen plena eficacia durante su vida y son irrevocables, salvo circunstancias excepcionales (art. 1848 y ss.). La ley solamente le acuerda la acción a los herederos forzosos, si por el inventario de los bienes del donante fallecido se conociere que fueron inoficiosas las donaciones que había hecho (art. 1831). La reducción, pues, siempre supone una sucesión abierta y no hay sucesión de persona viva <sup>72</sup>.

Tampoco pueden hacerlo los donatarios y legatarios, ya que no tienen una reserva en el patrimonio del *de cuius* protegida legalmente, a diferencia de los herederos forzosos. Carecen, pues, de título para ello <sup>73</sup>. Sí pueden exigir que se respete el orden legal de las reducciones, reconociéndoseles la posibilidad de intervenir en el litigio que pueda afectarlos; o cuando la acción se dirija contra ellos, excepcionar por la falta de reducción de otras liberalidades <sup>74</sup>.

## 6.2. Legitimación pasiva

Son los favorecidos por la liberalidad del causante, sean éstos extraños o legitimarios, y además sus herederos.

Si el objeto del legado o de la donación inoficiosa ha sido enajenado a un tercero, la acción se dirigirá conjuntamente contra el beneficiario de la liberalidad y contra el subadquirente, pues la resolución de la liberalidad es condición previa y necesaria para la procedencia del efecto reipersecutorio contra el tercero (art. 3955) <sup>75</sup>.

Debe subrayarse que el Proyecto de 1998, amén de la criticable supresión del instituto de la desheredación <sup>76</sup>, permite al demandado por reducción o colación oponer en todo tiempo como excepción la indignidad del accionante (arts. 2233, 1<sup>er</sup> párr. *in fine*, y 2234, 2<sup>o</sup> párr.). Se trata de una consecuencia de la genérica ampliación de la legitimación activa para articular la indignidad “a quien pretende los derechos atribuidos al indigno” (art. 2233, 1<sup>er</sup> párr., 1<sup>a</sup> p.) <sup>77</sup>. Además, al suprimir el plazo de caducidad permitiendo al demandado por reducción o colación oponer la indignidad que pesa sobre el accionante, se configura un aporte para el mejoramiento de la ética en el sistema de la transmisión por causa de muerte, ya que la hipótesis describe al indigno legitimado activamente persiguiendo la disminución o desmejoramiento de la posición sucesoria de otros -vía reducción o colación-, cuando el mismo se encuentra incurso en una causal de exclusión <sup>78</sup>.



### 6.3. *Derecho propio*

Derivándoles la acción de reducción de la ley, su ejercicio por los legitimarios les corresponde por derecho propio y no por transmisión del causante, pues éste no la tenía. Actúan como terceros respecto a su autor y de la liberalidad que éste hizo<sup>79</sup>.

### 6.4. *Inadmisibilidad de las excepciones procedentes del causante y amplitud probatoria*

Derivado de lo anterior es que la acción no puede ser detenida por excepciones fundadas en actos del *de cuius* y que el legitimario dispone de todos los medios de prueba para acreditar la liberalidad<sup>80</sup>.

### 6.5. *Momento desde el cual puede ser ejercitada*

Desde la apertura de la sucesión. Antes de ese momento, el legitimario sólo tiene un derecho hipotético, eventual<sup>81</sup>; lo que trae como consecuencia que no pueda en vida del causante impugnar por simulación una donación disfrazada que éste haya hecho a favor de un tercero extraño<sup>82</sup>.

### 6.6. *Improcedencia de medidas conservatorias en vida del causante*

De lo anterior surge que durante la existencia de quien ha hecho la liberalidad, el eventual heredero forzoso no solamente no puede ejercitar la acción de reducción, sino que tampoco puede realizar actos conservatorios de un derecho inexistente<sup>83</sup>.

Solamente podría, como pariente del enajenante y si correspondiera, demandar su interdicción civil (art. 470 y ss.) o su inhabilitación (art. 152 bis)<sup>84</sup>.

### 6.7. *Presupuestos*

#### 6.7.1. *Lesión a la legítima. Carga de la prueba*

Los actos gratuitos del *de cuius*, sea entre vivos o *mortis causa*, deben exceder la porción disponible y lesionar la legítima.

El legitimario accionante cargará con la prueba de ello, pudiendo recurrir a todos los medios para demostrarlo porque en materia de legítima rige el orden público sucesorio <sup>85</sup>.

#### 6.7.2. *Carácter de legitimario*

Habiéndonos adherido al sistema de la legítima *pars bonorum*, entendemos que la acción de reducción se tiene sin necesidad de aceptar la herencia. Bastará que el accionante alegue su título de legitimario y lo demuestre con la prueba de su vínculo familiar con el causante y el fallecimiento de éste, sin tener que asumir la posición de heredero aceptante <sup>86</sup>.

Por el contrario, quienes consideran que la legítima es *pars hereditatis* exigen para demandar la acción de reducción que el heredero forzoso debe estar previamente emplazado en el carácter de tal, sea mediante la aceptación beneficiaria o pura y simplemente. Si bien es cierto que la interposición de la demanda supone un acto de aceptación tácita (art. 3319), la que se presume beneficiaria (art. 3363) por ser un acto compatible con el beneficio de inventario (art. 3323) <sup>87</sup>.

#### 6.8. *Ejercicio por vía de acción o por vía de excepción*

Cuando se trata de donaciones o legados ya entregados, el derecho de demandar la reducción se ejerce por vía de acción que se ventila en juicio ordinario, a fin de recuperar total o parcialmente los bienes objeto de las liberalidades, según sea la medida del exceso de la porción disponible <sup>88</sup>.

Por el contrario actuará como excepción, cuando el heredero forzoso está en posesión de los bienes legados, ante la demanda de entrega de ellos por parte del legatario, aquél se opondrá alegando que la liberalidad excede la porción disponible, lo que autoriza a no cumplirla. Deberá entonces reconvenir por reducción y demostrar la lesión de la legítima, mediante el inventario del *relictum* y la formación de la masa de cálculo. Pero además tendrá que solicitar una medida de no innovar para evitar la entrega del legado, pues no basta con la invocación del posible detrimento de la legítima <sup>89</sup>.

#### 6.9. *Competencia*

Cuando la reducción se demanda por vía de excepción, la competencia del juez del sucesorio es indudable porque el heredero se opone a la entrega del legado, reclamo el que legatario debe efectuar ante aquél (art. 3284 inc. 3).

La cuestión se complica cuando por vía de acción se demanda la reducción de donaciones o legados inoficiosos efectuados a extraños. No dudamos en reconocer que también en este caso debe ser de conocimiento del juez de la sucesión, por entenderla comprendida en el art. 3284 inc. 1. Es que estamos en presencia de una acción típicamente sucesoria, debiendo partirse de la circunstancia de que la masa legitimaria se determina ante dicho juez sobre la base de los bienes dejados por el causante, menos la deducción de sus deudas, más las donaciones que ha realizado durante su vida (art. 3602), determinándose entonces la legítima y la cuota de libre disposición y recién después entrará en juego la acción de reducción si ésta está excedida y, por tanto, afectada aquélla. Sería absurdo y contradictorio que el juez del sucesorio conociese en toda la formación de la masa para determinar la legítima, y otro distinto reduzca las liberalidades que la agreden, para que a su vez luego ingresen los bienes al caudal relicto del juicio sucesorio; con el agregado de la posibilidad de criterios distintos en cuanto al valor de los bienes sujetos a reducción. Hay, pues, evidentes razones de conexidad que imponen que la acción de reducción deba tramitar ante el juez del proceso sucesorio.

Aun en los casos en que la acción de reducción no se sustancie entre coherederos, la solución debe ser la misma pues la introducción del art. 3284 da en términos absolutos jurisdicción sobre la sucesión al juez del último domicilio del difunto y la sentencia que admite la acción y ordena entregar los bienes al actor es típicamente un acto de jurisdicción sobre la sucesión <sup>90</sup>.

Por último, si la donación ha sido disimulada bajo la apariencia de un acto oneroso, éste debe ser impugnado a través de la acción de simulación, la cual es también atraída por la sucesión, por ser accesoria de la reducción, sea que aquélla haya sido intentada previamente o, como generalmente ocurre, que se la acumule con ésta <sup>91</sup>.

## **7. Naturaleza de la vicisitud que afecta a la liberalidad inoficiosa**

Se discute si la reducción, que extingue la liberalidad en la medida en que lesiona la legítima, es una nulidad, o se trata de un caso de inoponibilidad del acto liberal del *de cuius*, o supone la resolución de la liberalidad.

### *7.1. Nulidad*

Sus defensores, basándose en el art. 1821 pero con oscilaciones, sostienen que la donación inoficiosa es anulable por vicio de valor de la cosa, y su anulación daría lugar a los efectos reipersecutorios respecto de terceros <sup>92</sup>.

Sin embargo, la reducción no se identifica con la anulación del acto de liberalidad. A diferencia de la nulidad, la causa de la reducción no es un vicio existente al tiempo del nacimiento del acto, sino que surge cuando el día del deceso del causante debe fijarse la porción disponible. La nulidad priva al acto de sus efectos, como si no se hubiese producido; mientras que la donación cae en lo necesario para cubrir la legítima, dejando subsistente el acto en la proporción imputable a la porción disponible. Si se tratase de nulidad, las cosas vuelven al estado anterior al acto anulado y el donatario queda obligado a restituir todo lo que ha percibido (arts. 1050 y 1052), reputándosele poseedor ilegítimo (art. 2355 C.C.); por el contrario, la reducción no obliga al donatario a reintegrar los frutos percibidos, salvo los posteriores a la interposición de la demanda.

## *7.2. Inoponibilidad*

Las donaciones inoficiosas y los legados que exceden la porción disponible son inoponibles a los herederos forzosos afectados en su legítima <sup>93</sup>.

La noción de inoponibilidad se caracteriza sustancialmente en que el acto, la liberalidad, subsiste entre las partes que lo celebraron. Pero en materia de reducción este efecto no se produce, pues en la medida que la liberalidad haya atentado contra la legítima, el acto es totalmente aniquilado, para el futuro y para el pasado, excepto en cuanto a los frutos. Y el acto cae, no solamente en relación a las partes, sino también respecto de los terceros (art. 3955).

## *7.3. Resolución*

Finalmente, la doctrina clásica en la materia -que compartimos- entiende que la inoficiosidad resuelve retroactivamente las liberalidades en la medida y proporción en que exceden la cuota disponible, no sólo en relación a los herederos afectados, sino también respecto a las partes y a los demás herederos. La vicisitud acaecida es, entonces, la resolución del acto, es decir, su extinción.

La doctrina predominante aplica el concepto de resolución a las donaciones inoficiosas, pues toda donación se realiza bajo la condición resolutoria implícita de que será resuelta si al momento de la apertura de la sucesión del donante se determina que ha sobrepasado el límite de su cuota disponible, en la medida de dicho exceso. El derecho del beneficiario de la liberalidad, atacado por reducción, es resuelto, entonces, total o parcialmente, según la medida requerida para cubrir la legítima del heredero accionante.

De manera que tales donaciones no presentan al tiempo de su otorgamiento un vicio susceptible de causar su nulidad. La inoficiosidad y, por ende, la ineficacia de

las donaciones, depende de un acontecimiento futuro e incierto que puede o no ocurrir, como es la circunstancia de existir al tiempo de la muerte del donante sucesores habilitados para promover la demanda de reducción por surgir, recién al momento de la muerte del donante, que se ha dispuesto más de lo que permite el respeto a la legítima. Sólo por el inventario de los bienes del donante fallecido puede determinarse la inoficiosidad y sólo por la existencia de legitimarios habilitados para la promoción de la acción procederá la reducción, todo lo cual es incierto al momento de efectuarse la donación (arg. arts. 1831 y 1832)<sup>94</sup>.

Dicha índole resolutoria de la vicisitud que afecta a las donaciones inoficiosas ha sido señalada para resolver el problema de la naturaleza personal o real de la acción de reducción; determinar su plazo de prescripción; decidir la ley aplicable en el tiempo cuando suceden diferentes normas respecto a la legítima; etc., y fundamentalmente se ha hecho mérito del carácter resolutorio de la acción de reducción para excluirla del ámbito de aplicación del art. 1051<sup>95</sup>.

## **8. Modo de la reducción: restitución en especie. Posibilidad de detener los efectos de la acción mediante el pago de dinero**

En nuestro régimen legal, la restitución del excedente de la porción disponible debe hacerse en especie, salvaguardándose así la identidad física de la legítima<sup>96</sup>. Es coherente con el principio de la partición en especie (art. 3475 bis) y los efectos reipersecutorios reconocidos a la acción de reducción (art. 3955), que permite se reclame la restitución del bien aun de terceros que lo hubieron del donatario<sup>97</sup>.

Pero se ha planteado el interrogante de si el demandado no podría conservar el bien, desinteresando al heredero demandante mediante el pago de la suma dineraria necesaria hasta completar su legítima.

Para algunos no es posible porque se desvirtuaría el sistema de la partición en especie<sup>98</sup>.

Mayoritariamente otros aceptan, y nosotros también, la posibilidad. Se asegura así la estabilidad de los negocios y de las posteriores transmisiones (arg. arts. 966, 1857 y 3924, *in fine*); la legítima debe ser calculada en valores (arts. 3602 y 3477) y pagando el valor afectado desaparece el interés del accionante (arg. art. 3281). Además, en las donaciones, pagando el donatario el valor del bien sujeto a reducción está, en los hechos, transformando el acto gratuito del donante en oneroso. Con el agregado de que si siempre debiese restituirse el bien en especie, sería el donatario quien tendría un crédito contra el legitimario por la parte que en valores correspondiese imputar a la porción disponible o tendría que quedar en condominio con los herederos<sup>99</sup>.

El criterio adoptado importa aplicar el principio de la conversión del negocio jurídico ineficaz en razón de su resolución, que permite atribuir eficacia al

resultado negocial -transmisión del dominio de la cosa donada-, adecuando o compatibilizando ese resultado a un negocio distinto que tiene por fin práctico idéntico resultado. La donación es entonces ineficaz como tal, pero nada impide que valga como un acto oneroso en que el adquirente deba pagar el precio <sup>100</sup>.

## **9. Efectos**

### *9.1. Principio general*

La reducción resuelve retroactivamente las liberalidades en la medida que exceden la porción disponible. Resulta como si nunca hubiesen sido otorgadas, salvo el caso de los frutos <sup>101</sup>. Como consecuencia, la reducción tiene lugar en especie <sup>102</sup>.

Si los beneficiarios han enajenado los bienes, la resolución de las liberalidades abre la acción restitutoria contra los terceros adquirentes (art. 3955). Y aunque no exista texto legal expreso que lo disponga, derivado del carácter resolutorio de la reducción, si cae el dominio, que es lo principal, con mayor razón deben hacerlo las restricciones y gravámenes que se le hayan impuesto, que son accesorios (hipotecas, servidumbres, etc.), volviendo los bienes a la sucesión libres de toda carga (arg. arts. 555, 557, 1847, 1855, 2670 y 2778). Por supuesto, si la restitución fuera parcial, en la parte que continuase reteniendo el donatario o el subadquirente seguirán vigentes los derechos reales que hubiese constituido <sup>103</sup>.

### *9.2. Reducción de legados*

Si los legados no han sido entregados, la reducción implica la desafectación de los bienes relictos que estaban destinados a su satisfacción; o bien la disminución de los créditos de los legatarios contra la herencia.

Si los legados ya fueron entregados <sup>104</sup>, supone la restitución total o parcial de lo recibido por los legatarios. En este supuesto se aplicarán los mismos principios que rigen la reducción de las donaciones. Y, como hemos visto, de aceptarse la posibilidad, el legatario podrá optar entre quedarse con la cosa y pagar al heredero la suma necesaria para cubrir la legítima <sup>105</sup>.

De no hacer esta opción y tratarse de un legado de cosa cierta afectado totalmente por la reducción, el legatario deberá restituir íntegramente la cosa. Si la reducción fuese parcial, subsistirá el derecho de propiedad sobre el remanente. En este caso, la reducción motivará la creación de una indivisión entre el legatario y los herederos forzosos accionantes; si la cosa fuera divisible, se deberá proceder a la partición entre ellos (art. 3475 bis); si no lo fuera, quedarán en condominio; y, finalmente, si no lo aceptan y no se ponen de acuerdo sobre quién se queda con la

cosa, podrán exigir la venta del bien, para dividirse el valor resultante (art. 3475 bis) <sup>106</sup>.

### 9.3. Reducción de las donaciones

La reducción resuelve el dominio del donatario y, por ende, el heredero readquiere lo donado total o parcialmente en proporción suficiente para cubrir su legítima.

Repetimos que, de aceptarse la posibilidad, el donatario podrá optar por quedarse con el bien y pagar la suma de dinero necesaria para respetar la legítima <sup>107</sup>. Este importe devengará intereses desde la interposición de la demanda o antes si fue constituido debidamente en mora, pues la donación fue perfecta y válida hasta ese momento y pudo haber ignorado la existencia de la afectación de la legítima y la consiguiente vicisitud resolutoria de su dominio <sup>108</sup>.

Pero si sigue los cánones normales deberá restituir *in natura* la cosa donada, en forma total o sólo en la parte proporcionalmente necesaria para completar la cuota legítima, en cuyo caso y siendo indivisible, se producirá un condominio entre el heredero reclamante y el donatario <sup>109</sup>.

En ambas hipótesis se plantea la cuestión de los frutos, mejoras y pérdidas.

### 9.4. Frutos

El donatario hace suyos los percibidos y también los devengados aunque no percibidos, y ello precisamente en virtud de su título de propietario <sup>110</sup>.

Tal derecho lo ejerce hasta el momento de la interposición de la demanda de reducción y es recién a partir de allí que surge la obligación de restituirlos. El criterio se basa en que la donación es válida mientras los herederos no promuevan la acción de reducción, cuyo ejercicio es facultativo. La solución se desprende del art. 1831, el que hace depender la inficiencia del inventario de los bienes, lo cual supone una operación preliminar ajena al donatario, antes de la cual éste se halla en la ignorancia de su situación. Por otro lado, posibilitar la devolución de todos los frutos percibidos desde la apertura de la sucesión ante una acción que no juega de pleno derecho y puede ser ejercitada luego de varios años de la muerte del causante, no solamente importaría desaprovechar la producción de frutos ante una mera amenaza, sino que también significaría una injusticia; amén de evitar la explotación de los bienes productores de frutos, ante la certeza de que se los deberá reintegrar en el momento en que el legitimario decida actuar <sup>111</sup>.

Dentro de la denominación “frutos” se comprende a los naturales y civiles (intereses) <sup>112</sup>.

Párrafo aparte merece la situación de la donación disfrazada y la restitución de los frutos, es decir cuando la donación haya sido ocultada bajo la apariencia de un acto oneroso para eludir la reducción. En principio, habrá que inclinarse por la presunción de buena fe en favor del donatario, ya que al no saberse la cantidad de bienes que habrá de dejar el causante en el momento de su fallecimiento, no se podrá saber con seguridad si la donación oculta ha sido o no inoficiosa. Pero puede haber casos en que la confabulación del donatario y el propósito de lesionar el derecho del legitimario sean demasiado evidentes; en tales ocasiones, aquél tendrá que ser considerado poseedor de mala fe y entonces deberá restituir los frutos. De manera que la solución depende de circunstancias de hecho <sup>113</sup>.

#### 9.5. Mejoras. Derecho de retención

El donatario tiene derecho a ser indemnizado por el valor de las mejoras necesarias, útiles y voluntarias que hubiese realizado en la cosa, pues como dueño tenía pleno derecho a hacerlo <sup>114</sup>.

Si ha mediado mala fe, sólo podrá exigir el pago de las mejoras necesarias (art. 2440) y de las útiles en la medida del mayor valor existente (art. 2441). Con respecto a las mejoras voluntarias, las pierde, salvo que pueda retirarlas sin perjuicio de la cosa (art. 2441 *in fine*) <sup>115</sup>.

El donatario tiene sobre las cosas donadas un derecho de retención hasta tanto le sea pagada la indemnización debida por mejoras <sup>116</sup>.

Si el mayor valor del bien donado resulta de causas extrañas a la voluntad del donatario, mayoritariamente se piensa que no podría reclamar ninguna indemnización porque el incremento habría ocurrido igualmente estando el bien en manos del causante <sup>117</sup>.

No podrá reclamar tampoco los simples gastos de conservación de la cosa, porque se compensan con los frutos (arg. art. 2430) <sup>118</sup>.

#### 9.6. Pérdidas

Si la cosa se ha perdido total o parcialmente por caso fortuito o fuerza mayor, el donatario está libre de toda responsabilidad. El riesgo es para el legitimario, considerado propietario retroactivamente: *res perit domini*. Pero si la causa de la pérdida fuese imputable al donatario, deberá su valor a los herederos <sup>119</sup>.

Si en virtud de la pérdida, el donatario ha recibido una indemnización (p. ej.: por un seguro o por una expropiación), debe contribuir con la misma para la integración de la legítima <sup>120</sup>.



### 9.7. Deterioros

Hay que distinguir los sufridos por la cosa antes o después de entablada la demanda de restitución por los legitimarios, y, en el primer caso, si los deterioros que han disminuido el valor del bien donado se deben a culpa del donatario o a caso fortuito.

Si el deterioro sufrido por el bien se debe a culpa del donatario, los herederos pueden optar entre exigir una cosa equivalente con indemnización de perjuicios e intereses, o recibir la cosa deteriorada en el estado en que se hallare, también con indemnización de daños señalada (art. 581). Este régimen se aplica a los deterioros sufridos por la cosa a partir de la demanda de restitución, pues desde ese momento el donatario demandado no podrá alegar caso fortuito.

En cambio, si la cosa se deterioró o perdió valor con anterioridad a la demanda y sin culpa del donatario, los legitimarios deberán recibirla en el estado en que se halle y aquél no quedará obligado a ninguna indemnización (art. 586)<sup>121</sup>.

### 9.8. Transmisión del bien a terceros

Aquí se trata de precisar el efecto reipersecutorio conferido a la acción de reducción contra los subadquirentes (art. 3955), a fin de reivindicar la cosa.

En este complicado tema, de entrada hay que marcar que se dividen las opiniones entre quienes no hacen distinción si el bien transmitido a terceros lo ha sido por un donatario o por un legatario; y aquellos que sí la realizan impidiendo el efecto reipersecutorio cuando el subadquirente ha obtenido el bien de un legatario.

Estos últimos, entonces, diferencian entre legados y donaciones.

#### 9.8.1. Legados

Si estamos frente a un legado, la hipótesis supone que los herederos hayan entregado la cosa legada<sup>122</sup> y el legatario dueño la haya enajenado a un tercero. El acto de enajenación es válido, pero comprobada la inoficiosidad del legado ¿puede el heredero forzosamente ir contra el tercer adquirente?

Sin distinguir entre bienes muebles o inmuebles, respondemos negativamente, ya que la eficacia reivindicatoria que surge del art. 3955 se circunscribe a los supuestos de inmuebles comprendidos en una donación. Dicha norma debe ser interpretada restrictivamente para no aumentar las hipótesis de títulos “imperfectos” o “resolubles” que constituyen un obstáculo para el tráfico jurídico<sup>123</sup>.

En tanto no se coincida con nosotros en la interpretación de que la entrega del legado importa, en principio, una renuncia tácita a la acción de reducción, al legitimario sólo le quedará el derecho a obtener del legatario la restitución del valor

del bien en la medida necesaria para cubrir la legítima. Quedará a salvo el caso de que la transferencia haya sido simulada para eludir la reducción (art. 955 y ss.).

Fuera de la última salvedad, la postura tiene un inconveniente insalvable cuando el legatario es insolvente, lo que la pone en jaque.

### *9.8.2. Donaciones*

Si nos encontramos ante una donación y el donatario hubiese enajenado el bien donado, se distingue entonces entre bienes muebles e inmuebles.

#### *9.8.2.1. Muebles*

El efecto reipersecutorio queda paralizado por la regla de los arts. 2412 y 3271, según los cuales la posesión de buena fe de una cosa mueble (papeles de comercio, dinero, etc.) crea a favor de su poseedor la presunción de tener la propiedad de ella y poder repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiere sido robada o perdida <sup>124</sup>.

#### *9.8.2.2. Inmuebles*

A raíz de la nueva redacción dada al art. 1051 por la reforma de 1968, la pretensión reipersecutoria contra el tercero que ha adquirido del donatario el inmueble que era objeto de la liberalidad ha suscitado opiniones divergentes.

Para algunos, el alcance del art. 3955 ha quedado reducido a los adquirentes a título gratuito y a los a título oneroso de mala fe, pues el art. 1051 ha impedido los efectos reipersecutorios contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe. Esta norma los ampara sin retaceos de ninguna índole, ya que protege la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y esta finalidad no se cumpliría plenamente si se introdujera la duda en la contratación de inmuebles legados o donados. Lo contrario significaría otorgar un trato diferencial a los adquirentes a título oneroso y de buena fe de inmuebles recibidos gratuitamente por vía de un causante, respecto a los demás adquirentes que reúnan ambos requisitos; más aún, si nos atenemos a la situación del adquirente de un acto inoficioso y del adquirente en virtud de un título nulo, deberíamos proteger con mayor motivo al adquirente de un acto inoficioso, ya que este último no se anula con efectos retroactivos, sino desde la interposición de la demanda, mientras que el acto nulo queda sin efectos desde el momento de su realización. Por lo demás, al damnificado siempre le queda a salvo la acción de daños y perjuicios, que si bien tiene menos fuerza que la de reducción, no por eso implica desamparar a la legítima <sup>125</sup>.

Es más, últimamente se ha ido más allá ya que, en el deseo de superar la incertidumbre que despierta el Código Civil vigente, se ha sostenido que el sistema debería girar en torno de la buena fe, aunque no sea acompañada del título oneroso. *“Si la exaltación de la buena fe ha dado nacimiento a la teoría de la apariencia, para la cual la convicción en la legitimidad de la titularidad aparente*

*es fundamento suficiente para la adquisición o pérdida de derechos, y esta teoría de larga data es hoy pilar fundamental de las modernas relaciones negociales, a nadie le pasará inadvertido que es extraña a la apariencia, es ajena a la buena fe, la contingencia de que la adquisición sea gratuita u onerosa”*<sup>126</sup>.

Por el contrario, para la doctrina mayoritaria -que compartimos- la reipersecución de la acción de reducción contra terceros adquirentes que obtuvieron el inmueble del donatario, a título oneroso o gratuito, prevista en el art. 3955, no es afectada por el nuevo art. 1051. La vicisitud que afecta a las donaciones inoficiosas determinando su ineficacia no es la nulidad propiamente dicha, sino la resolución. Tales donaciones no presentan al tiempo de su otorgamiento un vicio capaz de causar su nulidad. La inoficiosidad, y, por ende, la ineficacia de las donaciones, depende de acontecimientos futuros e inciertos, que pueden o no suceder, como la existencia de herederos forzosos legitimados para accionar a la muerte del causante y la violación de la legítima. Por ello se considera que en toda donación está implícita la condición resolutoria para el caso de resultar inoficiosa al tiempo de la muerte del causante. De manera entonces que siendo de índole resolutoria, y no anulatoria, la vicisitud que afecta a la donación inoficiosa, este supuesto no cae dentro del campo de aplicación del art. 1051<sup>127</sup>.

Por otra parte, el art. 1051 constituye otra excepción al sistema general imperante del *nemo plus juris* (art. 3270)<sup>128</sup> y, como tal, debe ser interpretado restrictivamente<sup>129</sup>, lo que hace que deban quedar excluidos del régimen de aquél todos los supuestos que no sean estrictamente de invalidez, tales como -en lo que nos interesa- los títulos resolubles y la reipersecutoriedad de la acción de reducción. La regla final del art. 1051 debe dejarse de lado frente a toda regla específica, no derogada expresamente, si su aplicación condujera a destruir la esencia de la institución protegida por la reipersecución; que es precisamente lo que ocurriría con relación al art. 3955 y al amparo que él provee a la legítima de los herederos forzosos<sup>130</sup>.

Además, debe destacarse que el tercer adquirente sabe por el estudio de títulos que quien le transfiere el inmueble lo adquirió por donación, o que existe una donación en la cadena de transmisiones que culmina con su adquisición. Dicha tarea incumbe inexcusablemente a aquél si quiere invocar luego su buena fe. Si no lo hizo, o pese a hacerlo y ver que existía una donación en los antecedentes dominiales no se abstuvo de adquirir, posteriormente no la puede argüir. Por tanto, también por esta razón queda excluido del amparo del art. 1051<sup>131</sup>.

Por último, tampoco debe perderse de vista que como consecuencia del principio del art. 3270, el art. 3278 establece que “Un derecho revocable desde que se constituyó permanece revocable en poder del sucesor”. Luego, si el donatario estaba expuesto a la resolución de la donación en caso que ella resultase inoficiosa, no ha podido transmitir su derecho a un tercero sino con el mismo carácter y subordinado a la misma causa de resolución<sup>132</sup>.

### *9.8.2.3. No se requiere excusión previa del donatario*

Admitida la procedencia de la reipersecución de la acción de reducción contra el tercer adquirente del inmueble donado, se ha planteado la cuestión de saber si previamente se debe hacer excusión de los bienes del donatario, acreditando su insolvencia.

Siguiendo la solución del art. 930 del Código francés <sup>133</sup>, algunos responden afirmativamente. Sostienen que a pesar de la falta de texto expreso, entre nosotros se debe adoptar idéntico criterio, porque así lo requiere el sentido práctico y económico y la mayor seguridad de las transacciones. Además se lo puede extraer de diversos principios del Código, ya que si bien se establecen determinados casos en que se autoriza la excusión (arts. 2003, 2012 y concordantes, y 1481), también se nota que se refiere expresamente a supuestos en que niega ese derecho (art. 3177) y otros en que omite su referencia (arts. 2779 y 3166); de donde se deduce que no hay una regla general que fije la no excusión previa con sus excepciones limitadas, sino sólo casos específicos de negación (art. 3177). Para admitirlo, pues, basta con que no se oponga a ninguna prohibición expresa o que no afecte ningún derecho respetable del reivindicante; perdiendo toda importancia que el Código no reconozca expresamente el derecho de exigir la excusión y aun podría decirse que el hacerlo hubiera significado una verdadera redundancia <sup>134</sup>.

Otros creen, y nosotros también, que no es exigible la previa excusión, pues en nuestro sistema legal no existe norma alguna que imponga tal requisito. Por tanto, se puede accionar directamente contra los subadquirentes <sup>135</sup>.

Esta última circunstancia no significa que la acción de reducción no deba ser intentada contra el donatario y el subadquirente, pues se hallan indisolublemente unidos, desde que debe lograrse la resolución de la donación para que prospere la reivindicación contra el subadquirente. Una sentencia condenatoria, además, los afectaría por igual <sup>136</sup>.

Aun podría decirse en contra del beneficio de excusión que el resultado final es siempre el mismo, sea que se ponga en práctica el sistema francés, sea que se prescinda de él. En efecto, en ambos casos el subadquirente se perjudicaría sólo en caso de insolvencia del donatario. Si ella existe y se ha realizado la excusión previa, es evidente que el legitimario se dirigirá contra el subadquirente, el cual, a su vez, accionará por evicción contra su causahabiente, después de lo cual tendría que detenerse ya que no podría ir contra los anteriores enajenantes por interponerse un acto gratuito. Ante la insolvencia fracasaría la evicción, lo mismo que ocurriría si no hubiere mediado excusión.

En cambio, siendo solvente el donatario no habría perjuicio para el adquirente, porque, si hubo excusión previa, el legitimario habría obtenido ya reparación y no molestaría al tercero; y si no la hubo, este último pagaría al legitimario el valor de la cosa o la entregaría y luego, haciendo valer su garantía, obtendría reparación del donatario.

#### *9.8.2.4. Pluralidad de enajenaciones*

Si el donatario hubiera efectuado distintas enajenaciones parciales y la restitución que debe hacerse es también parcial, cabrá preguntarse cuál de los terceros puede ser perseguido. El caso se soluciona como en las donaciones. El tercer adquirente más reciente, responderá en primer lugar, después el precedente, y así sucesivamente en orden inverso a las fechas.

Si el donatario hubiera realizado solamente una enajenación parcial, conservando una porción del inmueble bastante para responder a la acción de reducción de los herederos legitimarios, a aquel primer adquirente no deberá alcanzarlo la reducción.

Las mismas reglas se aplican en el caso que el tercer adquirente hubiese vendido fraccionadamente los bienes adquiridos por él <sup>137</sup>.

Cabe aclarar que si el último donatario ha vendido, se debe accionar contra los adquirentes antes de actuar contra el donatario precedente y los subadquirentes de éste <sup>138</sup>.

#### *9.8.2.5. Derechos y obligaciones del subadquirente*

Si la acción procede contra el tercero, éste tendrá -de aceptarse la postura que compartimos- el mismo derecho que el donatario para optar entre restituir la cosa en especie o conservarla y entregar su valor equivalente en dinero. El bien se tasarà a la fecha del fallecimiento del causante <sup>139</sup>.

Partiendo de la base de que la reducción opera contra los terceros adquirentes de la misma manera que contra los donatarios, se encuentran en igual situación y, por ello, sus derechos y obligaciones deben ser los mismos. Por lo tanto, si la restitución se hace en especie, se aplican las soluciones vistas para el donatario respecto a frutos, mejoras, pérdidas y resolución de todos los gravámenes constituidos sobre la cosa <sup>140</sup>.

## **10. Simulación y reducción**

Es frecuente que el causante pretenda eludir una futura acción de reducción y sus ulterioridades disimulando la donación a un extraño o un heredero forzoso bajo la apariencia de un acto oneroso. Dichas liberalidades son válidas, pues se trata de un supuesto de nulidad relativa (art. 956) que afecta al acto aparente, pero no incide sobre la eficacia del acto real u oculto. Pero la apariencia creada mediante el fingido acto a título oneroso exige promover la acción de simulación a fin de revelar la naturaleza del acto encubierto. Destruida la ficción, la donación sufrirá las consecuencias de la reducción, en el modo, orden y efectos expuestos <sup>141</sup>.

La acción de simulación es la “acción medio” y la acción de reducción es la “acción fin”, aquella es la accesoria y ésta la principal <sup>142</sup>. Es que lo que verdaderamente pretende el actor es la reintegración de la cosa donada al patrimonio relicto, o el pago de la suma dineraria necesaria hasta completar su legítima -según posibilidad que hemos aceptado-. Más aún, sin derecho a exigir la reducción, los legitimarios carecerían de la facultad de pedir la declaración de simulación relativa de un negocio encubierto válido, es decir, se encontrarían en idéntica situación a los herederos no forzosos que pretendieran actuar en defensa de su derecho hereditario en la misma hipótesis y con igual carencia de ventajas. En síntesis, es porque los legitimarios buscan hacer reducir que son admitidos a solicitar la declaración de simulación del negocio aparente <sup>143</sup>.

Ambas acciones pueden acumularse, pues median evidentes razones de economía procesal ya que carecería de razón obligar a los actores a seguir dos juicios sucesivos con un objeto final único <sup>144</sup>.

Los legitimarios actúan como terceros, ejercitando un derecho personal hereditario y no obrando como continuadores de la persona del causante, al pedir la declaración de simulación de las ventas de éste con la finalidad última de obtener la reducción <sup>145</sup>. Pueden accionar recién después de la apertura de la sucesión, porque es desde entonces que tanto para la reducción como para la simulación son titulares de derechos; su derecho a la legítima nace al fallecimiento del *de cujus* y es imposible de hecho precisar los límites de la porción disponible antes de ese mismo momento por la indeterminación originada por el dinamismo económico-jurídico del titular de los derechos, determinación indispensable para la reducción <sup>146</sup>.

Dichas acciones tienen un carácter meramente patrimonial y no inherente a la persona del heredero. Por lo tanto, sus acreedores por vía subrogatoria podrán promover las dos acciones, acumulándolas -como se ha dicho- en un solo juicio <sup>147</sup>.

Todos los medios de prueba son admisibles para demostrar la simulación, sin exigirse contradocumento y con el razonable predominio de las presunciones (manifestaciones de preferencia hacia alguno o algunos de los hijos; o de enemistad con los no donatarios; precio vil de las ventas; falta de recursos económicos en el adquirente; continuación del vendedor en el uso, disfrute y administración de la cosa donada hasta su muerte; etc.) <sup>148</sup>.

La acción de simulación debe entablarse contra todas las personas que fueron parte en el acto simulado porque serán afectadas por la sentencia y las protege la garantía de la defensa en juicio <sup>149</sup>; pero como la demanda conjunta, aunque aconsejable, no es siempre indispensable, se admite que se demande a una sola de ellas si el actor obtiene así la satisfacción de su interés <sup>150</sup>. Procede la demanda únicamente contra el donatario oculto si la enajenación onerosa ha sido simulada exclusivamente entre él y el causante, sea que se persiga finalmente la colación por ser aquél un legitimario y lo donado caber dentro de su cuota hereditaria, medie o no dispensa de colacionar, sea que tienda a la reducción final por excederla o por ir

más allá de la porción disponible cuando el favorecido es un tercero. Pero en el caso de intervención de una persona interpuesta, solamente será suficiente accionar contra el heredero beneficiario cuando baste con la colación por no ir lo efectivamente donado más allá de lo indicado y entonces las resultas del juicio recaer entre los coherederos entre sí y sin alterar el dominio del donatario sobre la cosa donada o la transmisión que el mismo pudiera haber efectuado a terceros <sup>151</sup>. Por el contrario, mediando dicha interpósita persona y encontrándose afectada la legítima -lo que impondrá que la simulación persiga una reducción final-, es ineludible que ella también tome parte en el juicio por los efectos reipersecutorios de la acción de reducción que privarán al donatario del dominio sobre la cosa donada, en todo o en la parte alícuota si sólo parcialmente excede la porción disponible del causante. A diferencia de la primera hipótesis, el interés del interpuesto no es ahora exclusivamente moral, pues es eventualmente responsable ante el que se sospecha ser donatario si en verdad fue comprador y ante los que adquirieron de él onerosamente y de buena fe, que son alcanzados por los efectos reipersecutorios al no aplicarse a las donaciones inoficiosas lo dispuesto por el art. 1051 con respecto a los actos nulos o anulables.

Por referirse o afectar la composición de la masa legitimaria son de competencia del juez del sucesorio el conocimiento de las demandas de colación y reducción, y asimismo la acción de simulación de la donación disfrazada bajo la apariencia de un acto oneroso que se les acumula y tiende a ellas, por ser accesoria

<sup>152</sup>.

Los casos que se presentan con mayor frecuencia son los siguientes:

a) *Compra por un legitimario o un tercero con fondos provistos por el causante.*

Se trata de actos insinceros, ya que en realidad estamos ante donaciones efectuadas por el causante a dicho legitimario o tercero, porque, si bien éstos aparecen comprando para sí, ello es con dinero ajeno, es decir proporcionado por el difunto.

Tales actos importan donaciones de cosas -los bienes adquiridos- y no de dinero, y el procedimiento se conoce con el nombre de “inscripción de los bienes a nombre de otra persona” o “puesta a nombre de otro” <sup>153</sup>. En el mismo sentido, para este tipo de donaciones de cosas se habla de “intestación en otra persona” <sup>154</sup>. Se explica que en lo que se ha llamado “inscripción de bienes a nombre de otra persona” hay “una combinación de dos contratos” <sup>155</sup>, “involucrar dos actos en uno” <sup>156</sup>, o una “combinación de contratos o contrato mixto” <sup>157</sup>, ya que hay sincopadamente compras del muerto y donaciones de éste mediante el juego relatado, lográndose así el fin requerido por las partes y particularmente por el *de cuius*: que el dominio de los bienes quede en cabeza del legitimario o tercero que aparece como adquirente

<sup>158</sup>.

b) *Compra por el futuro causante con fondos que le pertenecen, a nombre de un legitimario o de un tercero* <sup>159</sup>.

Los legitimarios damnificados deben probar directamente que los fondos empleados en la adquisición pertenecían al causante que apareció en ella actuando como representante del heredero forzoso o del tercero, de manera que se consumó una liberalidad del difunto al comprador.

El caso puede ejemplificarse jurisprudencialmente cuando se resolvió que debe considerarse como anticipo de herencia susceptible de colación, la adquisición de un inmueble efectuada por el padre a nombre del hijo menor de edad en ejercicio de la patria potestad, si no se ha probado que la operación se realizó con fondos del menor, pudiendo presumirse, en cambio, que lo fue con dinero del padre <sup>160</sup>.

c) *Enajenación onerosa simulada del futuro causante a un legitimario o a un tercero.*

En esta hipótesis la enajenación onerosa simulada encubre una donación disimulada, caso típico de simulación relativa en la naturaleza del negocio que deberá ser declarada judicialmente para que proceda colacionar o reducir, en su caso. El contrato simulado puede ser una compraventa <sup>161</sup>, una cesión de herencia <sup>162</sup> o de derechos por precio, incluso una permuta si hay diferencias de valores económicos-monetarios entre la cosa cuyo dominio transmite el futuro causante y la que recibe con excedente a favor de aquélla <sup>163 164</sup>.

d) *Venta simulada del futuro causante a un tercero seguida de venta simulada de éste a un legitimario o a otro tercero.*

Nos encontramos ante dos enajenaciones onerosas simuladas que encubren una sola transmisión del dominio verdadera y gratuita: del causante al legitimario o al tercero destinatario final de las operaciones <sup>165</sup>.

La primera venta constituye una simulación relativa del negocio oneroso encubriendo un mandato; la segunda constituye una simulación relativa en la naturaleza del negocio (donación bajo la apariencia de venta) y en la persona del contratante (el interpósito en lugar del verdadero donante). En el conjunto se detecta una simulación relativa en que la donación del causante al beneficiado aparece oculta bajo la forma de las ventas, es decir, una simulación relativa en la naturaleza del negocio.

En el caso, la donación es válida aunque susceptible de colación o inoficiosa, o sea, susceptible de reducción, pero la simulación no puede considerarse lícita ya que la finalidad del causante ha sido sustraerla precisamente a esas posibilidades: ser definitivamente eliminada o disminuida por la legítima actuación de los herederos forzosos <sup>166</sup>.

### *10.1. Enajenación onerosa simulada*

Hasta aquí hemos supuesto que la donación inicialmente realizada es real, pero qué pasa con la procedencia de la acción de reducción si el tercero adquirió un



inmueble a un donatario encubierto cuyo título tiene la apariencia de un acto oneroso. Ese tercero ha contratado con un adquirente a título oneroso y no con un donatario. No podía prever la vicisitud resolutoria que lo amenazaba, pues incluso estudiando los títulos de su antecesor se encontraba con un adquirente oneroso.

El mismo problema se plantea respecto a los derechos reales constituidos por el donatario encubierto sobre el inmueble donado bajo la apariencia de una venta, cuando se constata judicialmente que la pretendida venta no es más que una donación que lesionó la legítima de los herederos forzosos.

Se presenta, entonces, el conflicto entre el heredero legítimo, protegido por el orden público sucesorio, y el titular de los derechos reales constituidos sobre el inmueble o el adquirente a título oneroso y de buena fe del mismo.

Aun en este caso, mayoritariamente se le confiere preferencia al derecho de los legítimos frente a los subadquirentes onerosos de buena fe cuando en la serie de transmisiones precedentes existió una donación inoficiosa encubierta.

Es que toda donación, sea directa y franca o disfrazada, está sujeta a reducción en cuanto sobrepase la porción disponible, ya que la ley no hace ninguna distinción. No interesa la buena fe de los subadquirentes o de los titulares de derechos reales constituidos sobre el inmueble donado, puesto que aquí lo único que cuenta es si la legítima ha sido violada, en cuyo caso la adquisición del tercero se resuelve. Por lo tanto, la acción restitutoria procede contra todo subadquirente, ya provenga su título de una donación manifiesta o de una encubierta.

Por otra parte, si se sustrajeran las donaciones disimuladas de los alcances de la acción de reducción, se ofrecería un medio fácil para destruir la legítima, que quedaría indefensa. Bastaría caratular de venta a una donación y presentar a terceros el acto aparentemente oneroso para que ellos de buena fe contraten con el donatario disfrazado, con lo que se consuma la burla definitiva a los legítimos<sup>167</sup>.

La postura minoritaria se inclina por el derecho de los terceros, apoyándose en el interés social de proteger la buena fe y asegurar la estabilidad de los negocios jurídicos. Además a los terceros que contratan con un donatario oculto se les trata de evitar un perjuicio, mientras que los herederos solamente persiguen mejorar su situación económica, procuran obtener un lucro. Es justo, por ello, hacerles soportar las consecuencias del fraude<sup>168</sup>.

## **11. Extinción de la acción**

### *11.1. Renuncia*

Aceptándose el sistema de la legítima *pars hereditatis* cabe afirmar que al renunciante a la sucesión se lo juzga como si nunca hubiese sido heredero (art. 3353), por tanto no puede accionar por reducción<sup>169</sup>. Sin embargo, habiéndonos

adherido al sistema de la legítima *pars bonorum* y entendiendo que no es necesario para entablar la acción de reducción ser aceptante de la herencia, la renuncia a ésta no impedirá su ejercicio pues el carácter de legitimario es independiente del de heredero; pero sí traerá la pérdida de la acción la renuncia al título de legitimario. Ante lo opinable que es el tema de la naturaleza jurídica de la legítima y la posibilidad de la existencia del legitimario no heredero, para evitar malos entendidos, si se renuncia a la herencia será conveniente dejar perfectamente a salvo que no se lo hace de la calidad de legitimario <sup>170</sup>, para poder conservar así la legitimación necesaria para entablar la acción de reducción.

Dicha renuncia recién puede realizarse después de la apertura de la sucesión (art. 3282 y nota y concs.), ya que desde entonces queda abierto el derecho a la legítima. Antes de la muerte del causante, la renuncia será nula por constituir un pacto sobre herencia futura (art. 3599); salvo el caso de las enajenaciones con cargo de renta vitalicia o reserva de usufructo, que la ley presume simuladas (art. 3604)

<sup>171</sup>.

Sin embargo, aunque sea difícil concebirlo, puede ocurrir que el heredero acepte la herencia y renuncie solamente a la acción de reducción. Esta renuncia debe ser pura, actual y total. La renuncia condicional sólo puede resultar de un pacto entre los herederos, con alcances limitados a las partes contratantes (arg. art. 3318 y nota) <sup>172</sup>.

Regida por los mismos principios que reglan toda renuncia, la renuncia a la acción de reducción puede ser expresa o tácita (art. 873 y ss.). Haciéndola expresamente, mediante un escrito en el proceso sucesorio, produce efectos frente a terceros <sup>173</sup>. En cuanto a la renuncia tácita, ella no se presume y es de interpretación restrictiva (art. 874); de manera que para tenerla por hecha, debe resultar de un acto inequívoco e indudable que la presuponga y que no ofrezca la menor duda sobre la misma <sup>174</sup>. Por ejemplo, hay acuerdo general en que el pedido de aprobación de un testamento que contiene mandas excesivas no importa renuncia, porque ese pedido alude a las formas del testamento y es un trámite necesario para iniciar la sucesión; tampoco se entiende como renuncia, las expresiones generales por las cuales el legitimario manifiesta su acuerdo con las disposiciones testamentarias establecidas por el causante <sup>175</sup>.

Un caso particular que ha motivado discusión es si la entrega de un legado que daña la legítima importa renuncia tácita a la acción de reducción. Por supuesto que cualquiera sea la postura que se elija entre las que se expondrán, si los legados son varios, la cuestión de la eventual renuncia sólo se presenta en relación al cumplimiento y no respecto a los otros <sup>176</sup>. Tres respuestas se han ensayado:

a) Dicho hecho no importa renuncia, porque es posible que el heredero haya ignorado la verdadera consistencia de la herencia y haya obrado sin conocimiento de causa <sup>177</sup>.

b) Se trata de una cuestión de hecho, que debe resolverse de acuerdo a las circunstancias particulares del caso. Si se demuestra que el heredero tenía pleno

conocimiento de cuáles eran los bienes y las deudas dejadas por el causante, y cuáles las donaciones hechas en vida, es decir tenía conocimiento de la lesión a su legítima, entonces el cumplimiento del legado tendrá el valor de una renuncia tácita. La carga de la prueba recaerá en el legatario <sup>178</sup>.

c) Por último, otros piensan -y así también lo creemos- que la entrega del legado supone, en principio, la renuncia de la acción de reducción, a menos que el heredero pruebe su ignorancia sobre la cuantía de los bienes heredados. Es que salvo que el heredero pruebe ese error, ejecutar un legado cuando hay derecho a reducirlo, implica la voluntad de renunciar; la prudencia le impone al legitimario, antes de pagar un legado, cerciorarse de la importancia de los bienes recibidos, so pena de cargar con su ligereza. Más aún, tratándose de un don gratuito, el legatario ha podido disponer del bien, entrando en gastos que de otro modo no habría hecho y sería injusto exponerlo a su devolución; sobre todo si se tiene en cuenta -además- que hemos negado el efecto reipersecutorio de la acción de reducción contra los terceros adquirentes del bien legado <sup>179</sup>.

La renuncia queda perfeccionada sólo cuando es aceptada por los beneficiarios de la misma, perdiendo entonces el renunciante el derecho a obtener la integración de su legítima (arg. art. 868). Hasta ese momento el renunciante puede retractarse de su renuncia (arg. arts. 875, 1792, 1793). También se ha concebido a la renuncia a la acción de reducción como una oferta de un contrato a título gratuito hecha por el heredero al legatario, por lo cual puede ser retractada mientras no haya sido aceptada (arg. art. 1150) <sup>180</sup>.

Los acreedores del heredero podrán impugnar la renuncia a la acción de reducción por medio de la acción pauliana, si se ha hecho en fraude de sus derechos y se acreditan los requisitos condicionantes de la acción (arg. art. 3351) <sup>181</sup>.

## *11.2. Prescripción*

Partiendo de la base de que la reducción es una acción personal, que tiende a la resolución del contrato de donación, siendo el efecto reipersecutorio una consecuencia de esa resolución, su plazo de prescripción es de diez años (art. 4023 y nota), que comienza a correr recién desde el fallecimiento del causante (arts. 3953 y 3955). Por tanto, la única prescripción adquisitiva oponible a la acción es la producida a partir de la apertura de la sucesión, ya que el término corrido anteriormente no cuenta para nada <sup>182</sup>.

Ello es así no solamente cuando se demanda al donatario mismo que conserva los bienes en su poder, sino también cuando los ha transmitido a un tercero, debiendo intentarse la acción contra el donatario y el tercer adquirente, que se hallan indisolublemente ligados y a quienes afectaría por igual una sentencia condenatoria <sup>183</sup>.

También lo es que el nacimiento del plazo de prescripción al momento de la muerte del causante, juega ya sea que el heredero actúe por derecho propio o que la acción sea ejercida por sus acreedores por vía subrogatoria <sup>184</sup>.

Entre paréntesis, a esta altura es claro que cuando el texto del art. 3953 dispone la prescriptibilidad de las acciones “desde la apertura de la sucesión”, está haciendo referencia al momento de la muerte del *de cujus* y no a la acepción procesal del término, en el sentido de disponerse judicialmente la apertura del juicio sucesorio <sup>185</sup>; por lo demás, si el plazo de prescripción se pusiera en marcha con la promoción del proceso sucesorio, el inicio de aquélla quedaría librado al arbitrio del futuro demandante, con la inestabilidad jurídica con respecto a derechos consolidados que ello supone <sup>186</sup>. De manera entonces que el curso de la prescripción de la acción de reducción no se interrumpe por el inicio del proceso sucesorio ni tampoco se suspende hasta el momento de su apertura, ya que para probar la calidad de legitimario y la vocación sucesoria no será imperativo la obtención de la declaratoria de herederos, sino que ello resultará del juego de la partida de defunción del causante y de la partidas que demuestren la relación parental o el vínculo matrimonial. No es, pues, necesario iniciar el juicio sucesorio para entablar la acción de reducción; lo que resulta también de la circunstancia que los legitimarios tienen la posesión hereditaria de pleno derecho, no requiriendo entonces la intervención de los jueces para ejercer ningún tipo de acción (art. 3410) <sup>187</sup>.

Esta conclusión no se ve alterada por sostener que para determinar si la donación afecta la legítima se debe lógicamente hacer inventario de los bienes de la sucesión, ya que el plazo de prescripción tampoco se suspende por ello (art. 3978) <sup>188</sup>.

Cuando la donación se ha ocultado bajo la forma de un acto oneroso, hay que deducir dos acciones: la de simulación y la de reducción. Pero en estos casos, el término bienal de la primera (art. 4030) -acción accesoria- cede a favor del decenal de la segunda (art. 4023) -acción principal-. Se aplica así analógicamente la misma solución adoptada por la doctrina y la jurisprudencia respecto a la acción de simulación cuando es envuelta o se acumula a la acción de colación <sup>189</sup>, pues se trata de situaciones similares y median las mismas razones jurídicas para adoptar idéntica solución: la protección del derecho del heredero legitimario <sup>190</sup>.

Sin embargo, dicha opinión no es pacífica, ya que inexplicablemente varios autores y tribunales independizan los plazos de prescripción de ambas acciones, y por lo tanto si se ha producido la prescripción de dos años de la acción de simulación contados desde la muerte del causante, queda cortado el camino para obtener la reducción <sup>191</sup>.

De cualquier manera, la prescripción también comienza a correr en estos supuestos a partir de la apertura de la sucesión <sup>192</sup>, a menos que pudiera acreditarse fehacientemente por el interesado un conocimiento posterior <sup>193</sup>.

Convendrá señalar que si la simulación para efectuar la donación ha sido realizada mediante una persona interpuesta a quien el causante primeramente transmite bienes bajo la apariencia de un acto oneroso, para que éste luego los transfiera a uno de sus hijos en perjuicio de los demás, el cómputo del plazo de prescripción desde la apertura de la sucesión tendrá lugar cuando dichos actos se han perfeccionado antes de la muerte del causante. Pero si el traspaso de los bienes del tercero al legitimario se produce después del deceso, el plazo de prescripción recién comenzará a correr desde que se operó la última transferencia, que es la que perfecciona la maniobra simulatoria <sup>194</sup>.

Debe advertirse que la acción de reducción conferida a los herederos contra la partición realizada por los ascendientes, por donación o por testamento, prescribe por el transcurso de cuatro años (arts. 3514, 3537 y 4028), a contar también desde la muerte del causante (art. 3953) <sup>195</sup>. Se ha explicado que los motivos para acortar el término decenal de prescripción de la acción de reducción responden al respeto que se debe a los actos de un padre que dispone de lo suyo, en obsequio a la armonía entre hermanos y a la paz del hogar, y a las dificultades que después de muchos años habrían para apreciar si había existido realmente un exceso <sup>196</sup>; con el agregado que la partición hecha por los padres es conocida por todos los herederos, de manera que el plazo debe ser el menor posible, mientras las donaciones hechas por el testador no lo son y entonces la reducción debe prescribirse por el plazo ordinario de toda acción personal, que es de diez años (art. 4023 y nota) <sup>197</sup>. Sin embargo, la solución ha sido calificada de incoherente porque no se ven motivos para fijar este plazo distinto <sup>198</sup>, y si bien reconociendo que las razones dadas para justificar la prescripción breve del art. 4028 pueden responder a cierto fundamento, se ha estimado que no parecen suficientes. Los mismos motivos existen cuando se trata de donaciones a herederos forzosos fuera de la partición anticipada y sin embargo ellas se sujetan al régimen de la colación, acción que prescribe a los diez años. Tampoco es fundamento el deseo de acordar la mayor estabilidad posible al acto partitivo, ya que ello no se conciliaría con la existencia de una acción de rescisión, que se estima ejercitable en el mismo supuesto, sin término de prescripción especial y, por tanto, prescriptible a los diez años (art. 4023) <sup>199</sup>.

Por último, es de subrayar que el Proyecto de Código Civil de 1998 establece una prescripción de dos años para la acción de colación y la acción de reducción, a contar desde la muerte del causante (art. 2502, inc. f); término que también aplica para la acción de simulación ejercida por terceros (art. 2502, inc. a, ap. III). Sin embargo, arrasando con este lógico y pacífico punto de arranque y con la imposibilidad de computar el plazo corrido antes del deceso del causante a los fines de la adquisición del objeto donado por prescripción adquisitiva, y bajo el justificativo "... de evitar que la perduración indefinida de algunas acciones de ineficacia conspire contra la seguridad jurídica, tanto estática como dinámica, al impedir la definitiva perfección de las titularidades" <sup>200</sup>, se ha incluido bajo el capítulo de "Caducidad de acciones" una norma altamente criticable al preceptuar que "Transcurridos veinte (20) años desde la realización del acto no se admite

ninguna acción de ineficacia, aunque tenga efectos reipersecutorios. Este plazo no se suspende ni interrumpe” (art. 2513). De manera entonces que la acción de reducción puede quedar extinguida durante la vida del donante, es decir antes de la apertura de la sucesión y por ende de su nacimiento <sup>201</sup>.

Con respecto a la partición por donación, le otorga al descendiente omitido o nacido después de su realización y al que ha recibido un lote de valor inferior a su porción legítima, la posibilidad de pedir un reajuste mediante la acción de complemento si a la apertura de la sucesión no existen otros bienes del causante suficientes para cubrirla. Dicha acción sólo puede ser entablada después de la muerte del causante, o de ambos cónyuges en caso de partición conjunta (art. 2368). Con relación a la partición por testamento, posibilita el ejercicio de la acción de reducción que pueda corresponder (art. 2371).

Si bien en este aspecto, como se ha explicado, con la acción de complemento se propone suprimir la acción de nulidad de la partición por preterición (arts. 3528 y 3529 actuales), como asimismo otro tanto se ha hecho con la acción de rescisión (art. 3536 vigente) <sup>202</sup>; lo expuesto respecto a la plausible solución adoptada en materia de prescripción, vuelve a contrastar con la indebida caducidad adoptada en las que llama acciones de ineficacia, aunque tengan efectos reipersecutorios, extremos ambos aplicables a la partición por ascendiente cuando mediante ella se afecte la legítima.

Notas:

<sup>1</sup> ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 185/7, ptos. 965/7; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 523/6, ptos. 875/7; FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 108, pto. 102; BLOUSSON, op. cit., pág. 48, pto. XV; AZPIRI, *Manual...*, cit., pág. 328, pto. 54, ap. g); CÓRDOBA, LEVY, SOLARI Y WAGMAISTER, op. cit., t. II, págs. 257/8, pto. 5, ap. b); FARAONI, F., “Acciones de protección a la legítima: aspectos procesales”, J.A. 2001-IV-929, ptos. I y II, ap. a); MEDINA, en BUERES-HIGHTON, *Código Civil...*, cit., t. 6 A, págs. 783, pto. 1; FERRER, en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, págs. 163, com. art. 3600.

La doctrina nacional muestra escasa dedicación al tema de la acción de complemento. Segovia habló de preterición al tratarlo (op. cit., t. II, págs. 553, com. art. 3602 de su núm.). Llerena lo vinculó más a la partición por ascendiente que con la situación que realmente contempla (op. cit., t. IX, págs. 543, com. art. 3600). Machado censuró esa supuesta vinculación, pero la confundió con la reducción al considerar que ataca a las mandas y legados sin atacar el testamento (op. cit., t. IX, págs. 394). De Gásperi también aludió a la partición por testamento, para luego considerar que la acción de complemento se dirige contra quien posea los bienes donados por el testador (op. cit., t. III, págs. 450/1, pto. 520).

Ovsejevich refiere que ambas son acciones correlativas, pues pedir el complemento equivale a pedir la reducción de las disposiciones testamentarias que afectan la legítima. Pero la diferencia está en que la de complemento se le otorga al legitimario singularmente perjudicado; en cambio la de reducción se concede a todos los legitimarios, pues el causante al exceder la porción disponible, los ha afectado a todos por igual. La distinción se basa en la terminología en singular que elige el art. 3600; mientras que el art. 3601 lo hace pluralizando (op. cit., págs. 115/6, pto. 43).

Para Goyena Copello la razón de ser de la norma proviene de que por el originario art. 3715 la preterición de herederos forzosos anulaba la institución de heredero, pero si no había existido omisión sino simplemente una asignación menor a la que le correspondía al legitimario, a fin de evitar aquella consecuencia se le otorgaba a éste la posibilidad única de exigir lo que le faltaba para completar la legítima. Pero ante el nuevo texto del art. 3715 dado por la reforma introducida por la ley 17.711, tal posibilidad queda subsumida en esta norma, ya que lo que corresponde es salvarle al legitimario su legítima, debiendo entregarse el resto, previo cumplimiento de las cargas y legados, al heredero

instituido. Carece, pues, de sentido mantener una acción autónoma para quien tan sólo recibe de menos (*Tratado...*, cit., t. III, págs. 397/8).

Pérez Lasala explica que cuando el art. 3600 habla a cualquier título sin limitación alguna, la expresión comprende no sólo los títulos *mortis causa* (legados) sino también los títulos inter vivos (donaciones). Sin embargo, estima que la acción de suplemento de la legítima puede ser dirigida contra herederos, legatarios y donatarios, y sería una de dos subespecies de la acción de reducción, la cual podría ser ejercida para obtener el complemento de la legítima cuando el legitimario ha obtenido menos de lo debido, y para obtener el reintegro de la legítima cuando el legitimario es privado totalmente de su legítima por preterición o por desheredación injusta. De tal modo, también sostiene que los arts. 3600 y 3601 se complementan, ya que el primero alude a la finalidad de la acción, la integración de la cuota, y el segundo al medio de lograr el complemento, que es la reducción. Señala, sin embargo, que el primero cumplió en nuestro derecho una función más importante, la de abolir la preterición formal, al conferir al legitimario, aun cuando no fuese heredero, el derecho de exigir la diferencia entre la legítima y lo dejado por el testador a título de herencia, legado o donación. Consecuentemente, y a diferencia de otros autores, que al estudiar la acción de reducción sólo se refieren a la reducción de legados y donaciones, admite la reducción de la institución de herederos cuya cuantía se extiende sobre la legítima del perjudicado por haber establecido cuotas el testador (*Derecho...*, cit., vol. II, pág. 774, pto. 639, págs. 858/61, pto. 689/90, y pág. 771, ap. a), pto. 638, pág. 862, pto. 691).

Más tarde ha escrito que *“aunque históricamente se ha denominado **acción de suplemento a la dirigida contra los herederos cuyas porciones violaran la legítima de otros herederos, y de reducción a la dirigida contra legatarios y donatarios, las tres se sirven de la reducción de lo que recibe de más el demandado para obtener el complemento de la legítima violada. Por eso se las denomina también acciones de reducción. En realidad, en estas acciones la consecución del complemento faltante aparece como el fin, y la reducción como el medio para llegar a él”*** (en PÉREZ LASALA-MEDIDA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 32, pto. 17).

Belluscio sostiene que la acción de complemento es la que corresponde al legitimario que recibió menos de su legítima por una donación del causante o por una disposición testamentaria de éste (institución hereditaria, legado de cuota, legado particular o beneficiario de un cargo impuesto a otro heredero o legatario), para exigir que sea completada. En todas las hipótesis, la atribución patrimonial debe envolver la intención, directa o indirectamente expresada, de que el legitimario no recibirá más de lo donado o dejado por el testamento.

Son sujetos pasivos de ella los herederos o coherederos instituidos por el testador. La acción que se entable contra legatarios, sean de cuota o particulares, será la de reducción y no la de complemento. Si existen herederos o coherederos, y legatarios, corresponde primeramente ejercer la acción de complemento y luego la de reducción de los legados; orden que resulta de la preferencia dada a los legados sobre la institución de herederos en el caso de la preterición (arg. art. 3715).

El objeto de la acción es que al legitimario se le complete su cuota de legítima sobre bienes del testador, de modo que si es heredero o legatario de cuota se le eleve hasta el monto de su legítima, y si es legatario particular o donatario, se le atribuya esa cuota computándose en ella el legado dejado o la donación hecha por el causante. En todo caso, pues, el legitimario pasa a ser sucesor universal del causante en su cuota legítima, independientemente de que haya sido instituido heredero o no. Si lo fue, simplemente se acrecentará la porción de la herencia que le corresponde; si no lo fue, quedará colocado en una situación de sucesor universal no heredero similar al legitimario preterido, que recibe sólo su legítima. La única diferencia estriba en que el preterido recibe por esta vía la legítima íntegra, y el que ejerce la acción de complemento, el saldo necesario para completarla.

En definitiva, se trata de una acción que se dirige contra los herederos o sus sucesores, en su caso. Solamente puede haber problema de reipersecución respecto de los terceros adquirentes de bienes de la herencia si se trata de inmuebles enajenados a título gratuito o los adquirentes son de mala fe, o de inmuebles enajenados a terceros de mala fe. Se hace jugar aquí las normas del heredero

aparente (inmuebles: art. 3430, muebles: art. 2412, y créditos: art. 731 inc. 4) y también, en su caso, el art. 1051 que protege a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe.

En la acción de reducción el efecto reipersecutorio contra terceros quedaría también vedado cuando se persigue el reintegro de una cuota hereditaria, o de un legado.

La eventual acción reipersecutoria contra terceros puede ser detenida por éstos, tanto en la acción de complemento como en la de reducción, por la usucapión únicamente computable a partir de la muerte.

En síntesis, la acción de complemento del art. 3600 se dirige contra la institución hereditaria que afecta la legítima y la acción de reducción contra los legados y las donaciones que la atacan (arts. 3601 y 1831) (“Acción de complemento de la legítima”, L.L. 1985-E-672).

Si bien no hay casos de jurisprudencia, este autor ejemplifica con uno en que intervino como juez en el cual afirma que cabía la eventual posibilidad de ejercicio de la acción de complemento de la legítima. El causante, que solamente había dejado bienes gananciales, instituyó herederos a dos hijas legítimas y a su esposa, legando el 20% de sus bienes seis personas que resultaron ser hijos extramatrimoniales del testador. Éstos resultaron así legatarios en conjunto de dicho 20% del haber, cuando, al concurrir con dos hijos legítimos, les correspondía en total una porción legítima del 54% del acervo. Por tanto, les habría cabido el ejercicio de la acción de complemento de la legítima para obtener la diferencia entre el 20% legado y el 54% de su debida porción (*ibidem*, nota 2, refiriéndose al fallo de la CNCiv., Sala C, 16/12/76, E.D. 72-347).

<sup>2</sup> M. PLANIOL y J. RIPERT, J., *Tratado teórico práctico de derecho civil francés*, tr. de M. Díaz Cruz, La Habana, Ed. Cultural, 1935, t. 5, pág. 103, pto. 99; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 116, pto. 44.

<sup>3</sup> GRIMALDI, op. cit., pág. 655, pto. 716, y pág. 744, pto. 822; PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 103, pto. 99; PUIG PEÑA, op. cit., t. V, vol. II, págs. 403/4, pto. 3<sup>a</sup>; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, op. cit., pág. 537, pto. 385; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 116, pto. 44.

<sup>4</sup> GRIMALDI, op. cit., pág. 744, pto. 822, nota 2; CNCiv., Sala C, 3/12/76, J.A. 1978-I-204.

<sup>5</sup> MESSINEO, op. cit., t. VII, pág. 215, pto. 191, ap. 1; CICU, A, *Le successioni*, Milano, Ed. Dott. A. Giuffré, 1947, pág. 270, pto. 1; LAURENT, op. cit., t. 12, pág. 185, pto. 139; PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 103, pto. 100; RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, vol. 2, pág. 272, pto. 2727; DÍAZ DE GULJARRO, “¿Cuándo se perfecciona la renuncia de la acción de reducción?”, J.A. 48-443, pto. I.

<sup>6</sup> BLOUSSON, op. cit., pág. 58/9, pto. XVIII; PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 104, pto. 100; LAURENT, op. cit., t. 12, pág. 186, pto. 139; M. ESPEJO LERDO de TEJADA, *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Madrid, Ed. Marcial Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1996, pág. 224; MESSINEO, op. cit., t. VII, pág. 220, pto. 191, ap. 6 bis; DE GÁSPERI, op. cit., t. III, pág. 452, pto. 521; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 1, pág. 603, pto. 575, ap. c); MÉNDEZ COSTA, “El cesionario y la titularidad de las acciones del heredero”, J.A. 2001-IV-945, pto. 7, aps. A) y B). Tanto el derecho francés (art. 921), como el español (art. 655) y el italiano (art. 557), conceden la acción de reducción a los legitimarios y a sus herederos o causahabientes. En contra: LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, pág. 524, pto. 5.

<sup>7</sup> FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 198, pto. III, ap. c).

<sup>8</sup> BLOUSSON, op. cit., págs. 83/4, pto. XXXI; LAFAILLE, op. cit., t. II, pág. 177, pto. 242; ARIAS, op. cit., pág. 121; DÍAZ DE GULJARRO, “¿Cuándo se perfecciona...?”, cit. J.A. 48-443; CCCSFe, Sala I, 19/2/03, Zeus 92, pág. J-574.

<sup>9</sup> PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 103, pto. 99; LAURENT, op. cit., t. 12, pág. 198, pto. 150; MAZEAUD, op. cit., Parte IV, vol. II, pág. 322, pto. 929; GRIMALDI, op. cit., pág. 745, pto. 824; MESSINEO, op. cit., t. VII, pág. 230, pto. 191, ap. 9 ter.; PUIG PEÑA, op. cit., t. V, vol. II, pág. 404, pto. 3<sup>a</sup>; LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, pág. 551, pto. VII, ap. 2; MARTÍNEZ, op. cit., pág. 409.

<sup>10</sup> J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama de derecho de sucesiones*, Madrid, Civitas, 1982, t. I, pág. 666, pto. 308; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, op. cit., t. V, pág. 538, pto. 386; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 157, pto. 935; MARTÍNEZ, op. cit., págs. 394/5.

<sup>11</sup> FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 199, pto. III, ap. f).



<sup>12</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, pág. 551, pto. VII, ap. 3; FERRER, ibidem, pág. 199, pto. III, ap. g. Comp. BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 146/7, pto. 1001.

<sup>13</sup> BLOUSSON, op. cit., págs. 44/6, pto. XIV, y págs. 90/1, pto. XXXVI; LAJE, *La protección...*, cit., págs. 119/26, ptos. 150/8; FORNIELES, op. cit., t. II, págs. 117/8, pto. 119; OVSEJEVICH, op. cit., págs. 122/3, pto. 48; DE GÁSPERI, op. cit., t. III, págs. 456/7, pto. 521; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 527/9, pto. 879; MACHADO, op. cit., t. V, pág. 90, en nota; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, págs. 191/4, ptos. 971/4; MÉNDEZ COSTA, en LLAMBÍAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, págs. 479/80, pto. 12; FERRER, en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 166, pto. 2. Comp.: PRAYONES, op. cit., págs. 242/3, pto. 71; LAFAILLE, op. cit., t. II, págs. 179/81, ptos. 245/6, y pág. 182, pto. 248.

Borda también afirma que la acción es personal pero persigue la restitución en especie, trátense de donaciones a extraños y estén en juego inmuebles o muebles, como de donaciones a herederos forzosos (*Tratado...*, cit., t. II, ps. 146/7, 137/8, 141/3, ptos. 1001, 989/90 y 996, respectivamente).

Similarmente se ha pensado que la reducción es una acción personal que pertenece al género de las acciones de inoponibilidad (LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, págs. 525/9, pto. III). Por otro lado, se ha interpretado que la acción de reducción se asemeja a las acciones personales, a la cual el art. 3955 le da efectos reales, pero sin transformarla en real. Ello porque el derecho del legitimario sobre la legítima no es un derecho real (p. ej.: legítima compuesta exclusivamente por créditos, o de cosas y créditos) (PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, págs. 871/3, pto. 695, y en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., págs. 75/7, pto. 48).

Se opina que el dominio del donatario es resoluble o revocable, es decir un dominio imperfecto (art. 2663), siendo entonces aplicables los arts. 2670 y 2671 relativos a la revocación del dominio, según que lo donado sean inmuebles o muebles, respectivamente (ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, págs. 193/4, pto. 974. Conf. MACHADO, op. cit., t. V, pág. 97, en nota).

Recientemente la jurisprudencia ha sentado que la acción de reducción es de naturaleza personal, que tiene por fin la resolución del contrato de donación, siendo el efecto reipersecutorio una consecuencia accesoria de dicha resolución (CCCSFe, Sala I, 19/2/03, Zeus 92, pág. J-574). Larga data hace de un fallo que ya había reconocido que “la acción reivindicatoria compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación inoficiosa, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero” (CCiv.Cap., en pleno, 11/6/1912, J.A. V-1).

La doctrina francesa asimismo considera que la acción de reducción es personal contra el donatario, tendiente a obtener la resolución de la donación basándose en que el donante se despojó de un derecho del que no podía disponer. Pero en el caso de existir subadquirentes, destruido el título del donatario mediante dicha acción personal, los herederos forzosos pueden impugnar ahora al del subadquirente mediante una acción real reivindicatoria para recuperar la propiedad de los bienes donados (RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, vol. 2, págs. 274/5, pto. 2733, y pág. 281, pto. 2743).

Igualmente los autores italianos piensan que la acción de reducción es una acción personal de resolución y que una vez resuelta la liberalidad se abre una acción de restitución contra los terceros adquirentes (D. BARBERO, *Sistema del derecho privado*, Buenos Aires, EJEA, 1967, t. V, págs. 229/31, pto. 1104; R. DE RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Reus, s/f, t. II, vol. II, págs. 463/4, pto. 142; CICU, *Le successioni*, cit., págs. 270/1, pto. 1; MESSINEO, op. cit., t. VII, págs. 235/6, pto. 191, ap. 11; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, Ed. Jovene Editore, 1990, págs. 327/9, pto. 164).

El Anteproyecto de Bibiloni sigue al Código alemán, estableciendo que lo que se reintegra es el valor que ha excedido la porción disponible. Y para evitar los inconvenientes de la acción de reivindicación que la hace incompatible con un sistema razonable de publicidad y crédito, le niega a la acción de reducción carácter real, considerándola una acción personal de reintegro. Pero prescribe que si el tercero hubo la cosa a título gratuito, estará sometido a la acción personal del heredero hasta la concurrencia del valor del bien, aunque puede abandonarla y eximirse de toda obligación. Como consecuencia del sistema adoptado, suprime el art. 3955 (art. 3175) (*Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1931, t. IV, págs. 420/1). Este criterio es

reproducido en el Proyecto de 1936 (art. 2014) y en forma similar se pronuncia el Anteproyecto de 1954 (art. 696).

Ambos Proyectos de Reformas al Código Civil de 1993 no hablaron sobre la cuestión y modificaron la redacción del art. 3955, el que no sólo quedó redactado de manera totalmente distinta sino que directamente se refiere a temas de prescripción.

El Proyecto de Reformas de 1998 no se dedicó expresamente a la naturaleza de la acción de reducción. Consideró donación inoficiosa la que excede el valor de la porción disponible del patrimonio del donante (art. 1443) y, amén de legislar sobre la que denomina “acción de entrega de la legítima” (art. 2399) y la acción de complemento (art. 2400), reducción de las disposiciones testamentarias (art. 2401) y de las donaciones (art. 2402) y sus efectos (art. 2403), y el perecimiento de lo donado (art. 2404) y la insolvencia del donatario (art. 2405), expresamente mantuvo los efectos reipersecutorios de la acción no sólo respecto a los inmuebles que han sido objeto de una donación del causante, sino que incluyó también los bienes muebles registrables (arts. 2406 y 1828).

<sup>14</sup> CCiv. 1ª Cap., 7/5/37, J.A. 58-477; C. 4ª C. y C. Cba., 24/9/71, J.A. 1972-13-654.

<sup>15</sup> Se puede decir, pues, que aun cuando estemos ante un legitimario aceptante puro y simple, su responsabilidad en cuanto a los legados es ilimitada pero contenida dentro de los límites de la porción disponible, ya que ellos no pueden incidir sobre su porción legítima. De manera entonces que solamente quienes no son legitimarios (colaterales y herederos testamentarios) responden sin limitación alguna sobre los legados (MESSINEO, op. cit., t. VII, págs. 258/9, pto. 193, ap. 5 B) d); LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, op. cit., pág. 110, pto. 99, ap. c); FORNIELES, op. cit., t. I, pág. 150, pto. 98; BORDA, *Tratado...*, cit., t. I, págs. 184/5, pto. 236; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. I, pág. 546, pto. 463).

Sin perjuicio de ello, es criticable el régimen de la responsabilidad *ultra vires* del heredero aceptante puro y simple por los legados, en proporción a su cuota hereditaria (arts. 3343 y 3776); el que lamentablemente ha sido mantenido por el Proyecto de 1998 (arts. 2266, últ. párr., y 2261). Como bien se ha dicho en la doctrina francesa, “*es absurdo y contrario al buen sentido más elemental que un heredero esté obligado con sus propios bienes personales a pagar un legado hecho por el causante. El testamento es un acto por el cual el testador dispone ‘de sus bienes’. No debe ser el acto por el cual dispone de los bienes de sus herederos*” (GRIMALDI, op. cit., págs. 519/20, pto. 562; RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, vol. 2, págs. 176/7, pto. 2529. Conf. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, op. cit., pág. 110, pto. 99, ap. b); PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1977, t. V, vol. I, págs. 323/7, pto. 7, ap. 3); LAFAILLE, op. cit., t. I, pág. 138, pto. 196; FORNIELES, op. cit., t. I, págs. 149/50, pto. 98; BORDA, *Tratado...*, cit., t. I, págs. 184/5, pto. 236; PÉREZ LASALA, *Derecho ...*, cit., vol. I, págs. 544/5, pto. 463; F. A. M. FERRER, “La responsabilidad del heredero. Derecho argentino, comparado y Proyecto de Código Civil de 1999”, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, Córdoba-República Argentina, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, t. III, págs. 347/50, pto. XII, ap. II, y “La responsabilidad *ultra vires* por los legados y el Proyecto de Código Civil”, J.A. 2000-II-930.

<sup>16</sup> LAURENT, op. cit., t. 12, págs. 183/4, pto. 138; GRIMALDI, op. cit., págs. 745/6, pto. 824, ap. 1º; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, op. cit., pág. 537, pto. 386; BLOUSSON, op. cit., págs. 88/90, pto. XXXV, ap. 3º; DE GÁSPERI, op. cit., t. III, págs. 452/3, pto. 521; LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, págs. 550/1, pto. VII, ap. 1; FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 15.

Por el contrario, el Código Civil italiano exige para poder entablar la acción de reducción de donaciones y legados que el demandante legitimario sea aceptante beneficiario (art. 564, 1º párr., 1ª p.). Se ha explicado que la razón está en garantizar que el legitimario confeccione el inventario y haga conocer así a los donatarios y legatarios la consistencia del caudal hereditario, y de salvaguardar los intereses de éstos del peligro de que, sin el inventario, el legitimario sustraiga bienes hereditarios. Ello encuentra demostración en la circunstancia que la acción de reducción puede también ser ejercitada por quien haya decaído del beneficio de inventario (art. 564, 1º párr., últ. p.), ya que esto no quita valor al inventario ya hecho. En definitiva, el ejercicio de la acción de reducción no está subordinado a la conservación de la calidad de heredero beneficiario, *siempre* que se haya formado el

inventario (MESSINEO, op. cit., t. VII, págs. 221/2, pto. 191, ap. 6 bis. Conf. BARBERO, op. cit., t. V, pag. 228, pto. 1103, ap. II a); AZZARITI, op. cit., págs. 304/8, pto. 155).

<sup>17</sup> FASSI, *Tratado...*, cit., vol. 1, pág. 464, pto. 787, y pág. 466, pto. 791; CNCiv., Sala C, 15/12/53, L.L. 75-341.

La jurisprudencia ha resuelto que la mejora puede consistir en un legado o en un prelegado, inclusive de cosa cierta (SCBs.As., 21/7/64, E.D. 8-862).

<sup>18</sup> ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, págs. 161/2, pto. 941. Es el criterio del Código Civil italiano que establece que el legitimario que pide la reducción de donaciones o de disposiciones testamentarias, debe imputar a su porción legítima las donaciones y legados que se le han hecho, salvo que haya sido expresamente dispensado de ellos (art. 564, 2º párr.). Por supuesto que esta dispensa opera en los límites de la porción disponible (arg. art. 737, 2º párr.) (conf. MESSINEO, op. cit., t. VII, pág. 223, pto. 191, ap. 6 ter.).

<sup>19</sup> Conf. FASSI, *Tratado...*, cit., vol. 1, pág. 465, pto. 789.

<sup>20</sup> LAFAILLE, op. cit., t. II, pág. 178, pto. 243; FORNIELES, op. cit., t. II, págs. 120/3, pto. 123, y págs. 124/6, pto. 125; DE GÁSPERI, op. cit., t. III, pág. 457, pto. 521; MARTÍNEZ PAZ, op. cit., pág. 341, pto. 6, ap. b); SALVAT, *Tratado...*, *Fuentes de las obligaciones*, cit., t. III, pág. 70/1, pto. 1655/7; MÉNDEZ COSTA, “Derechos de los herederos forzosos...”, cit., J.A. 28-1975-42, pto. III y IV, “Los herederos ante las ventas...”, cit., en *Estudios jurídico-notariales...*, cit., pág. 15, pto. 14, y *Código Civil...*, cit., t. V-B, págs. 474/5, pto. 8, ap. a); SPOTA, *Contratos*, cit., t. VII, pág. 323, pto. 1640, y pág. 324, pto. 1642, y “Donación disfrazada, acción de reducción y dispensa de colación”, LL. 1986-B-85, pto. 6 y 7; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 532, pto. 881; MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ediar, 1972, t. II-A, pág. 262, pto. 169, y “Naturaleza del dominio adquirido a través de donaciones de quien tiene herederos forzosos. ¿Se trata de domino imperfecto?”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario - Sucesiones*, año 2000-2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, pág. 63, pto. IV; PRAYONES, op. cit., págs. 241/3, pto. 71; CCiv.Cap., en pleno, 11/6/1912, J.A. V-1, especialmente los votos de los Dres. Giménez Zapiola y de la Torre; CCiv. 1ª Cap., 22/10/20, J.A. V-392; CCiv. 1ª Cap., 6/6/23, GF. 49-172; CFed.Paraná, 28/8/40, J.A. 72-408; CCCRos., Sala I, 7/5/48, JTSF. 27-193; CNCiv., Sala A, L.L. 77-382, voto del Dr. Aráuz Castex; idem, 8/11/68, J.A. 1970-8-3, voto del Dr. Llambías; idem, 29/9/76, E.D. 70-302; CCCRos., Sala IV, 25/10/76, Zeus 11-R-10, Nº 474.

Es también la opinión de la doctrina paraguaya (MARTÍNEZ, op. cit., págs. 409 y 412).

<sup>21</sup> LAJE, *La protección...*, cit., págs. 262/75, pto. 420/41, y “Los actos gratuitos del causante...”, cit., J.A. 1948-I-Secc. Doct., pág. 63, pto. VIII y IX; RÉBORA, op. cit., t. II, págs. 48/9 y nota 5; CALATAYUD, *Sucesiones*, cit., págs. 168/9; OVSEJEVICH, op. cit., págs. 128/9, pto. 48, ap. II; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 141/3, pto. 996; GOYENA COPELLO, *Tratado...*, cit., t. III, págs. 373/5; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 204, pto. 988, y “Acción de reducción...”, cit., en *Revista de Derecho Privado y...* - *Sucesiones*, cit., pág. 49, pto. 7; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, pág. 868, pto. 694, y vol. I, pág. 728, pto. 618, y en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 143, pto. 119; HERNÁNDEZ, “Relación entre la colación y la reducción...”, cit., L.L. Litoral 1997-22, pto. III; DI LELLA, “Reducción de la donación a heredero forzoso (O de cómo la donación es siempre título imperfecto de dominio)”, J.A. 1995-IV-687; O. E. ORLANDI, “Las acciones de reducción y colación: similitudes, diferencias y discrepancias”, J.A. 2001-IV-938, pto. IV; N. LLOVERAS y O. E. ORLANDI, “¿Colación o reducción entre coherederos”, J.A. 2002-III-1144; FERRER, en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 167, pto. 3, ap. b), rectificando su postura anterior sostenida en “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., págs. 201/03, pto. 18/20; CNCiv., Sala A, 29/8/85, L.L. 1986-B-85, voto del Dr. Zannoni.

<sup>22</sup> Conf. LAJE, “Los actos gratuitos del causante...”, cit., J.A. 1948-I-Secc. Doct., pág. 70/5, pto. VIII; *La protección...*, cit., págs. 270/5, pto. 434/41.

<sup>23</sup> BIBILONI, op. cit., t. IV, pág. 285.

<sup>24</sup> Los primeros proyectos de reforma al Código Civil admitieron la acción de reducción contra los herederos, pero a efectuarse en valores como resultado del ejercicio de una acción que expresamente reputaron como personal (art. 3175 del Anteproyecto de Bibiloni; art. 2014 del Proyecto de 1936; y

arts. 693 y 696 del Anteproyecto de 1954, que si bien no menciona expresamente a los “herederos”, hace referencia a los “beneficiarios” y terceros adquirentes).

Por los fundamentos expuestos, no compartimos la solución originaria del Proyecto de 1998 al establecer que “La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensar la diferencia en dinero” (art. 2340). Amén de admitir una mejora tácita en toda donación hecha a un descendiente o al cónyuge; si aun así el valor de lo donado excediese la suma de ambas cuotas (cuota de legítima individual del donatario más la porción disponible), el exceso está sujeto sólo a colación que se hará efectiva compensando el exceso en dinero. Se trata, pues, del reconocimiento de un crédito contra el beneficiario de una donación que excede la suma de dichas porciones, sin trascender de las relaciones internas entre los legitimarios (ZANNONI, “Acción de reducción...”, cit. en Revista de Derecho... - Sucesiones, cit., pág. 60, nota 19; LLOVERAS y ORLANDI, op. cit., “Colación o reducción...”, cit., J.A. 2002-III-1144, pto. IV).

Poco más tarde, las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, septiembre de 2001) aprobaron por unanimidad (con una abstención) que “La acción de colación de que gozan los herederos forzosos no obsta el ejercicio de la acción de reducción por parte de los mismos cuando se encuentra vulnerada la legítima hereditaria”. La Comisión de Legislación General siguió este criterio y modificó el recordado art. 2340 del Proyecto de 1998, el que entonces quedó así redactado: “La donación hecha a los herederos forzosos cuyo valor excede la porción hereditaria del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción”. O sea, quedan comprendidos los dos supuestos en que puede producirse el exceso: cuando no hay dispensa de colacionar, y el valor de la donación de imputa directamente a la porción hereditaria, resultando sobrepasada; o cuando, mediando dispensa, dicho valor se imputa primero a la porción disponible, y el excedente se colaciona después sobre la porción hereditaria, siendo también desbordada. Por el valor del exceso, en ambos casos, procede la reducción de la donación. Esta solución pareciera contradecir el espíritu del Proyecto y la política legislativa de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación, dirigida a restringir las posibilidades de ejercicio de la acción de reducción y limitar su campo de actuación, pues en este caso precisamente se han ampliado los alcances de la acción instalando sus efectos resolutorios y reipersecutorios en el ámbito de las donaciones hechas a herederos legitimarios (F. A. M. FERRER, “La acción de reducción: derecho vigente y derecho proyectado”, en *Edición homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa*, Santa Fe, Ed. Universidad Nacional del Litoral, 2001, pág. 97, pto. 20).

La legislación italiana expresamente reconoce la posibilidad de ser sujeto pasivo de la reducción al donatario legítimo y que sea en especie, pudiendo retener todo el inmueble o mueble registrable siempre que su valor no supere el importe de la porción disponible y de la cuota de legítima que le corresponde (art. 560); quedando libre de todo gravamen o vínculo real con que lo hubiese gravado (art. 561); y si lo ha enajenado a terceros, la acción contra éstos para obtener su restitución debe ir precedida de la excusión de los bienes del donatario y el tercer adquirente puede liberarse de la restitución en especie pagando el equivalente dinerario (art. 563) (conf. BARBERO, op. cit., t. V, págs. 227/9, pto. 1103, y págs. 225/6, pto. 1102, ap. IV; MESSINEO, op. cit., t. VII, pág. 225, pto. 191, ap. 6 ter. e).

El derecho francés también reconoce que la acción de reducción funciona contra todo favorecido por una liberalidad excesiva, sea o no heredero. Y hablando de la colación y la reducción, se reconoce que ambas instituciones se parecen en algunos aspectos, por eso se corre el riesgo de incurrir al menos en confusión cuando el beneficiario de la liberalidad que exceda la porción disponible es uno de los coherederos, y no un extraño: se califica de la reducción que afecta a un heredero de “colación con fines de reducción”, por oposición a la verdadera colación que se denomina “colación con fines de igualdad” (conf. MAZEAUD, op. cit., Parte IV, vol. IV, págs. 48/9, pto. 1640; RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, vol. 2, págs. 391/6, pto. 2940/45). De acuerdo con la ley del 3 de julio de 1971, el nuevo texto del art. 866 del C.C. francés dispone que “las donaciones hechas a un sucesible, o a sucesibles conjuntamente, que exceden la porción disponible, pueden ser retenidas en su totalidad por los beneficiados, cualquiera sea el excedente, salvo la obligación de compensar a los coherederos en

dinero”. Para que el legitimario se ampare en la reducción en valor debe aceptar la sucesión, usufructuar la facultad que se le ofrece de retener la cosa donada e indemnizar a sus coherederos en dinero. Si se efectúa la colación en especie, no cabe la reducción en valor (aquella tiene lugar cuando el donante así lo ha exigido o cuando el donatario ha optado por ella, siempre que la cosa donada se encuentre en su dominio a la época de la colación y que la misma se halle libre de toda carga o ocupación a la cual no hubiera estado sujeta a la época de la donación. Incluso aunque el donante haya impuesto la colación en especie, ha de procederse por imputación cuando el donatario con el consentimiento del donante haya enajenado la cosa donada, cuando ésta haya perecido por culpa del donatario y/o cuando haya perecido por caso fortuito si el donatario hubiera recibido una indemnización que haya empleado para reconstruirla). Pero si el donatario heredero aceptante y decidido a retener la cosa es insolvente, la reducción procede en especie, salvo especiales remedios que la ley prevé. Cuando el donatario enajenó la cosa donada, sus coherederos pueden ejercer la acción de reducción, primero contra el donatario en cuyo caso tiene lugar necesariamente en valor y, subsidiariamente, en caso de insolvencia del donatario, contra el tercer detentador de la cosa, a quien la jurisprudencia le permite sustraerse a la reducción en natura indemnizando a los actores. Esta norma ha sido completada en 1971, estableciéndose que la acción no podrá ejercerse contra los terceros cuando el donante haya consentido la enajenación con el acuerdo de todos los reservatarios nacidos y vivos al momento de ésta (art. 930) (conf. GRIMALDI, op. cit., págs. 710/3, ptos. 781/4).

El C.C. español establece que “El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlos en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición” (art. 1035). Ante esta terminología que habla de colación como operación que sirve a la vez para el cálculo de la legítima y para contar en la partición, como anticipo, lo donado a los legitimarios del causante -a la cual la jurisprudencia le ha acentuado esa supuesta misión previa de “defender la intangibilidad de la legítima” y con ella la igualdad entre los legitimarios-, terminantemente se ha escrito: *“Mas la colación, ni defiende la legítima, ni -necesariamente- la igualdad. En realidad, no se relaciona directamente con aquella, pues aun cuando los obligados a colacionar son, de modo exclusivo, los legitimarios, ésta es una circunstancia externa que no cambia la naturaleza de la operación: la ley, por consideraciones de conveniencia y oportunidad, les ha elegido para que colacionen (otros ordenamientos obligan a colacionar a todos los herederos ab intestato, o sólo a los descendientes), pero este ‘contar en su parte’ lo recibido por donación del de cuius que hace el colacionante, no es un instrumento de defensa de la legítima.... para calcular el importe de ésta, se reúnen al caudal relicto, ficticiamente, todas las donaciones que realizó el difunto (no sólo las hechas a los legitimarios), operación que se denomina ‘reunión ficticia’ y tiene por objeto impedir que ningún deudor de legítima pueda lesionar ésta empobreciéndose mediante donaciones: así, las que hizo en vida, se cuentan a su muerte para ver si lesionan el derecho de los ‘herederos forzosos’, y en caso afirmativo, se reducen a los límites de la parte de su fortuna de que entonces podía disponer el donante. Por supuesto, cada legitimario cuenta como pago de sus derechos de heredero forzoso lo recibido gratuitamente del causante deudor de la legítima, operación que se denomina imputación, y es puramente contable, a efectos de determinar si el donatario se halla pagado de su legítima”* (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, op. cit., t. V., pág. 190, pto. 160).

<sup>25</sup> El Código Civil austríaco declara reducibles las donaciones a extraños dentro de los dos años anteriores a la muerte del causante (arts. 785 y 951). El Código suizo establece que son reducibles las donaciones hechas por el causante en los últimos cinco años precedentes a su fallecimiento (art. 527 inc. 3). El Código Civil japonés solamente imputa a la legítima aquellas donaciones hechas por el difunto un año antes de la apertura de la sucesión, sin perjuicio de agregar las realizadas con anterioridad cuando las partes supieran que con la donación se lesionaba al legitimario (art. 1030); posibilitando en consecuencia la reducción de los legados y de dichas donaciones, es decir las efectuadas en el año anterior mencionado (art. 1031).

<sup>26</sup> T. KIPP, *Derecho de sucesiones*, tr. B. Pérez González y J. Alguer, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1976, t. V, vol. I, págs. 147/8, pto. 13, ap. 3.

<sup>27</sup> F. A. M. FERRER y R. M. NATALE, “Algunas observaciones al Proyecto de Código Civil de 1998...”, cit., en *Estudios sobre el Proyecto de Código...*, cit., pág. 369, pto. XVII. Con respecto al plazo de caducidad para las donaciones anteriores a los diez años al deceso del donante y la reducción del término de prescripción de la acción de reducción a dos años a partir del mismo momento que ha traído el Proyecto de 1998, se ha recordado las críticas que también hace Belluscio, quien entiende que, por esta vía, se ataca a la familia, apuntando tanto a la reducción de la legítima y el aumento de la porción disponible, como a la incorporación de dicha prescripción breve, en beneficio de los donatarios. En contra, respondiendo a las mismas, se afirma que esas dos reformas coadyuvan al equilibrio entre ambas instituciones, a reducir los tiempos de la imperfección de los títulos sin desproteger con desmesura la legítima de los herederos forzosos; ocurre que la buena fe debe traducirse también en un ejercicio diligente de las acciones. Es más, se señala que dicho Proyecto ofrece una noción más limitada acerca del “dominio imperfecto” que el Código vigente, pues dispone que “Son dominios imperfectos, el resoluble, el fiduciario y el desmembrado” (art. 1904, *ab initio*) y luego expresa que “Dominio resoluble es el sometido a condición o plazo resolutorio a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió” (art. 1905, 1<sup>er</sup> párr.); concluyendo que no parece entonces comprender el dominio nacido de una donación inoficiosa (MOSSET ITURRASPE, “Naturaleza del dominio adquirido a través de donaciones...”, cit., en *Revista de Derecho Privado...*, cit., pág. 63, ptos. VI y VII).

<sup>28</sup> El Proyecto de 1998 establece que la porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio (art. 2395, 1<sup>er</sup> párr.).

<sup>29</sup> F. A. M. FERRER, “La acción de reducción: derecho vigente y...”, cit., en *Edición homenaje...*, cit., pág. 97, ptos. 18/9.

<sup>30</sup> AZPIRI, “La legítima en el Proyecto...”, cit., en *Temas...*, cit., pág. 170.

<sup>31</sup> JOSSERAND, op. cit., t. III, vol. III, pág. 313, pto. 1726; PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 106/7, pto. 103 y nota 1; BLOUSSON, op. cit., pág. 193, pto. CXIX.

<sup>32</sup> La prioridad a favor del legatario de cosa cierta ante eventuales reducciones se basa en que se lo considera adquirente del legado desde el momento de la apertura de la sucesión (art. 3766 y nota), y se lo presume siempre aceptado mientras no conste que ha sido repudiado (art. 3804).

Entre paréntesis, se ha determinado que en caso de que el legado de cosa cierta exceda la porción disponible del causante, la reducción no extinguirá el derecho de propiedad del legatario sobre la cosa cierta legada, pero el legatario deberá pagar el excedente a la masa. Se trata, pues, de un crédito en favor de los herederos perjudicados; no pudiéndoselo transformar en un legado de cantidad, ni segregarse de la cosa una parte física aunque admita cómoda división, ni pretender establecer sobre la cosa un condominio (conf. FASSI, *Tratado...*, cit., vol. II, págs. 41/3, pto. 1170, sin perjuicio que más adelante reconoce que no es una regla absoluta y que cabe la intervención moderadora de los jueces frente al testador que en la práctica priva a los legitimarios de recibir la legítima en especie -ídem, vol. II, pág. 43/4, pto. 1172-; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 189, pto. 969, y nota 43; CCiv. 2<sup>a</sup> Cap., 8/7/43, J.A. 1943-III-523; SCBs.As., 13/7/54, J.A. 1954-IV-181; C. 2<sup>a</sup> CC. La Plata, Sala I, 30/9/52, L.L. 68-429. En contra, se ha opinado que si la cosa es divisible se entrega al legatario la parte correspondiente y el legitimario conserva el resto. Pero si es indivisible, se distingue: si la porción de la cosa que debe entregarse al legatario es más de la mitad, el legatario se queda con toda la cosa pagando al heredero lo que le corresponde para integrar la legítima; y si le corresponde al heredero más de la mitad, será él quien se la quedará desinteresando al legatario. Pero si quien tiene el derecho de opción no puede o no quiere desinteresarse al otro, no se ve otra solución que la liquidación del condominio por venta de la cosa (BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 143/4, pto. 997. Comp. GOYENA COPELLO, *Tratado...*, cit., t. III, págs. 382 y 393/4).

<sup>33</sup> FORNIELES, op. cit., págs. 114/5, pto. 115; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 133, pto. 982; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 120, pto. 47, ap. C).

<sup>34</sup> LLERENA, op. cit., t. X, pág. 216, pto. 4; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 133, pto. 983; OVSEJEVICH, op. cit., págs. 120/1, pto. 47, ap. C); MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 534/5, pto. 884; CCiv. 2<sup>a</sup> Cap., 8/7/43, J.A. 1943-III-523.

El sistema preferido en la legislación comparada es hacer caer primero a los legados y luego a las donaciones y aquéllos a prorrata, salvo que el testador establezca un orden de preferencia en su pago (C.C. francés, arts. 923, 925, 926 y 927; español; art. 820; italiano, arts. 554, 555 y 558; brasileño, arts. 2007 y 1967; japonés, arts. 1033 y 1034).

En el Proyecto de 1998, el legitimado activo puede demandar, en primer término, la reducción de la institución de heredero de cuota y de los legados particulares, en ese orden (art. 2401, 1<sup>er</sup> párr.). Los legados, a su vez, se reducen en el orden inverso al orden de pago (art. 2401, 2<sup>o</sup> párr.). Según el art. 2309, 2<sup>o</sup> párr., se deben pagar primero los legados que tienen preferencia otorgada en el testamento, luego los de bienes determinados y, finalmente, los restantes; en caso de insuficiencia de los bienes para cubrir los legados de alguna de las mencionadas categorías, se los debe reducir proporcionalmente a sus valores.

Es de subrayar que dicho Proyecto hace desaparecer la figura del legatario de cuota. Solamente reconoce al heredero, que es aquel a quien se le transmite la universalidad o una alícuota de la herencia, y al legatario, que es quien recibe un bien particular o un conjunto de ellos (arts. 2228, últ. párr., 2431, y 2433).

<sup>35</sup> M.J. BENDERSKY, “Reducción de los legados por insolvencia de la sucesión o lesión de la legítima”, L.L. 98-246.

<sup>36</sup> Si bien entre nosotros no existe texto expreso que así lo establezca, a diferencia de otras legislaciones (C.C. francés, art. 923; español, art. 656; alemán, art. 2329; italiano, art. 559; brasileño, art. 2007, inc. 4; y japonés, art. 1035), es la opinión prácticamente unánime: BLOUSSON, op. cit., págs. 175/8, pto. CIV; LLERENA, op. cit., t. VI, pág. 70/1, pto. 2; MACHADO, op. cit., t. V, pág. 92/3, en nota; RÉBORA, op. cit., t. II, pág. 31, pto. 290; LAFAILLE, op. cit., t. II, págs. 167/8, pto. 228; FORNIELES, op. cit., t. II, págs. 115/6, pto. 116; DE GÁSPERI, op. cit., t. III, pág. 444, pto. 515; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 133/4, pto. 984; PRAYONES, op. cit., pág. 244, pto. 71; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 121, pto. 47, ap. D); ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, págs. 189/90, pto. 970; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 535, pto. 885; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, pág. 864, pto. 692, y en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., págs. 49/50, pto. 34, ap. c); GOYENA COPELLO, *Tratado...*, cit., t. III, págs. 382/5; ARIAS, op. cit., pág. 119, pto. 2; AZPIRI, op. cit., pág. 325; CÓRDOBA, LEVY, SOLARI y WAGMAISTER, op. cit., t. II, pág. 259; MÉNDEZ COSTA, en LLAMBÍAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 476, pto. 9, ap. b); FERRER, en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 170, pto. 6, y en “La acción...” cit., en *Sucesiones*, pág. 193, pto. 52. En contra, sosteniendo que deben reducirse a prorrata, a no ser que se demuestre que el donante hizo las donaciones posteriores con el ánimo de perjudicar a los donatarios anteriores: SEGOVIA, op. cit., t. I, pág. 495, nota 78 al art. 1833 de su núm.

El Proyecto de 1998 expresamente establece que si la reducción de las disposiciones testamentarias no basta, se atacan las donaciones. Se reduce primero la última donación, y luego las demás en el orden inverso a sus fechas. Las de igual fecha se reducen a prorrata (art. 2402, últ. párr.). Pero no debe olvidarse que el régimen proyectado solamente permite al legitimario atacar las donaciones efectuadas dentro de los cinco años anteriores a la muerte del causante y que sean computables según lo dispuesto por el art. 2395, es decir que se trate de donaciones realizadas hasta los trescientos días anteriores al nacimiento de cada descendiente damnificado, o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representan, y para el cónyuge, las hechas después del matrimonio (art. 2402, 1<sup>a</sup> p.).

<sup>37</sup> Conf. GRIMALDI, op. cit., págs. 678/9, pto. 742/4.

<sup>38</sup> LAURENT, op. cit., t. 12, pág. 242, pto. 184; PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 111, pto. 109; PUIG PEÑA, op. cit., t. V, vol. II, pág. 407; ROCA SASTRE, en *Anotaciones a Kipp, Derecho de...*, cit., t. V, vol. I, pág. 162; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 121, pto. 47, ap. D); BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 134, pto. 984; FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 53.

<sup>39</sup> PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 111, pto. 110; RIPERT y BOLANGER, op. cit., t. X, vol. 2, pág. 266, pto. 2716; GRIMALDI, op. cit., pág. 676, pto. 740; PUIG PEÑA, op. cit., t. V, vol. II, págs. 407/8; VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, cit., págs. 664/5, pto. 308; BORDA, op. cit., t. II, pág. 134, pto. 985.

<sup>40</sup> FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 54.

<sup>41</sup> JOSSEERAND, op. cit., t. III, vol. III, pág. 316, pto. 1732; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 134/5, pto. 986; MAFFÍA, op. cit., t. II, pág. 536, pto. 886.

<sup>42</sup> RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, vol. 2, pág. 267, pto. 2717; MAZEAUD, op. cit., Parte IV, vol. II, pág. 326, pto. 937.

<sup>43</sup> JOSSEERAND, op. cit., t. III, vol. III, pág. 316, pto. 1733; RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, vol. 2, págs. 206/7, pto. 2717; MAZEAUD, op. cit., Parte IV, vol. II, pág. 327, pto. 937; FERRER, "La acción...", cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 55; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 135, pto. 986. En contra, se ha distinguido: a) si quien trata de probar la donación manual es un legitimario o cualquier otro donatario, la prueba será libre, sobre todo teniendo en cuenta que al evitarse la fecha cierta, la liberalidad puede ser de carácter fraudulento; y b) si quien trata de desvirtuar la acción de reducción es el donatario, se deberá recurrir a los supuestos especiales en que se considera que existe fecha cierta (art. 1035). Esta restricción probatoria se debe a la presunción de fraude, y en todo caso a su propia culpa, pues al tiempo de la liberalidad debió tomar la precaución de haberse procurado una fecha cierta conforme a dicho artículo (PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 113, pto. 112; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 121, pto. 47, ap. E).

<sup>44</sup> LAURENT, op. cit., t. 12, págs. 248/50, pto. 191; VALLET DE GOYTISOLO, op. cit., t. I, pág. 665, pto. 308; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, op. cit., pág. 541, pto. 388, ap. d).

Es la solución adoptada por el Código Civil chileno, que expresamente establece que "la insolvencia de un donatario no gravará a los otros" (art. 1187, 2º párr.); y la del japonés, que claramente dice que cualquier pérdida que derive de dicha insolvencia "deberá ser soportada por el heredero legitimario" (art. 1037).

<sup>45</sup> C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, 5ª ed., París, Marchal et Godde, 1919, t. 11, pág. 94, pto. 685 ter, texto y nota 11; PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, págs. 117/8, pto. 116; JOSSEERAND, op. cit., t. III, vol. III, págs. 316/7, pto. 1734; MAZEAUD, Parte IV, vol. II, pág. 327, pto. 938; GRIMALDI, op. cit., pág. 676, pto. 740; ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Madrid, 1986, t. VIII, vol. 2, pág. 514 y ss.; ESPEJO LERDO DE TEJEDA, op. cit., págs. 226/30, pto. 3, ap. B); PUIG PEÑA, op. cit., t. V, vol. II, págs. 409/19; RÉBORA, op. cit., t. II, pág. 31, pto. 290; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 135/6, pto. 987; OVSEJEVICH, op. cit., págs. 121/2, pto. 47, ap. F); MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 536/7, pto. 887; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, pág. 864, pto. 692, ap. A, c), y en PÉREZ LASALA-MEDINA, en *Acciones judiciales...*, cit., págs. 50/2, pto. 35; FERRER, "La acción...", cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 56.

Es la solución que sigue el Proyecto de 1998, al disponer que en caso de insolvencia de alguno de los donatarios e imposibilidad de ejercer la acción reipersecutoria, la acción de reducción puede ser ejercida contra los donatarios de fecha anterior (art. 2405).

<sup>46</sup> BLOUSSON, op. cit., págs. 180/4, pto. CVIII; FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 116, pto. 117; ROCA SASTRE, en *Anotaciones a Kipp, Derecho de...*, cit., t. V., vol. I, págs. 162/3; PUIG BRUTAU, op. cit., t. V, vol. III, pág. 202, ap. c).

El Código Civil italiano acoge este sistema, pero introduciendo matices que lo suavizan. Así, si la restitución de la cosa donada no se puede pedir contra el adquirente, y el donatario es insolvente en todo o en parte, el valor de la donación que no se puede recuperar del donatario se detrae de la masa hereditaria, pero quedan sin perjudicar los derechos de crédito del legitimario y de los donatarios antecedentes contra el donatario insolvente (art. 562). La doctrina muestra al principio como un correctivo al criterio con el que se procede a la reunión ficticia (MESSINEO, op. cit., t. VII, págs. 228/9, pto. 191, ap. 8 h); AZZARITI, op. cit., págs. 326/7, pto. 163; MENGONI, L., *Successioni per causa di morte (successione necessaria)*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, directo da Cicu - Messineo, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1992, vol. XLIII, t. 2, págs. 316/9, pto. 85; V. POLACCO *De las sucesiones*, Buenos Aires, EJEA, 1950, t. I, págs. 599/602. Comp. BARBERO, op. cit., t. V, págs. 231/2, pto. 1105, y nota 35).

<sup>47</sup> El causante fallece dejando \$ 600.000, en vida hizo dos donaciones, la primera de \$ 230.000 y otra de \$ 170.000. Es decir, que inicialmente la masa se integra con \$ 1.000.000. Si el último donatario es insolvente, la masa será entonces de \$ 830.000, la porción legítima de los descendientes



de \$ 664.000 y la porción disponible \$ 166.000. Debiendo reducirse la donación de \$ 230.000 por afectar la legítima, el donatario deberá restituir \$ 64.000.

En cambio, si tomamos el segundo criterio expuesto en el texto, la masa será de \$ 1.000.000 y la porción disponible de \$ 200.000. Habiendo dejado el difunto, como se ha dicho, \$ 600.000, el donatario deberá restituir \$ 200.000, pudiendo solamente retener \$ 30.000.

<sup>48</sup> Ejemplifiquemos: el causante fallece dejando \$ 600.000 y en vida realizó tres donaciones, la primera de \$ 130.000, la segunda de \$ 150.000 y la tercera de \$ 120.000: La masa para calcular la legítima es entonces de \$ 1.000.000: la legítima del descendiente es de \$ 800.000 y la porción disponible de \$ 200.000, la que se encuentra excedida. La primera es reducida sin problemas, luego se hecha mano a la penúltima, pero aquí resulta que el donatario es insolvente. ¿Qué solución adoptar? ¿Considerar que la masa es de \$ 880.000? De esta forma la masa será para unos donatarios una suma, y para otros, otra, lo que resulta a todas luces injusto. Y cada vez será mayor el problema, se debieran reducirse varias donaciones, y alguno de los donatarios intermedios fuera insolvente.

<sup>49</sup> Conf. ESPEJO LERDO DE TEJEDA, op. cit., págs. 228/9, pto. 3, ap. B).

<sup>50</sup> Para poder entablar la acción de reducción, el Código Civil italiano exige al accionante el carácter de aceptante beneficiario, aunque -como se ha visto- puede hacerlo quien lo ha perdido, siempre que haya confeccionado el inventario (art. 564, 1<sup>er</sup> párr., últ. p.) (véase *supra* nota 226).

<sup>51</sup> Véase *supra* pág. 67, ap. g), y nota 26; e *infra* pto. 6.7.2., 1<sup>er</sup> párr., y nota 86.

<sup>52</sup> FARAONI, op. cit., J.A. 2001-IV-929, pto. II, ap. d) a).

<sup>53</sup> Para que juegue la excepción a favor de los descendientes nacidos después de la donación es necesario que al menos un descendiente tenga derecho a ejercitar la acción de reducción, es decir que existía a la época de la liberalidad y sobrevive al donante. Debe subrayarse que la excepción a favor de los descendientes nacidos después, que por una especie de vía refleja se benefician de la acción que tiene el descendiente que ya existía al tiempo de la donación (art. 1832 inc. 1, 2<sup>a</sup> p.), no es extensiva a los otros herederos forzosos (LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, págs. 522/3, pto. 4, y pág. 524, pto. 4, ap. e, y nota 19; FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 27).

El Proyecto de Código Civil de 1998 concede la acción de reducción a cada descendiente sólo contra las donaciones efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento, o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa, y, como se ha visto, siempre que se hayan efectuado dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento del causante (arts. 2395, 3<sup>er</sup> párr., y 2402). Ello significa que por cada descendiente se deberá hacer un cálculo de legítima independiente (FERRER, “La acción de reducción: derecho vigente y...”, cit., en *Edición homenaje...*, cit., pág. 97, pto. 11; AZPIRI, “La legítima en el Proyecto...”, cit., en *Temas...*, cit., pág. 167).

<sup>54</sup> Por el contrario, en el derecho español para juzgar la inoficiosidad de las donaciones no hay que volver la vista para nada al tiempo de la donación, puesto que debe determinarse con relación al caudal del causante a su fallecimiento, incrementado contablemente con el valor de las donaciones que el *de cuius* hubiera otorgado. De manera entonces que se considera que los hijos nacidos después de la donación o el cónyuge casado con posterioridad a la misma, pueden pedir la reducción (VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de derecho sucesorio*, Madrid, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos del Anuario de Derecho Civil, 1955, pág. 543, y *Panorama...*, cit., t. I, pág. 666, pto. 308; LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, op. cit., pág. 539, pto. 387, ap. a); ROCA SASTRE, *Anotaciones a Kipp, Derecho...*, cit., t. V, vol. I, pág. 161).

<sup>55</sup> El Proyecto de 1998 expresamente establece que el cónyuge podrá demandar la reducción de las donaciones efectuadas con posterioridad a su matrimonio (art. 2395 *in fine*), y, repetimos, siempre que se hayan hecho dentro de los cinco años que precedieron a la muerte del donante (art. 2402) (FERRER, “La acción de reducción: derecho vigente y...”, cit., en *Edición homenaje...*, cit., pág. 97, pto. 11; AZPIRI, “La legítima en el Proyecto...”, cit., en *Temas...*, cit., pág. 167).

<sup>56</sup> Como se ha señalado, queda en blanco la retroactividad en caso de adopción de mayores de edad o de menores emancipados con posesión de estado filial anterior a la emancipación (art. 311, inc. 2), en el cual la guarda judicial carecería de sentido. En tal supuesto, debería aplicarse por analogía el segundo párrafo del art. 322, con lo que la adopción produciría efecto retroactivo al día de la

promoción de la acción (BELLUSCIO, *Ley de adopción 24.779*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pág. 24, pto. 512).

<sup>57</sup> FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 110, pto. 108; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 129, pto. 974; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 117, pto. 45, ap. A c); GARRIDO y ANDORNO, op. cit., t. I, pág. 215; MORELLO, A. M., “Innovaciones introducidas por la ley 17.711 en lo atinente a donaciones”, en *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, La Plata, Platense, 1974, t. 3, pág. 277, pto. III; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, pág. 867, pto. 693, ap. c), y en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 34, pto. 20, ap. c); FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 26; MÉNDEZ COSTA, en LLAMBÍAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 473, pto. 3, ap. b); FARAONI, op. cit., J.A. 2001-IV-929, pto. II, ap. d) b); sobre el carácter declarativo del reconocimiento: BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Familia*, 5ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1973, t. II, págs. 71/2, pto. 698; BELLUSCIO, *Manual de derecho de familia*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1998, pág. 234, pto. 471, ap. b) y pág. 237, pto. 475. En contra: LLERENA, op. cit., t. VI, págs. 73/4, pto. 6; MACHADO, op. cit., t. V, pág. 95 en nota.

<sup>58</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 129, pto. 974; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, pág. 867, pto. 693, ap. c), y en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 34, pto. 20, ap. c); MÉNDEZ COSTA, en LLAMBÍAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 473, pto. 3, ap. b).

<sup>59</sup> BORDA, *La reforma...*, cit., pág. 353, pto. 246; MORELLO, “Innovaciones introducidas...”, cit., en *Examen y crítica...*, cit., t. 3, págs. 276/7; LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, pág. 523, pto. 4, ap. a). Conf. MÉNDEZ COSTA, en LLAMBÍAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., pág. 473, pto. 3, ap. b). En contra: FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 27. Comp. SPOTA, *Contratos*, cit., t. VII, pág. 321, pto. 1638, ap. f).

<sup>60</sup> Así, si al tiempo de la donación hubiere un cónyuge, éste podrá intentar la reducción, pues es un heredero forzoso, pero su calidad no bastará para servir de soporte a la reducción que pretendan articular los hijos, pues el cónyuge no es un descendiente. E igualmente, si al tiempo de la donación había un hijo, y luego el donante contrae matrimonio, aquél podrá ejercer la reducción, pero no el cónyuge supérstite (LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, pág. 524, pto. 4, ap. e), y nota 19; FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 27). Sin embargo hay autores que -a nuestro entender equivocadamente, como se ha visto- le abren la acción a los descendientes ulteriores a la donación cuando, pese a no haber ningún descendiente al tiempo de realizársela, hay otros herederos forzosos (ascendientes o cónyuge); si bien el ejercicio de la reducción sólo lo será en la medida de la porción legítima del ascendiente o el cónyuge que sobrevive al causante (BORDA, *La reforma...*, cit., pág. 353, pto. 246; MORELLO, “Innovaciones introducidas...”, cit., en *Examen y crítica...*, cit., t. 3, pág. 277, pto. III).

<sup>61</sup> GRIMALDI, op. cit., pág. 746, pto. 824; MESSINEO, op. cit., t. VII, pág. 220, pto. 191, ap. 6 bis; FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 28.

<sup>62</sup> Véase *supra* pto. 2, ap. c), y nota 216.

<sup>63</sup> LAURENT, op. cit., t. 12, págs. 185/6, pto. 139; JOSSEYRAND, op. cit., t. III, vol. III, pág. 311, pto. 1721; PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 104, pto. 100; RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, vol. 2, pág. 272, pto. 2727; GRIMALDI, op. cit., pág. 746, pto. 824, ap. 1º; MESSINEO, op. cit., t. VII, pág. 220, pto. 191, ap. 6 bis; MENGONI, op. cit., vol. XLIII, t. 2, pág. 241/3, pto. 68; LACRUZ BERDEJO, *Anotaciones a Binder, J., Derecho de sucesiones*, Barcelona, Labor, 1953, pág. 307; SEGOVIA, op. cit., t. II, pág. 553, nota 24 al art. 3603 de su núm.; LLERENA, op. cit., t. VI, pág. 73, pto. 3; BLOUSSON, op. cit., págs. 59/61, pto. XIX; MACHADO, op. cit., t. V, pág. 95, en nota; ARIAS, op. cit., pág. 118, ap. b); DE GÁSPERI, op. cit., t. III, pág. 452, pto. 521; LAFAILLE, op. cit., t. II, pág. 177, pto. 241; RÉBORA, op. cit., t. II, pág. 41, pto. 293; FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 109, pto. 104; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 130, pto. 976; PÉREZ LASALA, op. cit., vol. II, pág. 867, pto. 693, y en PÉREZ LASALA-MEDINA, en *Acciones judiciales...*, cit., pág. 35, pto. 20, ap. B); ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 204, pto. 987; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 532, pto. 880; OVSEJEVICH, op. cit., págs. 117/8, pto. 45, ap. D); LAJE, *La protección...*, pág. 101, pto. 117, y pág. 112, pto. 136; GOYENA COPELLO, op. cit., t. III, pág. 377; M. SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, *Acción oblicua*, Buenos Aires, Ed. J.A., 1945, págs. 292/3, pto. 751/2; L. M. REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, 8ª ed., Buenos Aires, Librería Editorial Ciencias Económicas, 1957, pág. 222; pág. CAZEAX y F. A. TRIGO

REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, La Plata, Platense, 1969, t. I, pág. 336, FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 30, y en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 170, pto. 7, ap. a), y en *Los acreedores del heredero y la sucesión*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, págs. 134/5, ptos. 80/1; FARAONI, op. cit., J.A. 2001-IV-929, pto. II, ap. d) b).

En contra, se ha sostenido que ningún acreedor (ni los del causante, ni los del heredero) pueden pretender ejercer la acción por vía subrogatoria, tanto en virtud de la redacción de la norma que dice que la reducción “sólo” puede ser demandada (art. 1832) por las personas que enumera, como desde el punto de vista ético ya que es reñido con ella el querer violentar la actitud del heredero forzoso que respeta las liberalidades llevadas a cabo por el causante. Sin embargo, se le reconoce a los acreedores del heredero, sea aceptante puro y simple o beneficiario, la posibilidad de accionar sobre lo obtenido en la reducción (LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, págs. 524/5, pto. 5).

<sup>64</sup> BLOUSSON, op. cit., págs. 62/3, pto. XXI; FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 110, pto. 107, y t. I, pág. 199, pto. 129; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 131, pto. 977; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 118, pto. 45, ap. E) b).

<sup>65</sup> BLOUSSON, op. cit., págs. 63/70, ptos. XXI y XXII; FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 109, pto. 105; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 131, pto. 977; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 118, pto. 45, ap. E) a). En el derecho francés, los acreedores del difunto no pueden pedir la reducción ni aprovecharse de ella (art. 921); y asimismo se pronuncia el Código Civil español (art. 655, ult. p.). Incluso quien ha negado legitimación activa a todo acreedor, reconoce que si el heredero es aceptante beneficiario el acreedor del causante no puede aprovecharse del beneficio obtenido con la reducción, ya que el heredero sólo está obligado “hasta la concurrencia del valor de los bienes que ha recibido de la herencia” (art. 3371) y lo logrado mediante la acción no lo ha encontrado en la herencia, sino que lo ha conquistado del donatario (LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, pág. 525, pto.5).

Si bien los acreedores del causante no gozan de la acción de reducción, podrán emplear la acción pauliana o la de simulación, si consideran que la liberalidad fue hecha en fraude de sus derechos o simuladamente (FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 109, pto. 105; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 118, pto. 45, ap. E; BLOUSSON, op. cit., pág. 63, pto. XXI; LLERENA, op. cit., t. VI, pág. 73, pto. 4; LAJE, *La protección...*, pág. 102, pto. 119).

<sup>66</sup> Son actos prohibidos al heredero beneficiario: a) la venta de inmuebles sin autorización judicial y sin remate público (arts. 3321, 3406 y 3393 *in fine*); quedando comprendido dentro del concepto general de acto de disposición de inmuebles la dación en pago de inmuebles de la sucesión (art. 781); b) la permuta de inmuebles de la sucesión, sin cumplimiento de las exigencias legales, ya que la misma se rige por las normas de la venta (art. 1492); c) la venta de bienes muebles sin licencia judicial, salvo los que no puedan conservarse o los que el causante tenía para vender (arts. 3321 y 3393, 1<sup>a</sup> p.); d) la enajenación a título gratuito de bienes de la sucesión; e) la ocultación o sustracción de bienes hereditarios (arts. 3405 y 3331); f) la aceptación o repudiación de herencias deferidas al causante, sin autorización judicial y sin beneficio de inventario (art. 3389), g) la constitución de derechos reales sobre bienes hereditarios sin autorización judicial (arts. 3321, últ. p., y 3390, 1<sup>a</sup> p.); y h) transar sobre bienes hereditarios o someter en árbitros asuntos sucesorios, sin autorización del juez de la sucesión (arts. 3324, 3383, últ. párr., y 3390, últ. párr.). Por el contrario, son actos compatibles con la aceptación beneficiaria: a) demandar (art. 3323) y contestar demandas contra la sucesión (art. 3325); b) pagar deudas, cargas y legados de la herencia y exigir o recibir pagos de lo adeudado a la sucesión (art. 3326); y c) los actos de adición de la herencia que ejemplificativamente enumera en art. 3327.

Cabe puntualizar que la realización de los actos prohibidos mencionados por parte del heredero beneficiario son válidos y firmes, pero la sanción es la pérdida del beneficio de inventario (art. 3395) (GUASTAVINO, “Beneficio de inventario”, J.A. Doctrina-1969-183, ptos. 16/18 y 48).

<sup>67</sup> LAURENT, op. cit., t. 12, pág. 187, pto. 140; JOSSERAND, op. cit., t. III, vol. III, pág. 311, pto. 1722, ap. 1<sup>a</sup>; PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, págs. 104/6, pto. 101; RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, vol. 2, págs. 272/3, ptos. 2728/9; MAZEAUD, op. cit., Parte IV, vol. II, pág. 321, pto. 928; ROCA SASTRE, *Anotaciones a Kipp, Derecho...*, cit., t. V, vol. I, pág. 161; SEGOVIA, op. cit., t. II, pág. 553, nota 24 al art. 3603 de su

núm.; LLERENA, op. cit., t. IX, págs. 545/6, pto. 5; MACHADO, op. cit., t. V, pág. 96, en nota; BLOUSSON, op. cit., págs. 70/4, pto. XXIII; SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, op. cit., pág. 293, pto. 753; ARIAS, op. cit., pág. 118;

<sup>68</sup> FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 109, pto. 105; BORDA, op. cit., t. II, pág. 131, pto. 977; LAJE, *La protección...*, cit., págs. 101/12, ptos. 119/35; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 204, pto. 987; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., pág. 868, pto. 693, ap. c) 1), y en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 35, pto. 20, ap. B) 1); MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 532, pto. 880; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 118, pto. 45, ap. E) a); FARAONI, op. cit., J.A. 2001-IV-929, pto. II, ap. d) a).

<sup>69</sup> Luego de señalarse que los acreedores del causante no pueden ejercitar oblicuamente la acción de reducción, porque las donaciones habían salido válidamente del acervo de aquél, según se lo había dicho al tratar la colación; cuando vamos a ésta, se reconoce que los acreedores hereditarios tienen la facultad de reclamarla en nombre de quien hubiera aceptado pura y simplemente y, previa transcripción del art. 3483 que así lo determina, se concluye: “Ello se explica porque en virtud de la confusión de los patrimonios habrían llegado a tener al propio heredero por deudor y procederían mediante la acción subrogatoria autorizada por el art. 1196” (LAFAILLE, op. cit., t. II, pág. 177, pto. 241, y correlato con t. I, pág. 339, pto. 497).

Precisamente, ello motiva que a la reducción deba dársele un tratamiento igual al de la colación. De allí que la parte en que se viese afectada la donación en favor del beneficiario deberá ser considerada, en cuanto a la porción que correspondiese al heredero puro y simple en cuyo nombre actúan los acreedores, como formando parte del activo sucesorio (A.H. GUAGLIANONE, *El beneficio de inventario en el Código Civil argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1946, págs. 189/90, pto. 153).

<sup>70</sup> Es llamativo que existan autores que admitan que los acreedores del causante, cuando el heredero sea aceptante puro y simple, pueden embargar los bienes recuperados por dicho heredero en virtud del ejercicio de la acción de reducción, y les nieguen a los mismos acreedores en dicho supuesto la articulación oblicua de tal acción, a fin de lograr la restitución de los mismos bienes que reconocen que forman parte de su prenda común, cuyo reintegro, por ende, justificaría, ante la negligencia del titular, el ejercicio subrogatorio de aquella acción (FORNIELES, op. cit., t. II, págs. 109/10, pto. 106; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 131, pto. 977; LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, pág. 525, pto. 5, y nota 23; VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, cit., t. I, pág. 667, pto. 308). Esta postura es aceptada por el derecho italiano, pero allí se explica porque el legitimario para poder entablar la reducción tiene que haber aceptado con beneficio de inventario, sin perjuicio que después puede haber decaído de él (art. 564, 1<sup>er</sup> párr.). Como ya se ha dicho, allí el ejercicio de la acción de reducción no queda subordinado a la conservación de la cualidad de heredero con beneficio de inventario, *siempre* que se haya formado el inventario; y además no pueden pedirla -en vía subrogatoria- ni tampoco beneficiarse con ella los acreedores del difunto, si el legitimario que tenga derecho a la reducción ha aceptado con beneficio de inventario (art. 557, últ. p.) (MESSINEO, op. cit., t. VII, págs. 222/5, pto. 191, aps. 6 bis y 6 ter.. Conf. FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 31, nota 54).

<sup>71</sup> BLOUSSON, op. cit., págs. 72/4, pto. XXIII.

<sup>72</sup> LAURENT, op. cit., t. 12, págs. 182/3, ptos. 137/8; MAZEAUD, op. cit., Parte IV, vol. II, pág. 320, pto. 927; LLERENA, op. cit., t. VI, págs. 72/3, pto. 2; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 130/1; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 118, pto. 45, ap. G); FARAONI, op. cit., J.A. 2001-IV-929, pto. II, ap. d) b).

<sup>73</sup> LAURENT, op. cit., t. 12, págs. 187/9, pto. 141; PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 106, pto. 102; JOSSEAND, op. cit., t. III, vol. III, pág. 311, pto. 1721; MAZEAUD, op. cit., Parte IV, vol. II, pág. 321, pto. 928; GRIMALDI, op. cit., pág. 746, pto. 824, ap. 2<sup>o</sup>; BARBERO, op. cit., t. V, pág. 227, pto. 1103, pto. I, ap. a); BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 131, pto. 978; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 118, pto. 45, ap. F); FARAONI, op. cit., J.A. 2001-IV-929, pto. II, ap. d) b). El art. 921 del Código Civil francés expresamente niega por igual a los donatarios y legatarios el derecho de pedir la reducción, así como de aprovecharse de sus resultados; y otro tanto hace el español (art. 655, últ. p.).

<sup>74</sup> MAZEAUD, op. cit., Parte IV, vol. II, pág. 321, pto. 928; GRIMALDI, op. cit., pág. 746, pto. 824, ap. 2<sup>o</sup>; PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 106, pto. 102; BLOUSSON, op. cit., págs. 74/5, ptos. XXIV y XXV; BORDA, op. cit., pág. 131, pto. 978; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 118, pto. 45, ap. F).

<sup>75</sup> FERRER, en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 171, pto. 7, ap. b); OVSEJEVICH, op. cit., pág. 118, pto. 45, ap. H); ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 204, pto. 988; FARAONI, op. cit., J.A. 2001-IV-929, pto. II, ap. e). Por supuesto que quienes sostienen que contra el legitimario donatario solamente cabe la acción de colación, y no la de reducción, le niegan a éste legitimación pasiva (MÉNDEZ COSTA, en LLAMBIÁS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 474, pto. 5). Sobre la cuestión, véase *supra* pto. 4.2.1.

<sup>76</sup> Al eliminarse la desheredación, el causante -generalmente el productor de los bienes y el único que puede medir con justeza la gravedad de la ofensa- carecerá de una institución propia que le permita expresar las razones por las que no desea que el legitimario reciba su legítima, quedándole solamente a quien vaya a ocupar su lugar la posibilidad de plantear la acción de indignidad. La desheredación fortifica la autoridad del causante, y por ello, frente a la situación actual de una mayor prolongación de la vida de los seres humanos, se debe vigorizar la institución en lugar de suprimirla, porque es un modo más eficaz de proteger a las personas de la tercera edad y de brindarles una posibilidad de que se respeten sus sentimientos (J. O. AZPIRI, "La legítima en el Proyecto...", cit., en *Temas...*, cit., pág. 161 y ss., quien además critica la adopción de la naturaleza jurídica de la legítima como parte de los bienes y no de la herencia y con ello la posibilidad de ser legitimario sin ser heredero; Z. WILDE, "Análisis del Proyecto de Código Civil de 1998", en *Temas de Derecho Privado XII*, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Ed. Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 2000, págs. 181/2; F.A.M. FERRER y R. M. NATALE, "Algunas observaciones al Proyecto...", cit., en *Estudios...*, cit., pág. 369, pto. II; LLOVERAS, N., "La indignidad y su extinción", J.A. 2001-IV-901, pto. II, ap. a) y pto. IV, ap. c).

<sup>77</sup> Con la redacción actualmente vigente la indignidad solamente puede ser articulada por los parientes a quienes corresponda suceder a falta o en concurrencia con el excluido de la herencia (art. 3304), lo que permite afirmar que no basta el solo interés patrimonial sino que es necesario también un interés moral para admitir remover cuestiones tan íntimas; y así reconocérsela a dichos parientes y al cónyuge y al heredero extraño instituido, pero no al legatario, al Fisco ni a los acreedores personales del heredero que vendría a ocupar el lugar del indigno (A. E. SALAS, "De la indignidad para suceder por causa de muerte", J.A. 1953-I-343, ptos. 16/22; BORDA, *Tratado...*, cit., t. I, págs. 100/102, ptos. 119/21; L. LANDABURU, "Indignidad para suceder", J.A. 55-324, pto. V; SEGOVIA, op. cit., t. II, pág. 408, nota 62; H. POVIÑA, *Indignidad y desheredación*, Tucumán, Ed. Universidad Nacional de Tucumán, 1965, págs. 42/46, ptos. 64/72, si bien desconoce la acción al heredero testamentario no pariente; FORNIELES, op. cit., t. I, pág. 124, pto. 67; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. I, pág. 203/5, pto. 138; GOYENA COPELLO, *Tratado...*, cit., t. I, pág. 591/4; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 224/6, ptos. 175/7; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. I, págs. 358/9, pto. 265. Es de aclarar que estos dos últimos autores reconocen legitimación activa para promover la indignidad al Fisco, pronunciándose en igual sentido: MACHADO, op. cit., t. VIII, pág. 364; RÉBORA, op. cit., t. I, pág. 85, pto. 34; GUASTAVINO, E., "La sucesión vacante y el derecho estatal de impugnar un testamento", J.A. 1-1969-897).

Sin embargo, se ha justificado el otorgamiento de la acción de indignidad a los legatarios y donatarios. Se sostiene que si bien según los términos expresos del art. 3304 deben ser parientes, penetrando en el espíritu de la ley se impone concluir que la acción también debe concederse a los legatarios. La acción no sólo tiene por objeto la sanción moral para separar al indigno, sino también no perjudicar a aquellos que concurren con él a la sucesión, o que antes fueron beneficiados por el *de cuius*. De allí que, recordando a Chabot, su anotador y otros autores franceses, se afirme que "*todo donatario o legatario, aun particular, pueden provocar la indignidad, si hay interés para evitar la reducción de la liberalidad que se le ha hecho*" (MACHADO, op. cit., t. VIII, págs. 364/5; RÉBORA, op. cit., t. I, pág. 85, pto. 34; PRAYONES, op. cit., págs. 57/8; DE GÁSPERI, op. cit., t. I, págs. 225/7, pto. 40; MARTÍNEZ PAZ, op. cit., pág. 97, pto. 8). Es más, precisamente teniendo en cuenta las normas proyectadas, debe recordarse que se ha entendido que los legatarios y donatarios pueden oponer como excepción la indignidad cuando son demandados por devolución de la legítima que corresponde a los herederos, cuando no haya otros a quienes corresponda esta reserva; y que opuesta como excepción contra el heredero que pretende entrar en posesión de los bienes hereditarios, es permanente (LLERENA, op. cit., t. IX, págs. 76/7, ptos. 5/6).

Este criterio adoptado por el Proyecto de 1998 también encuentra asidero en los anteriores. Así, Bibiloni propuso: “La exclusión del indigno no puede ser declarada sino por acción de los parientes, cónyuge o herederos o legatarios testamentarios llamados a suceder a falta del excluido de la herencia o en concurrencia con él. También pueden solicitarla todo el que estuviese sujeto a una acción de reducción, o a la colación, en virtud del reclamo deducido, o eventual del indigno. No pueden oponer la indignidad los deudores de la sucesión” (art. 2903); y en la nota respectiva señala que hace esta enumeración particularizada para acentuar la exclusión del Fisco (*Anteproyecto...*, cit., t. IV, págs. 47/9). El Proyecto de 1936, en cambio, utiliza una fórmula genérica comprensiva incluso del Fisco: “La indignidad deberá declararse, previo juicio ordinario, a instancia de quien tuviera interés en la sucesión. Este derecho no corresponde a los acreedores del causante” (art. 1898), lo que ha permitido sostener que la acción compete: a) al coheredero del indigno; a los sucesores universales y acreedores de los coherederos; b) al llamado a suceder en lugar del indigno; a los sucesores universales y acreedores de aquél; c) al Fisco, que excluido el indigno debe recoger la herencia; d) al legatario, contra el indigno legitimario, cuya legítima fuera afectada por el legado, y por los sucesores universales y acreedores de aquél; e) al legatario afectado por una acción de reducción, y a los sucesores universales y acreedores de este legatario; y f) a los donatarios y sus sucesores sujetos a una acción de reducción, contra el heredero legitimario (FASSI, *La sucesión hereditaria...*, cit., págs. 150/3, pto. 153). El Anteproyecto de 1954 propuso una norma similar: “La exclusión del indigno no puede ser declarada sino después de abierta la sucesión y sólo a instancia de quienes tengan interés legítimo en ella. No podrán ejercer la acción los acreedores del causante” (art. 650). El Proyecto de 1994 sancionado por la Cámara de Diputados, suprimiendo la voz “parientes” y la incorrecta alusión a “incapacidad”, expresa: “Las exclusiones por causa de indignidad, no pueden ser demandadas sino por aquellos a quienes corresponda suceder a falta del excluido de la herencia o en concurrencia con él” (art. 3304).

Esta concepción amplia en materia de legitimación activa para accionar por indignidad predomina en el derecho moderno. Así, el Código de Colombia exige que sea declarada en juicio, a instancia de cualquiera de los interesados en la exclusión del heredero o legatario (art. 1031) (SUÁREZ FRANCO, op. cit., pág. 117, pto. 107); el Código de Ecuador (art. 1038); y el Proyecto francés de 1988 dispone que en ausencia de heredero, la acción de indignidad podrá promoverla el ministerio público (art. 727-1). Ante la falta de precisión legal, en el derecho italiano prevalece la opinión de que la acción corresponde a todo interesado en hacer declarar la indignidad (AZZARITI, op. cit., pág. 49, pto. 26; CICU, *Derecho de...*, cit., pág. 204, pto. 33), y en el derecho español predomina el criterio de que la legitimación para accionar la tienen aquellos que puedan conseguir o mejorar su derecho a la herencia con la exclusión del indigno (PUIG PEÑA, op. cit., t. V, vol. I, pág. 59, pto. A), ap. a); PUIG BRUTAU, op. cit., t. V, vol. I, pág. 142, pto. 3) (véase: F. A. M. FERRER, “Indignidad y desheredación en el Proyecto sancionado por la Cámara de Diputados de la Nación”, J.A. 1994-III-777, pto. II, ap. k).

<sup>78</sup> LLOVERAS, “La indignidad...”, cit., J.A. 2001-IV-901, pto. III, ap. 2.

<sup>79</sup> LAURENT, op. cit., t. 12, págs. 182/3, ptos. 137/8; JOSSEMAND, op. cit., t. III, vol. III, pág. 311, pto. 1722; PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 103, pto. 100; RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, vol. 2, págs. 237/8, pto. 2665, y pág. 272, pto. 2727; MAZEAUD, op. cit., Parte IV, vol. II, pág. 320, pto. 927; GRIMALDI, op. cit., pág. 746, pto. 824, ap. 1º; MESSINEO, op. cit., t. VII, pág. 220, pto. 191, ap. 6 bis; FERRER, en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., pág. 171, pto. 7, ap. c); CC. 2ª Cap., 19/10/50, GF. 201-99; SCMendoza, Sala I, 8/6/60, LL. 105-465; CNCiv., Sala G, 26/11/85, J.A. 1987-I-630.

<sup>80</sup> PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 104, pto. 100; RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, vol. 2, pág. 274, pto. 2731; JOSSEMAND, op. cit., t. III, vol. III, págs. 311/2, pto. 1722, ap. 2º; GRIMALDI, op. cit., pág. 662, pto. 726, ap. a), y pág. 746, pto. 824, ap. 1º; FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, pág. 193, pto. 36; CÁMARA, H., *Simulación en los actos jurídicos*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1958, págs. 189/91, pto. 129; CNCiv., Sala G, J.A. 1987-I-630.

<sup>81</sup> CNCiv., Sala C, 12/5/61, L.L. 106-42; CNCiv., Sala B, 30/11/72, E.D. 49-260; CNCiv., Sala A, 28/3/94, J.A. 1994-IV-699; MACHADO, op. cit., t. XI, pág. 33, en nota; FARAONI, op. cit., J.A. 2001-IV-929, pto. II, ap. g). Es que “la vocación sucesoria está relacionada al surgimiento del fenómeno hereditario. Considerada antes de la apertura de la sucesión es sólo un dato de hecho, puesto que recién con la

*muerte del causante esa vocación asume actual valor jurídico*” (GUASTAVINO, *Pactos...*, cit., pág. 26, pto. 1; MESSINEO, op. cit., t. VII, pág. 36, pto. 174, ap. 2).

<sup>82</sup> CÁMARA, op. cit., págs. 330/2, ptos. 245/6; F. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, tr. Atard y de la Puente, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1926, pág. 426, pto. 85; C1ª Apel. La Plata, Sala II, 16/8/46, L.L. 43-791; C1ª CC. La Plata, 23/12/55, J.A. 1956-II-92; C. 2ª CC. y Minería San Juan, 16/8/83, J.A. 1984-III-326 y Rep. E.D. 19-1281, ptos. 62/4; CNCiv., Sala G, 12/6/85, L.L. 1985-E-379; CNCiv., Sala A, 28/3/94, J.A. 1994-IV-699.

<sup>83</sup> Negando la posibilidad de que el heredero presuntivo puede ejercer actos conservatorios antes de la apertura de la sucesión, luego de marcar que sólo tiene esperanzas inciertas y no un derecho formado, se ha subrayado que la ley considera como inmorales, todos los hechos que demuestran un deseo demasiado vehemente de suceder (MACHADO, op. cit., t. XI, pág. 34, en nota. Conf. BLOUSSON, op. cit., pág. 78/9, pto. XXVIII; FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 38; PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 103, pto. 100; RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, vol. 2, pág. 272, pto. 2727; MAZEAUD, op. cit., Parte IV, vol. II, pág. 320, pto. 927). Conf. C. 2ª CC. y Minería San Juan, 16/8/83, J.A. 1984-III-326 y Rep. E.D. 19-1281, ptos. 62/4; CNCiv., Sala A, 28/3/94, J.A. 1994-IV-699.

<sup>84</sup> MAZEAUD, op. cit., Parte Cuarta, vol. II, pág. 320, pto. 927; FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 38.

<sup>85</sup> LAURENT, op. cit., t. 12, pág. 192, pto. 144; JOSSEAND, op. cit., t. III, vol. III, pág. 312, pto. 1724; ROCA SASTRE, *Anotaciones a Kipp, Derecho...*, cit., t. V, vol. I, pág. 160; VALLET DE GOYTSOLO, *Panorama...*, cit., pág. 630, pto. 290; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, op. cit., pág. 534, pto. 384, ap. c), y pág. 537, pto. 386; FERRER, “La acción...”, en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 39, ap. a); FARAONI, op. cit., J.A. 2001-IV-929, pto. II, ap. g); SCTucumán, 14/2/39, J.A. 67-592; SCBs.As., 22/7/52, J.A. 1952-III-351; C. 1ª CC. San Isidro, 21/3/72, E.D. 45-240; C.Concep. del Uruguay, Sala 2ª CC., 23/9/83, Z. 34, pág. J-57; CCC.Paraná, Sala II, 27/7/78, Z. 20, pág. R-39, N° 1246; CNCiv., Sala G, 26/11/85, J.A. 1987-I-630. Comp. LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, pág. 551, pto. VII, ap. 4.

<sup>86</sup> “*En suma, dentro del sistema del Código es posible que el legitimario recoja su porción legal sin tomar el título de heredero. Lo que importa es que reciba la legítima, por cualquier título (art. 3600), si bien siempre libre, es decir, sin gravamen ni condición*” (GUAGLIANONE, “La condición del legitimario...”, cit., en *Estudios jurídicos en homenaje...*, cit., pág. 282, pto. B. Conf. OVSEJEVICH, op. cit., pág. 119, pto. 46, ap. A). Otro tanto se ha dicho en el derecho español: “... la acción de reducción corresponde sólo a los **legitimarios** por sí solo y por concesión directa de la Ley. Aquí se observa una de las diferencias que separan al legitimario del heredero, pues si se considera que el legitimario tiene esa condición no podría fácilmente olvidar que a su causante le obligaba la irrevocabilidad de las donaciones y como tal heredero debía respetar los actos ejecutados por el mismo. En nuestro derecho y a virtud de la orientación moderna de la jurisprudencia está bien claro que los legitimarios no están nunca vinculados por los actos del testador y pueden impugnar perfectamente, por vicio de simulación relativa, los actos de disposición aparentemente onerosa que encubran un acto de liberalidad y pedir, en consecuencia, la reducción de las donaciones” (PUIG PEÑA, op. cit., t. V, vol. II, pág. 404, pto. c’).

Por otro lado, algunos exigen la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento o la iniciación del proceso sucesorio, o ambos, según los casos, para la viabilidad formal de la acción por parte de los reclamantes (FARAONI, op. cit., J.A. 2001-IV-929, pto. II, ap. g). Nosotros entendemos que estos extremos no son necesarios porque los legitimarios tienen la posesión hereditaria de pleno derecho (arg. arts. 3410, 3414, *a contrario sensu*, y concs.) (conf. FERRER, en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 171, pto. 7, ap. e); BORDA, *Tratado...*, cit., t. I, pág. 310, pto. 440, y pág. 321, pto. 451; CÓRDOBA, M. M., *Derechos del heredero - La posesión hereditaria*, Buenos Aires, La Ley, 1998, págs. 11/12, ap. b).

<sup>87</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, pág. 550/1, pto. VII, ap. 1.

<sup>88</sup> FASSI, *Tratado...*, cit., vol. 2, pág. 9, pto. 1096; CCCRos., Sala III, 3/11/41, J.A. 76-629. Comp. FARAONI, op. cit., J.A. 2001-IV-929, pto. II, ap. b) y f).

<sup>89</sup> FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 40, y en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 172, pto. 7, ap. f); CNCiv., Sala C, 3/12/76, J.A. 1978-I-203 y L.L. 1977-8-324. Comp. FARAONI, op. cit., J.A. 2001-IV-929, pto. II, aps. b) y f).

<sup>90</sup> FASSI, *Código Procesal...*, cit., t. III, pág. 292, pto. 2760; C. VARELA y J.M. CÁMPORA, *El proceso sucesorio*, Buenos Aires, Aguilera-Schoen, 1986, pág. 76, pto. 31, ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 1, pág. 145, pto. 103; G. MEDINA, *Proceso sucesorio*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, t. I, págs. 50/2; FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 41, y en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 172, pto. 7, ap. g); FARAONI, op. cit., J.A. 2001-IV-929, pto. II, ap. c). Comp. FORNIELES, op. cit., t. I, pág. 102, pto. 42, quien realiza el mismo argumento para justificar la competencia del juez del sucesorio en la acción de petición de herencia aun cuando no se ventilara entre coherederos En contra, sosteniendo que si se trata de la reducción de donaciones la acción debe entablarse ante el domicilio del demandado; mientras que si se trata de atacar legados es de conocimiento del juez del sucesorio (PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 114, pto. 113, nota 1; GOYENA COPELLO, H. R., *Curso de procedimiento sucesorio*, 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, La Ley, 1970, pág. 295).

<sup>91</sup> FERRER, *Los acreedores del heredero...*, cit., pág. 171, pto. 126.

<sup>92</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, pág. 528, pto. III, ap. 2; MOSSET ITURRASPE, J., “Tráfico versus legítima”, J.A. 1989-II-182, pto. III, ap. c). Sin embargo, el primero por otro lado observa que propiamente no se trata de una anulación sino de una reducción, con lo que se trataría de dos vicisitudes distintas (p. 462, pto. IV, ap. 1 b. En este último sentido: SEGOVIA, op. cit., t. I, pág. 492, nota 65 al art. 1823 de su núm.; LAFAILLE, *Curso de contratos*, compilado por Argüello y Frutos, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1928, t. III, pág. 42, pto. 52; SALVAT, *Tratado...*, *Fuentes de las obligaciones*, cit., t. III, pág. 59, pto. 1631, nota 110 e. De allí que estos autores consideren que era más precisa la fuente de nuestro codificador cuando se refería a la anulación de la donación por “vicio de forma o fondo”: AUBRY et RAU, op. cit., t. 11, pág. 311, pto. 703, nota 2, criterio que fue recepcionado por el Anteproyecto de Biliboni (art. 1593) y el Proyecto de 1936 (art. 991).

<sup>93</sup> Definiéndola, se ha dicho que “*la inoponibilidad es una ineficacia relativa, congénita o sobrevinida del negocio jurídico, en consideración a determinados sujetos a los cuales éste puede interesar, pero que mantiene su eficacia entre los que lo celebraron y también, en algunos casos, respecto de otros terceros*” (S. CIFUENTES, *Negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986, págs. 576/80, pto. 304; M. ARAUX CASTEX, *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974, t. II, pto. 2006; R. MARTÍNEZ RUIZ, “Distinción entre acto nulo y acto inoponible”, J.A. 1943-IV-335, pto. 7, ap. 7<sup>o</sup>. LÓPEZ DE ZAVALÍA también considera que la acción de reducción pertenece al género de las acciones de inoponibilidad (op. cit., t. I, pág. 526, pto. III; J. H. ALTERINI, “Resolución de los contratos y dominio revocable”, E.D. 50-632, concretamente págs. 656/8; conf. CNCiv., Sala G, 26/11/85, J.A. 1987-I-630; CNCont. Adm. Fed., Sala II, 15/12/81, E.D. 120-685). En la moderna doctrina extranjera se llama a la inoponibilidad “ineficacia relativa”: “*La acción de reducción es acción personal de declaración de certeza, la cual mira al pronunciamiento de que existe lesión de legítima; de la cual se sigue que la disposición testamentaria o la donación que la ha consumado es, en parte o en todo, ineficaz. Se trata de ineficacia relativa, porque opera solamente en las relaciones entre legitimario-actor y donatario o favorecido por el testamento y con referencia a la movilidad de la legítima; y de ineficacia sobreviviente, puesto que su certeza se establece solamente a posteriori, o sea, una vez abierta la sucesión... Del pronunciamiento de ineficacia, deriva el derecho del legitimario sobre los bienes que excedan de la porción disponible*” (MESSINEO, op. cit., t. VII, págs. 235/6, pto. 191, ap. 11). A esta postura, y siguiendo principalmente a este autor, se ha plegado últimamente PÉREZ LASALA, dado que su anterior adhesión a la idea de que la acción de reducción tenía la finalidad de resolver los actos inoficiosos, sin dejar de ser correcta, podía ser objeto de reparos (en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., págs. 75/7, pto. 48, y en *Derecho...*, cit., vol. II, pág. 871, pto. 695, ap. b), respectivamente).

<sup>94</sup> JOSSERAND, op. cit., t. III, vol. III, pág. 317, pto. 1735; RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, vol. 2, págs. 274/5, pto. 2733, y págs. 279/81, pto. 2740/3; PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, págs. 114/5, pto. 113; ROCA SASTRE, en *Anotaciones s Kipp, Derecho de...*, cit., t. V, vol. I, pág. 162; FORNIELES, op. cit., t. II,



págs. 117/8, pto. 119, y págs. 120/3, pto. 123; LAJE, “La protección...”, cit., págs. 129/31, pto. 164; DE GASPERI, op. cit., t. III, págs. 456/7, pto. 521; GUASTAVINO, “La protección a terceros adquirentes de inmuebles”, J.A. Doctrina-1973-93, pto. 22; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 542/4, pto. 892; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, págs. 192/4, pto. 974. En el mismo sentido se dice que la acción es de resolución de las liberalidades y se alude también a una propiedad resoluble eventual (BIBILONI, op. cit., t. IV, pág. 420).

<sup>95</sup> Así: 1) La condición resolutoria implícita, referida a la inoficiosidad, se ha alegado al determinar la naturaleza de la acción de reducción y el plazo de prescripción (FORNIELES, op. cit., t. II, págs. 117/9, ptos. 119/20); 2) En cuanto a la ley aplicable en el tiempo cuando se suceden diferentes normas respecto a la legítima: en principio, el derecho de los legitimarios para reducir las liberalidades ha de regirse por la ley vigente al tiempo de la apertura de la sucesión (arts. 3283 y 3612), porque es dicha ley la que determina la calidad de heredero con legítima y el monto de ésta; la misma ley, en principio, debe regir también el modo de calcular el importe de la legítima; y 3) Desde el punto de vista del amparo de los terceros adquirentes consagrado en el art. 1051, también interesa destacar la índole resolutoria y no anulatoria de la vicisitud que afecta a la donación inoficiosa, pues no siendo estrictamente un problema de nulidad no cae dentro del campo de aplicación de esa norma y, en consecuencia, no podrían los terceros adquirentes detener la acción reipersecutoria fundada en el art. 3955 alegando la protección a su buena fe del art. 1051, y el reintegro a la masa de los bienes objeto de la reducción (art. 3441 *in fine*) (GUASTAVINO, “Eficacia temporal de las nuevas normas sucesorias”, J.A. 1970-8-3, pto. IV, y “La protección a terceros...”, cit., J.A. Doctrina-1973-93, ptos. 22/23).

<sup>96</sup> GRIMALDI, op. cit., pág. 725, pto. 795.

<sup>97</sup> BLOUSSON, op. cit., págs. 196/8, pto. CXXIII; LAJE, “Los actos gratuitos del causante y...”, cit., J.A. 1948-I-Secc. Doct., pág. 63, nota 18, y *La protección...*, cit., págs. 265/8, nota 115; FORNIELES, op. cit., t. II, págs. 117/9, ptos. 119/29; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 136/7, pto. 988; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 538/9, pto. 888; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, págs. 195/6, pto. 976, y págs. 199/201, pto. 983; GUASTAVINO, “La protección de terceros...”, cit., J.A. Doctrina-1973-93, pto. 20; CCiv.Cap., en pleno, 11/6/1912, JA. 5-1; SC.Tucumán, 14/2/39, J.A. 67-592; CNCiv., Sala A, 29/8/85, L.L. 1986-B-85. EN CONTRA: CCiv. 2ª Cap., 8/7/43, L.L. 32-313; C2ª La Plata, Sala I, 14/5/48, L.L. 51-339; LAFAILLE, op. cit., t. II, pág. 178, pto. 244; CALATAYUD, *Sucesiones*, cit., págs. 166/70; SPOTA, “Donación disfrazada...”, cit., L.L. 1986-B-85, pto. 8; LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, págs. 528/9, pto. III, ap. 2, quienes entienden que la acción de reducción procura la reintegración de los valores en cuanto exceden la porción disponible, sin embargo el primero -al encontrarse con el art. 3955- la reconoce como persecutoria estrictamente para los inmuebles (op. cit., t. II, págs. 179/80, ptos. 245/6).

En la doctrina extranjera, entre otros: PLANIOL y RIPERT, op. cit. t. 5, pág. 115, pto. 114; RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, vol. 2, pág. 275, pto. 2733, págs. 393/4, pto. 2943, pág. 396, pto. 2946; JOSSERAND, op. cit., t. III, vol. III, pág. 317, pto. 1735; POLACCO, op. cit., t. I, pág. 601; MESSINEO, op. cit., t. VII, pág. 232, pto. 191, ap. 10 bis.

<sup>98</sup> BORDA, op. cit., *Tratado...*, cit., t. II, págs. 137/8, pto. 989; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., págs. 868/73, pto. 695, y en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., págs. 78/88, ptos. 49/53 y 55. Sin embargo, debe advertirse que el primero piensa que la restitución en especie hubiera sido preferible que se limitara a los inmuebles; aclarando además que en todos los casos en que se trate de cosas fungibles o consumibles, la restitución se hará por su equivalente en dinero y no en especie.

<sup>99</sup> SEGOVIA, op. cit., t. II, pág. 705, nota 31 al art. 3957 de su núm.; BLOUSSON, op. cit., págs. 201/2, pto. CXXVII; MACHADO, op. cit., t. XI, pág. 43; LLERENA, op. cit., t. VI, pág. 71, pto. 3; LAFAILLE, op. cit., t. II, pág. 181, pto. 247; RÉBORA, op. cit., t. II, pág. 32, pto. 290; FORNIELES, op. cit., t. II, págs. 120/3, pto. 123; LAJE, *La protección...*, cit., págs. 136/8, ptos. 173/5, y “Los actos gratuitos del causante...”, cit., JA. 1948-I-Secc. Doct., pág. 63, pto. VIII, ap. 7 *in fine*; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 123, pto. 48; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. II, págs. 194/5, pto. 975, y “Acción de reducción...”, cit. en *Revista de Derecho Privado y...* - Sucesiones, cit., pág. 49, pto. 7, ap. 3º; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 539/41, pto. 889; GOYENA COPELLO, op. cit., t. III, pág. 387/8; LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., t. I, pág. 529, pto. III, ap. 2;

FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 43, y en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 173, pto. 8, ap. b); SCBs.As., 13/7/54, L.L. 75-667; C2ª CC. La Plata, Sala I, 30/9/52, L.L. 68-429.

El Código Civil alemán reconoce que el donatario puede evitar la restitución mediante el pago de la cantidad faltante (art. 2329, 2ª p.). También el Código japonés permite a los donatarios y legatarios liberarse de la obligación de devolver el objeto de la liberalidad pagando al legitimario el importe de la reducción (art. 1041 inc. 1); posibilidad que se mantiene cuando el beneficiario hubiese enajenado el objeto recibido e, incluso, para el tercer adquirente en el caso en que, por conocer éste al tiempo de la enajenación que con ella se lesionaba la legítima, el heredero legitimario haya optado por exigirle la reducción también a él (art. 1041 inc. 2 y correlato con el art. 1040 inc. 1). Es más, la forma dineraria de desinteresarse al legitimario afectado se aplica, con las debidas modificaciones, cuando el donatario haya constituido derechos sobre la cosa donada (art. 1040 inc. 2). Asimismo el Código paraguayo establece que la acción de reducción tiende a que se integre el valor de lo que se está obligado a restituir para completar la legítima y el único caso en que se podría obtener la restitución de un inmueble donado es cuando aquella acción se intenta contra el poseedor del inmueble donado que lo hubo a título gratuito del donatario, en cuyo caso podrá liberarse -de pagar su valor, actualizado-haciendo abandono del inmueble (art. 2606) (conf. MARTÍNEZ, op. cit., págs. 407, 410/11 y 390 pto. 3).

El Proyecto de 1998 regla que si la reducción es total, la donación queda resuelta. Si es parcial, por afectar sólo en parte la legítima, y el bien es divisible, se lo divide entre el legitimario y el donatario. Si es indivisible, la donación se resuelve y el donatario será acreedor del legitimario por el valor excedente de la legítima, salvo que opte por evitar la resolución y quedarse con el bien pagando la suma de dinero necesaria para completar el valor de la porción legítima lesionada (art. 2403). Es de aclarar que la Comisión de Legislación General al reemplazar en dicho artículo el término “donatario” por “demandados”, atribuyó tanto al donatario como al tercer adquirente esta posibilidad.

<sup>100</sup> ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 195, pto. 975; FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 43; MÉNDEZ COSTA, “La conversión del negocio jurídico inválido en el derecho argentino”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1968, N° 117, pág. 63; CIFUENTES, op. cit., págs. 689/92, pto. 399.

<sup>101</sup> Véase *infra* pto. 9.4.

<sup>102</sup> Véase *supra* pto. 8.

<sup>103</sup> BLOUSSON, op. cit., págs. 207/9, ptos. CXXXIV y CXXXV; LAJE, *La protección...*, cit., págs. 143/5, pto. 180, ap. a); DE GÁSPERI, op. cit., t. III, págs. 456/7, pto. 521; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 146, pto. 999; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 126/7, pto. 48, ap. c); PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, págs. 876/7, pto. 696, y en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 88, pto. 54; GOYENA COPELLO, op. cit., t. III, págs. 391/3. Este autor, a diferencia de los otros, excepciona el caso de la cosa mueble dada en prenda, ya que el art. 3213 pone a cubierto al acreedor prendario de la obligación de devolver la cosa, cuando ésta no sea del deudor, y siempre que no sea robada o perdida, con mayor razón no estará obligado a hacerlo en este caso en que sí pertenecía al deudor. En contra de esta opinión: BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 146, pto. 1000; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 544, pto. 893.

El Código Civil francés expresamente establece que “los inmuebles recobrados como consecuencia de la reducción se recuperan sin cargas de deudas o hipotecas establecidas por el donatario” (art. 929) (PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 116, pto. 115, y pág. 123, pto. 121; RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, vol. 2, pág. 279, pto. 2739; JOSSERAND, op. cit., t. III, vol. III, pág. 317, pto. 1736; MAZEAUD, op. cit., Parte IV, vol. II, pág. 332, pto. 946). El italiano de 1942 da una norma idéntica, aplicándola a los muebles inscriptos en los registros públicos (art. 561, 1ª p.) (MESSINEO, op. cit., t. VII, pág. 233, pto. 191, ap. 10 bis; BARBERO, op. cit., t. V, pág. 226, pto. IV, ap. b); MENGONI, op. cit., vol. XLIII, t. 2, págs. 294/6, pto. 80).

En el derecho español se afirma que si sobre lo donado se hubiese constituido algún gravamen, deberá abonarse su valor, excepto si se trata de hipoteca porque en este caso sólo hay derecho a repetir contra el donatario si por no satisfacer el crédito garantizado lo paga el legitimario (ROCA

SASTRE, en *Anotaciones a Kipp, Derecho de...*, cit., t. V, vol. I, pág. 162; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, op. cit., t. V, pág. 540, pto. 387, ap. c); PUIG BRUTAU, op. cit., t. V., vol. III, págs. 203/4).

Entre nosotros, el Proyecto de 1998 establece que la reducción extingue con relación al legitimario los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores (art. 2406, 1<sup>er</sup> párr.).

<sup>104</sup> Sobre si la entrega del legado configura una renuncia tácita a la acción de reducción, véase *infra* pto. 11.1.).

<sup>105</sup> Véase *supra* pto. 8).

<sup>106</sup> FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 58.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

<sup>108</sup> FERRER, “La acción...”, en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 59. En contra, se ha sostenido que los intereses corren desde el momento de la apertura de la sucesión (OVSEJEVICH, op. cit., pág. 125, pto. 48).

<sup>109</sup> Conf. CCCSFe, Sala 1<sup>a</sup>, 19/2/03, Z. 92, pág. J-573.

<sup>110</sup> RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, vol. 2, pág. 280, pto. 2741; PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 117, pto. 115; FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 126/7, pto. 126; DE GÁSPERI, op. cit., t. III, pág. 457, pto. 521; BORDA, op. cit., t. II, pág. 139, pto. 992; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 125, pto. 48; LAJE, *La protección...*, cit., págs. 145/51, pto. 181/7; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, pág. 873, pto. 696, ap. a) 1), y en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 92, pto. 61; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 541, pto. 890; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 199, pto. 982, y pág. 197, pto. 977; C.2<sup>a</sup> Apel. La Plata, Sala I, 14/5/48, LL. 51-339. Comp. BLOUSSON, op. cit., pág. 206/7, pto. CXXXII y CXXXIII.

Se ha justificado la solución en fundamentos de equidad, ya que que si se aplicara la noción de resolución con todo vigor, el donatario tendría que restituir los frutos, pues habiéndose resuelto su propiedad, no tendría título para retener fruto alguno (LAURENT, t. 12, op. cit., pág. 264/6, pto. 206. Conf. PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 117, pto. 115; RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, Vol. 2, pág. 280, pto. 2740; MAZEAUD, op. cit., Parte IV, vol. II, pág. 333, pto. 947).

<sup>111</sup> FORNIELES, op. cit., t. II, págs. 127/8, pto. 127; DE GÁSPERI, op. cit., t. III, pág. 457, pto. 521; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 139/40, pto. 992; LAJE, *La protección...*, cit. pág. 155/6, pto. 196/7, donde clarifica las dudas que se desprenden de págs. 145/51, pto. 181/7; OVSEJEVICH, op. cit., págs. 125/6, pto. 48; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, págs. 873/4, pto. 696, ap. a) 1), y en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 92, pto. 61; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 541/2, pto. 890; PUIG PEÑA, op. cit., t. V, vol. II, pág. 408, ap. c’); LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, op. cit., t. V, pág. 539, pto. 387, ap. b); C. 2<sup>a</sup> Apel. La Plata, Sala I, 14/5/48, LL. 51-339.

Sobre el tema, son harto ilustrativas las palabras de Demolombe: “*Es cierto que el donatario no ignora el vicio de su título y debe saber que en su origen estaba expuesto a la reducción por la muerte del donante, si afectara la reserva; pero, ¿conoce esa muerte? Y admitiendo que la conozca, ¿sabe si la reserva, dadas las fuerzas de la sucesión, se halla comprometida? Y en todos los casos, ¿está seguro que los herederos intentarán la reducción? Y si éstos demoran en ejercerla, dejándolo en aquella confianza, ¿no es duro obligarle a restituir los frutos de varios años, cuando puede ser excusable que no los haya conservado?*” (*Cours de Code Napoléon*, París, Ed. A. Lahure, 1887, t. XIX, pág. 596, pto. 610).

El Código Civil francés establece que el donatario devolverá los frutos de aquello que excediera la parte de libre disposición, a contar del día de la muerte del donante, si la demanda de reducción se ha entablado dentro del año; si no, desde el día de la demanda (art. 928). El Código italiano directamente dispone que los frutos se deben desde el día de la demanda judicial (art. 561, últ. p.); criterio que también adopta el Código Civil japonés (art. 1036).

Por el contrario, García Goyena establecía que el dominio se revoca de pleno derecho a partir del momento del fallecimiento del donante, y con ello que desde allí se debían los frutos (art. 971; op. cit., t. 2, págs. 314/5).

El Proyecto de 1998 recepciona la doctrina tradicional: el donatario es deudor de los frutos desde la notificación de la demanda, y si opta por evitar la resolución quedándose con el bien, deberá desde

ese mismo momento los intereses sobre la suma de dinero que deba pagar al legitimario (art. 2403, últ. párr.).

<sup>112</sup> LAURENT, op. cit., t. 12, pág. 270, pto. 210; PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 117, pto. 115. Comp. GRIMALDI, op. cit., págs. 742/3, pto. 820.

<sup>113</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 140, pto. 993; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 126, pto. 48; FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 63 bis; MESSINEO, op. cit., t. VII, pág. 217, pto. 191, ap. 2 b). En contra, se interpreta que el acto real es a la postre una donación, el donatario es propietario y, por tanto, no cabe hablar de posesión de buena ni de mala fe, por lo que sigue en pie la solución de que los frutos deben recién ser restituidos desde el día de la demanda (PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, pág. 874, pto. 696, ap. a) 1), y en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 92, pto. 61).

<sup>114</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., pág. 140, pto. 994; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 126, pto. 48; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 542, pto. 891; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., Vol. II, pág. 8774/5, pto. 696, ap. 2, y en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., págs. 90/1, pto. 58, ap. b), debiendo subrayarse que en esta última obra -a diferencia de la primera- sostiene que el donatario no debe ser pagado de las voluptuarias, si bien puede retirarlas si no causa perjuicio a la cosa (art. 2428). A esta conclusión también llegan quienes resuelven la cuestión a la luz del art. 589 (ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 199, pto. 981).

<sup>115</sup> Minoritariamente se ha interpretado que al donatario siempre se lo debe considerar de mala fe, ya que siendo su título resoluble y declarándose posteriormente inoficiosa la donación, él no puede pretender que se le reconozca buena fe en la posesión, porque en todo caso, sólo podría invocar la ignorancia de derecho que no basta para constituir esa buena fe (arg. art. 2356) (BLOUSSON, op. cit., págs. 203/4, pto. CXXIX).

<sup>116</sup> LAURENT, op. cit., t. 12, págs. 273/4, pto. 213; JOSSEYRAND, op. cit., t. III, vol. III, pág. 320, pto. 1739; PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 125, pto. 123; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 140, pto. 994; LAJE, *La protección...*, cit., pág. 152/3, pto. 190; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 126, pto. 48; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, pág. 874/5, pto. 696, ap. a) 2), y en Pérez Lasala-Medina, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 91, pto. 58.

<sup>117</sup> LAURENT, op. cit., pág. 272, pto. 212; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 199, pto. 981. En contra, se opina que el donatario tiene derecho a que el legitimario le reembolse el mayor valor del bien donado producido por hechos naturales (avulsión, aluvión, etc.) y no derivados del hombre, porque el mismo ocurrió en el lapso en que era dueño (OVSEJEVICH, op. cit., pág. 126, pto. 48; LAJE, *La protección...*, cit., págs. 151/2, pto. 189; BLOUSSON, op. cit., pág. 205, pto. CXXX).

<sup>118</sup> LAJE, *La protección...*, cit., pág. 153, pto. 190; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 126, pto. 48.

<sup>119</sup> MAZEAUD, op. cit., Parte IV, vol. II, pág. 331, pto. 944; RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, vol. 2, págs. 278/9, pto. 2738; BORDA, op. cit., t. II, págs. 138/9, pto. 991; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 198, pto. 978; PUIG PEÑA, op. cit., t. V, vol. II, pág. 409; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, op. cit., pág. 540, pto. 387, ap. c). Comp. LAJE, *La protección...*, cit., pág. 152, pto. 189. En contra, se ha interpretado en el derecho español que el donatario debe el valor que la cosa tenía al ser donada cuando ella se ha perdido, prescindiendo si la misma fue casual o culpable (ROCA SASTRE, en *Anotaciones a Kipp, Derecho de...*, cit., t. V, vol. I, pág. 162).

El Proyecto de 1998 incorpora la doctrina tradicional prevaleciente en materia de perecimiento del bien donado: si éste perece por culpa del donatario, debe su valor equivalente al heredero. Si ha perecido sin su culpa, el valor de lo donado no se computa para el cálculo de la porción legítima. Si ha perecido parcialmente por su culpa, debe la diferencia de valor; y si ha perecido parcialmente sin su culpa, se computa el valor subsistente (art. 2404).

<sup>120</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 139, pto. 991; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 126, pto. 48.

Refiriéndonos al art. 2404 del Proyecto de 1998, hemos sostenido que ella debe contemplar el supuesto en que el bien donado ha perecido sin culpa del donatario y éste ha cobrado una indemnización por esa pérdida, en cuyo caso debe ser responsable por el valor recibido; exactamente

como ocurre y fue previsto en igual situación en materia de colación (art. 2347) (FERRER y NATALE, “Algunas observaciones al Proyecto...”, cit., en *Estudios sobre el Proyecto...*, cit., pág. 369, pto. XXII. Conf. AZPIRI, “La legítima en el Proyecto...”, cit., en *Temas...*, cit., pág. 171).

<sup>121</sup> ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 199, pto. 980. En contra, sin distinguir si fueron anteriores o posteriores a la demanda, y en virtud de aplicarles las reglas de la posesión de mala fe, si el caso fortuito se hubiera producido lo mismo estando los bienes en poder del causante, los deterioros no pesan sobre el donatario, sino que debe considerarse como si tales bienes nunca hubieran existido, en el total o en la parte deteriorada, no computándolos, por tanto, en la masa sobre la cual se determina la porción disponible y haciendo pesar los efectos de la pérdida sobre todos los interesados, es decir sobre herederos, donatarios y legatarios; en cambio, si el caso fortuito no se hubiera producido permaneciendo los bienes en poder del causante, sus consecuencias deben caer sobre el donatario, estando éste obligado a indemnizar al heredero el menor valor de la cosa. Si los deterioros son imputables al donatario, éste será responsable de ellos (BLOUSSON, op. cit., págs. 205/6, pto. CXXXI).

<sup>122</sup> Sobre si la entrega del legado configura una renuncia tácita a la acción de reducción, véase *infra* pto. 11.1.).

<sup>123</sup> PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, págs. 872/3, pto. 695, ap.b), y en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 83, pto. 52; BELLUSCIO, “Acción de complemento...”, cit., L.L. 1985-E-672, pto. 16, ap. e); FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 64, ap. a). Comp. SPOTA, *Contratos*, cit., t. VII, pág. 324, pto. 1642.

<sup>124</sup> SEGOVIA, op. cit., t. II, pág. 705, nota 29 al art. 3957 de su num.; BLOUSSON, op. cit., pág. 212, pto. CXXXVIII; LAJE, *La protección...*, cit., pág. 157, pto. 199; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 146, pto. 1000; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 127, pto. 48; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 544, pto. 893; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, pág. 875, pto. 696, ap. b), y en Pérez Lasala-Medina, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 84, pto. 53, ap. 1; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 200, pto. 983, y pág. 194, pto. 974, quien le aplica el art. 2671, el que básicamente coincide con el principio del art. 2412; JOSSERAND, op. cit., t. III, vol. III, pág. 318, pto. 1738.

En el Proyecto de 1998 la eficacia reipersecutoria de la acción de reducción no está limitada, como en el derecho vigente, solamente a los inmuebles que han sido objeto de una donación del causante, sino que se incluyen también los bienes muebles registrables e igualmente los muebles no registrables cuando se pruebe que su adquisición fue gratuita o de mala fe (art. 2406, 2º párr.).

<sup>125</sup> PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, págs. 875/6, pto. 696, ap. b), y en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., págs. 84/88, pto. 53, ap. 2; BELLUSCIO, “Acción de complemento...”, cit., L.L. 1985-E-672, pto. 16, ap. e). MOSSET ITURRASPE, considera que el art. 1051 protege a los subadquirentes tanto en las hipótesis de invalidez como las de ineficacia: nulidad, resolución y revocación (*Justicia contractual*, Buenos Aires, Ediar, 1977, pág. 161); y más tarde escribe que la disputa entre el adquirente en el tráfico negocial y el heredero legitimario, nos presenta en ambos casos intereses que comprometen el orden público, el interés de la sociedad: tan preocupada en la seguridad dinámica del tráfico como en la legítima de los herederos forzosos. Y en la opción se inclina a favor de quienes buscan a través del intercambio de bienes, la satisfacción de sus necesidades; sacrificando a los herederos por no representar un interés axiológicamente superior. Finalizando con que “*la familia económicamente poderosa, como base de la familia fuerte, nos parece un prejuicio del siglo XIX. En cambio, un intercambio, donde nadie pueda sentirse seguro, cualesquiera sean las previsiones y diligencias, luego de haber pagado un precio justo, nos parece lo más próximo al caos*” (“Tráfico versus...”, cit., J.A. 1989-II-182, pto. III). Rectifica así su postura anterior, ya que sostenía: “*Y el dominio continúa siendo imperfecto en manos del adquirente del adquirente, subadquirente, sea la segunda enajenación a título gratuito u oneroso... La defensa del derecho aparente, consagrada ahora en el art. 1051, no alcanza al adquirente del donatario, dado que no es dable admitir su ‘buena fe’ creencia, atento a lo dispuesto sobre ‘títulos imperfectos’ por el art. 2661 y ss. Es lo que prescribe el art. 2778, en su última parte: ‘la reivindicación compete... contra el actual poseedor, aunque sea de buena fe, que la hubiese de un enajenante de buena fe, si la hubo a título gratuito y el enajenante estaba obligado a restituirla al reivindicante’*”, agregando en nota que “*en cuanto a la ‘buena fe’ del*

*subadquirente, pensamos que no se da aún sobre la base de un estudio de título, comprobación de la inexistencia de herederos forzosos, etc., atento a la imprescriptibilidad de la acción de reclamación de estado -art. 4019, inc. 2-” (Responsabilidad por daños, cit., t. II-A, págs. 264/5, pto. 169, y nota 111). Sin embargo, otra vez en cuanto al régimen vigente, recientemente ha reiterado esta creencia inicial prácticamente con las mismas palabras (“Naturaleza del dominio adquirido a través de donaciones...”, cit., en Revista de Derecho Privado..., cit., pág. 63, pto. V).*

Es también el criterio de Colmo, quien opinaba que el art. 3955 debía ser entendido con relación a casos en que la reivindicación es efectivamente posible, ya por mediar mala fe en la última adquisición, ya porque la adquisición de referencia es gratuita. De otra suerte, la circulación de los bienes, que es todo un postulado de la ley, se encarece y restringe, lo que no puede ser de buen derecho (su voto en fallo de la CCiv. 1<sup>º</sup> Cap., 12/8/27, J.A. 25-927).

Predominó esta tendencia en los proyectos de reformas al Código Civil: Bibiloni, suprimiendo el art. 3955, caracterizó a la acción de reducción como una acción personal de reintegro de valores, sin efectos resolutorios y reipersecutorios. Aunque excepcionalmente dispuso que podía intentarse en la misma medida contra el actual poseedor del inmueble donado, si lo hubo a título gratuito del donatario, en cuyo caso podría abandonar el inmueble si no prefiere restituir el valor (Anteproyecto, art. 3175, y op. cit., t. IV, art. 15, págs. 419/21, texto y nota). Similar regulación propone el art. 2014 del Proyecto de 1936; sin olvidar que se ha opinado que “... la reforma es aun más amplia, pues además impide las acciones contra los adquirentes a título oneroso de las cosas legadas” (FASSI, *La sucesión hereditaria...*, cit., pág. 332, pto. 310, nota 19). Sin embargo, se ha puesto de relieve que la plausible idea inspiradora del Proyecto deja bastante que desear en su realización concreta, debido a la incongruencia existente entre la solución lisa y llana del art. 2014 y la forma concebida respecto a la fe pública inmobiliaria en el art. 1457, ya que en virtud de aquél la acción de reducción no procedería nunca contra un adquirente a título oneroso, por más que conociera el carácter inoficioso de la donación, mientras que sí cabría ante el art. 1457 que exige, amén de actos de carácter oneroso, que se haya ignorado los vicios del título de su autor (A.D. ALSINA ATIENZA, *El principio de la buena fe en el Proyecto de Reforma de 1936*, Ed. Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Bs. As., 1942/3, t. II, pág. 533, pto. 1036, y correlato con t. I, pág. 591, pto. 430). En el Anteproyecto de 1954 la reducción también es en valores, y no afecta la eficacia de la transmisión de dominio. Si el donatario hubiese transferido el bien y es insolvente, la acción personal procederá contra los sucesivos adquirentes a título gratuito de los bienes, cuyo valor corresponde incluir en la legítima lesionada (art. 696). El Anteproyecto de la Comisión creada por el decr. 468/92 propuso igualmente derogar el art. 3955 que consagra el efecto reipersecutorio de la acción de reducción.

Como se ha dicho, el Proyecto de 1998 mantuvo el efecto reipersecutorio de la acción de reducción contra los terceros adquirentes de los bienes registrables que han sido objeto de una donación realizada por el *de cuius* (art. 2406, 2<sup>º</sup> párr.), pero restringiendo su posibilidad de actuación por diversos medios. En primer lugar, en una innovación desconocida por el sistema civil vigente para el cual es reducible toda donación inoficiosa cualquiera sea el tiempo en que se la haya hecho, solamente se pueden atacar las donaciones inoficiosas que haya hecho el causante dentro de los diez años anteriores a su deceso (art. 2402, 1<sup>er</sup> párr.), el que luego incluso fue reducido por la Comisión de Legislación General a las efectuadas en los cinco años anteriores a la muerte del donante. En segundo lugar, se exige la previa excusión de los bienes del donatario como condición para accionar contra los subadquirentes de los bienes donados (art. 2406, 2<sup>º</sup> párr.). En tercer lugar, la Comisión de Legislación General permitió tanto al donatario como al tercer adquirente impedir la resolución mediante el pago al legitimario de la suma necesaria para cubrir el valor de su legítima, reemplazando el término “donatario” por “demandados” en el art. 2403, 3<sup>er</sup> párr.. Y en cuarto lugar, estableció el plazo de prescripción en dos años a contar desde la muerte del causante para el ejercicio de las acciones de colación y reducción (art. 2502, inc. f). Pero hay más, ya que, por otro lado, truncó los efectos reipersecutorios si han transcurrido veinte (20) años desde la realización del acto no admitiendo entonces ninguna acción por ineficacia; plazo que además no se suspende ni se interrumpe (art. 2513).

<sup>126</sup> J. H. ALTERINI, “La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito”, en M. M. CORDOBA (dir.), L. M. Garrido Cordobera, V. Kluger (coords.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. I, pág. 151, pto. VI.

<sup>127</sup> GUASTAVINO, “La protección a terceros adquirentes...”, cit., J.A. Doctrina-1973-93, ptos. 20, 22 y 23; BORDA, *La reforma...*, cit., págs. 162/3, pto. 109, y *Tratado...*, cit., t. II, págs. 144/5, pto. 998; MAFFÍA, op. cit., t. II, págs. 542/4, pto. 892; ZANNONI, t. 2, pág. 201, pto. 983; GOYENA COPELLO, op. cit., t. III, págs. 390/1; CIFUENTES, op. cit., pág. 667, pto. 377, y en BELLUSCIO-ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1988, t. 4, pág. 733, pto. 7; FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 66, y en *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 175; AZPIRI, *Manual...*, cit., págs. 327/8.

<sup>128</sup> La regla de derecho por la cual nadie puede transmitir a otro sobre un objeto un derecho mejor ni más extenso del que gozaba (art. 3270, que estampa lo ya anticipado por el codificador en la nota al art. 787 diciendo: “No se pueden transferir otros derechos que los propios y la enajenación hecha por el que no es propietario no hace propietario al que la adquiere”), tiene numerosas excepciones en el Código Civil, como ser las relativas a la adquisición del dominio sobre cosas muebles, respecto a las cuales la posesión de buena fe “crea la presunción de tener la propiedad” de ellas “y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación” (arts. 592, 2412, 2413, 2767 y concs.); o a la protección de tercero subadquirente a título oneroso y de buena fe, que hubo la cosa del cómplice en el fraude pauliano (art. 970); o en la evicción entre permutantes, cuyos efectos no alcanzan al tercero que adquirió la cosa a título oneroso de uno de los copermutantes (art. 2130); o en el de las enajenaciones realizadas por el sucesor excluido por indignidad (arts. 3309 y 3310) o por el heredero aparente (arts. 3429 y 3430); etc.

<sup>129</sup> M. ADROGUÉ, “El artículo 1051 del Código Civil y su influencia sobre el régimen de los derechos reales”, L.L. 143-1180, ptos. 5 y 12.

<sup>130</sup> F. TRIGO REPRESAS, “La nulidad de los actos jurídicos y los terceros adquirentes de inmuebles”, Z. 9, pág. D-55, ptos. VI, aps. a) y b), y VIII; LLAMBIAS, *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, t. II-B, pág. 241/2, pto. 6, aps. a) y b). Conf. BORDA, *La reforma...*, cit., págs. 162/3, pto. 109, y *Tratado...*, cit., pág. 145, pto. 998; GUASTAVINO, “La protección a terceros adquirentes...”, cit., J.A. Doctrina-1973-93, pto. 23. En contra, si bien se reconoce que la acción de reducción es reipersecutoria, ello es en tanto no se trate de cosas muebles regidas por el art. 2412, o no funcione respecto a ellas la publicidad registral en los supuestos de enajenación o prenda de automotores, o de enajenación o hipoteca de buques o aeronaves, o en los demás casos de prenda con registro; o, en su caso, no deba aplicarse la regla legal que ampara al tercer adquirente a título oneroso y con buena fe-diligente (SPOTA, *Contratos*, t. III, págs. 517/8, pto. 652).

<sup>131</sup> GUASTAVINO, “La protección a terceros adquirentes...”, cit., J.A. Doctrina-1973-93, ptos. 11 y 12; TRIGO REPRESAS, op. cit., Z. 9, pág. D-55, pto. VII, ap. 3; FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 93, pto. 66 *in fine*, y en *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 175; ALTERINI, A. A., “Estudio de títulos”, L.L. 1981-B-858; CNCiv., Sala B, 15/3/77, L.L. 1977-C-223; CNCiv., Sala F, 14/11/78, L.L. 1979-D-102.

<sup>132</sup> BLOUSSON, op. cit., pág. 210, pto. CXXXVI.

<sup>133</sup> El art. 930 del Code establece que “La acción de reducción o la reivindicatoria podrá ser ejercitada por los herederos contra los terceros poseedores de los inmuebles que formen parte de las donaciones y enajenados por los donatarios, de igual manera y en el mismo orden que contra los propios donatarios, y luego de haber hecho previa excusión de sus bienes”; si bien debe subrayarse que por ley 71-523 del 3/7/71, dicha norma deja a salvo el caso en que el donante hubiera consentido en la enajenación con el acuerdo de todos los legitimarios nacidos y vivos al momento de esa enajenación, en cuyo caso la acción no podrá ser ejercida contra los terceros detentadores.

Ante esta norma, la doctrina francesa -que junto a la jurisprudencia extiende a los muebles, no sin poner de relieve la salvedad que respecto a ellos se puede tropezar con la excepción de que la posesión equivale al título (art. 2279)- señala que aunque el mismo mantenga el principio de la reducción en especie en el caso de enajenación del bien donado, la reducción se hará prácticamente

por estimación, es decir la reducción en especie se ve sustituida por la reducción en valor. En efecto, los legitimarios no pueden exigir del tercero adquirente la restitución en especie sino con un doble requisito: a) Que el donatario sea insolvente, la que debe ser demostrada por los reservatarios por medio de la excusión, es decir del embargo y de la venta de todos los bienes, muebles e inmuebles, y no solamente de los bienes que le habían sido donados, de manera que ellos no podrán obrar directamente contra los subadquirentes, sino que deben comenzar por dirigirse contra el donatario; excusión que constituye una verdadera condición de admisibilidad del recurso contra el tercero adquirente y sin que éste esté obligado a indicar los bienes sobre los que debe hacerse, ni a oponer previamente esa defensa, ni tampoco a adelantar los gastos necesarios para efectuar la diligencia, requisitos estos tres últimos que, en cambio, se exigen en materia de caución. Si el donatario es solvente, los legitimarios deberán contentarse con reclamarle el valor del bien enajenado; y b) Que el tercero adquirente, respecto al cual la acción de los legitimarios adquiere un carácter subsidiario, no ofrezca el valor del bien donado estimado al tiempo del fallecimiento del donante (MAZEAUD, op. cit., Parte IV, vol. II, págs. 334/5, pto. 950, y págs. 337/8, pto. 955; JOSSEMAND, op. cit., t. III, vol. III, págs. 318/20, pto. 1738; PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, págs. 121/5 y 127, ptos. 119/20, 122 y 124; GRIMALDI, op. cit., págs. 727/30, ptos. 798/800, y pág. 721/2, pto. 791; RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, vol. 2, págs. 280/1, pto. 2742, y pág. 282, pto. 2745). Es de aclarar que para estos últimos autores la suma a pagar será el valor de lo donado al tiempo de la donación (op. cit., t. X, vol. 2, pág. 282, pto. 2746).

De la misma manera se define el Código Civil italiano: “Si los donatarios contra los cuales se ha pronunciado la reducción han enajenado a terceros los inmuebles donados, el legitimario, previa excusión de los bienes del donatario, puede pedir a los sucesivos adquirentes, en el modo y en el orden en que podría pedirla a dichos donatarios, la restitución de los inmuebles... El tercer adquirente puede liberarse de la obligación de restituir en especie las cosas donadas pagando el equivalente en dinero” (art. 563, 1<sup>er</sup> y 3<sup>er</sup> párr.). Cuando se acoja esta posibilidad, el tercer adquirente debe el valor venal del bien al momento en que la deuda del bien en especie se transforma en deuda pecuniaria. Sin embargo, es fundamental advertir que tratándose de inmuebles o muebles registrables el legitimario puede perseguir a los terceros adquirentes si ha obedecido la condición de transcribir la demanda judicial de reducción dentro de los diez años a partir de la apertura de la sucesión, pues si no lo hace o lo hace después de dicho plazo, la sentencia que eventualmente acoja la demanda de reducción no perjudica al tercero que haya adquirido derechos a título oneroso sobre los bienes que son objeto de reducción, a base de un acto transcripto o inscripto con anterioridad a la transcripción de la demanda de reducción (art. 2652 inc. 8). En tal caso, por consiguiente, la adquisición es inatacable por la acción de reducción. A dicho término se le da el alcance de término de decadencia y no de prescripción. No se exige al tercer adquirente buena fe, puesto que rara vez está en situación de valorar si la donación o la disposición testamentaria hecha por el causante es o no lesiva de la legítima. La regla del art. 2652 inc. 8 no opera en las adquisiciones a título gratuito; y en las relaciones entre el legitimario-actor y el beneficiario de la liberalidad, la transcripción no cumple ninguna función útil si éste se ha abstenido de enajenar lo recibido (MESSINEO, op. cit., t. VII, págs. 233/5, pto. 191, ap. 10 ter., y BARBERO, op. cit., t. V, pág. 231, pto. 1104, ap. II; AZZARITI, op. cit., págs. 322/6, pto. 162; MENGONI, op. cit., vol. XLIII, t. 2, págs. 296/9, pto. 81).

El Proyecto de 1998 establece la previa excusión de los bienes del donatario, para que el legitimario pueda perseguir contra los terceros adquirentes los bienes registrables (inmuebles y muebles) (art. 2406, 2<sup>o</sup> párr.).

<sup>134</sup> BLOUSSON, op. cit., págs. 210/2, pto. CXXXVIII; LAJE, *La protección...*, cit., págs. 157/63, ptos. 200/8; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 127, pto. 48.

<sup>135</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 145, pto. 998; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 200/1, pto. 983; FERRER, “La acción...”, cit. en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 67; PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 89, pto. 56.

<sup>135</sup> FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 118, pto. 120.

<sup>137</sup> PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, págs. 127/8, pto. 125; RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, vol. 2, pág. 283, pto. 2748; JOSSEMAND, op. cit., t. III, vol. III, pág. 319, pto. 1738, ap. c). Comp. BLOUSSON, op. cit., pág. 210, pto. CXXXVII.



<sup>138</sup> CICU, op. cit., pág. 274, pto. 4.

<sup>139</sup> BLOUSSON, op. cit., pág. 212, pto. CXXXIX; LAJE, *La protección...*, cit., pág. 163, ptos. 209/10; OVSEJEVICH, op. cit., págs. 127/8, pto. 48; PLANIOL Y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 127, pto. 124; JOSSERAND, op. cit., t. III, Vol. III, pág. 319, pto. 1738, ap. d); MAZEAUD, op. cit., Parte IV, vol. II, pág. 338, pto. 955; RIPERT Y BOULANGER, op. cit., t. X, págs. 282, 2745, pero estos autores tasan los bienes donados a la época de la donación (ibidem, pto. 2746). Véase además *supra* ptos. 2.5., 2.5.1., 2.5.2., y 2.5.2.1./5., y nota 201.

<sup>140</sup> LAJE, *La protección...*, cit., págs. 163/5, ptos. 211/5; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 128, pto. 48; BLOUSSON, op. cit., págs. 212/3, pto. CXL; LAURENT, op. cit., págs. 275/7, pto. 216; PLANIOL Y RIPERT, op. cit., t. 5, págs. 125/7, pto. 123

<sup>141</sup> Es de destacar que el Código Civil japonés expresamente establece: “*Donación encubierta*. El acto jurídico oneroso con contraprestación desproporcionada será tenido por donación en el caso de que ambas partes supieran que con él se lesionaba la legítima del heredero. Si los herederos legitimarios exigen una reducción, deberán abonar la contraprestación” (art. 1039).

<sup>142</sup> STSFe, 24/12/43, J.A. 1944-I-635, voto del Dr. Ferrer; CNApel. Civ., Sala A, 7/12/51, voto del Dr. Aráuz Castex; C1<sup>a</sup> CC y Minería San Juan, 7/10/77, J.A. 1978-III-3; CCC, Laboral y Minería Santa Rosa, 31/7/80, J.A. 1980-IV-428. Estos fallos se refieren a la relación simulación-colación, pero sus observaciones son extensibles a la habida entre simulación-reducción (conf. MÉNDEZ COSTA, “Los herederos ante las ventas...”, cit., en *Estudios jurídico-notariales en homenaje...*, cit., pág. 15, pto. 22).

<sup>143</sup> MÉNDEZ COSTA, ibidem.

<sup>144</sup> Como se dijo, estamos ante una acumulación subjetiva, pasiva, ‘impropia’, de comunidad de objeto (ALSINA, t. 1, pág. 324). ¿Qué objeto tendría mandar al actor, a que con la sentencia que declara la simulación demande de nuevo a quienes ya ha demandado aquí por ambos conceptos? No tendría ningún objeto y este mismo juicio es la más cabal demostración que ha sido posible, conveniente y necesario acumular ambas acciones” (CApel. Mercedes, 19/10/43, J.A. 1943-IV-173, voto del Dr. Ibáñez Frocham; SCBs.As., 28/3/44, J.A. 1944-II-297, voto del Dr. Moreno Hueyo. Conf. CÁMARA, op. cit., pág. 363, pto. 272).

<sup>145</sup> MOSSET ITURRASPE, J., *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, Buenos Aires, Ediar, 1974, t. I, pág. 203, pto. 52, ap. a); CÁMARA, op. cit., págs. 189/91, pto. 129, y pág. 363, pto. 272; YAÑEZ ÁLVAREZ, C. D., “Prueba por terceros en la simulación de los actos jurídicos”, JA. 1970-8-499, pto. II, ap. 5; C1<sup>a</sup> CC. y Minería San Juan, 7/10/77, J.A. 1978-III-3.

<sup>146</sup> CÁMARA, op. cit., págs. 330/2, ptos. 245/6. “El legitimario no puede impugnar donaciones simuladas de su causante durante la vida de éste, ya que sólo le corresponde una simple expectativa y no un interés jurídico tutelable, expectativa carente de medio legal para la preservación de la integridad de eventuales derechos hereditarios, frente a los actos del futuro autor de la sucesión, cuya libre disposición de bienes no puede limitarse ni cercenarse so pretexto de la mentada protección” (CNCiv., Sala B, 30/11/72, ED. 49-260; C. 2<sup>a</sup> CC. y Minería San Juan, 16/8/83, Rep. ED. 19-1281, ptos. 62/4; CNCiv., Sala A, 28/3/94, JA. 1994-IV-699).

<sup>147</sup> FERRER, *Los acreedores del heredero...*, cit., págs. 138/9, pto. 85.

<sup>148</sup> MOSSET ITURRASPE, *Negocios simulados...*, cit., t. I, págs. 262/96, ptos. 62/3; CÁMARA, op. cit., pág. 194/214, ptos. 134/7; CNCiv., Sala B, 30/11/72, E.D. 49-260; C1<sup>a</sup> CC. y Minería San Juan, 7/10/77, J.A. 1978-III-3; SCBs.As., 2/4/35, J.A. 50-643; 28/3/44, J.A. 28/3/44, JA. 1944-II-297; CFed. Paraná, 28/8/40, J.A. 72-408.

<sup>149</sup> SALVAT, R., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, 10<sup>a</sup> ed., reactualizada por V. Romero del Prado, Buenos Aires, TEA, 1955, t. II, pág. 678, pto. 2540; LLAMBIAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 10<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Perrot, 1984, t. II, pág. 534/5, pto. 1821, y nota 136 bis; FERRARA, op. cit., pág. 433, pto. 87; CÁMARA, op. cit., págs. 369/74, pto. 280; ACUÑA ANZORENA, A., “Acción de simulación y litis-consorcio pasivo necesario”, J.A. 1942-I-831, pto. 3 y ss., y “Grado de ineficacia del acto simulado y necesidad de una declaración judicial de la simulación”, J.A. 47-880, pto. 5; CCiv. 1<sup>a</sup> Cap, 17/9/24, J.A. 14-163; 13/9/34, J.A. 47-880; 12/5/37, J.A. 58-401; 19/2/45, J.A. 1945-

II-150; CCiv. 2ª Cap., 24/9/18, J.A. 2-450; 4/4/38, J.A. 62-125; 29/12/38, J.A. 64-1039; 4/8/39, J.A. 67-386; CCiv. Cap., Sala C, 7/6/55, J.A. 1955-III-279; 25/9/59, J.A. 1960-I-719.

<sup>150</sup> BORDA, G. A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 7ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1980, t. II, págs. 374/6, pto. 1191 bis, ap. b); H. CORTÉS, *La simulación como vicio jurídico*, Buenos Aires, Araujo, 1939, pto. 38; MÉNDEZ COSTA, “Los herederos ante las ventas...”, cit. en *Estudios jurídico-notariales en homenaje...*, cit., pág. 15, pto. 27; SCBs. As., 8/3/46, E.D. 31-147, pto. 216; C. 2ª CC. La Plata, 25/2/49, JA. 1949-II-180; CCiv. Cap., Sala A, 10/11/60, J.A. 1961-II-156, con disidencia del Dr. Llambías; CNCiv., Sala B, 28/12/66, E.D. 31-147, pto. 213; CNCiv., Sala A, 24/2/75, J.A. 28-1975-39 y L.L. 1975-D-228.

La doctrina procesal enseña que “en las relaciones con multiplicidad de sujetos, cuando la ley no dispone otra cosa, es siempre lícito obrar por sí solo o contra uno solo, con tal que la demanda por el hecho de ser propuesta por uno solo o contra uno solo no pierda toda utilidad práctica” (J. CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, tr. J. Casáis y Santaló, Madrid, Reus, 1925, t. II, pág. 607, pto. 88, ap. IV). Como se ha dicho, el meollo de la cuestión está en la circunstancia de que el actor pretenda atribuir los efectos de la cosa juzgada contra todos los que intervinieron en el acto simulado o sólo contra algunos (ZANNONI, “Acción de colación y simulación de venta...”, cit., L.L. 1975-D-228, pto. V, comentando favorablemente en este aspecto el fallo de la CNCiv., Sala A, 24/2/75, referido; BORDA, *Tratado...*, *Parte general*, cit., t. II, pág. 376, pto. 1191 bis, texto y nota 1529 bis 5).

<sup>151</sup> Sin perjuicio de la seriedad del argumento y la simplificación procesal que comporta su aceptación, se ha puesto de relieve que deja latente cierta inquietud por el interés moral de la persona interpuesta en el pleito. “Cabe preguntarse: ¿es posible que una sentencia declare simulada una adquisición que consta en escritura pública, con la fe que ella merece, sin que en esa causa haya intervenido uno de los otorgantes del acto? Para sostener la declaración contraria... podría argumentarse que el tercero ya no tiene interés en el caso..., es una razón de peso..., pero creo más lógica y jurídica la tesis contraria, o sea, la que exige una declaración de que el traspaso fue simulado, obtenida con audiencia del tercero o sucesores” (CCiv. 1ª Cap., 14/7/37, L.L. 7-542, voto del Dr. Tobal) (MÉNDEZ COSTA, “Los herederos ante las ventas...”, cit., en *Estudios jurídico-notariales en homenaje...*, cit., pág. 15, pto. 27, texto y nota 94, y en LLAMBIAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 218, pto. 6, ap. c), y correlato con pág. 475, pto. 8, ap. f).

<sup>152</sup> FERRER, *Los acreedores del heredero...*, cit., pág. 171, pto. 126, y pág. 132, pto. 76/7; FASSI, *Código Procesal Civil...*, cit., t. III, pág. 293, pto. 2761, y pág. 292, pto. 2760; FORNIELES, op. cit., t. I, pág. 101, pto. 41, y pág. 109, pto. 54 bis; CSN., 2/7/81, Fallos 303:934; 14/9/89, Fallos 312:1625; 13/8/98, Fallos 321:2166; CCC. San Isidro, Sala I, 29/12/98, LLBA. 1999-861. Véase además *supra* pto. 6.9.

Parcialmente en contra, se ha aceptado que la acción de colación está entre las que caen dentro del fuero de atracción del juez del sucesorio (art. 3284, inc. 1) e igualmente la simulación que le está subordinada y se dirige contra un coheredero; pero respecto a las acciones de simulación y reducción, en su caso, se dirigen contra un tercero, por lo que la competencia resulta de las reglas generales que la organizan (MÉNDEZ COSTA, “Los herederos ante las ventas...”, cit., en *Estudios jurídico-notariales en homenaje...*, cit., pág. 15, pto. 28).

<sup>153</sup> CNCiv., Sala C, 12/7/76, LL. 1976-D-414, donde puede verse, además, la rectificación del vocal Dr. Belluscio de su anterior opinión de que se trataba de donaciones de dinero y no de cosas (CNCiv., Sala C, 18/12/74, L.L. 1975-B-325, citando a la CCiv. 2ª, 16/10/41, LL. 26-137 y CCiv. Cap., Sala F, 31/7/63, J.A. 1964-I-129). En este mismo sentido, CNCiv., Sala E, 9/12/88, J.A. 1989-II-175, voto del Dr. Mirás.

Tratando de analizar la figura de la puesta de bienes a nombre de otro se ha dicho que es “una modalidad de la simulación” (de Castro y Bravo) o una “donación indirecta que excede el marco de los negocios indirectos” (Cariota Ferrara), sin perjuicio de que para otros entra dentro de los límites del negocio indirecto (Torrente) e incluso que el fundamento de la impugnación no es la simulación de persona sino -en todo caso- un “procedimiento contrario a la ley” o “en fraude a la ley” (MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, Ed. EJE, Buenos Aires, 1986, t. II, págs. 20/1, nota 18). Esto último en

razón de tomar el vocablo fraude en sentido amplio, comprensivo de todo negocio cuya finalidad es violar la ley o perjudicar a un tercero, y así aludir a la simulación fraudulenta, al fraude que se comete por medio de los negocios simulados (MOSSET ITURRASPE, J., *Negocios simulados...*, cit., t. I, pág. 46/7, ap. a); ZANNONI, en BELLUSCIO-ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias...*, cit., t. 4, págs. 392, pto. 6; CIFUENTES, op. cit., pág. 498, pto. 260; FERRARA, *La simulación...*, cit., pág. 291).

<sup>154</sup> FERRARA, F., “Interposición de persona e intestación en otra persona”, en *Revista de Derecho*, Montevideo, 1943, t. XLI, 225 y ss., citado por MOSSET ITURRASPE, J., *Negocios simulados...*, cit., t. I, pág. 175, nota 50; CNCiv., Sala E, 9/12/88, J.A. 1989-II-175, 2º párr. del voto del Dr. Mirás, al cual adhirieron sus colegas.

<sup>155</sup> MESSINEO, *Doctrina general...*, cit., t. II, pág. 19, nota 18.

<sup>156</sup> CNCiv., Sala C, 12/7/76, L.L. 1976-D-417/8, voto del Dr. Belluscio.

<sup>157</sup> CCiv. Cap., Sala F, 31/7/63, J.A. 1964-I-131.

<sup>158</sup> CNCiv., Sala C, 12/7/76, L.L. 1976-D-417, voto del Dr. Belluscio.

<sup>159</sup> La hipótesis admite dos variantes, según que el vendedor conozca o no, quién es el verdadero dueño del dinero empleado. Si lo ignora, no habrá simulación (CCiv. 2ª, 30/12/46, L.L. 45-612; CNCiv., Sala C, 7/3/51, L.L. 64-294; 25/9/59, L.L. 96-250; 21/10/66, J.A. 1967-II-102; CNCiv., Sala F, 28/2/61, E.D. 1-363; 29/6/71, J.A. 13-1972-138); puede haberla si media acuerdo simulatorio entre él y el que compra en aparente representación del beneficiado. En el primer supuesto, tampoco habría un mandato oculto precisamente por el origen del dinero empleado, sino sólo una reserva mental del comprador a nombre de otro, reserva que no influye en la eficacia del negocio oneroso. Si el vendedor participó de la intención simulatoria del comprador, se estará ante una simulación relativa por interposición en la persona del adquirente que los herederos deberán probar para exigir su colación o reducción de la cosa objeto de ambos negocios, el simulado y el disimulado (MÉNDEZ COSTA, “Los herederos ante las ventas...”, cit., en *Estudios jurídico-notariales en homenaje...*, cit., pág. 15, pto. 17).

<sup>160</sup> STJ. Chaco, 27/6/68, JA. 1969-I-875.

<sup>161</sup> CNCiv., Sala E, 10/4/78, E.D. 78-229, donde además de la configuración del caso, es de resaltar la solución altamente moralizadora de no darle validez a la donación encubierta ni aun dentro de la porción disponible, es decir en la medida que no afecte la legítima de los herederos forzosos, cuando el adquirente que la alega es uno de los coautores de una simulación cuyos fines eran, precisamente, perjudicar a un tercero y violar las leyes que amparan la legítima. Lo establecido en el art. 958 sólo aprovecha a quienes no participaron en el acto simulado, es decir, en el acto ilícito. Interpretar otra cosa sería consagrar una grave inmoralidad, significando un verdadero aliciente para la ilicitud de ciertas simulaciones, porque los partícipes dirían: arriesguémonos a lograrlo, total, siempre saldremos ganando, puesto que en el peor de los casos nos quedará una buena utilidad (conf. CNCiv., Sala B, 13/9/71, E.D. 52-436).

<sup>162</sup> C1ª CC. y Minería San Juan, 7/10/77, J.A. 1978-III-3.

<sup>163</sup> CCiv. 1ª Cap., 7/5/28, JA. 27-730.

<sup>164</sup> MÉNDEZ COSTA, “Los herederos ante las ventas...”, cit., en *Estudios jurídico-notariales en homenaje...*, cit., pág. 15, pto. 18.

<sup>165</sup> SCBs.As., 2/4/35, J.A. 50-643; 28/3/44, J.A. 1944-II-297; CCCRos., Sala I, 3/5/43, L.L. 32-187; STSFe, 24/12/43, J.A. 1944-I-635; CNApel.Civ., Sala A, 7/12/51, J.A. 1952-I-474; CNCiv., Sala A, 24/2/75, J.A. 28-1975-39 y L.L. 1975-D-228.

<sup>166</sup> MÉNDEZ COSTA, “Los herederos ante las ventas...”, cit., en *Estudios jurídico-notariales en homenaje...*, cit., pág. 15, pto. 20, y “Derechos de los herederos forzosos...”, cit., J.A. 1975-28-42, pto. I, ap. 7; ZANNONI, “Acción de colación y simulación...”, cit., pto. IV. Sin embargo, téngase presente la doctrina judicial que no valida la donación ni en lo que entra en la porción disponible (véase *supra* nota 161).

<sup>167</sup> AUBRY et RAU, op. cit., t. 11, págs. 89/96, pto. 685 ter., texto y nota 3; PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, págs. 123/5, pto. 122; FERRARA, *La simulación...*, cit., págs. 365/6, pto. 64; BLOUSSON, op. cit., págs. 207/9, pto. CXXXV; CÁMARA, op. cit., págs. 293/4, pto. 214; GUASTAVINO, “La protección a terceros

adquirentes...”, cit., J.A. Doctrina-1973-93, pto. 23; GOYENA COPELLO, op. cit., t. III, pág. 391; BORDA, *Tratado...- Sucesiones*, cit., t. II, págs. 144/5, pto. 998, y *La reforma...*, cit., págs. 162/3, pto. 109, sin embargo en su *Tratado... Parte general*, cit., t. II, pág. 383, pto. 1198-1199, le da preferencia al tercer adquirente, salvo que sea de mala fe o a título gratuito (art. 1051); CCom. Cap., 3/7/42, GF. 159-439.

<sup>168</sup> MAZEAUD, op. cit., Parte IV, vol. II, pág. 332, pto. 947; CIFUENTES, op. cit., págs. 540/1, pto. 279; MOSSET ITURRASPE, *Tráfico...*, cit., J.A. 1989-II-182, ptos. III y IV, sin embargo véase *supra* nota 295; FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 70, y en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, págs. 175/6, pto. 8, ap. g (iii); CCiv. 2<sup>a</sup> Cap., 2/5/41, J.A. 74-913; 24/6/36, J.A. 54-854; SCMendoza, 24/8/59, L.L. 98-714, N<sup>o</sup> 4478-S; CNCiv., Sala E, 9/12/88, J.A. 1989-II-175; CCiv. 1<sup>a</sup> Cap., 11/12/40, J.A. 72-744. ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 202, pto. 284, ap. b), le reconoce acción a los legitimarios contra los terceros adquirentes cuando el donatario encubierto hubiese enajenado fraudulentamente el bien a un tercero, correspondiendo probar si el tercero ha sido cómplice o no del fraude, y le alcanzará la acción en los casos del art. 970.

Normando los efectos de la simulación respecto de terceros, el Código Civil italiano establece que “La simulación no podrá ser opuesta ni por las partes contratantes ni por los causahabientes o acreedores del enajenante simulado a los terceros que de buena fe hubiesen adquirido derechos del titular aparente, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de simulación ...” (art. 1415, 1<sup>er</sup> párr.). Es decir, que al tercer adquirente de buena fe no se le puede oponer la simulación, a menos que la subadquisición tenga por objeto un inmueble o un mueble registrado y que haya sido transcrita (o inscripta) después de la transcripción de la demanda judicial de declaración de certeza de la simulación del contrato; ya que en esta última hipótesis aquél ya no merece la protección de la ley, toda vez que consultando los registros públicos estaba en situación de conocer la existencia de dicho juicio (MESSINEO, op. cit., t. IV, págs. 518/9, pto. 137, ap. 4; BARBERO, op. cit., t. I, págs. 550/1, pto. 257, ap. II a).

<sup>169</sup> FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 72.

<sup>170</sup> Conf. OVSEJEVICH, op. cit., pág. 42, pto. 46, ap. A); BELLUSCIO, “La acción de complemento...”, cit., L.L. 1985-E-672, pto. 16, ap. c). Comp. BIBILONI, *supra* pág. 49, nota 30. Ver *supra* pág. 67, pto. g) y nota 26; Cap. IV, pto. 6.1, 1<sup>er</sup> párr., y 6.7.2, 1<sup>er</sup> párr., y nota 86.

<sup>171</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 131/2, pto. 979.

<sup>172</sup> Jurisprudencialmente se ha declarado nula la renuncia a la acción de reducción o de complemento de la legítima, sujeta a la condición resolutoria de que el coheredero renuncie también al ejercicio de la misma acción (CNApel. Civ. Cap. Fed., 24/9/52, J.A. 1955-IV-376).

<sup>173</sup> CCiv. 1<sup>a</sup> Cap., 9/11/34, J.A. 48-443, con nota aprobatoria de DÍAZ DE GULJARRO, “¿Cuándo se perfecciona la renuncia...”, pto. IV; FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 75.

<sup>174</sup> BLOUSSON, op. cit., págs. 85/6, pto. XXXIV; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 42, pto. 46, ap. B); PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, págs. 129/30, pto. 128.

<sup>175</sup> FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 111, pto. 110; OVSEJEVICH, *ibidem*; FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 75; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 132, pto. 980; PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 42, pto. 26.

Así, se trae el siguiente caso citado por LAURENT: una hija legó a su madre, de 83 años de edad, una renta vitalicia de un florín y medio por día, declarando que esta renta equivalía a la cuarta parte de la sucesión que le correspondía como legítima; el mismo día de la muerte de aquella su madre confirmó ante escribano público el testamento, cuando en realidad éste afectaba su legítima, pues siendo la fortuna de la hija de 30.000 a 40.000 florines no podía pretenderse que equivaliese a una cuarta parte de ella una renta vitalicia como la dejada a una anciana de tal edad. Es claro que si ésta había confirmado el testamento, era simplemente por no tener conocimiento del verdadero estado de la sucesión; y la Corte de Bruselas resolvió que los términos del instrumento probaban que su consentimiento era el resultado de un error sobre el estado de la sucesión, error al que había sido llevada por el testamento de su hija y estando viciada su manifestación de voluntad por el error, la anuló (BLOUSSON, op. cit., págs. 87/8, pto. XXXV, ap. 2<sup>o</sup>).

<sup>176</sup> BLOUSSON, op. cit., pág. 87, pto. XXXV, ap. 1º; LAFAILLE, op. cit., t. II, pág. 178, pto. 242; FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 112, pto. 110; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 42, pto. 46, ap. B) *in fine*.

<sup>177</sup> DEMOLOMBE, op. cit., t. XIX, págs. 295/6, pto. 230.

<sup>178</sup> AUBRY et RAU, op. cit., t. 11, pág. 97, pto. 685 quater, ap. 2º; GRIMALDI, op. cit., pág. 748, pto. 825 y nota 10; VALLET DE Goytisolo, *Panorama...*, cit., t. I, pág. 631, pto. 290; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 132, pto. 980 y nota 1438; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 546, pto. 895; FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 76; PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 42, pto. 26; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 42, pto. 46, ap. B), si bien considera más razonable la tercera posición que se expondrá inmediatamente en el texto, ya que no afectaría al legatario y a los posibles terceros adquirentes del bien legado; de allí que su adhesión a esta segunda postura lo es en principio, porque no siempre hay oposición entre ella y la tercera, y la adopción de cualquiera de ellas estará sujeta a las condiciones de hecho.

<sup>179</sup> LAURENT, op. cit., t. 12, pág. 223, pto. 165; PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, pág. 114, pto. 113; BLOUSSON, op. cit., pág. 86/7, pto. XXXV, ap. 1º; FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 112, pto. 110. En la doctrina italiana se considera tácitamente renunciada la acción de reducción por parte del legitimario que haya dado ejecución a las cargas que se le hayan impuesto por el testamento sobre la legítima (MESSINEO, op. cit., t. VII, pág. 231, pto. 191, ap. 10).

<sup>180</sup> CCiv. 1ª Cap., 9/11/34, J.A. 48-443; con nota aprobatoria de DÍAZ DE GULJARRO, “¿Cuándo se perfecciona la renuncia ...?”, cit.

<sup>181</sup> MAZEAUD, op. cit., Parte IV, vol. II, pág. 322, pto. 930; GRIMALDI, op. cit., pág. 748, pto. 825; FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 79, y en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 177, pto. 9

<sup>182</sup> BLOUSSON, op. cit., pág. 90/7, pto. XXXVI/XLI; MACHADO, op. cit., t. XI, págs. 33/4; SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1927, t. I, pág. 511, pto. 990; FORNIELES, op. cit., t. II, págs. 118/9, pto. 120; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 146/7, pto. 1001; ARGANARAZ, M., *La prescripción extintiva*, TEA, Bs. As., 1966, págs. 67/8, pto. 69; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 42, pto. 49; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 205, pto. 989; GOYENA COPELLO, *Tratado...*, cit., t. III, págs. 396/7; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 545, pto. 894; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, pág. 877, pto. 697, y en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 43, pto. 28; MÉNDEZ COSTA, “Los herederos ante las ventas...”, cit., en *Estudios jurídicos-notariales en homenaje...*, cit., pág. 15, pto. 24 y 26, y en LLAMBÍAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 479, pto. 11, y correlato con págs. 214/5, pto. 5, ap. b); F.M. FERRER, “Donaciones en perjuicio de legitimarios”, en *Homenaje a la Profesora Dra. María Antonia Leonfanti*, Rosario, Ed. Pontificia Universidad Católica Argentina-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, 1982, pág. 221, pto. IV; F. A. M. FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. XI, ap. B), *Los acreedores del heredero...*, cit., págs. 139/40, pto. 86, “Prescripción y caducidad en el derecho sucesorio”, en *Revista de Jurisprudencia Provincial (Buenos Aires. La Pampa. Neuquén. Río Negro)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, junio, 1996, 6, Nº 6, pág. 417, pto. IX, aps. b) y c), y en FERRER-MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 177, pto. 9, ap. b); G. MEDINA, “Prescripción en el derecho sucesorio. Acción de reducción y colación”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario - Prescripción liberatoria*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, Nº 22, pág. 137, pto. II, aps. 2, 3 y 5.

Es también la opinión que aplican a la acción de complemento los que la consideran autónoma (BELLUSCIO, “Acción de complemento...”, cit., L.L. 1985-E-672, pto. 16, ap. f); GOYENA COPELLO, *Tratado...*, cit., t. III, pág. 399, sin perjuicio de advertir que este último piensa que, luego del nuevo texto dado al art. 3715 por la reforma introducida por la ley 17.711, ha perdido su carácter de acción autónoma al ser subsumida por esta norma -*ibidem*, págs. 397/8-).

En contra, se ha interpretado que a falta de texto expreso es aplicable a la acción de reducción el plazo de cuatro años dispuesto por el art. 4028, si bien reconociendo como su punto de partida la muerte del causante (LLERENA, op. cit., t. IX, págs. 546/7, pto. 9, y t. X, pág. 434, com. art. 3953). Esta idea ha sido criticada porque importa extender una excepción, cuando existe una disposición general

para todas las acciones personales que establece su prescripción decenal (MACHADO, op. cit., t. IX, pág. 397; BLOUSSON, op. cit., pág. 99, pto. XLII).

El Proyecto de la Comisión designada por el decr. 468/92 no consagró un plazo específico de prescripción extintiva, pero redujo la ordinaria a cinco años (art. 3993). En cuanto al Proyecto de 1998, nos detendremos expresamente en el texto.

En cuanto al derecho comparado, la legislación italiana considera que la acción de reducción prescribe dentro del término ordinario de diez años (art. 2946), el que corre desde la muerte del *de cuius*, no desde la fecha de los actos que consumaron la lesión, puesto que sólo desde dicha oportunidad se ha podido establecer la certeza de que existe lesión y es ejercitable la acción (art. 2935) (MESSINEO, op. cit., t. VII, pág. 231, pto. 191, ap. 10). Para el derecho francés, la prescripción es de treinta años, contados desde la apertura de la sucesión (PLANIOL y RIPERT, op. cit., t. 5, págs. 130, 128, ap. 2; RIPERT y BOULANGER, op. cit., t. X, pág. 274, pto. 2731; GRIMALDI, op. cit., pág. 747, pto. 825). Discute la doctrina española respecto al plazo de prescripción aplicable al no tener asignado uno específico, y así -partiendo siempre de la apertura de la sucesión- algunos entienden que si se trata de una acción personal caería dentro de los quince años correspondientes a éstas; y si se parte de que una vez entregado el legado la acción tiene carácter rescisorio, el plazo es de cuatro años (VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, cit., t. I, pág. 631, pto. 290, ap. b. Comp. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, op. cit., pág. 541, pto. 388, ap. e); ROCA SASTRE, *Anotaciones a Kipp, Derecho de sucesiones*, cit., t. V, vol. I, pág. 111, pto. II, ap. 3). El Código alemán fija que la pretensión de legítima prescribe a los tres años, contados desde el momento en que el titular tiene conocimiento de la muerte del causante y de la disposición que le perjudica. Pero conjuntamente transcurre una prescripción de treinta años a partir de la apertura de la sucesión en la que no se tiene en cuenta si el titular tuvo este conocimiento (art. 2332). Similar es el sistema del Código Civil japonés: la acción de reducción prescribe al año desde que el heredero legítimo tuviere noticia de la apertura de la sucesión y de la posibilidad de exigir la reducción de legados y donaciones. También prescribirá cuando transcurran diez años desde la apertura de la sucesión (art. 1042). El Código paraguayo establece una prescripción de cuatro años para la acción de reducción contra los terceros (art. 661); mientras que la ejercitada contra los coherederos como es la de colación, se prescribe a los diez años (art. 659 inc. d) (MARTÍNEZ, op. cit., pág. 412).

<sup>183</sup> FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 118/9, pto. 120; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 147, pto. 1001; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 205, pto. 989; GOYENA COPELLO, *Tratado...*, cit., t. III, pág. 396/7; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 545, pto. 894; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, pág. 877, pto. 697, y en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 43, pto. 28; FERRER, “La acción...” cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. XI, ap. b), y en “Prescripción y caducidad...” cit., en *Revista de Jurisprudencia...*, cit., pág. 417, pto. IX, ap. c).

En contra, se ha pensado que la acción de reducción prescribe para el donatario a los diez años, pero frente a los terceros adquirentes la acción perdura mientras la cosa no se hubiera adquirido por usucapión (LAFAILLE, op. cit., t. II, pág. 182, pto. 248). Pero esta postura, amén de agravar la situación de los subadquirentes, sin sentido y más aún si la transmisión a ellos hubiera sido a título oneroso y de buena fe; olvida además que la causa de la reivindicación contra el tercer adquirente es la resolución del dominio por causa proveniente de su título (art. 2663). En consecuencia, prescripta la acción que nace de tal resolución (diez años a partir de la apertura de la sucesión), no subsiste una acción reipersecutoria autónoma imprescriptible, ya que la reivindicación es el resultado ulterior de la reducción (conf. BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 147, nota 1466; GOYENA COPELLO, *Tratado...*, cit., t. III, pág. 397; ZANNONI, *Derecho...*, cit., t. 2, pág. 205, nota 75).

<sup>184</sup> MEDINA, “Prescripción en el derecho sucesorio...” cit., en *Revista de Derecho Privado y...*, cit., pág. 137, pto. II, ap. 4.

<sup>185</sup> CNCiv., Sala G, 7/9/83, J.A. 1984-IV-216; CNCiv., Sala F, 15/3/82, J.A. 1983-II-465.

<sup>186</sup> CNCiv., Sala F, 15/3/82, J.A. 1983-II-465.

<sup>187</sup> MEDINA, “Prescripción en el derecho sucesorio...” cit., en *Revista de Derecho Privado y...*, cit., pág. 137, pto. II, ap. 6; CCCSan Isidro, Sala 1ª, 5/7/01, J.A. 2001-IV-711, voto de la Dra. Medina, con

nota aprobatoria de M. KANEFSCK, "Acción de reducción y acción de simulación: Prescripción", J.A. 2001-IV-714, pto. V. Conf. F. M. FERRER, "La declaratoria de herederos como requisito inexcusable en las demandas contra las sucesiones", en *Cuestiones de derecho civil*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1979, pág. 297, pto. IV, últ. párr. ab initio; N. LLOVERAS, "La posesión hereditaria", J.A. 1985-I-799, pto. IV, ap. 3 b) y pto. V, ap. i); FASSI, *Código Procesal Civil...*, cit., t. III, pág. 272, pto. 2737, quien recuerda que se ha resuelto que cuando los herederos en su calidad de hijos y nietos legítimos del causante tienen la posesión de la herencia de pleno derecho, solamente necesitan comprobar el vínculo para iniciar la acción reivindicatoria de un bien que otros detentaban en vista a una prescripción en expectativa y no puede obligárselos a presentar las declaratorias de herederos (CCiv. 2ª Cap., 28/9/46, GF. 185-569); CNCiv., Sala B, 20/12/77, J.A. 1978-II-501; C1ª Apel. Bahía Blanca, 13/11/70, L.L. 143-578-26686S.

En contra, se incluye -entre otras- como circunstancia que puede postergar la iniciación del curso de la prescripción la no obtención oportuna de la declaratoria de herederos, argumentando que el art. 3953 impone que el curso de la prescripción no se abra en ningún caso antes de la apertura de la sucesión, pero no que se inicie simultáneamente con ésta. En última instancia, si se cree que es inaceptable la postergación del comienzo del término, estiman innegable que el interesado siempre tiene derecho a acogerse a la dispensa de la prescripción cumplida prevista en el art. 3980, siempre que haga valer sus derechos en el plazo de tres meses desde que cesaron las dificultades o la imposibilidad de accionar (MÉNDEZ COSTA, "Los herederos ante las ventas...", cit., en *Estudios jurídico-notariales en homenaje...*, cit., pág. 15, pto. 26, ap. d); FERRER, "Prescripción y caducidad...", cit., en *Revista de Jurisprudencia Provincial...*, cit., pág. 417, pto. IX, ap. d) últ. párr., y correlato con pto. VIII, ap. f).

<sup>188</sup> MEDINA, "Prescripción en el derecho sucesorio...", cit., en *Revista de Derecho Privado y...*, cit., pág. 137, pto. II, ap. 6.

<sup>189</sup> FORNIELES, op. cit., t. I, págs. 374/5, pto. 305 bis; MARTÍNEZ RUIZ, *La colación...*, cit., pág. 196, pto. 273; BORDA, *Tratado...*, cit., t. I, pág. 485, pto. 687; GOYENA COPELLO, *Tratado...*, cit., t. III, pág. 371; MAFFIA, *Tratado...*, cit., t. II, págs. 215/6, pto. 641; MÉNDEZ COSTA, "Los herederos ante las ventas...", cit., en *Estudios jurídico-notariales en homenaje...*, cit., pág. 15, pto. 26, ap. e), y en LLAMBÍAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, págs. 216/7, pto. 6, ap. c); FERRER, *Los acreedores del heredero...*, cit., pág. 133, pto. 78; STSFe, 24/12/43, J.A. 1944-I-635, voto del Dr. Ferrer; CCiv. 2ª Cap., 14/12/32, J.A. XL-534; ídem, 11/6/46, J.A. 1946-III-269; CNCiv. y Com., Sala A, 7/12/51, J.A. 1952-I-474; CNApel. 1ª Bahía Blanca, 16/6/59, LL. 99-700; CNApel. San Juan, 7/10/77, J.A. 1978-III-3; CCC, Laboral y Minería de Santa Rosa, 31/7/80, J.A. 1980-IV-428.

En contra, subsumiendo el plazo decenal de prescripción de la colación en la prescripción bienal de la simulación (art. 4030): ACUÑA ANZORENA, "Donaciones disfrazadas entre padres e hijos...", cit., J.A. 74-913, pto. III; UGARTE, L. A., "Acción de colación: afinidades y diferencias con la reducción. Requisitos, sujetos, funcionamiento y prescripción", L.L. 1987-E-620, pto. VIII; MEDINA, "Prescripción en el derecho sucesorio...", cit., en *Revista de Derecho Privado y...*, cit., pág. 137, pto. III, ap. 6; CCiv. 2ª Cap., 2/5/41, J.A. 74-913; CNCiv., Sala A, 24/2/75, L.L. 1975-D-228; CNCiv., Sala B, E.D. 30/11/72, E.D. 49-260; CNCiv., Sala C, 27/7/65, L.L. 121-48.

<sup>190</sup> MÉNDEZ COSTA, "Los herederos ante las ventas...", en *Estudios jurídico-notariales en homenaje...*, cit., pág. 15, pto. 26, aps. f) y g), y en LLAMBÍAS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil...*, cit., t. V-B, pág. 479, pto. 11; FERRER, "La acción...", cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. XII, ap. B), *Los acreedores del heredero...*, cit., pág. 139/40, pto. 86, "Prescripción y caducidad...", cit., en *Revista de Jurisprudencia...*, cit., pág. 417, pto. IX, ap. d), y en FERRER- MEDINA, *Código Civil...*, cit., t. II, pág. 177, pto. 9, ap. b).

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse lúcidamente en este sentido: "... forzoso será convenir que la naturaleza jurídica de la acción promovida por los actores es la de colación, o la de reducción, o ambas a la vez. La determinación de esa naturaleza jurídica tiene fundamental importancia en este caso a los efectos de resolver las defensas perentorias opuestas. En efecto, la simulación, o, mejor dicho, la declaración que en ese sentido piden los demandantes, se hace

aquí necesaria como medio para llegar al fin perseguido, esto es, al restablecimiento de un equilibrio económico destruído por el proceder de los causantes, y su existencia o inexistencia pondrá en claro o no el derecho para poder exigir una participación en los bienes aparentemente transferidos por éstos a un coheredero. La circunstancia de que para establecer si la colación está o no justificada, sea necesario apreciar la sinceridad de una o más ventas llevadas a cabo por los causantes, no altera la naturaleza jurídica de la acción deducida, pues en realidad lo único que se persigue es que los bienes transferidos deben incorporarse al sucesorio, del cual los actores tomarán su legítima. Esto es, en líneas generales, reducción o colación según los casos. ... En suma, a mi entender, cuando la simulación actúa únicamente como hecho que se necesita probar, esto es, como medio para hacer viable el propósito fundamental perseguido en la demanda, nada tiene que hacer la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción de simulación, tantas veces discutida en la doctrina y en la jurisprudencia y sí sólo interesa el tiempo fijado por la ley para poder dentro de él, ejercitar el derecho cuyo reconocimiento se pide y que constituye la razón de la demanda. Así, siendo que para la colación o reducción, vale decir, para poder demandar la entrega de valores dados por el causante en perjuicio de alguna legítima, rige la prescripción decenal (art. 4023 del Cód. Civil), cuando para ello, repito, sea necesario demostrar la simulación de uno o más actos jurídicos, llevados a cabo precisamente para ocultar el verdadero propósito de los mismos, resulta absurdo pretender entonces la aplicación de una prescripción más breve, tal la del art. 4030. Ejemplificando con la intención de esclarecer: si un padre dona en vida a uno de sus hijos un cierto bien y así lo hace constar en la escritura, el derecho de los otros para exigirle que reuna a la masa hereditaria los valores dados, prescribe, según se ha dicho, a los diez años. Si en lugar de donación figura una venta con reserva de usufructo, etc., el derecho que acuerda el art. 3604 a los herederos perjudicados no fenece a los dos años. Ahora bien, si ese padre, en cambio, vende simuladamente a un tercero y éste al heredero con el fin de encubrir la donación, y con ello evitar la colación, o si se quiere, la reducción a que lleva el art. 3604 citado, me parece un contrasentido que esa circunstancia tenga el efecto de provocar una alteración fundamental en el término que los herederos tienen para el ejercicio de los mismos derechos. Si así fuera, se habría premiado con una prescripción más breve la simulación o la mayor habilidad para eludir la ley. Si se tratara, siguiendo los ejemplos, de una venta simulada sin reserva de usufructo, etc., es decir, no susceptible de colación o de reducción, según las autorizadas opiniones que llevan a la interpretación restrictiva del art. 3604, si el heredero perjudicado deja transcurrir dos años, contados desde la muerte del causante, sin promover la acción pertinente, se habría, según la tesis que no acepto, prescripto su derecho de obtener el correspondiente aporte a la masa de la sucesión, sencillamente porque estaría impedido de probar que esa venta encubría una donación, no obstante que la ley acuerda un término mayor para poder ejercitar aquel derecho” (CApel. Rosario, 3/5/38, L.L. 10-685, voto del Dr. Capdet. Conf. CCC. Bahía Blanca, Sala 1ª, 21/10/93, J.A. 1995-I-656).

<sup>191</sup> FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 119/20, pto. 120 bis; BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 147, pto. 1001; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 42, pto. 49; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 545, pto. 894; PÉREZ LASALA, *Derecho...*, cit., vol. II, pág. 877, pto. 697, y en PÉREZ LASALA- MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 43, pto. 28; MEDINA, “Prescripción en el derecho sucesorio...”, cit., en *Revista de Derecho Privado y...*, cit., pág. 137, pto. II, ap. 7; UGARTE, “Acción de colación: afinidades y diferencias con la reducción...”, L.L. 1987-E-620, pto. VIII; KANEFSCK, “Acción de reducción y...”, cit., J.A. 2001-IV-714, pto. III; CCiv. 1ª Cap., 9/4/45, J.A. 1945-II-829; CCC. San Isidro, Sala 1ª, 5/7/01, L.L. 2001-IV-711, voto de la Dra. Medina.

<sup>192</sup> SCBs.As., 22/4/80, J.A. 1981-I-271; CNCiv., Sala G, 25/9/80, E.D. 91-308; CCCRosario, Sala 4ª, 15/9/93, Z. 64, pág. J-77; CCCRosario, Sala 3ª, 16/3/98, Z. 77, pág. J-234; FERRER, “La acción...”, cit., en *Sucesiones*, cit., pág. 193, pto. 79, ap. B *in fine*, y en “Prescripción y caducidad...”, en *Revista de Jurisprudencia Provincial...*, cit., pág. 417, pto. IX, ap. d).

<sup>193</sup> Así, se ha escrito que si la simulación ha sido efectuada en perjuicio del heredero, de modo tal que éste actúa en ejercicio y defensa de sus derechos, como un tercero ajeno al acto atacado, es de aplicación lo dispuesto por el art. 3953 C.C., de donde la prescripción comenzará a correr desde la apertura de la sucesión, pues se supone que desde ese momento se conoce la simulación, y, más aún, puede darse el caso de que comience después, si la sola apertura de la sucesión no fuese suficiente



para dar al heredero el conocimiento cabal del vicio invalidante (RIVERA, J. C., “Acción de simulación”, E.D. 60-895, pto. 11; CIFUENTES, op. cit., pág. 544, pto. 280; KANEFSCCK, op. cit., J.A. 2001-714, pto. IV; CNCiv., Sala B, 13/3/64, J.A. 1964-V-148; CNCiv., Sala F, 15/3/82, J.A. 1983-II-465; CNCiv., Sala C, 29/12/78, LL. 1979-B-62). La acreditación del conocimiento debe ser efectivo, pleno y cabal, no bastando la mera sospecha ni la prueba testimonial (CNCiv., Sala F, 10/8/61, LL. 104-652; CNCiv., Sala E, 29/4/81, L.L. 1981-C-492; CNCiv., Sala A, 24/2/75, L.L. 1975-D-228); tampoco se admite como suficiente conocimiento la inscripción del acto en el Registro de la Propiedad (CNCiv., Sala F, 10/8/61, L.L. 104-652; ídem, 25/11/65, J.A. 1966-II-227; CIFUENTES, op. cit., pág. 544, pto. 280; RIVERA, op. cit., E.D. 60-895, pto. 17).

<sup>194</sup> CCiv. 2ª Cap., 11/7/46, J.A. 1946-III-269; GUASTAVINO, “Colación de donaciones...”, cit., J.A. 1961-III-46, pto. II, ap. c), y *Colación de deudas*, cit., págs. 396/7, pto. 8; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 216, pto. 641; FERRER, “Prescripción y caducidad...”, cit., en *Revista de Jurisprudencia Provincial...*, cit., pto. IX, ap. d) *in fine*, y correlato con pto. VIII, ap. e).

<sup>195</sup> SEGOVIA, op. cit., t. II, pág. 742, nota 22; MACHADO, op. cit., t. XI, pág. 302; SPOTA, *Tratado de derecho civil. Parte general. Prescripción y caducidad*, Buenos Aires, Depalma, 1959, t. I, vol. 3.8 (10), pág. 532, pto. 2241 -o, según agregan estos autores, desde que se descubrió el testamento partitivo-; BORDA, *Tratado...*, cit., t. I, pág. 520, pto. 753; ARGANARAS, op. cit., pág. 196, pto. 234; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 263, pto. 681; GUASTAVINO, *Pactos...*, cit., pág. 358, pto. 318; PINON, op. cit., pág. 129, pto. 13, quienes añaden que en el supuesto de la partición-donación conjunta los plazos deben contarse desde la muerte del cónyuge sobreviviente (DE GASPERI, op. cit., t. II, pág. 459, pto. 312. En este mismo sentido se pronuncia el derecho francés; si bien debe aclararse que en la partición por ascendiente, sea por donación o por testamento, el término treintaenal de prescripción de la acción de reducción se reduce a cinco años contados desde el deceso del disponente -GRIMALDI, op. cit., pág. 747, pto. 825-).

En contra, si bien reconociendo que el arranque de la prescripción en la partición por testamento es la muerte del disponente (arg. art. 3531), se ha opinado que en la partición-donación por ascendiente el término de aquélla comienza a correr desde que se hace la división, basándose en que, según el art. 3535, los herederos pueden ejercer, aun antes de la muerte del ascendiente, todos los derechos que el acto les confería a los unos respecto a los otros, y como el art. 3537 le acuerda un derecho al heredero perjudicado respecto al beneficiado, el ejercicio de este derecho sigue la regla establecida por dicho precepto. Cuando se ha querido establecer una excepción a ella, se lo ha dicho expresamente declarando que la acción de rescisión sólo puede intentarse después de la muerte del ascendiente (art. 3536) (LLERENA, op. cit., t. X, pág. 535, com. art. 4028, y correlato con t. IX, págs. 446/7, pto. 1). Este criterio olvida que sólo al fallecimiento del causante se sabrá si ha dispuesto de una mayor porción de la que correspondía (MACHADO, op. cit., t. XI, pág. 302); con el agregado que, incluso, la omisión de un descendiente o su negativa a aceptar la partición-donación no determina su nulidad cuando a la muerte del ascendiente hubiese en su patrimonio bienes suficientes para cubrir la parte del omitido o del oponente, y que la admisión de las acciones de rescisión y reducción hace necesario determinar concretamente el monto de la legítima del actor, a cuyo fin deben considerarse no solamente los bienes entregados en la partición del ascendiente, sino los que éste dejó en su patrimonio al fallecer (GUASTAVINO, *Pactos...*, cit., págs. 327/30, pto. 274, págs. 316/8, pto. 263, y pág. 354, pto. 313).

<sup>196</sup> SEGOVIA, op. cit., t. II, pág. 742, nota 22; ARGANARAS, op. cit., págs. 195/6, pto. 234; GUASTAVINO, *Pactos...*, cit., págs. 357/8, pto. 318. Conf. FORNIELES, op. cit., t. II, pág. 120, pto. 121; GOYENA COPELLO, *Tratado...*, t. III, pág. 524; PÉREZ LASALA, en PÉREZ LASALA-MEDINA, *Acciones judiciales...*, cit., pág. 43, pto. 28; PINON, op. cit., pág. 129, pto. 13; FERRER, *Los acreedores del heredero...*, cit., pág. 141, pto. 88; SPOTA, *Tratado... Prescripción y caducidad*, cit., t. I, vol. 3.8 (10), págs. 532/3, pto. 2241.

<sup>197</sup> MACHADO, op. cit., t. V, pág. 96, y t. XI, págs. 301/3.

<sup>198</sup> BORDA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 147, pto. 1001; OVSEJEVICH, op. cit., pág. 42, pto. 49, *in fine*; MAFFÍA, *Tratado...*, cit., t. II, pág. 546, pto. 894, y págs. 262/3, pto. 681; BLOUSSON, op. cit., 99, pto. XLII; LAJE, *La protección...*, cit., págs. 461/3, pto. 819/21.

<sup>199</sup> LAJE, *La protección...*, cit., págs. 462/3, pto. 821.

<sup>200</sup> Apart. 324 de los Fundamentos del Proyecto.

<sup>201</sup> Es que precisamente, entre otras diferencias, la caducidad extingue el derecho mismo, mientras que la prescripción sólo afecta a la acción judicial correspondiente, pero dejando subsistente el derecho como obligación natural (LLAMBÍAS, *Tratado...*, *Parte general*, cit., t. II, págs. 700/1, pto. 2149; G. A. BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, 8ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1998, t. II, págs. 96/7, pto. 1161; ARGANARAZ, op. cit., págs. 316/9, pto. 374).

<sup>202</sup> Apart. 311 de los Fundamentos del Proyecto.

## CONCLUSIONES

Terminada la investigación, concretamos nuestras conclusiones sobre las cuestiones que estimamos que pueden destacarse como de mayor importancia, excluyendo las referentes a aquellos puntos que no han dado mayores dificultades en la materia.

Dichas conclusiones son las siguientes:

1ª) En nuestro derecho, la legítima es parte de los bienes (*pars bonorum*).

2ª) Ello trae como consecuencia que sea factible la admisión de la figura del legitimario no heredero.

3ª) La introducción del fideicomiso testamentario en nuestra legislación ha significado la admisión de otra excepción a la regla de la inviolabilidad de la legítima, derivada de la voluntad del causante.

4ª) El criterio de la inoponibilidad de la persona jurídica en caso de violación de la legítima, es el que mejor se adecua a la posibilidad de conciliar de la mejor manera posible la eventual continuación de la sociedad y el respeto a la legítima.

5ª) La mejora no sólo puede establecerse por testamento, sino también por donación. Así lo permiten los arts. 1805, 3604 y 3524.

6ª) En nuestro derecho no es conveniente la introducción del tercio de mejora español.

7ª) El art. 3605 debe ser leído a la luz de la nueva redacción del art. 3715 y, por lo tanto, luego de la reforma introducida por la ley 17.711, con la porción disponible no solamente puede hacerse legados a terceros y mejorarse a los legitimarios, sino que también y pese a la existencia de éstos es posible instituir herederos a extraños.

8ª) Para la determinación de la legítima deben deducirse de la masa hereditaria tanto las deudas como las cargas, y éstas primero que aquéllas.

9ª) Deben compatibilizarse las acciones de complemento y reducción, siendo ésta el medio para lograr aquélla, que -en su caso- constituye además el límite de la reducción.

10ª) Entre nosotros, la acción de reducción tiene naturaleza personal cuyo resultado es la resolución retroactiva del dominio del donatario o legatario, en virtud de lo cual sobreviene la obligación de éstos de restituir el bien. Pero si lo hubiesen enajenado, surge la acción reivindicatoria contra los terceros adquirentes.

11ª) Las donaciones a extraños están sujetas al régimen de la reducción y sus efectos reipersecutorios. También procederá la acción de reducción contra las donaciones efectuadas a herederos forzosos, cuando no hay dispensa de colación y el valor de lo donado excede la cuota de legítima individual del donatario; o cuando media dispensa de colación y excede el monto de la porción disponible más la cuota de legítima individual del heredero forzoso.

12ª) Debe mantenerse el régimen vigente que no tiene en cuenta la época en que se hizo la donación para poder eventualmente atacarla.

13ª) Para poder ejercitar la acción de reducción basta con la acreditación del carácter de legitimario, no siendo además necesario la aceptación de la herencia.

14ª) Tanto en el caso de que la reducción sea articulada por vía de excepción como de acción es competente para su conocimiento el juez de la sucesión.

15ª) La naturaleza de la vicisitud que afecta a la liberalidad inoficiosa es un caso de resolución.

16ª) Si bien en principio la reducción debe hacerse mediante la restitución en especie, es posible detener los efectos de la acción por el pago en dinero suficiente para llenar la legítima afectada.

17ª) En caso de transmisión del bien objeto de la liberalidad a terceros, cabe distinguir: a) Si se trató de un legado, el damnificado en su legítima no puede perseguir el bien de manos del subadquirente. Al legitimario sólo le quedará -en su caso<sup>1</sup>- el derecho de obtener del legatario el valor del bien en la medida necesaria para cubrir la legítima; pero ello será imposible cuando el legatario sea insolvente, quedando insalvablemente perjudicado el legitimario afectado; y b) Si se trató de una donación, sí es posible hacer jugar el efecto reipersecutorio contra el tercer adquirente a fin de que devuelva el bien en especie. Sin embargo, éste puede detener tal circunstancia desinteresando al perjudicado con la suma dineraria necesaria para completar la legítima.

18ª) La reipersecución de la acción de reducción contra terceros adquirentes que obtuvieron el inmueble del donatario, a título oneroso o gratuito, prevista en el art. 3955, no es afectada por el nuevo art. 1051. La vicisitud que afecta a las donaciones inoficiosas determinando su ineficacia no es la nulidad propiamente dicha, sino la resolución.

19ª) En nuestro ordenamiento vigente no se requiere la excusión previa del donatario; careciendo ésta, por lo demás, de efectos prácticos.

20ª) En principio, la entrega del legado importa la renuncia tácita a la acción de reducción.

21ª) Cuando para ejercitar la acción de reducción, es necesario previamente demostrar la simulación del aparente acto oneroso que encubre la liberalidad, la prescripción bienal de la acción de simulación queda subsumida por la prescripción decenal de la acción de reducción, ya que aquélla es un medio para llegar a ésta, que es el fin.

22ª) Resulta altamente criticable, al menos respecto a su aplicación en la materia que nos ocupa, la caducidad de acciones ideada por el Proyecto de Código Civil de 1998 (art. 2513).

Notas:

<sup>1</sup> Atento la regla que, en principio, hemos sentado en la conclusión N° 20ª, la hipótesis solamente podrá darse en el caso que el heredero que ha entregado el legado pruebe su ignorancia sobre la cuantía de los bienes sucesorios.



## BIBLIOGRAFÍA

- ADROGUÉ, M., “El artículo 1051 del Código Civil y su influencia sobre el régimen de los derechos reales”, L.L. 143-1180.
- ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, 1986.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *La mejora*, Servicios de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003.
- ACUÑA ANZORENA, A., “Algunas consideraciones sobre la aplicabilidad del art. 3604 del Código Civil”, J.A. 52-55.
- “Donaciones disfrazadas entre padres e hijos. Naturaleza de la simulación que importan y término de prescripción de la acción”, J.A. 74-913.
  - “Grado de ineficacia del acto simulado y necesidad de una declaración judicial de la simulación”, J.A. 47-880.
  - “Acción de simulación y litis-consorcio pasivo necesario”, J.A. 1942-I-831.
- ALSINA, H., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1943, t. III.
- ALSINA ATIENZA, D. A., *El principio de la buena fe en el Proyecto de Reforma de 1936*, Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1942/3, ts. I y II.
- ALTERINI, A. A., “Estudio de títulos”, L.L. 1981-B-858.
- ALTERINI, J. H., “Resolución de los contratos y dominio revocable”, E.D. 50-632.
- “La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito”, en M. M.Córdoba, (dir.), L. M. Garrido Cordobera, V. Kluger (coords), *Tratado de la buena fe en el derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. I, p. 151.
- ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1954 PARA LA REPÚBLICA ARGENTINA, Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Civil y Comparado, Tucumán, 1968.
- ARGAÑARÁS, M., *La prescripción extintiva*, Buenos Aires, TEA, 1966.
- ARIAS, J., *Derecho sucesorio*, 2ª ed., Buenos Aires, Kraft, 1950.
- ARMELLA, C. N., “El fideicomiso constituido por testamento”, en J. M. Orelle - C.N. Armella - J. Causse, *Financiamiento de la vivienda y de la construcción. Ley 24.441*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995.
- AUBRY, C., et RAU, C., *Cours de droit civil français*, 5ª ed., París, Marchal et Godde, 1919, t. 11.
- AZPIRI, J. O., *Manual de derecho sucesorio*, Buenos Aires Hammurabi, 1991.
- “La legítima en el Proyecto de Código Civil de 1998”, en *Temas de derecho privado XII*, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 2000.

- “Límites a la autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio”, J.A. 2001-IV-909.
  - En Ferrer-Medina, *Código Civil comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, t. I.
- AZPIRI, J. O., y REQUELJO, O., “El fideicomiso y el derecho sucesorio”, L.L. 1995-D-1127.
- AZZARITI, G., *Le successioni e le donazioni*, Napoli, Jovene Editore, 1990.
- BARBERO, D., *Sistema del derecho privado*, Buenos Aires, EJEA, 1967, t. V.
- BARBERO, O. U., “Un caso de aplicación retroactiva del art. 3573 bis del Código Civil concurriendo dos cónyuges supérstites legítimos”, J.A. 1978-IV-578.
- “El cónyuge supérstite, prelegatario legal particular forzoso (art. 3573 bis del C.C.)”, J.A. 1976-I-638.
  - *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, Buenos Aires, Astrea, 1977.
- BELLUSCIO, A. C., “La naturaleza del derecho sucesorio de la nueva viuda”, J.A. 10-1971-579.
- *Vocación sucesoria*, Buenos Aires, Depalma, 1975.
  - “La posible introducción de la mejora en el derecho argentino (La resurrección de Chindasvinto)”, E.D. 156-858.
  - “Institución de herederos por partes desiguales”, E.D. 89-367.
  - “El valor de las donaciones a los efectos de la colación y del cálculo de la legítima en el Código Civil y en la ley 17.711”, L.L. 135-1241.
  - “Acción de complemento de la legítima”, L.L. 1985-E-672.
  - *Ley de adopción 24.779*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- BELLUSCIO, A. C. (dir.) - ZANNONI, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1988, t. 4.
- BENDERSKY, M. J., “Reducción de los legados por insolvencia de la sucesión o lesión de la legítima”, L.L. 98-246.
- BIBILONI, J. A., *Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1931, t. IV.
- BLOUSSON, S. H., *La acción de reducción*, tesis, Buenos Aires, Ed. Agustín Etchepareborda, 1902.
- BORDA, G. A., *Tratado de derecho civil argentino. Sucesiones*, 3ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1970, ts. I y II.
- *Tratado de derecho civil argentino. Familia*, 5ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1973, t. II.
  - *Tratado de derecho civil. Parte general*, 7ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1980, t. II.
  - *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, 8ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1998, t. II.
  - *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1971.
  - “El derecho comercial contra el derecho civil”, L.L. 151-803.

- “El velo de la personería”, L.L. 142-1158.
  - “Reflexiones en torno a la interpretación de la ley (A propósito de la institución de herederos con asignación de partes)”, E.D. 2-1073.
- BREBBIA, F. P., “La regulación del dominio en el Anteproyecto de Ley Agraria”, J.A. Doctrina-1975-137.
- “Derecho sucesorio agrario”, en *Sucesiones* (Libro homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1991.
- BUSSO, E. B., “Algunos aspectos de la protección de la legítima”, E.D. 12-814.
- CAFFERATA, J. I., *Legítima y sucesión intestada*, Buenos Aires, Astrea, Ensayos Jurídicos 28, 1982.
- CAFFERATA, J. I., EPPSTEIN, A. B., FEIT, P. L., y MOISÉS, N. M., ponencia presentada en el *Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1972, t. II.
- CALATAYUD, P., “Un caso judicial de legítima y colación”, G.F. 143-29.
- *Sucesiones*, versión taquigráfica de sus clases, Buenos Aires, Amicis, 1933.
- CÁMARA, H., *Simulación en los actos jurídicos*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1958.
- CAMMAROTA, A., *La colación y el art. 3604 del Código Civil*, Buenos Aires, Lajouane, 1934.
- CASIELLO, J. J., “La deuda de valor”, L.L. 104-957.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, 7ª ed., Madrid, Reus, 1975, t. VI, vol. II.
- CAZEAUX, P., y TRIGO REPRESAS, F. A., *Derecho de las obligaciones*, La Plata, Platense, 1969, t. I.
- CHIOVENDA, J., *Principios de derecho procesal civil*, tr. J. Casáis y Santaló, Madrid, Reus, 1925, t. II.
- CICU, A., *Derecho de sucesiones. Parte general*, tr. J. M. González Porras, Barcelona, Bosch, 1964.
- *Le successioni*, Milano, Dott. A. Giuffré, 1947.
- CIFUENTES, S., *Negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986.
- CÓDIGO CIVIL JAPONÉS, estudio preliminar, traducción y notas por Rafael Domingo y Nobuo Hayashi, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de derecho civil*, tr. D. de Buen, Madrid, Reus, 1928, t. 8.
- COLOMBO, L., “La depreciación de la moneda y las ‘deudas de dinero’ y las ‘deudas de valor’ ”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1968, t. I, p. 161.
- CÓRDOBA, M. M., *Derechos del heredero - La posesión hereditaria*, Buenos Aires, La Ley, 1998.
- CÓRDOBA, M. M., LEVY, L. M., SOLARI, N. E., y WAGMAISTER, A. M., *Derecho sucesorio*, Buenos Aires, Universidad, 1982.



- CORTÉS, H., *La simulación como vicio jurídico*, Buenos Aires, Araujo, 1939.
- DANSEY, C. A., “El derecho hereditario de la nuera viuda en la sucesión de los suegros”, E.D. 30-849.
- DE BARRÁN ARNICHES, P., *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Barcelona, Cedecs, 2001.
- DE GÁSPERI, L. *Tratado de derecho hereditario*, Buenos Aires, TEA, 1953, ts. I, II y III.
- DE IBARROLA, A., *Cosas y sucesiones*, 7ª ed., México, Porrúa, 1991.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de derecho sucesorio*, 2ª ed. actualizada por Martínez-Radio, Madrid, A. de la E., La Ley, 1999.
- DE LOS MOZOS, J. L., “La sucesión ‘mortis causa’ en la explotación agrícola familiar”, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba - República Argentina, 2000, t. III.
- DEMOLOMBE, Ch., *Cours de Code Napoléon*, París, A. Lahure, 1887, t. XIX.
- DE RUGGIERO, R., *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Reus, s/f, t. II, vol. II.
- DÍAZ DE GUIJARRO, E., “Los sepulcros como objeto de relaciones jurídicas de derecho privado”, J.A. 60-905.
- “Valor patrimonial del derecho del titular de una supultura”, J.A. 72-Sec. Doct., p. 90.
  - “¿Cuándo se perfecciona la renuncia de la acción de reducción?”, J.A. 48-443.
- DI LELLA, P., “Sociedades comerciales y legítima hereditaria”, J.A. 1995-I-671.
- “De la nuera viuda”, J.A. 1993-II-205.
  - “Reducción de la donación a heredero forzoso (O de cómo la donación es siempre título imperfecto de dominio)”, J.A. 1995-IV-687.
- ERDOZAIN, M. L., “El artículo 3604 del Código Civil: sus antecedentes y su reforma”, J.A. Doctrina-1970-466.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Madrid, Marcial Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1996.
- FARAONI, F., “Acciones de protección a la legítima: aspectos procesales”, J.A. 2001-IV-929.
- FARINA, J. M. “La legítima de los herederos forzosos y la teoría de la penetración de la personalidad. Comentario a un fallo”, Z. 20, p. D-3.
- FASSI, S. C., *Tratado de los testamentos*, Buenos Aires, Astrea, 1971, vols. 1 y 2.
- *La sucesión hereditaria en el Proyecto de Código Civil argentino de 1936*, Buenos Aires, Ed. Jurídica Argentina, 1940.
  - Prólogo al libro de Maffía, J. O., *El derecho sucesorio en la reforma del Código Civil*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1972.
  - Prólogo al libro de Garbino, G. R., *El derecho hereditario de la nuera*, Buenos Aires, Astrea, Ensayos Jurídicos 17, 1976.

- *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -Comentado, anotado y concordado-*, Buenos Aires, Astrea, 1973, t. III.
  - “El contenido de la herencia”, L.L. 94-871.
- FASSI, S. C., y BOSSERT, G. A., *Sociedad conyugal*, Buenos Aires, Astrea, 1978, t. 2.
- FAVIER DUBOIS (h), E. M., y BARGALLÓ, M. F., “Los derechos de los terceros como límite a los efectos de la ‘inoponibilidad’ ”, en Favier Dubois (h) y otros, *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc., 1993.
- FERRARA, F., “Interposición de persona e intestación en otra persona”, en *Revista de Derecho*, Montevideo, 1943, t. XLI.
- *La simulación de los negocios jurídicos*, tr. Atard y de la Puente, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1926.
- FERRER, F. A. M., en FERRER-MEDINA, *Código Civil comentado - Sucesiones*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, t. II.
- “Derecho hereditario especial de las unidades económicas agrarias familiares y la legítima”, J.A. 1991-I-922.
  - *Fideicomiso testamentario y derecho sucesorio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
  - “La acción de reducción”, en *Sucesiones* (Libro homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1991.
  - “Seguro de vida y protección de la legítima”, J.A. 1992-IV-148.
  - *Los acreedores del heredero y la sucesión*, Buenos Aires Abeledo-Perrot, 1992.
  - “La acción de reducción: derecho vigente y Derecho proyectado”, en *Edición homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa*, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2001.
  - “Indignidad y desheredación en el Proyecto sancionado por la Cámara de Diputados de la Nación”, J.A. 1994-III-777.
  - “La responsabilidad del heredero. Derecho argentino, comparado y Proyecto de Código Civil de 1999”, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, República Argentina, 2000, t. III.
  - “La responsabilidad *ultra vires* por los legados y el Proyecto de Código Civil”, J.A. 2000-II-930.
  - “Prescripción y caducidad en el derecho sucesorio”, en *Revista de Jurisprudencia Provincial* (Buenos Aires. La Pampa. Neuquén. Río Negro), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, junio 1996, año 6, N° 6.
- FERRER, F. A. M., y NATALE, R. M., “Algunas observaciones al Proyecto de Código Civil de 1998 en materia de sucesiones”, en *Estudios sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998*, Buenos Aires, Zavallía, 2001.

- FERRER, F. M., "Donaciones en perjuicio de legitimarios", en *Homenaje a la Profesora Dra. María Antonia Leonfanti*, Rosario, Ed. Pontificia Universidad Católica Argentina-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, 1982, p. 221.
- "La declaratoria de herederos como requisito inexcusable en las demandas contra las sucesiones", en *Cuestiones de derecho civil*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1979, p. 297.
- FRESCHI, C. R., "La reformulación legislativa de la teoría de la personalidad jurídica", en RDCO, 1976-746.
- FORNIELES, J. S., "La protección de la legítima en las sociedades acogidas al impuesto sustitutivo a la herencia", E.D. 31-1039.
- "El art. 3604 del Código Civil después de la reforma", E.D. 37-869.
  - "La institución de herederos con asignación de partes", E.D. 1-1060.
- FORNIELES, S., *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed., Buenos Aires, TEA, 1958, ts. I y t. II.
- FUENTES, J. A., "El fideicomiso testamentario: carácter limitado de los alcances de su aplicación fáctica", J.A. 1999-III-1044.
- GAGLIARDO, M., *Sociedades de familia y cuestiones patrimoniales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- GARBINO, G. R., *Preterición de herederos forzosos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Monografías Jurídicas 132, 1970.
- *El derecho hereditario de la nuera*, Buenos Aires, Astrea, Ensayos Jurídicos 17, 1976.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, Ed. Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852, t. II.
- GIRALDI, P. M., *Fideicomiso (Ley 24.441)*, Buenos Aires, Depalma, 1998.
- GARRIDO, R., y ANDORNO, L., *Reformas al Código Civil*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1968/9, ts. I y II.
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., *El prelegado: un problema de concurrencia de títulos sucesorios*, Granada, Comares, 1996.
- GOYENA COPELLO, H. R., "La derogación del artículo 3354 del Código Civil y la sanción del nuevo 3715", E.D. 25-869.
- "El derecho sucesorio en la reforma civil", L.L. 133-1077.
  - "Acerca del derecho conferido a la nueva viuda, sin hijos y de buena conducta por el art. 3576 bis del Código Civil", L.L. 135-1432.
  - "El derecho de la nuera encauzado en sus justos márgenes", L.L. 1978-B-541.
  - *Tratado del derecho de sucesión*, Buenos Aires, La Ley, 1974/5, ts. II y III.
  - *Curso de procedimiento sucesorio*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1970.
- GREGORINI CLUSELLAS, E. L., "La colación y la determinación del valor a colacionar", L.L. 1998-F-439.

GRIMALDI, M., *Droit civil. Successions*, París, Litec, 1989.

GUAGLIANONE, A. H., *Historia y legislación de la legítima*, tesis, Buenos Aires, 1940.

- “La condición del legitimario no heredero”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Martínez Paz*, Buenos Aires, Perrot, 1957.
- “La reforma del derecho sucesorio”, en *Revista del Notariado*, enero-feb. 1969, N° 703.
- *La preterición de legitimarios antes y después de la reforma civil*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1971.
- “La indivisión hereditaria pactada o impuesta y la ley 14.394”, J.A. 1956-II-Secc. Doct..
- “Venta de inmuebles a herederos forzosos”, en *Revista del Notariado*, N° 714.
- “La cláusula de mejora en la partición-donación por el ascendiente”, J.A. 1957-IV-293.
- *El beneficio de inventario en el Código Civil argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1946.

GUASTAVINO, E. P., “Interpretación del art. 3576 bis del Código Civil”, L.L. 140-536.

- “El derecho sucesorio de la nuera”, L.L. 134-1343.
- “El derecho sucesorio de la nuera ante la existencia de hijos del marido habidos con otra mujer”, L.L. 150-584.
- “Legítima y bien de familia”, J.A. 1967-VI-489.
- “Indivisión impuesta a los herederos forzosos por el testador”, E.D. 164-225.
- “Indivisión impuesta por el cónyuge supérstite”, J.A. 1957-III-Secc. Doct..
- “Cuestiones sucesorias en las leyes 19.550 y 19.551 de sociedades y concursos”, L.L. 147-1064.
- “Fideicomisos, leasing, letras hipotecarias y otros aspectos de la ley 24.441”, L.L. 1995-B-1061.
- *Pactos sobre herencias futuras*, Buenos Aires, Ediar, 1968.
- “Colación de donaciones disimuladas”, J.A. 1961-III-46.
- *Colación de deudas*, Buenos Aires, Ediar, 1964.
- “Las presunciones tácitas en el derecho privado”, J.A. 1965-VI-Secc. Doct., p. 15.
- “El derecho civil ante la inflación”, L.L. 116-1080.
- “Beneficio de inventario”, J.A. Doctrina-1969-183.
- “La protección a terceros adquirentes de inmuebles”, J.A. Doctrina-1973-93.
- “Eficacia temporal de las nuevas normas sucesorias”, J.A. 1970-8-3.
- “La sucesión vacante y el derecho estatal de impugnar un testamento”, J.A. 1-1969-897.
- *Bien de familia*, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1985, t. II.

- GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, A., “Los motivos y el futuro de las ‘sociedades anónimas de familia’”, L.L. 144-967.
- GUTIÉRREZ, P. A., “La porción legítima y las sociedades de familia”, J.A. 1998-II-919.
- GUTIÉRREZ, P. F., y GUTIÉRREZ, J. O., “Hacia una caracterización de la sociedad anónima de familia y la protección de sus minorías”, L.L. 147-1226.
- HERNÁNDEZ, L. B., “Relación entre la colación y la reducción y el art. 3604 del Código Civil”, L.L. Litoral 1997-22.
- HERNÁNDEZ, T. K., “La buena fe legislativa y la herencia angloamericana”, en M. M. CÓRDOBA (dir.), L. M. Garrido Cordobera - V. Kluger (coords.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. II.
- IÑIGO, D. B., “Fideicomiso y legítima”, J.A. 2001-IV-924.
- JORNADAS DE DERECHO CIVIL -FAMILIA Y SUCESIONES- (Santa Fe, 1990), J.A. 1991-II-919, Comisión N° 4 - Legítima y unidad económica familiar.
- JOSSERAND, L., *Derecho civil*, tr. Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, EJEJA, 1951, t. III, vol. II y vol. III.
- KANEFSCCK, M., “Acción de reducción y acción de simulación: Prescripción”, J.A. 2001-IV-714.
- KIPP, T., *Derecho de sucesiones*, tr. B. Pérez González y J. Alguer, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1976, t. V, vol. I.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de derecho civil - Derecho de sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1988 (reimpresión 1990), t. V.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Anotaciones a Binder, J., Derecho de sucesiones*, Barcelona, Labor, 1953.
- LAFAILLE, H., *Curso de Derecho Civil (Sucesiones)*, compilado por Frutos y Argüello, Buenos Aires, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, 1932/33, ts. I y II.
- *Curso de contratos*, compilado por Argüello y Frutos, Buenos Aires, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, 1928, t. III.
- LAJE, E. J., *La protección de la legítima*, tesis, Buenos Aires, 1949.
- “La naturaleza jurídica de la legítima y la comprobación del carácter de legitimario”, L.L. 71-634.
- “La transmisión onerosa de bienes a los legitimarios”, L.L. 75-913.
- “Los actos gratuitos del causante y la protección de la legítima”, J.A. 1948-I-Secc. Doct., p. 63.
- LAMBOIS, S. E., en Bueres-Highton, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, t. 6 A, ps. 542/3.
- “El fideicomiso y la legítima”, J.A. 1998-III-805.
- LANDABURU, L., “Indignidad para suceder”, J.A. 55-324.
- LAURENT, F., *Principes de droit civil*, 3ª ed., Bruxelles - Paris, Bruylant-Christophe-Marescq, 1878, t. 12.

- LEGÓN, F., “El beneficio de competencia, a través de una teoría objetiva”, J.A. 48-453.
- LÓPEZ CABANA, R., “Conveniencia de incorporar al derecho argentino la mejora del Código Civil español”, L.L. 1989-E-1124.
- “La porción disponible del causante con hijos”, en *Sucesiones (Libro homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1991, p. 183.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., *Teoría de los contratos. Parte especial*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1976, t. I.
- LÓPEZ DEL CARRIL, J. J., *Derecho sucesorio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969.
- LOSICER, J. A., “La personalidad societaria de las llamadas *sociedades de familia* ante la sucesión del socio”, en Favier Dubois (h) y otros, *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993..
- LLAMBÍAS, J. J., *Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711*, Buenos Aires, Ed. Revista de Jurisprudencia Argentina, 1969.
- *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, t. II-B.
  - *Tratado de derecho civil. Parte general*, 10ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1984, t. II.
- LLERENA, B., *Concordancias y comentarios al Código Civil argentino*, 3ª. ed., Ed. La Facultad, 1931, ts. VI, IX y X.
- LLOVERAS, N., “Fideicomiso testamentario: ¿La voluntad dispone?”, J.A. 1999-III-1058.
- “La posesión hereditaria”, J.A. 1985-I-799.
  - “La indignidad y su extinción”, J.A. 2001-IV-901.
- LLOVERAS, N. y ORLANDI, O. E., “¿Colación o reducción entre coherederos”, J.A. 2002-III-1144.
- MACHADO, J. O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Buenos Aires, Ed. Científica y Literaria Argentina, 1922, ts. V, VIII y XI.
- MAFFÍA, J. O., *Tratado de las sucesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1982, t. II.
- *El derecho sucesorio en la reforma del Código Civil*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1972.
  - “La colación y las sociedades entre ascendientes y descendientes”, DJBA. 1979-4-3.
  - “El derecho sucesorio de la nuera”, L.L. 134-1317.
  - “Vocación sucesoria de la nuera viuda. Concurrencia con hijos de un anterior matrimonio de su marido”, J.A. 20-1973-615.
- MAKIANICH DE BASSET, L. N., “Naturaleza jurídica de la legítima. Imposibilidad de la existencia del legitimario no heredero”, L.L. 1981-D-1091.
- MARSILI, M. C., “Actualización de la teoría de la personalidad de las sociedades”, RDCO, 1971-1.

- MARTÍNEZ, E. W., *Derecho sucesorio en la legislación paraguaya*, 2ª ed., Asunción-Paraguay, Ed. La Ley Paraguaya, 1996.
- MARTÍNEZ PAZ, E., *Introducción al derecho de la sucesión hereditaria*, Buenos Aires, TEA, 1953.
- MARTÍNEZ RUIZ, R. *La colación en el derecho sucesorio*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1943.
- “Distinción entre acto nulo y acto inoponible”, J.A. 1943-IV-335.
- MAURY DE GONZÁLEZ, B., “Fideicomiso testamentario”, en la obra colectiva dirigida por ella *Tratado teórico práctico de fideicomiso*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de derecho civil*, tr. de L. Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, EJEA, 1965, Parte IV, vols. II y IV.
- MEDINA, G., en Bueres - Highton, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, t. 6 A.
- “El fraude a la legítima hereditaria a través de la constitución de sociedades”, J.A. 1983-I-699.
  - “Fraude a la legítima hereditaria”, en *Fraudes*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 4, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993, p. 123.
  - “Fideicomiso testamentario (¿Cómo evitar el fraude a la legítima, a los acreedores y a las incapacidades para suceder?)”, J.A. 1995-D-1127.
  - *Proceso sucesorio*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 996, t. I.
  - “Prescripción en el derecho sucesorio. Acción de reducción y colación”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario - Prescripción liberatoria*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, N° 22.
- MEDINA, G., y FERRER, F. A. M., “La mejora, el Proyecto de Código Civil y la XIII Conferencia Nacional de Abogados”, J.A. 2000-IV-921.
- MEDINA, G., y MADERNA ETCHEGARAY, H., “El fideicomiso testamentario en el Proyecto de Código Civil de 1999 (Su relación con la legítima y la protección de los incapaces)”, J.A. 1999-III-1067.
- MÉNDEZ COSTA, M. J., en Llambías - Méndez Costa, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, t. V-B.
- En Álvarez y otros, *Reformas al Código Civil (Ley 17.711)*, Rosario, Orbir, 1968.
  - “Legítima y sociedades de familia”, L.L. 1979-D-237.
  - “Interpretación jurisprudencial del art. 3576 bis”, J.A. 1978-II-489.
  - “Los herederos ante las ventas simuladas de su causante”, en *Estudios jurídico-notariales en homenaje al Dr. Carlos A. Pelosi*, Buenos Aires, 1981.
  - “Derechos de los herederos forzosos con respecto a las donaciones del causante a favor de un coheredero”, J.A. 28-1975-42.
  - “El cesionario y la titularidad de las acciones del heredero”, J.A. 2001-IV-945.

- “La conversión del negocio jurídico inválido en el derecho argentino”, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe - 1968, Nº 117.
- MENGGONI, L., *Successioni per causa di morte (successione necessaria)*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, directo da Cicu - Messineo, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1992, Vol. XLIII, t. 2.
- MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, EJEA, 1956, t. VII.
- *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, EJEA, 1986, t. II.
- MOLINARIO, A. D., “Inconstitucionalidad del monto de las cuotas legitimarias”, L.L. 90-900.
- *Indivisiones hereditarias y condominios forzosos organizados por la ley 14.394*, La Plata, 1959.
  - Ponencia presentada en el *Cuarto congreso nacional de derecho civil*, Universidad Nacional de Córdoba, 1972, t. II.
- MORELLO, A. M., “Innovaciones introducidas por la ley 17.711 en lo atinente a donaciones”, en *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, La Plata, Platense, 1974, t. 3, p. 271, pto. III.
- MORENO DUBOIS, E. E. y TEJERINA, W., *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, La Plata., Platense, 1973, t. 4, vol. II, Sucesiones.
- MORENO DUBOIS, E. E., “Naturaleza del derecho sucesorio otorgado a la viuda en la sucesión de sus suegros”, L.L. 132-1422.
- MOSSET ITURRASPE, J., “Tráfico versus legítima”; J.A. 1989-II-182.
- *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ediar, 1972, t. II-A.
  - *Justicia contractual*, Buenos Aires, Ediar, 1977.
  - *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, Buenos Aires, Ediar, 1974, t. I.
  - “Naturaleza del dominio adquirido a través de donaciones de quien tiene herederos forzosos. ¿Se trata de domino imperfecto?”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario - Sucesiones, año 2000-2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000.
- NICOLAU, N. L., “Transmisión de bienes a los legitimarios por actos entre vivos”, J.A. 2001-IV-918.
- OCAMPO, C. G., *La nuera viuda - Exclusión sucesoria del cónyuge*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- “Las donaciones disimuladas por persona interpuesta y el artículo 3604”, L.L. 1982-C-938.
- ORLANDI, O. E., “El interés familiar en el fideicomiso testamentario”, J.A. 1999-III-1072.
- “Las acciones de reducción y colación: similitudes, diferencias y discrepancias”, J.A. 2001-IV-938.
- OVEJERO, D., “La naturaleza de la legítima”, J.A. 44 - Secc. Doct., p. 47, pto. VI



- OVSEJEVICH, L., voz "Legítima", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1979, t. XVIII, p. 42.
- PALACIO, L. E., *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, t. IX.
- PÉREZ LASALA, J. L., *Derecho de sucesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1981, vols. I y II.
- *La representación en el derecho sucesorio*, Buenos Aires, Ensayos Jurídicos 12, Astrea, 1973.
  - "La mejora del tercio, como medio para posibilitar una distribución más equitativa de la herencia entre los hijos", L.L. 1991-B-821.
- PÉREZ LASALA, J. L. y F., *El fideicomiso testamentario*, Buenos Aires, Depalma, 1999.
- PÉREZ LASALA, J. L., y MEDINA, G., *Acciones judiciales en el derecho sucesorio*, Buenos Aires, Depalma, 1992.
- PÉREZ LLANA, E. A., *Derecho agrario*, 3ª ed., Santa Fe, Ed. Abad & Beigbeder, 1959.
- PETTIGIANI, E. J., "La legítima del heredero menor de edad frente al fideicomiso constituido por testamento", J.A. 1999-III-1078.
- PIÑON, B. P., "Partición por donación del ascendiente a sus descendientes", en *Sucesiones (Libro homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1991, p. 129.
- PLANIOL, M., y RIPERT, J., *Tratado teórico práctico de derecho civil francés*, tr. de M. Díaz Cruz, La Habana, Ed. Cultural, 1935, t. 5.
- PLATÓN, *Las Leyes*, en *Obras Completas*, Madrid, Ed. Medina y Navarro, 1872, t. X.
- PRAYONES, E., *Nociones de derecho civil. Derecho de sucesión*, tomadas de sus clases por Américo S. Cacici, Buenos Aires, Ed. Ciencias Económicas, 1957.
- PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ARGENTINO (1936), Buenos Aires, A. Lacort, 1938.
- PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA UNIFICADO CON EL CÓDIGO DE COMERCIO, Buenos Aires, Ed. San Isidro Labrador, 1999.
- POLACCO, V., *De las sucesiones*, Buenos Aires, EJEJA, 1950, t. I.
- POVIÑA, H. L., ponencia presentada en el *Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1972, t. II.
- *Sucesión de los cónyuges y de los parientes colaterales*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1973.
  - "Contratos onerosos celebrados entre el causante y uno de sus herederos legitimarios", en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, N° 64-65, Santa Fe - 1950, p. 25.
  - *Indignidad y desheredación*, Tucumán, Ed. Universidad Nacional de Tucumán, 1965.
- PUIG BRUTAU, J., "Naturaleza jurídica de las legítimas en el derecho común y en el foral", en Roca Sastre, R. M., *Estudios de derecho privado*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1948, t. II (Sucesiones).
- *Fundamentos de derecho civil*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1977, t. V, vols. I y III.

- PUIG PEÑA, F., *Tratado de derecho civil español - Sucesiones*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1963, t. V, vol. II.
- RÉBORA, J. C., y GRÜNBERG, J. C., “La naturaleza de la legítima y el artículo 3354 del Código Civil”, en *Cinco estudios de derecho sucesorio*, Buenos Aires, Ed. La Facultad, 1930, p. 121 y ss.
- RÉBORA, J. C., *Derecho de las sucesiones*, Ed. La Facultad, Bs. As. - 1932, t. I y II.
- REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL (Proyecto y notas de la Comisión designada por el decreto 468/92), Buenos Aires, Astrea, 1993.
- REQUELJO, O. H., “El legitimario no heredero y las VI Jornadas del Derecho Civil”, E.D. 77-851.
- RIVERA, J. C., “Acción de simulación”, E.D. 60-895.
- REZZÓNICO, L. M., *Estudio de las obligaciones*, 8ª ed., Buenos Aires, Librería Editorial Ciencias Económicas, 1957.
- RIPERT, G., y BOULANGER, J., *Tratado de derecho civil, según el Tratado de Planiol*, tr. de D. García Daireaux, Buenos Aires, La Ley, 1965, t. X, vols. 1 y 2.
- RISOLÍA, M. A., “Colación y simulación. La extensión analógica de una presunción legal *juris et de jure*”, L.L. 1981-B-324.
- ROCA SASTRE, R. M., “Naturaleza jurídica de la legítima”, en *Estudios sobre sucesiones*, Madrid, Ed. Instituto de España, 1981, t. II,
- *Anotaciones a Kipp, T., Derecho de sucesiones*, tr. B. Pérez González y J. Alguer, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1976, t. V, col. I.
- RODRÍGUEZ AIMÉ, J., “Examen de la cláusula que designa abogado testamentario”, J.A. 1952-IV-255.
- SALAS, A. E., “La sucesión de la nuera”, J.A. 1968-IV-Secc. Doct.
- “De la indignidad para suceder por causa de muerte”, J.A. 1953-I-343.
- SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, M., *Acción oblicua*, Buenos Aires, Ed. J.A., 1945.
- SALOMÓN, M. J., “La Constitución Nacional y la legítima hereditaria”, J.A. 2001-IV-913.
- SALVAT, R., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2ª ed., actualizada por Acuña Anzorena, Buenos Aires, TEA, 1954, t. III.
- *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, 10ª ed., reactualizada por V. Romero del Prado, Buenos Aires, TEA, 1955, t. II.
  - *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, Buenos Aires, Ed. Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1927, t. I.
- SEGOVIA, L., *El Código Civil de la República Argentina, con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, Ed. Pablo E. Coni, 1881, ts. I y II.
- *El Código Civil argentino anotado*, Buenos Aires, Lajouane, 1894.
- SERICK, R., *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles El abuso del derecho por medio de la persona jurídica*, tr. J. Puig Brutau, Barcelona, Ariel, 1958.

- SOJO, L. A., "Las sociedades de familia y las disposiciones sobre la herencia", L.L. 151-4.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Derecho sucesorio*, versión de R. Abeliux, Santiago-Chile, Ed. Nascimento, 1961.
- SPOTA, A. G., *Sobre las reformas al Código Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1969.
- "Contratos entre el futuro causante y los legitimarios. Alcance del nuevo art. 3604 surgido de la reforma al Código Civil introducida por la ley 17.711", E.D. 94-125.
  - *Contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1975, vol. II.
  - "Donación disfrazada, acción de reducción y dispensa de colación", L.L. 1986-B-85.
  - *Tratado de derecho civil. Parte general. Prescripción y caducidad*, Buenos Aires, Depalma, 1959, t. I, vol. 3.8 (10).
- SUÁREZ FRANCO, R., *Derecho de sucesiones*, 4ª ed., Bogotá-Colombia, Temis, 2003.
- TRAVERSI, J. F., "La sociedad anónima de familia (Un puzzle para juristas)", E.D. 47-871.
- TRIGO REPRESAS, F., "La nulidad de los actos jurídicos y los terceros adquirentes de inmuebles", Z. 9, p. D-55.
- UGARTE, L. A., "Acción de colación: afinidades y diferencias con la reducción. Requisitos, sujetos, funcionamiento y prescripción", L.L. 1987-E-620.
- UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL PROYECTO DE 1993 (Sancionado por la Cámara de Diputados a consideración del Senado), Buenos Aires, Zavalía, 1994.
- VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama de derecho de sucesiones*, Madrid, Civitas, 1982, t. I.
- *Apuntes de derecho sucesorio*, Madrid, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos del Anuario de Derecho Civil, 1955.
- VIDAL TAQUINI, C. H., "Vocación sucesoria de la nuera", E.D. 75-805.
- "Colación y donación de gananciales", L.L. 1979-C-177.
- WILDE, Z., "Análisis del Proyecto de Código Civil de 1998", en *Temas de Derecho Privado XII*, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Ed. Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 2000.
- IX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL (Mar del Plata, 1983), Z. 33, p. D-57, Comisión N° 6, Porción legítima indisponible: extensión, fraude, protección.
- XIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL (Bs. As.-1991), en FAVIER DUBOIS, E. M. (h), y otros, *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993.
- XVII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL (Santa Fe, 1999), Comisión N° 6, J.A. 2000-I-1045, pto. 3.

YAÑEZ ÁLVAREZ, C. D., “Prueba por terceros en la simulación de los actos jurídicos”, J.A. 1970-8-499.

ZANNONI, *Derecho de las sucesiones*, 4<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, t. 1 y 2.

- “Renuncia a la legítima hereditaria y renuncia a pedir la colación de la mejora presumida por el art. 3604 del Código Civil”, L.L. 126-46.
- “La desestimación de la personalidad societaria ‘disregard’ y una aplicación en defensa de la intangibilidad de la legítima hereditaria”, L.L. 1978-B-195.
- “El fraude a la legítima hereditaria en las sociedades”, en Favier Dubois (h) y otros, *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993..
- “Temas de Derecho Privado”, en Revista del Notariado, N° 825, abril-junio 1991.
- “Eficacia de los fideicomisos ‘mortis causa’ en el derecho argentino (Ley 24.441)”, en *Nulidades*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 8, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995.
- “Nuera versus Fisco (Aspectos de la vocación limitada de la nuera como sucesora universal no heredera)”, L.L. 156-608.
- “Acción de colación y simulación de venta por persona interpuesta: algunos aspectos comunes”, L.L. 1975-D-228.
- “Acción de reducción ejercida entre herederos forzosos”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario - Sucesiones, año 2000-2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000.