

LEGÍTIMA

Dr. Luis Ovsejevich

Enciclopedia Jurídica OMEBA

Tomo XVIII - Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1964 - Páginas 42 a 132

ÍNDICE GENERAL

<i>Capítulo preliminar</i>	3
1. Generalidades	3
<i>Capítulo I: Antecedentes históricos</i>	4
2. Antecedentes históricos	4
3. Noción común a los derechos primitivos.....	4
4. Derecho hindú.....	7
5. Derecho babilónico	8
6. Derecho hebreo.....	9
7. Derecho griego.....	12
8. Derecho romano	14
9. Derecho germánico.....	19
10. Antiguo Derecho español	21
11. Derecho patrio.....	23
<i>Capítulo II: Noción general de la legítima</i>	24
12. Concepto.....	24
13. Fundamento	25
14. Ubicación sistemática. Fuente. Leyes complementarias.....	27
15. Naturaleza	27
16. Inviolabilidad de la legítima	32
17. Irrenunciabilidad de la Legítima futura.....	34
18. Porción disponible. Exclusión de mejoras.....	36
19. Legislación comparada.....	37
20. Proyectos de reforma.....	40
<i>Capítulo III: Legitimarios</i>	42
21. Terminología	42
22. Tratamiento de nuestro Código	43
23. Descendientes legítimos y adoptivos	43
24. Ascendientes legítimos.....	45
25. Cónyuge.....	45
26. Descendientes extramatrimoniales	46
27. Padres naturales.....	47
28. Concurrencia de legitimarios	48
29. Legislación completa	52
30. Proyecto de reforma	58
<i>Capítulo IV: Determinación de la legítima</i>	61
31. Modo de calcularla	61
32. Determinación de los bienes dejados al momento del fallecimiento	62
33. Dedución de las deudas	64
34. Cargas de la sucesión.....	65
35. Fijación del valor de los bienes	66
36. Donaciones	67
37. Valuación de las donaciones	70
38. Contratos celebrados entre el causante y los legitimarios	72
39. Legado da usufructo o renta vitalicia	78
40. Legislación comparada.....	83
41. Proyectos de reforma.....	85
<i>Capítulo V: Protección de la legítima</i>	87
42. Noción.....	87
43. Acción de complemento	87
44. Acción de reducción.....	88
45. Personas que gozan de la acción	88
46. Renuncia	91
47. Objeto de la acción de reducción	92
48. Efectos de la acción de reducción	95
49. Prescripción de la acción de reducción.....	103
50. Legislación comparada.....	104
51. Proyectos de reforma.....	105
<i>Jurisprudencia</i>	107
<i>Bibliografía</i>	107

CAPÍTULO PRELIMINAR

1. *Generalidades.* La evolución histórica de la humanidad, y por consiguiente la del Derecho, está siempre asignada por tres instituciones, concatenadas entre sí: familia, propiedad y sucesión.

De acuerdo a la función atribuida a cada uno de esos tres pilares, se solidifican los principios sobre los cuales se han fundado, fundan y fundarán los sistemas políticos, sociales, económicos y jurídicos de una sociedad dada en un momento dado.

En el presente estudio nos referiremos a un aspecto de la institución sucesión. Y en este caso más que nunca unida a las otras dos grandes instituciones: familia y propiedad.

Ese aspecto será el de la legítima. Pero antes de llegar al mismo, deberemos referirnos, aunque muy escuetamente, a la institución sucesión, como transmisión por causa de muerte, y a los dos grandes modos que la integran. Uno es el que se encuentra establecido en la ley, y es llamado transmisión abintestato o intestada; y otro el que depende de la voluntad expresa del propietario, en este caso causante, y que es llamada transmisión testamentaria.

Ambos métodos de transmisión de la sucesión mortis causa existen desde hace numerosos siglos, para ser más precisos desde el momento en que se conocen las primeras reglas jurídicas, aunque han diferido según los pueblos y épocas.

En términos muy generales podemos decir que la doctrina clásica ha considerado a la transmisión abintestato como un reflejo del testamento, como la voluntad presunta, del difunto. Concepto que hoy ha decaído, pues se la considera en pie de igualdad con la transmisión testamentaria, haciendo descansar su base en un deber, personal y social a la vez, del causante hacia sus parientes. Asignándose ella a falta de disposiciones testamentarias, sea por no haberlas otorgado el *de cuius* o por declararse nulo el testamento, sea por haber dispuesto sólo por una parte de los bienes, o por frustrarse la institución de herederos. O porque la ley la establece imperativamente respecto a determinados bienes y parientes.

La transmisión testamentaria, en cambio, se produce cuando el *de cuius*, por su voluntad exclusiva y expresa, dispone de sus bienes por un acto al cual se da el nombre de testamento.

Y esos dos modos podrían ser excluyentes si consideramos que la voluntad del causante predomina y que la transmisión abintestato es sólo una interpretación de la voluntad del causante. O si, por el contrario, pensáramos que la vinculación de parentesco prevalece en forma absoluta, suprimiendo la facultad de testar, salvo para el caso de no tener parientes en grado sucesible.

Pero la contradicción entre ambos modos de transmisión sucesoria se transforma en unión cuando un sistema jurídico adopta la institución de la legítima, que consiste en reconocer a ciertos parientes próximos del causante un derecho sobre determinada parte de los bienes a cubierto de sus disposiciones liberales. De esta forma se establece una relación estrecha entre ambos modos de transmisión, pues la legítima, que es una parte de la sucesión intestada, entra a jugar aunque el causante haya testado, y también para el supuesto de que si no lo hizo, sin embargo haya usado en vida de su derecho de disponer por donación.

Ahora bien, esa determinada parte de los bienes sobre la que recae el derecho llamado legítima difiere en las legislaciones, aunque ninguna llega a establecerlo sobre el total, porque de ese modo se contrariaría en su base a la institución. La fracción sobre la que no recae la legítima se llama porción disponible.

En cambio, las escasas legislaciones que niegan la legítima, como lógica consecuencia admiten el derecho de la libertad de testar por el total de los bienes.

CAPÍTULO I

Antecedentes históricos

2. *Necesidad de su estudio.* En el primer párrafo de este trabajo ya señalamos la importancia que reviste el estudio histórico del Derecho; mayor todavía lo es en nuestro caso para poder llegar al análisis complejo de la legítima.

Antes de pasar al examen de los diversos derechos, distinguiremos varios períodos, caracterizados cada uno por rasgos especiales. Pero en todos ellos no podremos estudiar la legítima, y por ende la sucesión, sin tener presente permanentemente las instituciones familia y propiedad.

Cuatro derechos antiguos e importantes en la historia del Derecho tuvieron su misma cantidad de eximios legisladores. Ellos son: el hindú a Manú, el babilónico a Hammurabi, el hebreo a Moisés y el griego a Solón.

Esas legislaciones, que forman el Derecho primitivo, marcarán la primera parte de nuestro estudio histórico, que se caracteriza por la mezcla de las reglas jurídicas con las religiosas, morales, filosóficas y sociales; y además por su oralidad, ya que los escasos textos escritos — Código de Manú, Código de Hammurabi, Antiguo Testamento— son oscuros por la razón antedicha, y en ellos el investigador debe realizar una tarea muy difícil para desentrañar principios jurídicos. Es en este período donde encontramos el germen de la legítima.

La segunda parte la integrará el Derecho romano, en la cual la disciplina jurídica asume, gracias a los grandes pensadores y jurisconsultos, una importancia y auge que nunca había alcanzado hasta ese momento. En esta fase la institución de la legítima adquiere todo su verdadero significado, y así llega a nuestros días.

Formará el tercer período el Derecho germánico, con sus instituciones particulares.

En cuarto lugar nos referiremos al antiguo Derecho español, por su influencia sobre nuestro Derecho.

Y finalmente trataremos escuetamente nuestro Derecho patrio.

3. *Noción común a los derechos primitivos.* Ya en este ciclo del Derecho hallamos el embrión de la legítima que luego el Derecho romano desarrollaría en forma tal, que tras veinte siglos continúa casi sin modificaciones, imperando en la mayoría de las naciones del orbe.

Pero el Derecho primitivo no concebía esa legítima como un derecho sucesorio *stricto sensu*, sino como un derecho personal y directo sobre los bienes a favor del heredero (de *heres*: propietario). Lo que recibía el heredero no era la propiedad del patrimonio del causante, sino la administración y el ejercicio de la calidad de propietario, que ya la tenía con anterioridad como titular del mismo derecho ⁽¹⁾.

Se era titular del derecho de propiedad, porque la heredad inmueble, que nace cuando los pueblos nómades se transforman en sedentarios, pertenecía en sus comienzos a un grupo de unidad consanguínea y religiosa a la vez. De ella eran dueños todos los integrantes del grupo, si bien la administración de la misma la ejercía uno solo, que era el patriarca o jefe del grupo.

Esa propiedad colectiva con el transcurso de los siglos se fue transformando, y llegó a convertirse en la propiedad privada del administrador, aunque no alcanzó a adquirir sobre ella

⁽¹⁾ Conforme con Guaglianone, Aquiles Horacio, en su tesis doctoral, laureada con el premio Eduardo Prayones, *Historia y Legislación de la Legítima*, Bs. As., 1940, admirable trabajo que hemos tenido muy en cuenta en la redacción de este capítulo, pág. 16. uno solo, que era el patriarca o jefe del grupo.

un dominio absoluto. De ese modo se planteó el problema de la libre disposición por testamento.

Y si en la primera época la especie de legítima que existía se basaba en la propiedad colectiva, debió al desaparecer ésta buscar algún otro fundamento, y uno de ellos lo encontró en la moral.

Esa evolución del Derecho primitivo juega paralelamente con el devenir histórico de tres elementos políticos y sucesivos: familia, ciudad e individuo. Originariamente la ciudad la componían las familias que tenían cada una su propio derecho, al cual se sometían sus miembros. Posteriormente la ciudad subordinó a la familia, y por último el individuo fue el que predominó.

Así ya hemos puesto en juego dos factores esenciales que configuran la legítima: la familia y la propiedad.

La familia de estos derechos era diferente a la actual, pues era mayor su complejidad y amplitud. La moderna la forman en general sólo los padres con sus hijos. En cambio, la antigua estaba formada por la agnación. En ella ingresaban constantemente extraños que, junto con los parientes de sangre, estaban sometidos a la autoridad del jefe del grupo. Del mismo modo, como ingresaban terceros a la familia, perdían la condición de pertenecer a la misma los parientes consanguíneos mujeres que se casaban con algún integrante de otro grupo, y también los que eran expulsados por el patriarca.

No se podía pertenecer a dos familias, invocar dos hogares. El hijo no tenía otra familia ni otra religión que la del padre. No se tenía una familia materna, pues la madre misma desde el día que realizaba los ritos sagrados del matrimonio renunciaba a su familia propia. Desde ese momento perdía todo lazo con la familia en que había nacido.

Uno de los factores que mayor importancia tuvo en la formación del grupo familiar fue la religión, el culto hacia los antepasados. Pero este carácter no fue exclusivo en la unión de los miembros de la familia, como lo sostiene Fustel de Coulanges ⁽²⁾, sino que hay que buscarlo también en otras causas. Ya que el culto a los antepasados implica un grado de desarrollo en la familia que sólo lo pudieron adquirir cuando se transformaron de pueblo nómada en sedentario.

La religión no ha originado la familia, sino que, por el contrario, es una consecuencia de ella, y como mayor razón debemos aceptar esta premisa si partimos de la base que para los pueblos primitivos la religión consistía en rendir culto a los antepasados y a ídolos. Podríamos exceptuar, y sólo en parte, de este principio general al pueblo hebreo, caracterizado por ser el único en la antigüedad que tenía una religión monoteísta.

Y ese factor no religioso que buscamos, y que ha actuado fundamentalmente en la formación de la familia, lo encontramos en la misma evolución de ésta, cuando decimos que ha precedido a la ciudad y que era en sí misma una especie de nación en la cual sus individuos se unían por la comunidad de origen, lengua, jefe, creencias, alimentos, etcétera. Volvemos a repetir que sólo cuando esas familias adquirieron el carácter de sedentarias, agradeciendo a la tierra el que les diera el fruto diario para su subsistencia., comenzaron a recordar y erial-tec.er al antepasado que los había dirigido.

Esta preponderancia del grupo familiar, *gens*, cede paso luego a la ciudad y posteriormente al Estado. El paso para llegar a esta situación se da con la unión entre diversas familias que en conjunto forman las patrias y tribus, hasta llegar a la ciudad.

En estos momentos la familia comienza a transformarse para, limitar su dominio sea al lazo agnático, sea al consanguíneo,

Pero en cualquiera de esos dos períodos notamos que en el seno de la familia se produce la indeterminación del individuo, pues todo pertenece al grupo y nada a sus integrantes. Los derechos y obligaciones al jefe de familia o patriarca, al fallecer, pasaban a su sucesor, sin solución de continuidad, en vista de que por ser esos derechos y obligaciones de la familia nunca morían.

En consecuencia, en ambas etapas el patriarca es un simple administrador de los bienes, aunque con amplios poderes para dictar las reglas que regían al *gens*.

⁽²⁾ Fustel de Coulanges, *A Cidade Antiga*, 8ª edición, 1054, Lisboa, pág. 55.

Todo ello implicaba que existiera una unidad, tanto de patrimonio como de culto y de sujeción a un mismo jefe, en una familia que la integraban no sólo los parientes unidos por consanguinidad, sino también los que entraban a ella aunque no tuvieran ningún lazo de sangre común con el patriarca, y ello era así porque el carácter sobre el cual se basaba la familia era político y religioso.

El paso de la familia a la ciudad no se hace por revoluciones violentas, sino gradualmente por las necesidades sociales que sienten los *gens* de relacionarse con otros. Y como el jefe de cada familia conserva su poder, el derecho que se establece para las relaciones entre ellos era una especie de Derecho internacional actual, pues según Sumner Maine, citado por Guaglianone ⁽³⁾, no llenaba más que los intersticios entre los grandes grupos, que eran las unidades sociales. Sólo alcanzaba a los jefes; para los otros integrantes del grupo regía el derecho de cada hogar. A pesar de esas uniones, los *gens* se mantuvieron inalterables.

En todo ello notamos la existencia de la propiedad colectiva, lejos todavía de la concepción de propiedad privada del individuo sobre los bienes con sus caracteres de perpetuo, exclusivo e individual, al que sólo se llegaría en el Derecho romano. Y era así porque no otro tipo de propiedad que la colectiva podía reconocer el tipo de familia que imperaba. Si el individuo no existía en sí, no era posible que se le reconocieran derechos absolutos sobre los bienes.

De esta existencia de la propiedad colectiva surge nuestra aserción de que el germen de la legítima que existía en la antigüedad era la asunción de una propiedad que el heredero la tenía con anterioridad a la muerte del difunto, y no un derecho hereditario.

La propiedad colectiva, o sea el dominio en común, existió en todos los Derechos primitivos; sólo una evolución posterior permitió que la voluntad soberana del individuo adquiriera un desarrollo.

Para conservar esa unidad es que los Derechos primarios proclamaron la primogenitura, institución que distinguimos del mayorazgo, pues ésta implica ventajas para al hijo mayor aun en vida del padre. En tanto que la primogenitura es sólo un derecho hereditario, y así en vida del padre no otorga ningún privilegio que no sea similar para los otros hijos.

Además se estableció la primogenitura por la rama masculina, ya que "la regla para el culto es que se transmita de varón en varón, y la regla para la herencia que siga el culto. La hija no es apta para continuar con la religión paterna, pues se casa, y al casarse renuncia al culto del padre para adoptar el del esposo; no posee, pues, ningún título a la herencia. Si un padre deja sus bienes a la hija, la propiedad se separaría del culto, lo que es inadmisibles. La hija, ni siquiera podría cumplir el primer deber del heredero, que es continuar la serie de las comidas fúnebres, puesto que es los antepasados de su marido a quienes ofrece los sacrificios. La religión le prohíbe, pues, heredar a su padre" ⁽⁴⁾.

Y establecida esa prevalencia de la línea directa descendente, en caso de faltar, se fijó el derecho de la línea colateral con exclusión de las hijas y de los ascendientes.

Mas la propiedad privada comienza a vislumbrarse una vez que los pueblos estuvieron asentados permanentemente sobre la tierra y cultivándola, con lo cual transformaron su carácter pastoril en agrícola, comenzando a repartir la tierra entre sus integrantes.

En este estado de la evolución de la humanidad es cuando se produce la usurpación por parte del patriarca de los bienes de la familia, dejando de ser administrador para ser el dueño de los mismos. Ahí se encuentra el origen de la propiedad individual. Y ante el deseo que siente de disponer libremente de los bienes se llega a la distinción entre los bienes propios, que eran los que provenían de la familia, de los bienes adquiridos que dimanaban de su trabajo e industria. Si en un principio se le permitió disponer de estos últimos en un grado pequeño, cada vez se fue ampliando, hasta que llegó un momento en que abandonándose por completo la concepción de la propiedad familiar, se asimilaron por entero los bienes propios a los adquiridos, otorgándose al propietario un derecho de disposición completo sobre ambas clases de bienes.

En esta altura de la historia del Derecho, es cuando se produce el nacimiento del testamento, que comenzando por ser una sencilla forma de adopción, llegó en Roma a ser todo el Derecho

⁽³⁾ Guaglianone, *op. cit.*, pág. 42. Sumner Maine expone su teoría en "L'anclen droit", París, 1877, pág. 158.

⁽⁴⁾ Fustel de Coulanges, *op. cit.*, pág. 103.

sucesorio, siendo su origen posterior a la ley de las XII Tablas del Derecho romano. Por eso ninguno de los Derechos antiguos prohibió el testamento, pues sencillamente no lo conocían.

Pero aun cuando se haya llegado a la propiedad privada, ello no implicó borrar todo lo que había sido la propiedad colectiva, que siguió coexistiendo en todo lo referente a sus principios familiares.

4. *Derecho hindú*. Sobre la misma base que todos los Derechos primitivos se sustentó el hindú. El grupo familiar implicaba unidad de patrimonio, de culto y de sujeción a un jefe.

Los principios de este Derecho se encuentran en el admirable cuerpo de normas *Manava-Dharma-Castra*, más conocido por Código o Leyes de Manú.

Fundaba la familia, al igual que sus contemporáneos, en el principio absoluto de la agnación, y de ello da cuenta el hecho de que el jefe del grupo debía ofrecer dos veces por mes la comida fúnebre. Presentaba una torta a los Manes de su padre, otra a su abuelo paterno, una tercera a su bisabuelo paterno, y nunca lo hacía por ascendientes de la rama materna.

En el Código de Manú se hacía especial referencia a la impersonalidad del jefe del grupo y se proclamaba enfáticamente el derecho de la primogenitura, aunque siempre por la rama masculina.

En diversos párrafos del Libro IX encontramos la ratificación de ese principio: "Un marido, fecundando el seno de su mujer, renace allí bajo la forma de un muévedo y la esposa es llamada Djada, porque el marido nace en ella por segunda vez" (párrafo 8). "En el momento del nacimiento del mayor, aun antes de que el niño haya recibido los sacramentos, un hombre es padre y paga su deuda para con sus antepasados; el hijo mayor debe, pues, recibir todo" (párrafo 106). "El hijo por cuyo nacimiento un hombre paga su deuda y adquiere la inmortalidad, ha sido engendrado para el cumplimiento del deber; los sabios consideran a los otros como nacidos del amor" (párrafo 107). "Que el primogénito, cuando no se hace partición de la fortuna, sienta por sus hermanos menores el amor de un padre por sus hijos, y que éstos a su vez le respeten como a un padre" (párrafo 108). "El mayor hace prosperar la familia o la destruye, según sea virtuoso o perverso; el mayor es el más respetable en este mundo; al mayor no lo tratan con desprecio las gentes de bien" (párrafo 109).

Sobre la proporción en que heredaban los hijos a la muerte de los padres, tenemos que imbuido por la función asignada a la propiedad familiar, en el párrafo 105 del Libro IX se establecía: "El hermano mayor cuando es eminentemente virtuoso, puede tomar posesión del patrimonio en su totalidad, y los otros hermanos deben vivir bajo su tutela como si vivieran bajo la de su padre". Pero en otros párrafos se regulaba la situación para cuando se repartiesen los bienes, estableciéndose que sólo los varones heredaban, aunque no en proporciones iguales. Así la cuota del primogénito era además de una parte igual a la de los demás herederos, de una reserva legal igual al vigésimo; la del que le seguía en edad del cuadragésimo, así sucesivamente.

Las hijas no heredaban, mas si eran solteras tenían derecho a una parte de los bienes que heredaban sus hermanos, y así como dote se les entregaba una cuarta parte de lo que obtuvieron en la sucesión. En cambio si eran casadas, en virtud del parentesco por agnación, dejaban de pertenecer a la familia del difunto, con su consecuencia de no tener acceso a dicho patrimonio.

Para el supuesto de que el difunto no tuviere hijos varones, se estableció que heredaría su hermano siempre que fuere consanguíneo, en su defecto el hijo del hermano, ya que siempre se conservaba el principio de que heredaban los varones y sus descendientes. Pero simultáneamente el Código de Manú reglamentó la condición de la hija heredera, en el caso que no se tuviere hijos varones. De este modo se dispuso que "el que no tiene hijo varón puede, del modo siguiente, encargar a su hija que le crie un hijo diciéndole: que el hijo varón que ella dé a luz se vuelva mío y celebre en honor mío la ceremonia fúnebre" (párrafo 127). "El hijo de una moza dado a luz para el objeto más arriba mencionado, heredará toda la fortuna del padre de su madre que murió sin tener hijo varón" (párrafo 132). "Que el hijo de una hija casada con la intención antedicha, tome toda la fortuna de su abuelo materno muerto sin tener hijo varón y que ofrende dos pasteles fúnebres, el uno a su propio padre, el otro a su abuelo materno" (párrafo 133). "En este mundo no hay diferencia alguna entre el hijo de un hijo y el de una hija encargada de la misión mencionada; el hijo de una hija, libra en el otro mundo a su abuelo tan bien como el hijo de un hijo" (párrafo 139). "No son los hermanos ni el padre y la madre sino los

hijos legítimos y sus hijos o a falta de ellos los otros hijos quienes deben heredar de un padre; que la fortuna de un hombre que no deja hijos, hija, ni viuda, vuelva a su padre y a sus hermanos, a falta de padre y madre" (párrafo 135).

La cónyuge no heredaba; ella contaba con su peculio propio, y con lo que había obtenido por donación del cónyuge premuerto o de parientes consanguíneos. Sobre sus bienes la heredaban las hijas solteras (párrafo 131) respecto a los recibidos en la época de su matrimonio. En cambio heredaban todos sus hijos varones e hijas no casadas sobre los obsequios que había recibido después de su matrimonio, tanto de la familia de su marido como de la propia (párrafo 195). Así existían dentro de la familia dos patrimonios: el del padre y el de la madre.

Con el fin de conservar la perpetuidad de la familia, encontramos en el Derecho hindú la institución del "levirato", también admitida por la ley hebrea, que consistía en la obligación para el hermano del difunto que no dejaba descendientes de desposar a la viuda, considerándose al hijo que naciere de esta unión como descendiente del primer marido. Así en el mismo libro IX los párrafos 59 a 64 establecen: "Cuando no se tienen hijos, la progenitura deseada puede obtenerse con la unión de la esposa convenientemente autorizada, con un hermano u otro pariente. Que, untado de mantequilla líquida, y guardando silencio, el pariente encargado de esta misión, acercándose durante la noche a una viuda o a una mujer privada de hijos, engendra un solo hijo, nunca un segundo. Algunos de los que conocen a fondo esta cuestión, fundándose en que puede no lograrse perfectamente el objeto de tal disposición con el nacimiento de un solo hijo, son de opinión que las mujeres pueden legalmente engendrar de este modo un segundo. Que, una vez obtenido el objeto de esta comisión, según la ley, las dos personas, el hermano y la cuñada, se traten entre sí como un padre y una nuera. Pero un hermano, ya sea el mayor, ya el menor, que encargado de cumplir con este deber, no observe la regla prescripta, y no piensa sino en satisfacer sus deseos, será degradado en los dos casos: si es el mayor, por haber manchado el lecho de su nuera; si es el menor, el de su padre espiritual. Una viuda o una mujer privada de hijos, no debe ser autorizada por los Dwidjas a concebir valiéndose de otra persona, pues los que le permiten concebir así, violan la ley primitiva". De la lectura de estos párrafos se puede admitir que esta obligación no solo se impone en caso de muerte del marido, sino aun en vida de este.

Se establecían causales *ex lege* de desheredación, en las cuales caducaban los derechos del heredero. No se admitía que el causante dispusiera la desheredación. Los casos legales ocurrían cuando: "El hijo mayor o el menor de varios hermanos abrazaba la vida de devoto ascético, en cuyo caso entran en su lugar su mujer e hijos, o el padre y la madre, y en su defecto, los otros hermanos" (párrafos 211 y 212); "Un hermano mayor que por avaricia perjudica a sus hermanos menores, esta privado del honor ligado a la primogenitura, así como de su propia parte, y debe ser castigado por el rey con una multa" (párrafo 213); y "Todos los hermanos que se dan a algún vicio, pierden sus derechos a la herencia, y el mayor no debe apropiarse toda la fortuna, sin dar nada a sus hermanos menores" (párrafo 214).

Así al no admitirse la libertad de testar, no se conocía el testamento y por eso no se lo prohibía.

Al terminar el estudio del Derecho hindú, es digno de destacar que en él, toda la materia de las sucesiones estaba profundamente impregnada por la vida. Pues según la casta a que se pertenecía, se hacía una diferente distribución de los bienes, lo cual marcaba una gran desigualdad.

5. *Derecho babilónico*. Si bien en este derecho también nos encontramos con el principio de la propiedad familiar o colectiva, veremos que él mismo se hallaba bastante limitado.

Y es en el Código de Hammurabi, magnífico cuerpo de leyes, sancionado alrededor de veinte siglos antes de Cristo; donde encontramos las reglas jurídicas atinentes a nuestro estudio.

En este Derecho descubrimos ya el embrión de la propiedad privada, al gozar el jefe de familia del derecho de disponer en vida en forma gratuita y definitiva a favor de un tercero extraño, de una parte de su patrimonio.

Con anterioridad a Hammurabi esa disposición se realizaba, redactando un acto auténtico ante testigos. Incluso se podía desheredar completamente a los hijos.

Al sancionarse el Código, se reformó parcialmente ese poder de desheredación, pues se obligó a realizarlo ante el juez, y así surge de los párrafos 168 y 169: " Si un hombre se ha propuesto rechazar a su hijo y dice al juez: «Yo rechazo a mi hijo», el juez examinará el fondo de

su pensamiento, y si al hijo no puede imputársele un delito grave que lleve consigo el que sea privado de la filiación, el padre no puede arrancarle la filiación. Si puede imputársele un delito grave contra su padre, que lleve consigo esa privación, por una vez, éste volverá la cara; si puede por segunda vez, imputársele un delito grave, el padre puede arrancar la filiación a su hijo".

Pero estas reglas deben entenderse como excepción a la general, que era como en los derechos de sus contemporáneos, la propiedad colectiva.

De ello dan prueba los párrafos 35 a 40: "Si un hombre compra de manos del oficial bueyes o carneros que el rey ha dado al oficial, pierde su dinero". "Campo, jardín, casa de un oficial, hombre de armas o infeudado tributario, no pueden ser vendidos". "Si un hombre ha comprado el campo, el jardín o la casa de un oficial, hombre de armas o infeudado tributario, será rota su tableta y perderá su dinero; el campo, el jardín, la casa, volverán a su propietario". "El oficial, hombre de armas o infeudado tributario, no puede transmitir nada por escrito a su mujer o a su hija, del campo, jardín o casa de su gestión, ni dar para una deuda". "Del campo, jardín o casa que ha comprado y que posee, puede transmitir por escrito a su mujer o a su hija, y dar para una deuda". "Para (la garantía) de un negociante o una obligación extranjera, puede vender sus propios campo, jardín y casa; el comprador puede explotar el campo, jardín y casa que ha comprado".

En esta transcripción, observamos que se distinguen dos clases de bienes, los concedidos por el rey a título de remuneración por servicios prestados, llamados *ilku*, a los cuales se refieren los párrafos 35 a 38, prohibiendo en forma absoluta cualquier clase de disposición. Y los bienes propios a los que se dirigen los párrafos 39 y 40, respecto a los cuales trata de limitar su transmisión, estableciendo en todo caso un derecho preferencial a favor de la familia para su compra.

Digno de destacar en el Derecho babilónico es la igualdad de los derechos hereditarios para todos los sucesores de una sola línea aunque se permitía alterarla. Ello surge del párrafo 171, por el cual se autorizaba al padre a ceder en vida, a cualquiera de sus hijos una parte de su patrimonio. Estos bienes cedidos eran la única herencia del hijo, pues el resto pasaba a poder de los demás herederos.

En la sucesión se llamaba en primer lugar a los hijos varones, en defecto de éstos a la hija, y a falta de ella a los colaterales, más exactamente a los hermanos, sin perjuicio del derecho de representación otorgado a los sobrinos para concurrir con sus tíos.

No se distinguía entre hijos legítimos, naturales y adoptivos. Y para estos últimos en el párrafo 191 se establecía: "Si un hombre que ha tomado un niño en adopción y le ha educado funda una familia y después tiene hijos, y si se decide a rechazar al adoptado, este niño no irá por su camino; el padre que le ha educado le dará un tercio de parte de hijo en sus bienes muebles, y entonces él se irá. Del campo, jardín y casa, no le dará nada".

6. *Derecho hebreo*. Indudablemente este Derecho fue el más avanzado de su época, y ello se debió a su creencia monoteísta, lo cual lo llevó a una mayor justicia en todas las soluciones que adoptaba. A pesar de que no llegaron a concebir el Derecho como lo hicieron los romanos siglos después, tienen el privilegio de haber sido el primer pueblo que hizo de la justicia su principal meta.

Para su análisis contamos con ese portento que es el *Antiguo Testamento*, obra cumbre de la mentalidad humana, por su contemplación de todos los aspectos de la vida. Mas al estudiar el mismo debemos tener siempre presente el comentario y complemento del mismo representado por el Talmud, recopilación en forma escrita de la ley oral, el cual ha permitido que este Derecho no se circunscribiera exclusivamente al período primitivo, sino que llegará a representar un Derecho en constante evolución y permanentemente contemporáneo. Así esta legislación ha conseguido sobrevivir pese a todos los embates que ha sufrido.

En el *Antiguo Testamento* se distinguen tres partes fundamentales: 1) La ley o Pentateuco (*Torá*) que comprende cinco libros: Génesis, Éxodo, Levítico, Números y Deuteronomio. 2) Los Profetas (*Neviim*) que a su vez se subdivide en Profetas primeros o mayores, y profetas posteriores. 3) Los Hagiógrafos (*Ketuvim*). Este cuerpo de normas, conocido por ley de Moisés, fue posterior a la ley oral, y aunque en él se trató de amoldar todas las situaciones, no se llegó a satisfacer la complejidad de las necesidades de la práctica sea por insuficiencia sea por

obscuridad de los textos. Debido a ello continuó la tradición oral que era tan respetada como la ley escrita, y que confirmaba o controvertía a ésta.

No se sintió la necesidad de reunir esa nueva ley oral en un libro, mientras el pueblo judío estuvo en su tierra y alrededor del templo. No ocurrió lo mismo cuando fueron atacados, destruido el templo y dispersados de su tierra: entonces sí experimentaron el requerimiento de compilar esa ley oral en un libro, surgiendo así la *Mischná*, colección de fallos, doctrinas e interpretaciones sobre la base de la Biblia, que a su vez recibió un nuevo comentario en la *Guermará*. Esas dos colecciones en conjunto, recibieron el nombre de Talmud, el cual le ha dado al Derecho hebreo una vivencia que lo mantiene inalterable al transcurso de los siglos.

Con esta explicación previa, que tiene su gran importancia, podemos ya referimos específicamente a las disposiciones de la ley hebrea.

Teniendo en cuenta que la misma se ha ajustado siempre al medio político y geográfico en que se desarrolló, distinguiremos cuatro grandes períodos: un primero que comprende al pueblo pastoril, y del cual en la Biblia sólo encontramos disposiciones aisladas; un segundo que abarca la transformación del pueblo en agrícola, comprendiendo el período anterior a Moisés; un tercero que contiene la legislación dada por Moisés; y un cuarto en que entra a jugar el Talmud, debido a la expulsión del pueblo de su tierra. Cada uno de ellos tiene sus rasgos típicos.

El pueblo hebreo en sus orígenes remotos debido a las mutaciones que sufría en el espacio, asumió un carácter pastoril, y como consecuencia aceptó que el padre podía disponer libremente de sus bienes en la forma que creyese más conveniente. De ello se da Prueba cuando Sara, temiendo que su esposo dividiera sus bienes entre Isaac e Ismael, le aconseja a Abraham que expulse de su casa a Agar y a su hijo Ismael (Génesis, capítulo 21, versículo 10). De ese modo Isaac heredó a. su padre en todos sus bienes (Génesis, cap. 23, vers. 5). Pero Abraham dispuso también algunos dones para los hijos que tuvo de sus concubinas (Génesis, cap. 25, vers. 6). También se ve confirmada esta tesis cuando Jacob da a José, uno de sus hijos, una parte mayor que la que le corresponde a sus otros herederos (Génesis, cap. 48, vers. 22).

Pero aún en esta primera época ya se conocía una especie de derecho de primogenitura, común a los derechos de esa época. Lo confirma el versículo en el cual se relata la venta que hace Esaú de su derecho de primogenitura en favor de su hermano Jacob (Génesis, cap. 25, vers. 29 a 33). Igualmente lo percibimos cuando Jacob resuelve que pierda ese derecho Rubén (Génesis, cap. 49, vers. 3 y 4).

Mas una vez que el pueblo judío se asentó en sus lares, transformándose en agrícola, admitió la propiedad colectiva, y como su lógica consecuencia restringió esa ilimitada libertad, estableciendo un régimen complejo, que en gran parte sirvió de base a Moisés. El concepto de familia siguió asentado sobre la agnación, y el derecho de primogenitura fue similar al de los derechos primitivos, con todos los privilegios que se otorgaba al hijo mayor.

Así cuando Moisés dictó la ley, pese a hacerlo durante el éxodo de los judíos de Egipto, la creó para el pueblo que estaría ya asentado en su patria.

El concepto de familia que estaba fundado sobre la agnación, comenzó a modificarlo, y significó el paso intermedio hasta el Talmud, la ley rabínica, que implantó el principio de la cognación. Otorgó preferencia a la línea masculina, porque se tenía presente el fin de conservar el patrimonio dentro de la familia.

El pasaje siguiente que transcribimos confirma ese aserto: "Vinieron las hijas de Zelofehad... y se presentaron delante de Moisés y delante del sacerdote Eleazar y delante de los príncipes y de toda la congregación, a la puerta del tabernáculo de reunión y dijeron: Nuestro padre murió en el desierto... y no tuvo hijos. ¿Por qué será quitado el nombre de nuestro padre de entre su familia, por no haber tenido hijo? Danos heredad entre los hermanos de nuestro padre. Y Moisés llevó su causa delante de Jehová. Y Jehová respondió a Moisés, diciendo: Bien dicen las hijas de Zelofehad les darás la posesión de una heredad entre los hermanos de su padre y traspasarán la heredad de su padre a ellas. Y a los hijos de Israel hablarás, diciendo: Cuando alguno muriese sin hijos, traspasaréis su herencia a su hija. Si no tuviere hija, daréis su herencia a sus hermanos, y si no tuviere hermanos, daréis su herencia a los hermanos de su padre. Y si su padre no tuviere hermanos, daréis su herencia a su pariente más cercano de su linaje, y de éste será; y para los hijos de Israel esto será por estatuto de derecho, como Jehová mandó a Moisés" (Números, cap. 27, vers. 1 a 11).

La trascendental importancia de este texto, estriba en que establece el orden sucesorio, que no existía hasta ese momento, disponiendo que la vocación sucesoria la tienen los hijos varones a título exclusivo. Si no los hay la herencia se atribuye a las hijas, si tampoco existen éstas, heredan los hermanos del difunto, y a falta de éstos los tíos paternos. Y si no quedara ninguno, heredaban los parientes más cercanos de su linaje.

Asimismo se estableció una especie de Derecho de representación, pues la vocación que pertenecía a los hijos varones, pasaba a todos sus descendientes excluyendo a los demás parientes que no tenían derecho a la herencia sino en defecto del primero.

Cuando existían descendientes varones, las mujeres eran excluidas y sólo gozaban del derecho de ser alimentadas de los bienes. Al tiempo de casarse se les entregaba ordinariamente la décima de la herencia de su padre.

Igualmente en este período, a la vez que se establece claramente el derecho de primogenitura, al presentarse a los primogénitos como hijos de Dios y consagrados a él (Éxodo, cap. 13, vers. 2; cap. 3, vers. 13), se lo limita en su carácter absoluto. Lo demuestran los versículos 15 a 17 del capítulo 21 del Deuteronomio: "Si un hombre tuviere dos mujeres, la una amada y la otra aborrecida, y la amada y la aborrecida le hubieren dado hijos, y el hijo primogénito fuere de la aborrecida; en el día que hiciere heredar a sus hijos lo que tuviere, no podrá dar el derecho de primogenitura al hijo de la amada con preferencia al hijo de la aborrecida, que es el primogénito; más al hijo de la aborrecida reconocerá como primogénito, para darle el doble de lo que correspondiere a cada uno de los demás; porque él es el principio de su vigor, y suyo es el derecho de la primogenitura".

Notamos con ello, que paulatinamente Moisés llevó el derecho de primogenitura, a ser simplemente un privilegio de heredar el doble en la sucesión del padre, y sólo con respecto a aquellos bienes que existían al momento del fallecimiento. Y ni siquiera esa ventaja de heredar el doble se le otorgaba respecto a los bienes de la madre. Para el supuesto de que sólo existieren descendientes mujeres, no se hacía ninguna distinción entre ellas, como lo demuestra el pasaje de las hijas de Zelofehad (Números, cap. 27, vers. 1 a 11).

En esa misma disposición se establecía la vocación de la línea directa descendente, y en su defecto de la línea colateral. Aparentemente se estaría excluyendo la línea directa ascendente, pero ello no es así, pues no se podría aceptar que, no ya un hermano sino un tío, herede antes que el padre. La omisión se pudo deber a dos causas, o a que se consideró innecesario establecerlo, o a que se pensó que no era una situación muy común, la de que sobreviva el padre al hijo. Nos inclinamos por la primera. En cualquier forma la ley talmúdica salvó la omisión. De esta forma consideramos que los colaterales recién tenían vocación sucesoria, a falta de ascendientes.

Advertimos también la falta de mención del cónyuge. A tal efecto hay que distinguir entre el hombre y la mujer. Al primero se le reconoció el derecho de suceder a su mujer en forma exclusiva, en base a la interpretación de un texto de la Biblia (Números, cap. 36, vers. 1 y sigs.), con el objeto de que los bienes quedaran en la misma tribu. Este texto es también una palpable demostración de la teoría de la propiedad familiar que expusimos al tratar la noción común a los derechos primitivos. En cambio a la mujer sólo se le concedió ese derecho, tiempo después, gracias a la elaboración de los talmudistas sobre la base del mismo texto que sirvió para otorgarlo al hombre.

Con el objeto de conservar la perpetuidad de la familia, encontramos en el Derecho hebreo, al igual que en el hindú, una especie de matrimonio forzoso conocido por el nombre de "levirato". Consistía en el deber moral que tenía un hermano de casarse con la viuda de otro hermano, fallecido sin dejar sucesión. El primogénito de esta unión era considerado hijo del primer matrimonio, y llevaba el nombre del difunto, sucediéndolo en todos los bienes y títulos (Deuteronomio, cap. 25, vers. 5 a 16). El no cumplimiento de este deber implicaba la deshonra pública. El fundamento de esta institución es una nueva confirmación de la característica común a todos los Derechos antiguos, la de la propiedad colectiva, y en esta forma ficticia se mantenía la sempiternidad de la familia. Con anterioridad a Moisés ya era conocida esta Institución, y así lo prueba el hecho de que cuando Er fallece, su padre Juda obliga a su hijo Onán a contraer nupcia con Tamar, la nuera viuda (Génesis, cap. 38, vers. 6, 8 y 9).

Respecto a los bienes inmuebles, además de su indisponibilidad *mortis causa*, el Derecho hebreo creó una institución única en la historia del Derecho, que confirma completamente su

carácter de propiedad familiar, ella era la del "jubileo". Configuraba que las ventas practicadas no tenían el carácter irrevocable, y sólo constituían cesiones del goce y usufructo de la cosa vendida, cuya resolución rígidamente se hallaba sometida al año del Jubileo, que ocurría cada cincuenta años, estableciéndose: "Y santificaréis el año cincuenta, y pregonarás la libertad en la tierra a todos sus moradores; ese año os será de jubileo, y volveréis cada uno a vuestra posesión, y cada cual a su familia..." (Levítico, cap. 25, vers. 10).

Surge de todas estas disposiciones la imposibilidad que tenía el difunto de disponer de sus bienes por acto de última voluntad. No podía desheredar a sus hijos ni acordarles por testamento a uno de ellos los derechos que la ley daba a otros. Así no podía acordar a cualquiera de sus hijos que no fuere el primero el doble de lo que le correspondía a los demás (Deuteronomio, cap. 21, vers. 16 y 17).

Pero si bien existía imposibilidad de transmitir *mortis causa*, no ocurría lo mismo con la facultad de donar, por cuyo medio se podía eludir la ley; y para limitar esta facultad se estableció que no valían las que se hicieren por causa de muerte, si comprendían la totalidad de los bienes.

El último período –de los cuatro en que lo dividimos– del Derecho hebreo comienza con la expulsión del pueblo judío de su tierra y cuando siente la necesidad de reunir en un libro la ley oral que se iba formando sobre el *Antiguo Testamento*. En consecuencia los rabinos se vieron obligados a interpretar reformando la ley de Moisés, y no teniendo motivo ya la inmovilización de la propiedad, suprimieron el Jubileo, autorizando a disponer ampliamente de los bienes para después de muerto. Admitieron de esta forma la libertad de testar.

También en esta época fue cuando se reconoció a la mujer derecho hereditario en la sucesión de su marido; y se estableció el derecho de la hermana a integrar el orden sucesorio, lo cual no se encontraba establecido en la ley bíblica.

Los talmudistas consagraron en el grupo familiar, el vínculo de la cognación.

7. *Derecho griego*. Completaremos el estudio de los Derechos primitivos, con el griego. Aunque no nos ha legado un cuerpo de leyes como sus contemporáneos, tuvo su gran legislador en Solón.

El Derecho griego no escapó a la característica común a los de su época, es decir el predominio de la propiedad colectiva o familiar.

El grupo estaba administrado por un jefe impersonal, el cual con el transcurso de los años fue usurpando el poder, logrando que la propiedad colectiva se transformara en privada.

La familia atendía exclusivamente al parentesco por agnación.

Primitivamente no se hacía ninguna distinción entre los bienes que se heredaban del antepasado, y los que eran fruto del propio trabajo. Se hacía primar a los primeros, para conservar el todo, en el momento en que debía realizarse la transmisión.

Posteriormente se admitió la disposición sobre los bienes propios, y con el decurso del tiempo se asimiló por completo a los bienes propios, los adquiridos. Es en este momento cuando nace testamento, aunque no con los caracteres del romano, pues si en éste se permitía la institución de heredero, aquel consistía en una donación por causa de muerte, porque el verdadero sucesor siempre fue el heredero legítimo y sólo éste.

Al arribar a este estado de la evolución del Derecho griego surge la legislación soloniana, que no admite en forma absoluta la libertad de testar. Sólo 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 los testamentos, Solón marcó una etapa fundamental en el Derecho ático, al establecer que se podía disponer por testamento, excluyéndolo sólo en los casos en que se tuviera hijos varones, o que el testador hubiese obrado impulsado de enfermedad, maleficio, prisiones, violencia o seducido por mujer. Tuvo más en cuenta la amistad que el parentesco y aceptó la propiedad de los bienes, para el que los tenía.

Con ella se afianzó la propiedad en poder de una sola persona, arribándose con esa reforma a un momento crucial en la evolución del Derecho griego, pues se dejaba de lado al grupo familiar, excepto en lo referente a la descendencia masculina, para consagrar el predominio del individuo y de su libre albedrío.

El Derecho ático no se contentó con aceptar la libre disposición, con las limitaciones establecidas por Solón, sino que eliminó estas últimas, admitiéndose la más absoluta libertad de testar. Diversas tesis se han expuesto sobre esa derogación, unos creen que se debe a la obra jurisprudencial, otros a textos que aún no se conocen, o a la Dictadura de los Treinta,

De cualquier modo esa evolución hizo caer en desuso las limitaciones de Solón y así se pudo favorecer por testamento, respetando la cuota disponible o los principios de la *apokeryxis* (especie de desheredación), a personas extrañas.

Ya en la época de los grandes filósofos se había consumado la usurpación absoluta del patriarca, encontrándose en una época individualista. Y dados sus efectos perjudiciales, al proyectar Platón la ley sobre las sucesiones en su obra Las Leyes, se manifestó contrario a esa libertad, estableciendo régimen complejo, bastante semejante a la sucesión legitimaria ⁽⁵⁾.

Las disposiciones del Derecho griego que estamos estudiando se refieren a Atenas. Pues respecto a Esparta, es necesario hacerlo en un párrafo especial. Así tenemos que la legislación dada por Licurgo, conservó los conceptos de la familia y de la propiedad colectiva, prohibiendo al jefe del grupo comprar o vender una porción de terreno, como donarla en vida o legarla para después de muerto. Conservaba la primogenitura, ya que el hijo mayor heredaba la administración de los bienes paternos. Luego de varias décadas y siendo éforo Epítades, el Derecho espartano experimentó una evolución similar al ático, admitiendo la libre disposición, sea por donación entre vivos, sea por testamento.

Volviendo al Derecho común griego, encontramos en él también trazos de la institución de la "leviración" en forma similar a la de los Derechos hindú y hebreo. Durante el arcontado de Solón se sancionó una ley que facultaba a las herederas a cohabitar con otra persona que su marido si éste fuera impotente, pero debiendo ese tercero ser pariente del esposo, a fin de que los hijos de esa unión extraconyugal fueran, al menos, de la sangre del marido. Perseguían con ella que se conservara la perpetuidad de la familia al circunscribir a los componentes de la misma familia ese derecho-obligación.

Respecto al orden sucesorio, el Derecho más antiguo establecía que el primogénito fuera el heredero. Solón se apartó del mismo disponiendo que los hijos se repartirían el patrimonio. No otorgaba derecho a las hijas. En defecto de los hijos varones heredaban los hermanos consanguíneos y a falta de éstos los hijos del hermano. Se limitó la sucesión a los varones.

Para salvar el caso en que sólo se tuviere una hija, y faltare todo heredero varón, el antiguo derecho griego, reglamentó, en forma similar al derecho hindú, el *epiklerato*, sin que Solón lo modificara. Por esa institución, la hija transmitía a su hijo varón el culto y los bienes de su padre fallecido sin tener descendencia masculina.

Este Derecho estableció diversas formas de perder el derecho hereditario. Así el padre tenía la facultad de excluir a su hijo de la familia, a modo de sanción familiar, abdicando el poder que sobre él tenía, era una desheredación conocida por el nombre de *apokeryxis*. Ese acto debía realizarse con cierta solemnidad y con la intervención de la familia. Más ese poder de abdicar o

⁽⁵⁾ Platón, *Las Leyes*. Edición: Obras Completas, tomo X, pág. 219: "Todo hombre, establece, que dispone 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 aún 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 esté 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 hijo varones, y sí sólo hijas, escogerá algún joven para esposo de aquella 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 que haya llegado a la edad viril, expresará esta circunstancia en su testamento y designará a quien 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 estaba extinguida, y entrarán en posesión de la herencia..."

repudiar a los hijos no se acordaba a todos los padres, ni respecto a todos los hijos, siendo limitada la cantidad de veces que se podía utilizarlo y las causas de ella. A la vez se otorgaba a los hijos el medio para impedir esa injusticia.

Además de esa sanción familiar, existía una sanción política *atimia* que privaba del ejercicio en todo o parte de los derechos concernientes a la calidad de ciudadano. Si lo era totalmente, era considerado como un extranjero, y sus bienes confiscados, perdiendo la calidad de heredero.

También se perdía el derecho de heredar en la familia natural, en el caso de la "adopción", a la vez que se adquiría ese derecho en la familia adoptiva.

Terminando con este Derecho, diremos que la legislación soloniana, delegó un amplio grado de apreciación a los tribunales para la dilucidación de los casos particulares. Así sobre la porción legítima y su contrapartida la disponible, establecieron la facultad dispositiva de los individuos en base a sus fortunas, el número de hijos, la cantidad y calidad de los legados, etcétera.

8. *Derecho romano*. Hemos visto ya, que en los orígenes del Derecho predominó el concepto de la propiedad colectiva, y que sólo a través de una lenta evolución se fue admitiendo la propiedad privada.

Mas al estudiar el Derecho romano, pináculo de un pensamiento dotado para la creación jurídica, que extiende su ciencia hasta nuestros días, y tomar su primer cuerpo homogéneo de leyes, es decir la ley de las XII Tablas (año 451 antes de Cristo), nos encontramos que sostiene los principios de la propiedad individual en sus extremos mayores, caracterizándolo 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).

Cabe preguntarse entonces, ¿es que el Derecho romano evolucionó en forma extremadamente más rápida que sus contemporáneos, o es que adoptó un sistema completamente diferente de los otros Derechos de su época?

Indudablemente que el Derecho romano no pudo apartarse del ciclo común de evolución de los otros Derechos, lo que ocurrió es que lo hizo en forma más ligera que ellos.

Lo demuestra el estudio histórico anterior a la legislación de las XII Tablas. Así se dispone de textos que comprueban que en el siglo X antes de Cristo, en las adyacencias de lo que sería con el tiempo Roma, existían grupos de personas sujetos a la autoridad de un jefe, formando una familia. Ese patriarca debía conservar los bienes dentro del grupo, prohibiéndose su enajenación por considerárselo una copropiedad. Las familias formaban las *gens*, las que a su vez constituían las curias, éstas las tribus, y luego el pueblo ⁽⁶⁾.

Cuando, según la leyenda, Rómulo y Remo fundaron Roma, el grupo que prevalecía era la *gens*. Y es en tal momento, que al asentarse en la ciudad, el pueblo deja de ser nómada para transformarse en agrícola, con la consecuencia de comenzar la evolución hacia la desintegración del grupo y el surgimiento de la propiedad individual, al usurpar el *paterfamilias* el poder dentro de la familia.

Habiendo ya adquirido un desarrollo considerable la propiedad individual, es cuando surge la Ley de las XII Tablas, que termina por consagrarla expresamente.

Mas ella no podía romper repentina y completamente con el régimen que se había aplicado a través de los siglos, y ello está ratificado por una disposición que establecía: *Si intestato moritur cui suus heres nec escit adgnatus proximus familiam habeto, si adgnatus nec escit gentiles familiam habento* (si se moría intestado sin tener herederos *sui*, adquirirían los bienes los agnados, y si tampoco había agnados, los gentiles). O sea que se seguía admitiendo la devolución sucesoria a favor de la *gens*, como lo había sido hasta ese instante. No a otro título, que el de la propiedad colectiva, podía responder la entrega del patrimonio al *sui* o al agnado más próximo. En esa época no se podía pensar en el afecto presunto ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Conforme con la teoría de De Ruggiero, Bonfante y Guaglianone, *op. cit.*, pág. 112. En contra Niehbur que sostiene que la *gens* derivaba de la curia.

⁽⁷⁾ De la frase: *Si intestato moritur...* surge la sucesión abintestato, y por eso en ella han visto ciertos civilistas el principio de que en el Derecho romano la sucesión testamentaria era la regla general, y la abintestato la excepción. Pero no es así, pues esta última significó la admisión de la propiedad colectiva que rigió hasta la adopción del testamento. Sin duda que con anterioridad a éste, la sustitución de una persona por otra, para dirigir la propiedad colectiva, se realizaba sin ninguna forma.

De ello cabe, inferir que el testamento romano, en sus orígenes, no consistía en una disposición de bienes, sino sólo en la elección que realizaba el *paterfamilias* entre sus hijos, lo cual tendía a conservar los bienes dentro de la familia.

Una evolución posterior, posibilitó que el causante ampliara cada vez más su libertad de disponer, permitiendo desheredar a los hijos, luego instituir a un extraño a falta de hijos, más tarde cuando éstos hubiesen salido de la familia y por último aunque existiesen *sui*.

Y es durante la República romana, que ante ese avance cada vez mayor de los poderes del *paterfamilias*, con la absoluta libertad de disposición, y la consecuente decadencia de las instituciones y costumbres, comienzan a vislumbrarse ciertas defensas.

Ellas fueron de dos tipos, una formal, y otra material. La de índole formal que perseguía que se instituyera o desheredara expresamente a los descendientes, experimentó diversos pasos sucesivos. Así primeramente se dispuso que los "herederos necesarios" que eran los que estaban bajo la potestad inmediata del testador en el momento de la confección del testamento, debían ser instituidos o desheredados expresamente, pues la omisión no bastaba. Y ese deber fue más estricto respecto a los varones, pues debían ser desheredados individualmente *nominatim* y expresamente. En cambio a las hijas y demás descendientes se los podía también desheredar en conjunto *inter ceteros*. Además la desheredación debía constar en el testamento y recaer sobre toda la herencia. Las consecuencias para el supuesto en que al ser omitido o excluido el pariente no se cumpliera con las formalidades legales, diferían según lo fuera el *suus*, o una hija o descendiente de grado inferior. En caso de que lo fueran estos últimos, se les daba una acción que los colocaba en tal mismo lugar que al heredero instituido. Por el contrario si lo era el *suus* se le daba la acción *querela nullitatis ex jure antiquo* por medio de la cual se producía la nulidad del testamento, abriéndose la sucesión ab intestato ⁽⁸⁾. De ahí que a este régimen se le diera el nombre de "herencia contraria al testamento".

Posteriormente el derecho pretoriano modificó ese derecho incluyendo como beneficiarios de la misma a otros herederos, y a la vez restringió los efectos. A este nuevo remedio procesal se lo conoció por *bonorum possessio contra tabulas*. En el primer sentido la extendió a todos los descendientes —llamados *liberi*— que gozaban de la *bonorum possessio unde liberi*. Respecto a los efectos se mantenían las disposiciones extra-patrimoniales (nombramiento de tutores), las que incidían sobre los bienes (desheredación expresa de algún *liberi*) y las cláusulas que el testador hubiere repetido aun en el caso de haber instituido al omitido (legados). Además como todas las *bonorum possessiones* el término para interponerla era de un año. No tenía derecho el *liber* a deducirla si había reconocido el testamento o si moría antes que el testador.

La otra defensa implantada fue la de índole material, destinada a que el testador dejara una parte de su patrimonio a ciertos parientes próximos.

A pesar del perfeccionamiento que se había otorgado a la teoría de la desheredación, ella aún seguía imperfecta, pues el testador conservaba el derecho de desheredar o dejar una parte insignificante de la sucesión a su descendiente, sin causa alguna que lo justificara. Las Leyes Furia y Voconia imponiendo restricciones a los legados, no obtuvieron el éxito buscado.

Así se llegó a los últimos años de la República, época en que con la suavización de las costumbres, la jurisprudencia de los tribunales, influenciada por la opinión de los jurisconsultos, admitió que cuando un testador sin causa legítima hubiese omitido o desheredado o atribuido una parte insignificante de la sucesión a uno de sus hijos, este podía impugnar el testamento como "inoficioso" (*contra officium pietatis factum*) con el objeto de hacerlo anular bajo la "ficción" de que el testador no estaba en su sano juicio en el momento de confeccionarlo.

Se consideraba que el testador faltaba a los deberes morales y el de piedad (*officium*) que tenía para con sus parientes más próximos: descendientes y ascendientes, y aun hermanos y hermanas. Pero como para impugnar el testamento era necesario buscar un fundamento jurídico, lo hallaron en la falta de capacidad del testador, considerando que al tiempo de otorgar

⁽⁸⁾ Los jurisconsultos no estaban de acuerdo sobre la naturaleza de estos efectos, pues según los Sabinianos el testamento era nulo *ab initio* y ningún suceso posterior podía volverlo válido, aun cuando el hijo omitido hubiese muerto antes que el testador. Los Proculyanos solo lo consideraban nulo si el hijo omitido a quien beneficiaba esa nulidad existía aún al fallecimiento del causante.

el testamento no se hallaba en su sano juicio, pues de lo contrario no se comprendería, esa disposición tan arbitraria. No era ésta más que una simple ficción, a las cuales era muy afecto el Derecho romano, conocida por *color insaniae*, pues de haber sido verdadera, el testamento habría sido nulo *ab-initio*, y no como aquí que se trata de un testamento válido, pero sujeto a que se lo declare inválido por ser inoficioso.

La acción que se ejercitaba para lograr la declaración de inoficiosidad, era la *querella inofficiosi testamenti* (querrela de inoficiosidad), o sea el medio que tenían los parientes más cercanos del testador para hacer caer el testamento, cuando eran injustamente despojados de su derecho hereditario.

Para los casos en que el testador no hubiese excluido completamente a sus herederos, sino que les dejase una parte insignificante en relación a lo que les hubiese correspondido en la sucesión abintestato, los "tribunales de los centumviro" ⁽⁹⁾ debieron fijar la cuota que tendría que dejar el testador para que el *officium pietatis* fuese cumplido. Aquí es donde nace la legítima, con los caracteres actuales.

Al principio lo hacían a su arbitrio, pues no había regla fija sobre esa cuota, y así la resolución de cada caso presentaba grandes inconvenientes. Pero con el tiempo decidieron que esa parte fuera fijada en el "cuarto" de los bienes que el heredero hubiese recogido en la sucesión *ab intestato*. A este cuarto, establecido en época de los primeros emperadores, se lo llamó la "cuarta legítima" y por abreviación "legítima".

Los centumviro se inspiraron para introducir esta porción, en la ley Falcidia del año 714 de Roma, que establecía que el testador no podía legar más de las tres cuartas partes de su sucesión, debiendo pertenecer por lo menos una, cuarta parte de la misma, al heredero.

El nombre de "legítima" no fue establecido expresamente, sino que provenía de que era una porción de la sucesión "legítima" que el heredero hubiese recogido *ab intestato* (*quarta legitimae partis*).

Así Petit ⁽¹⁰⁾ define a la legítima como "la parte que ciertos parientes deben haber recibido del testador para que no puedan atacar el testamento como inoficioso". Pero no es esa parte la que tienen derecho a exigir, pues en el Derecho clásico no se otorga ninguna acción para reclamar la legítima o para completarla; la que tienen es la *querella inofficiosi testamenti* que hace caer todo el testamento, abriéndose la sucesión *ab intestato*.

La querrela de inoficiosidad fue una conquista del parentesco natural y del deber de afección que de ella surge, pues tanto hacía caer el testamento del jefe de la familia, como el de la madre. Contrariaba el rigor de los principios del Derecho romano. En cambio la desheredación expresa de los herederos descansaba sobre la organización de la familia civil y sobre la idea de copropiedad entre sus integrantes.

En tres períodos se desarrolló la querrela: el primero fue el del Derecho clásico, el segundo el del bajo imperio, y el tercero en el Derecho de Justiniano.

Durante el Derecho clásico, gozaban de la acción sucesivamente los descendientes, los ascendientes y los hermanos y hermanas. Los dos primeros tenían un derecho amplio, fueren agnados o cognados del causante. Por el contrario, los hermanos y hermanas tenían un derecho más limitado, pues sólo podían ejercerla cuando el testador hubiese instituido a una persona vil (*turpis persona*) como ser un gladiador o una mujer tachada de infamia.

Respecto a las condiciones para ejercitarla, en primer lugar debía tener derecho a la sucesión *ab intestato* del difunto, si lo son varios, debe seguirse el orden de la sucesión. Por ejemplo si el testador excluye a su hijo y a su hermano, el primero puede ejercitar la querrela, y sólo en caso de inactividad puede hacerlo el hermano.

También debía haber sido excluido de la sucesión testamentaria sin motivo legítimo, pues de existirlo no se podría ejercitar la querrela. Los centumviro lo apreciaban y establecían según su conciencia.

⁽⁹⁾ Organización judicial en el Derecho romano: Para administrar justicia existían dos clases de funcionarios, los magistrados y los jueces. Entre los primeros hallamos sucesivamente a los reyes, consules, pretores y ediles, praefectus urbis y praefectus praetorii. En cambio, los jueces se dividían en permanentes y no permanentes. Los permanentes se dividían en dos clases, los decemviro y los centumviro. Los primeros entendían los procesos relativos a la libertad y al derecho de ciudadanía. Los centumviro se ocupaban de los procesos relativos al estado de las personas, propiedad y sucesiones.

⁽¹⁰⁾ Petit Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Ed. Albatros, Bs. As., 1954, pag 708

Además se requería que no se tuviere otro medio para obtener la herencia, porque la querella era un recurso extraordinario, que sólo se concedía a falta de otro. Así no correspondía al heredero suyo omitido en el testamento de su padre, pues el mismo era nulo *ab initio*. Tampoco lo tenía el hijo emancipado omitido, pues disponía de la *bonorum possessio contra tabulas*.

Por último se otorgaba también la querella, cuando se vulneraba la porción legítima. Para calcularla se valuaban todos los bienes dejados por el difunto, a la época del fallecimiento, incluso las donaciones *mortis causa* 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 lo 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. Así si uno de los hijos renunciaba a la querella, o era justamente desheredado, el otro podía querellar si había recibido el octavo.

Sobre la naturaleza de la querella, tenemos que era una especie de *petitio hereditatis* o acción real reclamar herencia, pues por medio de ella el demandante pedía la apertura de la sucesión *ab intestato* para recoger como heredero legítimo todo o parte de la sucesión. A pesar de ello se distinguía de la *petitio hereditatis*, pues para su prosperación no bastaba con establecer la calidad de legitimario, sino que también debía demostrar que el testamento que lo excluía, era inoficioso. A la vez se asemejaba a la *actio injuriam*, pues el fundamento de la misma es el sentimiento de una injuria hecha por el testador a un pariente no dejándole la parte que tenía derecho a esperar. Y de la consecuencia de este carácter surgían los siguientes casos de extinción de la querella de inoficiosidad: a) cuando el legitimario moría sin haberla ejercido, pues se presume la voluntad de perdonar. Salvo que la hubiese intentado ya antes de morir o hubiese preparado su ejercicio; b) cuando dejaba pasar cinco años después de la adición sin ejercerla. Ese silencio hacía presumir el perdón; c) si el legitimario recogía una liberalidad de poco valor que se le dejase en el testamento. Implicaba una manifestación tácita de la voluntad de renunciar; d) si renunciaba a ella.

En cuando a los efectos de la querella, diferían según quien ganare la causa. Si el demandante triunfaba, el testamento caía por completo, anulándose incluso los legados, fideicomisos y manumisiones. La sucesión se abría *ab intestato*. En cambio si el legitimario era vencido en el proceso, el testamento quedaba válido, castigándose a aquél con la pérdida de toda liberalidad contenida en el testamento en su beneficio. Se lo reputaba indigno y quedaban los beneficios para el fisco, haciéndoselo sospechoso de locura, por haber injuriado la memoria del testador. Para el hipotético caso de que hubiere dos herederos instituidos, y al ejercitar la querella el legitimario triunfara contra uno y perdiera contra el otro, el testamento sólo era anulado en parte.

Así llegamos al segundo período en el desarrollo de la querella, el de las reformas establecidas durante el bajo imperio, comprendido desde el emperador Alejandro Severo hasta Constantino. En él se hicieron dos grandes modificaciones: una, la extensión de la querella de inoficiosidad a las donaciones excesivas; y otra la restricción en el ejercicio de la querella como consecuencia de la creación de una nueva acción en complemento de la legítima.

Para la primera se tuvo en cuenta que el causante, en vida, pudo haber disminuido su patrimonio por medio de donaciones considerables, atentando de ese modo indirectamente el derecho de los legitimarios. En base a ello las constituciones imperiales decidieron admitir que las donaciones excesivas entre vivos, pudiesen ser atacadas por los legitimarios como inoficiosas. A Alejandro Severo pertenece el texto más antiguo que se conoce, y que permitía al legitimario usar la *querella inofficiosae donationis* para atacar las donaciones entre vivos que significaran un ataque a sus derechos. Posteriormente el emperador Constancio extendió la acción a las constituciones de dote excesivas, conociéndosela a partir de ese momento como *querella inofficiosae donationes vel dotis*.

Respecto a la segunda reforma, es decir, la acción en complemento de la legítima, tuvo su origen en el caso en que un testador no había instituido herederos a sus hijos, pero les había dejado ciertas liberalidades, imputables sobre la legítima, añadiendo que si eran inferiores a ella, se la completase según el arbitraje de un hombre honrado. Una constitución de Juliano y Constancio del año 361, admitió la validez de esa voluntad, estableciendo que no se podía

ejercitar la querella ni contra el testamento ni contra las donaciones y dotes... Y así para este caso crearon una "acción en complemento de legítima" que sustituyó a la querella, pero que estuvo sujeta en un principio a que se insertara en el testamento la cláusula "que sea completada según el arbitraje de un hombre honrado" (*boni vivi arbitratu quarta impleatur*). Bajo Justiniano esa cláusula se la dio por sobreentendida. Esta acción difería profundamente de la querella: a) en tanto que esta era una acción real para obtener la sucesión, la acción en complemento era personal contra el heredero instituido, para obligarle a completar la legítima; b) mientras que la querella se extinguía a los cinco años y no pasaba, a los herederos, la acción en complemento era perpetua, como la casi totalidad de las acciones civiles, y pasaba a los herederos; c) si el efecto de la querella, hasta Justiniano, fue hacer caer el testamento con la acción en complemento no sucedía lo mismo, pues subsistía el testamento; d) y por último, el efecto de la querella cuando el que la ejercitaba caía vencido, era la pérdida de todas las liberalidades que el testamento hubiese establecido a su favor, en tanto que en la acción en complemento difería el efecto pues si perdía el proceso, no era privado de esas liberalidades.

Arribamos de esta forma al tercer y último período en la evolución de la querella, es decir a las reformas implantadas por Justiniano, que tuvieron por fin la simplificación y llevaron a la configuración moderna de la institución de la legítima.

En el año 528, extendiendo la solución dada en el 361 por Juliano y Constancio, decidió que cuando en virtud del testamento, el legitimario hubiese recibido alguna cosa, solo podía ejercitar la acción en complemento de la legítima, aun en el supuesto que el testador no añadiese la cláusula *boni vivi arbitratu debere eam repleri*.

Otra reforma consistió en considerar que la donación entre vivos hecha por el padre o la madre al hijo para comprar un cargo en el ejército *ad militiam emendam*, sería imputable a la legítima.

Mas las reformas más importantes referentes a los principios de la legítima, se encuentran en las Novelas 18 y 115 de los años 537 y 541 respectivamente.

Por la Novela 18 se aumentó el importe de la legítima para los descendientes. Si el causante tenía, cuatro hijos o menos, era del tercio de la parte que les hubiese correspondido *ab intestato*; y si había cinco o más hijos, era de la mitad. Pese a la buena intención de esta reforma, en su aplicación práctica podía resultar ilógica, pues si había, cuatro hijos, la legítima de cada uno era del doceavo, en cambio siendo cinco, era del decimo. Además no se determinaba si esta reforma se aplicaba a la legítima de los ascendientes y de los colaterales.

En la Novela 115 se estableció que el legitimario tendría derecho a la querella, si no estaba instituido o legítimamente desheredado. No bastaba con que se le dejara todo o parte de su legítima por legados, fideicomisos o alguna otra liberalidad, era preciso que hubiese recibido alguna cosa a título de heredero.

De esta exigencia para instituir en el testamento a los herederos forzosos, aunque se hubiese dejado de otro modo su porción legítima, surge la fusión de las dos clases de defensas que implantó el Derecho romano para contrarrestar la libre disposición de los bienes, la de índole formal y la material.

En esa misma Novela se fijan limitativamente las causales de desheredación que puede legítimamente pronunciar el testador, imponiéndole la obligación de indicar en su testamento la que le hace excluir al legitimario. Las causas de desheredación de los descendientes, son catorce. La de los ascendientes, ocho. Respecto a los hermanos y hermanas, solo se refiere a ellas la Novela 22, estableciendo tres causas. Así se confirmó la constitución de Justiniano del año 531, que había suprimido toda distinción de sexo y grado entre los descendientes, estableciendo que debían ser instituidos o desheredados, nominativamente, en el orden que serían llamados a la sucesión *ab intestato* ⁽¹¹⁾.

También se prohibió preterir al heredero, colocando esta situación en el mismo plano que la de la desheredación. Se combatía la *iniuria testamentarum*, es decir se amparaba a los herederos de la injuria que podría cometer el causante en caso de desheredarlos u omitirlos. De no existir *iusta causa* el testamento estaba sujeto a la acción de inoficiosidad.

⁽¹¹⁾ Para que el testamento, que establecía alguna causal de desheredación, fuera válido, el instituido debía probar que una por lo menos de las causales era exacta; de lo contrario el testamento era nulo en cuanto a la institución de heredero.

Sobre esta Novela, se han construido dos teorías, una que considera que la teoría de la desheredación, tal como había sido formada hasta ese momento, quedaba abolida. Y otra que piensa que dicha Novela mantuvo subsistente el sistema antiguo, con la sola añadidura de obligar al causante a instituir a los descendientes o ascendientes que no merecían ser desheredados.

Por lo ya visto, la primer teoría es la que se impone. Pues si en el sistema de la "herencia o sucesión contra el testamento" se permitía al padre desheredar a sus hijos o si no instituirlos por una porción cualquiera por mínima que fuera, lo que se prohibía era preterirlos. En cambio con la Novela 115 no le es permitido ni desheredar ni omitir, colocándolos en una misma línea.

Se apartó también la Novela 115 en cuanto a los efectos de la querrela, pues si antes el éxito de la misma hacía caer completamente el testamento, con la reforma la rescisión del testamento pronunciada con motivo de la querrela, sólo afectaba a las instituciones de herederos, dejando subsistentes las otras disposiciones, tales como legados, fideicomisos y manumisiones. Solo en la *bonorum possessio contra tabulas* vemos efectos similares, porque en las otras instituciones se hacía caer todo el testamento.

Concluyendo el estudio de la Novela 115, tenemos que el legitimario que recibía menos de lo que le correspondía, a pesar de ser instituido, disponía de la *actio ad supplendam* (acción de complemento). En cambio si no era instituido, gozaba de la querrela cuyo objeto era rescindir la institución de heredero.

Así ya no tuvo razón de ser la *bonorum possessio contra tabulas*, por lo cual desapareció.

Otra Novela que interesa a nuestro estudio es la 118, por la cual se adoptó el sistema de la cognación, aboliendo el derecho de los agnados, con lo cual se reformó todo el sistema de la sucesión *ab intestato*.

9. *Derecho germánico*. En este Derecho el desarrollo del Derecho sucesorio está íntimamente ligado al del dominio.

La propiedad privada se desconoció primitivamente, pues se asentaba sobre la copropiedad familiar.

Dentro de esa comunidad el padre era considerado como un *primus inter pares*, limitándose su función a la mera administración y conservación del patrimonio. No se admitía el poder de enajenar.

En el caso que se dividiera el patrimonio, su cuota era igual a la de cualquier hijo.

El testamento y cualquier enajenación por causa de muerte eran desconocidos. Se aplicaba en toda su extensión el principio *solus Deus heredem facere potest, non homo* (sólo Dios puede hacer un heredero, no el hombre). Por ese principio de la copropiedad familiar es que los hijos no sucedían al padre en el patrimonio, sino que recibían lo que ya era de ellos. Antes de la muerte del padre, son copropietarios con él. Por ello es que en esta primera época no se puede hablar de sucesión, pues se trata de la adquisición de derechos propios.

Así llegamos al momento en que los bárbaros invaden el imperio romano y a pesar de su triunfo permiten la coexistencia del derecho de los vencidos. Este contacto produjo grandes modificaciones en el Derecho germano, amén de que surgió un tercer Derecho aplicable a las relaciones recíprocas entre el Derecho romano y germano.

Debido a esa influencia admitieron la posibilidad del nombramiento de heredero en forma contractual a aquellas personas que no tuvieran hijos e hijas y padres. Se hacía en un acto solemne, y al menos formalmente oneroso. El que aceptaba la donación o *thingatio* estaba obligado a entregar al donante un *launegildo*. Este acto era irrevocable, y por él se obligaba al donante a la buena administración del patrimonio, mas era nulo en caso de supernacencia de un hijo al donante.

Así llegamos al momento en que sufre una escisión el *allodio*, o sea el patrimonio en su conjunto de muebles e inmuebles. Se comienzan a distinguir los bienes que el padre adquiriría con su trabajo, de los que componían el patrimonio preexistente. Sobre los primeros se admitía la libertad de disponer; en cambio, sobre los segundos, que conservaban el nombre de *allodio*, no se otorgaba esa facultad; y para el caso que se dispusiere sobre ellos, quedaban sujetos a la reclamación de los hijos o parientes afectados.

Luego, teniendo en cuenta el principio de la copropiedad familiar, se autorizó al padre que tiene hijos varones a disponer de la cuota que le correspondería en el supuesto de hacerse una división del patrimonio en partes iguales entre sus hijos y él. Si solo tenía una hija, se le

facultaba a disponer de la mitad del patrimonio; si dejaba varias hijas, esa facultad se restringía a un tercio del patrimonio.

Estas disposiciones liberales solo se podían hacer en favor de extraños o *pro anima*, siempre dentro de los límites establecidos. No se permitía que se instituyeran a componentes de la familia, pues estos no sucedían, sino que eran copropietarios.

La Iglesia impulsó la admisión del testamento al imponer duras penas al que anulaba un testamento hecho *pro anima* (a favor del alma) o en el que se dejaban bienes a la Iglesia.

Entramos en este estado a la época feudal, en la cual la libertad de disponer varió, por una parte, según la naturaleza y cualidad de los bienes, y por otra según la cualidad y sexo del disponente.

Las diversas clases de bienes eran: a) muebles; b) propios o hereditarios y adquiridos; c) feudales o nobles y censivos o agrícolas.

Las cualidades que el disponente podía reunir eran: a) noble; b) burgués; c) agricultor; d) siervo.

Tomando la categoría del noble, tenemos que la libertad de disponer de los bienes censivos estaba limitada en primer lugar por la prohibición de desheredar, y en las instituciones de la reserva y legítima, en segundo lugar. La reserva la componían los dos tercios de los bienes "propios"; sobre el otro tercio regía la libertad de disponer con la facultad aun de instituir a un extraño. La mujer noble no podía usar de este derecho si tenía hijos. La legítima gravaba los bienes muebles y los "adquiridos", y se debía en la cantidad necesaria para garantizar a los descendientes su mantenimiento según la herencia y el rango. En tanto que la reserva se debía al hijo primogénito, la legítima lo era hacia los demás hijos.

Al agricultor se le imponía el deber de dejar a todos sus hijos partes iguales, y a tal efecto la reserva la formaban los cuatro quintos de los bienes "propios". Con ellos no se podía favorecer a unos hijos más que a otros. La porción disponible la formaban los bienes "adquiridos", los muebles, y el quinto de los "propios", con los cuales podía instituir a un extraño. Pero siendo obligación del padre dejar lo necesario para la subsistencia de sus hijos, y en caso de no alcanzar los cuatro quintos de los bienes propios, se disminuía la parte de libre disposición.

El burgués disponía de facultades amplias para distribuir sus bienes entre los hijos, sin necesidad de conservar la igualdad en las porciones. Componían la porción disponible los bienes "adquiridos", muebles y el quinto de los "propios", con los que también gozaba de la facultad de instituir a extraños.

Notamos así que el noble y el agricultor debían mantener una absoluta igualdad en las porciones de sus hijos. En cambio, el burgués goza de la facultad de disponer sus bienes en la forma que considere más conveniente, sin atenerse a la igualdad entre sus hijos.

Por último, el siervo, que estaba más ligado a la tierra que a la persona de su señor, no tenía el derecho de disponer de sus bienes. Sólo se le autorizó a efectuar liberalidades en favor de la Iglesia. Luego se amplió ese derecho de disposición a algunos bienes muebles y animales a favor de sus descendientes. Con tales limitaciones podemos decir que esta clase social no gozó del derecho de sucesión, y menos aún de la forzosa.

Así tenemos que en esta época coexistieron dos instituciones: la reserva y la legítima. La primera es la que predominaba, y como un vestigio de la antigua copropiedad familiar, perseguía el fin de mantener el rango y posición de la familia, siendo absorbida en su mayor parte por el primogénito. Limitaba la disponibilidad testamentaria, y en caso de que se la lesionare, se otorgaba la reducción.

Esa obligación de conservar una porción de los bienes "propios", generalmente los cuatro quintos, se daba en favor de los hijos, y en su defecto a los parientes de la línea de la que los bienes procedían, lo cual no significaba siempre que estuviesen más unidos al causante. Así, primero les correspondía a los descendientes del padre; en su defecto, a los descendientes del abuelo; a falta de éstos, a los descendientes del bisabuelo, sin que se admitiera el derecho de representación ⁽¹²⁾. De ahí la regla *paterna paternis, materna maternis*.

⁽¹²⁾ En esta concepción encuentra su origen el "sistema de las parentelas", que en el Derecho contemporáneo lo aplican el Derecho suizo y el alemán. (Ver infra n° 29.).

El carácter normal de la reserva era restringir las liberalidades *mortis causa*; sólo por excepción, en algunas de las costumbres de la Edad Media se admitió la limitación a los actos gratuitos *inter vivos*.

La parte disponible la formaba el quinto de los bienes "propios", y el total de los "adquiridos" y los muebles.

El patrimonio que se tomaba en cuenta era el que el causante dejaba en el momento de su muerte. Y para adquirir la reserva era indispensable la calidad de heredero; el renunciante no tenía derecho a este beneficio, es decir, que constituía una parte de la herencia (*pars hereditatis*), debiéndosela en propiedad y libre de cargas.

Pero a veces esta reserva resultaba insuficiente para proteger los derechos de los hijos. Por ejemplo, en el caso que el causante dispusiera *mortis causa* de sus bienes muebles y adquiridos, y ellos fueran los que prevalecieran o aun los únicos que existieran en su patrimonio. También recordemos que la generalidad de las costumbres no les prohibía la enajenación de los bienes propios *inter vivos*. Debido a ello, y para limitar ese poder absoluto del padre, se recurrió a la legítima romana ⁽¹³⁾, que regía en los países de Derecho Escrito, mas efectuándosele diversas modificaciones.

Se la consideraba supletoria, como un socorro subsidiario de la reserva para el caso de que ésta resultase insuficiente para el mantenimiento de los hijos. Tenía un carácter alimenticio, y se la fijó en la mitad de la cuota que correspondería en la sucesión *ab intestato*. Se la calculaba tanto sobre los bienes que el causante dejaba a su muerte, como así también sobre los que hubiese dispuesto gratuitamente por actos *inter vivos*.

Concluyendo, tenemos que a la muerte del causante le sucedían los reservatarios en los cuatro quintos de los bienes propios. Si las donaciones testamentarias afectaban esa porción, tenían derecho a impugnarlas; pero si a pesar de ello no obtenían una cuota igual a la mitad de lo que les correspondía en la sucesión *ab intestato*, surgía la figura de la legítima. Y de acuerdo a ella se podía recurrir a los bienes muebles y a los adquiridos, y aun a las donaciones realizadas en vida, con el fin de satisfacer la antedicha cuota. Y esta legítima que acordaba subsidiariamente el Derecho germánico era considerada, al igual fue la reserva, como una *pars hereditatis*, pues su ejercicio estaba sujeto a la condición de comportarse como heredero, no teniendo derecho a la misma el que repudiaba la herencia.

10. *Antiguo Derecho español*. En sus orígenes más remotos, el Derecho español reconoció la institución del mayorazgo, basando su organización social en la comunidad colectiva.

Con la romanización de España, conseguida varias décadas antes de Cristo, se introducen los principios jurídicos que en esos momentos se aplicaban en la República romana, tales como el de la libertad de testar.

Al amparo de tal regla se cometieron toda clase de abusos, y los visigodos, que ejercieron su dominio en España entre los años 414 al 711, trataron de limitar los mismos, introduciendo la legítima.

Así, durante el reinado de Chindasvinto, a mediados del siglo VII, se promulgó la "Ley Dun Inlicita", que dispuso que los cuatro quintos de la sucesión pertenecían a los descendientes, otorgándoles también la posibilidad de una mejora de un décimo. Hacia fines de ese mismo siglo el rey Ervigio aumentó la mejora a un tercio.

De esta época es el *Fuero Juzgo* o *liber iudiciorum*, o sea "libro de los jueces", que disponía en su libro IV, título II, ley XXI: "Que el omne que non a fijos, ni nietos, ni bisnietos fagan de sus cosas lo que quisieren; nin otro omne de su linaie que venga de suso, nin de travieso pueda desfazer este ordenamiento. Ca aquel que viene en el linaje del parentesco de suso derechamientre, non es nado en tal manera, que por natura deva aver heredad. Mas si muriere sin fabla, los que son más propinquos deven aver su buena cuemo manda la ley." Es decir, que

⁽¹³⁾ Francia es el país donde más se manifestaron las influencias romanas y germánicas, sirviendo ello a la división del país en dos, el primero de "Derecho consuetudinario", donde rigieron les costumbres germánicas feudales mitigadas por la influencia de la Iglesia. El segundo de "Derecho escrito", donde se aplicó el Derecho romano. Así en el norte de Francia se adoptó la institución de la reserva, en tanto que en el sur, por la influencia romana, rigió la legítima. El contacto entre ambas permitió la recíproca suplantación de principios

en defecto de descendientes se otorgaba el derecho de disponer libremente de los bienes. No se establecía ninguna defensa para el caso de violación.

A partir del año 711 y hasta el 1492, ejercieron su dominio sobre España los árabes. En este período, denominado de la "Reconquista", los fueros acentuaron la sucesión forzosa, suprimiendo la mejora. El máximo de cuota disponible que se otorgaba era un quinto.

El *Fuero Viejo de Castilla* confirmaba ese estado al disponer en su libro V, título II, ley I y IV: "Esto es Fuero de Castiella: Que todo ome fijodalgo que sea Mañero, seyendo sano, puede dar lo suo a quien quisier o vender; más de que fuer alechigado de enfermedad, acuitada de muerte, de que morier, non puede dar más del quinto de lo que ouier por sua alma, e todo lo al, que ouier, devenlo ereditat suos parientes, que ouier, ansi como ermanos de padre, o de madre, e el mueble, e las ganancias devenlo ereditat comunalmente los ermanos maguer que sean de sendos padres, o de sendas madres: e la erencia del patrimonio de vela ereditat el pariente onde la herencia viene..." "Esto es Fuero de Castiella: cuando fina algund fijodalgo, e a fijos, o fijas, e dejan loringas, e otras armas, e cauallo, e otras bestias, non puede dejar a ningund de los fijos mejoría ninguna de lo que ouier, mas al uno que al otro, saluo al fijo mayor, quel puede dar el cauallo, e las armas del suo cuerpo para servir al Señor cualquiera", respectivamente.

También acordaba el quinto como porción disponible el *Fuero Real de España* del año 1225. En su libro III, título XII, ley III, establecía: "Como los casados se pueden dar algo si después de un año no tuvieren fijos. Si el marido quisiere dar algo a la muger, o la muger al marido no habiendo fijos, puédalo facer después que fuere el año pasado desque casaren, e no ante; e si después desta donación hobieren fijos, non vala la donación, fuera quanto en su quinto; e si ante que se otorguen por marido, e por muger, alguna donación ficiere el uno al otro, esta donación no se desfaga por fijo ninguno que les nazca después; e si el marido muriere, e la mujer fincare preñada, si ende fijo, o fija naciere; parta igualmente con los otros hermanos, si los bebiere; e si ningún hermano no hobiere de parte de su padre, y el padre habie mandado todo los suyo, la quarta parte de lo que habie partan entre sí aquellos a quien fizo la manda, e las tres partes haya este fijo, o fijos que después nacieren." Y por la ley IX del título V del mismo libro se reintegraba la facultad de "mejorar" a alguno de los descendientes con un tercio dentro de los cuatro quintos, con lo cual marcaba su similitud con la legislación visigótica.

Observamos que en todas estas leyes no se trataba de la acción que le correspondía al heredero afectado en su derecho por las extralimitaciones que cometiera el causante.

Es en *Las Partidas* (año 1256-1263), debidas a Alfonso X el Sabio, donde por primera vez en la legislación española se hace referencia al medio para defender la legítima.

Y ello no es más que una confirmación de la influencia, casi total, que ejerció el Derecho romano justineano en la redacción de *Las Siete Partidas*. Lo demuestra también la reducción de las porciones legitimarias al tercio o a la mitad del patrimonio, según que el número de hijos fuera menor o mayor a cuatro; la incorporación como legitimarios de los ascendientes y los hermanos; y la supresión de la mejora. Mas la aplicación de este cuerpo de leyes era supletoria de las leyes visigóticas.

Gozaban de la acción los descendientes y ascendientes, no los colaterales. Así lo establecía la partida VI, título VIII, ley I y siguientes: "Quien es aquel que puede fazer la Querella para desatar el Testamento, e contra cual ome, e ante quien, e porque razones, e de que manera. El fijo, o el nieto del testador, o alguno de los otros que descenden del por la liña derecha, que ouiessen derecho de heredarle si meciere sin testamento; si lo ouiessen deseredado a tuerto, e fin razón, puede fazer querella delante el Juez, para quebrantar el testamento en que lo ouiessen deseredado; e el Juez deue oyr su querella, e fazer emplazar al que es establescido por heredero en el testamento de su padre; e si fallare cae fue deseredado a tuerto, o que en el testamento non fue fecha mencion del, deue al jadar que tal testamento non vela, e mandar entregar la herencia al fijo, o al nieto, que se querelle. E tal demanda como esta es llamada en latín, Querela inofficiosi testamenti; que quier tanto dezir, como querella que se fase de testamento que es fecho contra oficio de piedad, e de merced quel padre ouiera auer del fijo. Pero si el testador sobredicho, quando estableciesse el heredero, non fiziesse emiente en el testamento, de aquel que auía derecho de heredar, heredandolo, nin deseredandolo; tal testamento como este non se quebrantaría, pero non vale, nin es nada. E porende, pues que non deue valer, non se puede quebrantar; e deue ser entregada la herencia al fije, o al nieto, de que non fue fecha mencion en el. E lo que diximos en esta Ley, de los descendientes, entiendese tambien, de los ascendientes

que fuessen deseredados a tuerto, e sin razón; o si non fuesse fecha ninguna mención dellos en el testamento de los descendientes..." "E como quier que non faga emiente del hermano en el testamento, nin le dexa ninguna cosa de lo suyo, non le pertenesce al hermano, de fazer querella del testamento que el otro su hermano ouiesse fecho, nin lo puede quebrantar. Fuera ende, si aquel que fuesse establecido por herederos, fuesse ome de mala fama, o ouiesse seydo sieruo del testador, o otro quel ouiesse aforrado; e despues lo estableciesse por su heredero, por falago que le fiziesse el aforrado, non lo meresciendo el, nin auiendo derecha razón por que lo deuiesse fazer. Ca, seyendo el heredero tal como sobredicho es, estonce bien podria el hermano querellarse ante el Juez, e quebrantar el testamento, en que fuesse establecido por heredero. Pero si este hermano sobredicho ouiesse fecho contra el testador, alguna de las cosas por que los hermanos pueden ser deseredados, según diximos en el Título de los Deresamientos, estonce non se podría querellar, nin desatar el testamento del hermano. E sobre todo dezimos, que los otros parientes, que son de la liña de trauiesso, non pueden fazer querella, para desatar el testamento; nin han que ver en sus bienes, auiendo fecho manda, o otro ordenamiento dellos."

Siglos más tarde, en el año 1505, la Cortes dictaron las *Leyes de Toro*, las cuales fueron confirmadas en la *Nueva Recopilación* (año 1775) y en la Novísima Recopilación (año 1805), conservando su vigencia hasta la sanción del Código español durante el siglo pasado. Con ellas se volvieron a la legítima de los cuatro quintos para los descendientes. Para los ascendientes se la estableció en los dos tercios. También se restableció la mejora, que se la fijó en un tercio (*Leyes de Toro* 6, 17 y 28). En la ley 9 se disponía que los hijos naturales y los espurios que no proviniesen de "dañado y punible ayuntamiento" poseían en la sucesión de la madre una legítima de igual cuantía que la correspondiente a los hijos legítimos, siempre que aquella no tuviera descendientes legítimos, pues en el caso que los tuviere, la legítima de dichos hijos quedaba reducida a la quinta parte de los bienes. En cambio, por la ley 28 se les negaba a esos hijos derecho hereditario respecto del padre, quien sólo podía beneficiarlos con la porción disponible, o sea un quinto.

11. *Derecho patrio*. Bajo esta denominación comprendemos el Derecho que se aplicó en nuestro país hasta la sanción del Código civil.

Durante el período colonial, en materia sucesoria, se aplicaron los mismos principios que en la Madre Patria.

Incluso después de 1810 se siguieron rigiendo las sucesiones por el Derecho español.

Pero en el lapso transcurrido entre la Revolución de Mayo y la sanción del Código civil se sancionaron diversas leyes que interesan a nuestro estudio.

Tales como las dictadas por la Asamblea General de 1813, aboliendo los mayorazgos y vinculaciones; la muerte civil, reconociendo a los religiosos profesos aptitud para otorgar testamento, y la esclavitud de nacimiento, declarando libres a los esclavos que pisaran territorio argentino.

Una ley uruguaya de 1837, que acordó derecho sucesorio *ab intestato* al cónyuge con exclusión de los colaterales, inspiró a la legislatura de la Provincia de Buenos Aires en el año 1857, época en que estaba separada de la Confederación, a sancionar una ley en virtud de la cual, a falta de herederos forzosos, la mujer legítima heredaba al marido, y éste a aquella con exclusión de todo colateral; asimismo establecía que ese derecho se perdía en caso de separación judicial. Con ella se otorgaba por vez primera derecho hereditario al cónyuge, aunque no se le revestía con el carácter de legitimario, que sólo lo conseguirían con la sanción del Código civil. Las provincias de Entre Ríos y Santa Fe, por sendas leyes de 1862, sancionaron la misma regla que la de Buenos Aires de 1857.

CAPÍTULO II

Noción general de la legítima

12. *Concepto*. Como ya lo adelantáramos (ver *supra* n° 1), legítima es el derecho de ciertos parientes próximos – denominados legitimarios – sobre determinada porción del patrimonio del causante a cubierto frente a las disposiciones liberales de éste, sin justa causa de desheredación.

Damos esta definición de la legítima, apartándonos de la que pretende dar nuestro codificador en el artículo 3591 ⁽¹⁴⁾, por considerarla insuficiente, imprecisa e impropia.

Insuficiente, por restarle diversos conceptos, que extraemos de otras disposiciones legales. Imprecisa, porque, como lo veremos al estudiar la naturaleza de la legítima (ver *infra* n° 15), se presta a confusiones. Y, por último, impropia, pues un código no debe dar definiciones, como lo reconoce nuestro propio codificador en la nota al artículo 495.

Introduciéndonos en la explicación de nuestro concepto, decimos:

"Derecho": pues está protegido por la ley de diversa manera (ver *infra* capítulo V).

"Legitimario": porque el derecho a la legítima sólo lo tienen ciertos parientes unidos muy estrechamente al causante, sea por lazo de parentesco sanguíneo, sea por vínculo matrimonial. Ellos son los descendientes, ascendientes y cónyuge, lo que nos indica que no gozan de la legítima todos los parientes que tienen derecho sucesorio ⁽¹⁵⁾. A estos parientes el Código los denomina generalmente "herederos forzosos", aunque a veces utiliza el término de "herederos legítimos". Nosotros preferimos la denominación de "legitimarios" (ver *infra* n° 21).

"Determinada porción": en vista de que según el grado de parentesco la ley establece diversos porcentajes, que son mayores en forma directamente proporcional a la vinculación. Es precisamente esa parte que se defiende la que se denomina legítima. En cambio la que se deja que use libremente el titular repartiendo en donaciones o legados a extraños o mejorar a sus legitimarios, se llama porción disponible.

"Patrimonio" y no de la herencia, ya que en la legítima no sólo se comprenden los bienes que jurídicamente se entienden por herencia, es decir, los dejados al momento del fallecimiento, sino también los que haya donado en vida el causante. Precisamente es este derecho sobre los bienes anteriores al momento de la muerte el que distingue la figura del legitimario, de la del heredero o la del legatario, que forman las tres clases de sucesores, pues estas dos últimas sólo tienen derecho sobre los bienes existentes al momento del fallecimiento. Pero desde ya dejamos aclarado que nada se opone a que el sucesor pueda reunir en su persona dos de esas calidades, o aun las tres.

"A cubierto frente a las disposiciones liberales del causante": este párrafo es consecuencia de la explicación anterior acerca del derecho del legitimario aun sobre los bienes que el difunto haya donado en vida. Comprende también a los legados que hiciere afectando la porción legitimaria. En caso de que se exceda, sea con legados, sea con donaciones, la porción disponible, vulnerando la legítima, los legitimarios gozaran de diversos medios para defenderse (ver *infra* capítulo V).

⁽¹⁴⁾ Nuestro Código civil en su artículo 3591 dispone: "La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia...".

⁽¹⁵⁾ Los colaterales gozan de derecho sucesorio (artículos 3585-7) pero no de legítima.

"Sin justa causa de desheredación": puesto que el derecho del legitimario no puede ser afectado en ningún caso, salvo cuando esté incurrido en alguna justa causa de desheredación. Se hace esta salvedad, pues determinadas conductas de los legitimarios, específicamente establecidas por la ley, les impide tener el derecho a la legítima. En ese caso el causante goza de la facultad de disponer sus bienes con mayor amplitud y ocasionalmente del todo.

13. *Fundamento*. Desde su origen el hombre se ha preguntado permanentemente si es más justo gozar del derecho de disponer libre y completamente de su patrimonio para después de su muerte, o si lo es el conservar obligatoriamente todo a parte del mismo para sus parientes más cercanos.

Como la dilucidación de este interrogante no depende exclusivamente del derecho, sino más precisamente de la sociología, aunque dentro de ésta la podríamos ubicar en su rama jurídica, su respuesta ha variada en forma pendular a través del tiempo y de los pueblos.

Al primer sistema se lo conoce por el de la "libertad de testar", y al segundo por el de la "legítima".

En el capítulo anterior, al estudiar los antecedentes históricos, hemos visto cómo evolucionó la aplicación de ambos sistemas en los Derechos antiguos.

Decidir cuál de los dos criterios es más justo, todavía no lo han resuelto uniformemente ni la doctrina ni la legislación comparada. Mas en el estado actual de esta última podemos sentar como principio el que la raza latina adopta el sistema de la legítima, en tanto que la raza anglosajona, de acuerdo a su índole individualista, se inclina por el de la libertad de testar. Dentro de los que aceptan la legítima, se reconoce que una porción del patrimonio debe dejarse al libre arbitrio del causante, mas el porcentaje que establece la legislación comparada es variable (ver *infra* n° 19). También difiere la escala según el grado de parentesco del legitimario con el difunto.

La evolución de estos últimos años nos indica que la humanidad se aleja del individualismo para ingresar a una democracia social, en la cual a la vez que se reconocen los derechos individuales, se ampara la sociedad, en este caso representada por su núcleo primario: la familia. Y así es conveniente adoptar el sistema de la legítima aunque con una amplitud limitada, admitiendo en mayor grado la facultad de disponer.

Nuestro codificador adoptó el sistema de la legítima, y la estableció para los descendientes legítimos en los cuatro quintos, que es el porcentaje más alto que existe en la legislación universal. Y aun ella, por la ley 14.367, fue aumentada a los nueve décimos en el supuesto de que concurrieren hijos extramatrimoniales con hijas matrimoniales, dejando al causante una porción disponible de solo un décimo, lo cual contraría la moderna evolución de la legislación universal.

En nuestra doctrina, los autores ⁽¹⁶⁾ que se han referido al tema se han expedido a favor del sistema de la legítima, con la sola excepción de Machado ⁽¹⁷⁾, que lo hizo por el de la libertad de testar.

Pasaremos ahora a estudiar los argumentos que sirven de base a cada uno de los sistemas.

Argumentos en favor de la libertad de testar: Los podemos dividir en tres grupos, según sea el fundamento jurídico, moral o económico.

El *jurídico* está asentado sobre el carácter absoluto del dominio en vida, al *ius disponendi*. Pero en el estado actual de la evolución de la humanidad ya no se puede hablar de un derecho de propiedad con caracteres absolutos; observamos constantemente la sanción de leyes o decretos que limitan y regulan ese derecho, quitando al propietario las facultades omnímodas que tenía. Y si estas restricciones se producen en el campo de los actos *inter vivos*, con mayor razón deben aplicarse a las transmisiones *mortis causa*.

El *moral* abarca una mayor extensión de argumentos, aunque todos se sustentan sobre la autoridad paterna. a) Así han hecho jugar a la "patria potestad", que en otras épocas significó un poder ilimitado del *pater familias* sobre sus hijos; pero en la actualidad esa institución importa

⁽¹⁶⁾ Llerena Baldomero, *Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino*, 3ª edición, Bs. As., 1931, t. IX, pág. 530; Prayones Eduardo, *Derecho de sucesión*, Bs. As., 1957, pág. 226; Lafaille Hector, *Sucesiones*, Bs. As., 1933, t. II, n° 183; Fornieles Salvador, *Tratado de las Sucesiones*, 4ª edición, Bs. As., 1958, t. II, n° 88; Borda Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, "Sucesiones", Bs. As., 1958, t. II, n° 904.

⁽¹⁷⁾ Machado José Olegario, *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*, Bs. As., 1901, t. IX, pág. 369.

una obligación más que un derecho, y el no cumplimiento de ella puede llevar a su pérdida, con lo cual si la patria potestad fue una de los pilares sobre los que asentó la libertad de testar, en los días presentes ha perdido su significado original, aún en mayor grado que el del dominio. b) También lo fundan en el "robustecimiento de la autoridad paterna" al hacer a los hijos más sumisos y obedientes, no por temer que sus padres no le dejen la herencia, sino por el cariño y respeto que se merecen; pero de este modo se llegaría a una autoridad paterna despótica que podría disponer de bienes que contribuyó a formar toda la familia; además, la obediencia de los hijos podría estar basada sólo en el interés; y, por otra parte, el hijo, al no saber si el padre le ha de dejar alguna porción de su patrimonio, comienza a trabajar por su cuenta, en lugar de hacerlo con su padre, con lo cual podría aumentar la riqueza de la familia. c) Otro argumento moral es la "voluntad del causante", y que, como hemos visto (ver *supra* n° 1), ha servido de base para que la doctrina clásica sostuviera que la transmisión intestada interpretaba la voluntad del causante en el caso de que no existiera testamento, pues sí lo hubiere tendríamos que atenernos a sus disposiciones; mas esta interpretación ha perdido su importancia, considerándose que la sucesión intestada se basa en un deber personal y social, a la vez, del causante hacia sus parientes, que ya la encontramos en el Derecho romano cuando disponía que el testamento del causante no podía prescindir del orden hereditario.

El *económico* comprende también varios argumentos: a) "Impide la subdivisión excesiva de la propiedad" que se produce al fallecer el causante y dividirse entre sus herederos el bien inmueble, tornando su explotación antieconómica; dejando de lado que en nuestro país ese argumento no pesa, sino todo lo contrario, pues facilitaría la parcelación de los latifundios, tenemos que el remedio no consistiría en eliminar la institución de la legítima; lo que se debería hacer es modificar y perfeccionar las normas sobre la partición, sin considerar el hecho de que los propios legitimarios procederán a enajenar ese bien si consideran que su explotación, en forma dividida, sería irracional. b) "Remedia la crisis de la natalidad", pues muchos padres, en el interés de que se conserve intacto el patrimonio de la familia, que puede provenir de varios siglos, deciden no tener más que un hijo, pues de tener más se causaría la división de los bienes; amén de que en el mundo se observa que ocurre lo contrario: con excesiva natalidad, los casos en que se produce el control de la natalidad no tienen nada en común con la legítima, ya que se deben a otras causas, tales como el deseo de vivir mejor durante la vida, y no en conservar los bienes para después de muerto, o a la crisis de alimentos que está experimentando el orbe. e) "Favorecer la estabilidad y cohesión de la familia", al poder el causante disponer de sus bienes en favor de la persona que él considere más apta para conservar el rango social de la familia; con este criterio volveríamos a instituciones superadas, tales como la primogenitura, contrariando todos los principios democráticos que nos rigen. d) "Distribución de la herencia en proporción a las aptitudes de cada hijo": siendo el padre quien mejor conoce a sus hijos, a él le corresponde el derecho de distribuir sus bienes en la forma que considere más conveniente; ello podría dar lugar a abusos, pues generalmente esa repartición se hace en los últimos momentos de la vida, que es cuando la captación de la voluntad actúa con mayor vigor; además, el artículo 3480 dispensa de la colación a los gastos que los padres hicieren para dar educación a sus hijos y prepararlos para ejercer una profesión o arte, lo cual puede implicar grandes desembolsos que permiten una justificada y equitativa distribución, sin que se afecte la institución de la legítima. e) "impulsa el trabajo", ya que al saber el hijo que no tiene ningún derecho a los bienes que su padre ha adquirido, trabajará para tratar de formarse una posición social como la adquirida por su padre, con lo cual favorecerá también a la sociedad; es refutable este argumento, porque más conveniente sería que el hijo trabajara con su padre para aumentar la riqueza de la familia y estrechar el vínculo familiar, y no que trabaje por su cuenta, desintegrando el núcleo primario de la sociedad y su patrimonio.

Argumentos en favor de la legítima: También procederemos a su agrupamiento, y esta vez en morales, sociales y políticos.

Con el argumento *moral* se considera que el lazo de sangre existente entre personas de estrecho parentesco hace nacer obligaciones sancionadas por la ley, de tipo patrimonial, con el objeto de proteger la familia, tales como la de prestarse ayuda recíproca. Si ellas existen en vida con la prestación de alimentos, ¿por qué dejarla de cumplir al fallecer, si el patrimonio del causante se conserva intacto? Con mayor razón debe aceptarse la respuesta afirmativa al considerar que esta prestación que surge luego de la muerte no merma el patrimonio de un ser

viviente. A esta obligación se la llama legítima, y tiene una extensión menor que la del crédito por alimentos otorgada en vida del titular. Es un deber natural cumplir con ella, sea la piedad filial o el afecto paternal.

El *social* toma en cuenta que la familia es el elemento primordial de la sociedad, y que la agrupación de ellas forman la nación. Entonces es imprescindible mantenerla y garantizar su prosperidad, y para ello una de las instituciones más eficaces es la legítima, que asegura la buena organización de la familia y su estabilidad. También se estima el argumento de la participación de la familia en la formación del patrimonio, pues ocurre muy a menudo que los bienes de una familia se han conseguido gracias al esfuerzo de todos sus integrantes y no al de uno sólo; en consecuencia, sería injusto que éste despojara a aquéllos de todos sus derechos.

El *político* parte de la base de que una justa distribución de la riqueza influye en forma extraordinaria en la organización política de una nación. Esa igualdad que crea la legítima está de acuerdo con los principios de la democracia y se conforma con las instituciones republicanas en mucho mayor grado que la libertad de testar. Pues ésta facilita las distribuciones arbitrarias y la conservación intacta de grandes patrimonios, tales como el latifundio, a través de las generaciones, favoreciendo los mayorazgos y la formación de una sociedad aristocrática, incontestablemente contraria al pensar de nuestro pueblo, sus-tentado desde su emancipación en los principios democráticos.

Estas razones fueron las que inclinaron a nuestro codificador a adoptar el sistema de la legítima, pero al hacerlo se propasó en su defensa, en forma tal que los propios sostenedores de la misma consideran que debe menguarse la misma con el corolario de acrecer la porción disponible (ver *infra* cap. III).

14. *Ubicación sistemática. Fuentes. Leyes complementarias.* Nuestro Código civil, como la generalidad de las legislaciones, se refiere a la legítima dentro del estudio de las sucesiones.

A éstas les dedica, dentro del Libro IV, la sección primera: "De la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondían", consagrándole a la legítima el título X, bajo la leyenda: "De la porción legítima de los herederos forzosos", comprendiendo los artículos 3591 a 3605 inclusive.

En el artículo 3591 nos da un concepto general de la institución. Los artículos 3592 al 3597 tratan de los legitimarios. Se encaminan a la defensa de la legítima los artículos 3598 al 3601, 3603 y 3604. El artículo 3602 prescribe la forma de determinar la legítima, coadyuvando a la misma los artículos 3593, 3603 y 3604. Por último, el artículo 3605 dispone sobre la porción disponible.

Algunos de esos artículos fueron anotados por el codificador, y de ellos surgen las diversas fuentes tomadas en consideración.

El Código francés es citado cuatro veces (artículos 791, 920, 917 y 918) en las notas a los artículos 3599, 3601, 3603 y 3604; Las Partidas, en tres oportunidades (Partida 6: título I, ley 17, título IV, ley 11, título VIII, ley 5), en las notas al 3598 y 3600; Troplong, en dos ocasiones (comentarios a los artículos 916 y 917 del Código francés), al anotar el codificador los artículos 3598 y 3603; el Código romano (Libro III, título XXVIII, ley 35) y las Institutas (Libro II, título XVIII, párrafo 3), una vez cada uno en las notas a los artículos 3599 y 3600, respectivamente; también son mencionados en una oportunidad: Demolombe (tomo I, número 93), el Código de Nápoles (artículo 836) y el Proyecto de García Goyena (artículos 643 y 649, sus notas y la del 954), en las notas a los artículos 3598, 3599 y 3602, respectivamente.

Con posterioridad a la sanción del Código civil se han dictado diversas leyes que directa o indirectamente han complementado el sistema de la legítima. Tales como la 13.252 (artículos 12 y siguientes), sobre adopción de menores; la 14.024, acerca de la prohibición hereditaria respecto a los hijos naturales; la 14.237 (artículos 89 y 99), referente a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, y la 14.394 (artículos 51 y siguientes), en lo tocante a las modificaciones al régimen de los menores y de la familia.

15. *Naturaleza.* Problema de indudable importancia, por sus efectos, es el que importa la dilucidación de la naturaleza de la legítima, ya que, según sea el punto de vista que se adopte, las consecuencias serán diferentes en variados aspectos.

Nuestro codificador no ha contribuido a la aclaración de la misma, pues en el Código civil encuentran puntos de apoyo los dos sistemas que desde hace siglos divergen sobre la

naturaleza jurídica de la legítima. Es decir, el que la considera como "parte de los bienes o *pars bonorum*", y que la conceptúa como "parte de la herencia o *pars hereditatis*".

El primero, que deriva del Derecho romano, acepta que en caso de renuncia a la herencia se conserve el derecho a la legítima, porque ambos derechos son independientes.

En cambio, el segundo, que viene del Derecho germánico, señala que si se pierde el derecho a la herencia, sea por renuncia, sea por otras causas, como lógica consecuencia desaparece el derecho a la legítima. O sea, sostiene la identificación entre ambos derechos.

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*.

Y manifestamos que en nuestro Código han encontrado sustento los partidarios de ambas teorías, debido a la diversidad de fuentes tomadas como vimos anteriormente (ver *supra* n° 14). Así, cuando sigue al Código francés, en términos muy generales, podemos decir que adopta el sistema de la *pars hereditatis*, y cuando sigue a Goyena, el de la *pars bonorum*.

El artículo base sobre el cual han discrepado las dos teorías, en nuestra doctrina, es el 3354⁽¹⁸⁾, que precisamente no está en el título de la legítima. En su redacción clara y determinada se asienta la teoría de la *pars bonorum*. En tanto que los partidarios de la *pars hereditatis* consideran que como el mismo se aparta de otras disposiciones legales, dificultando el concepto que ellos dan de la legítima, debe tenérselo por no escrito.

Para su explicación debemos distinguir previamente dos períodos en nuestra doctrina. El inicial corresponde al siglo pasado, y comprende a los primeros comentadores de nuestro Código, quienes, ateniéndose al criterio de interpretación de aquella época, lo hacían basándose en la exégesis de la ley. Así tenemos a Segovia, Llerena y Machado, aunque este último aplicó también el método lógico. Por su forma de interpretar cada artículo por separado, admitían el artículo 3354 y su consecuencia básica, la de que el renunciante al derecho a la herencia conserva el derecho a la legítima. De ese modo aceptaban tácitamente el sistema de la *pars bonorum*. Mas aclaramos que si bien en Llerena y Machado se puede admitir sin limitación la concepción que establecemos, no ocurre lo mismo con Segovia⁽¹⁹⁾, pues en su nota al artículo 3354 expresa que el legitimario renunciante está en el deber de colacionar, lo cual implicaría otorgarle la calidad de heredero, y en el artículo 3591 cuando asevera que la legítima es una "fracción de la herencia".

En el segundo período encontramos a los comentaristas de este siglo, los cuales, comenzando a utilizar métodos de interpretación más modernos, estudian integralmente las disposiciones del Código, y se preguntan, ante la aparente falta de adopción expresa del codificador sobre alguno de los sistemas clásicos, cuál de ellos siguió el Código civil. Allí comienzan las divergencias doctrinarias, pues en tanto unos sostienen que es el de la *pars bonorum*, otros manifiestan que es el de la *pars hereditatis*, habiendo surgido asimismo criterios transaccionales.

Expondremos a continuación los argumentos en que se basan ambos sistemas:

1. *Pars hereditatis*. La sostienen Blousson⁽²⁰⁾, Bibiloni, Fornieles, Borda, encontrando en la jurisprudencia un gran aporte con el fallo plenario del año 1953⁽²¹⁾.

Consideran que de los artículos del Código surge la conclusión de que el sistema adoptado es el de la *pars hereditatis*. Encuentran como inconveniente sólo el artículo 3354, y proponen su derogación, por contradecir toda la sistemática de la ley.

Motivos de apoyo:

a) El título X de la sección primera, del libro IV del Código civil, que es objeto del presente estudio, está encabezado por la leyenda "De la porción legítima de los herederos forzosos". Al referirse expresamente a los herederos forzosos, una de las especies de sucesores está

⁽¹⁸⁾ Artículo 3354: "Los que tengan una parte legítima en la sucesión pueden repudiar la herencia sin perjuicio de tomar la legítima que les corresponda".

⁽¹⁹⁾ Segovia Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Bs. As., 1881, t. II, nota al artículo 3356.

⁽²⁰⁾ Blousson Silvestre H., *La acción de reducción*, tesis, Bs. As., 1902.

⁽²¹⁾ Cám. Civ. en pleno, 10-8-1953, en J. A.-1953-IV-15, estableciendo que quien es titular de la porción legítima en una sucesión lo es en su calidad de heredero del causante y tiene derecho a que se lo declare tal si fue omitido por éste en su testamento.

suponiendo que para tener derecho a la legítima debe poseerse necesariamente la condición de heredero.

b) La definición que nos da el Código en el artículo 3591 de la legítima, al considerarla un derecho de sucesión limitada a "determinada porción de la herencia", consagra expresamente el sistema de la *pars hereditatis*.

c) El artículo 3353 dispone que "se juzga al renunciante como no habiendo sido nunca heredero, y la sucesión se difiere como si el renunciante no hubiere existido"; se demuestra con él que el Código sostiene la teoría de la *pars hereditatis*, pues al renunciante se le considera como si nunca hubiese sido heredero. Esta disposición se ve consolidada por las notas a los artículos 3348 y 3353, que expresan, respectivamente: "que el heredero que renuncia nunca ha sido heredero, y por consiguiente los que sean llamados después de él o al mismo tiempo que él son reputados haber sido siempre los únicos herederos", y "considerado el renunciante como si siempre hubiese sido extraño a la sucesión, no debe soportar ninguna carga ni obtener ningún beneficio".

d) Completa el argumento anterior el artículo 3355, al establecer: "El heredero que renuncia a la sucesión 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 que la ley asigne al testador." O sea que en caso de que el renunciante haya sido beneficiado con donaciones o legados, sólo se le permite retenerlos en tanto no excedan la porción disponible, por ser su situación similar a la de un extraño. Y así dicen que de aceptarse la aplicación del artículo 3354, él sería incongruente con el 3355, pues los herederos forzosos tienen obligación de colacionar las donaciones que recibieron sin dispensa, en tanto que ello no rige para los renunciantes, según el artículo 3355; de otro modo, permitiendo al legitimario renunciante que ha recibido donaciones, que tomara ambas, e imputara estas últimas a la cuota disponible, se alterarían las normas establecidas para la colación en los artículos 3476 y siguientes. Este argumento tiene estrecha relación con el problema de la acumulación que se planteó en el Derecho francés (ver *infra* n° 19).

e) Los artículos 3549 y 3554 y la nota a este que disponen respectivamente: "La representación es el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre o madre en la familia del difunto, a fin de suceder juntos en su lugar a la misma parte de la herencia a la cual el padre o la madre habrían sucedido"; "No se puede representar sino a las personas muertas, con excepción del renunciante de la herencia, a quien, aun vivo, pueden representarlo sus hijos"; y "Teniendo la representación por efecto poner al representante en el lugar del representado, es claro que este lugar debe estar libre y vacante..." De estas disposiciones los sostenedores del sistema de la *pars hereditatis* extraen la conclusión de que si el renunciante podría tomar la legítima, el derecho de representación establecido por el artículo 3554, en la práctica no tendría aplicación en el supuesto de que el causante hubiera dispuesto la porción disponible. Es decir, se afectaría el derecho de representación.

f) También hacen jugar el artículo 3317, que dice: "La aceptación o la renuncia, sea pura y simple, sea bajo beneficio de inventario, no puede hacerse a término, ni bajo condición, ni solo por una parte de la herencia. La aceptación o la renuncia hecha a término y sólo por una parte de la herencia equivale a una aceptación íntegra. La aceptación hecha bajo condición se tiene por no hecha." Establece expresamente que la aceptación o renuncia no puede hacerse por una parte, y ello ocurriría en caso de que el renunciante aceptara la legítima y rechazara el resto, configurando de ese modo una aceptación parcial que contraría el precepto de la ley.

Por todos estos argumentos resuelven los sostenedores de la teoría de la *pars hereditatis* que la disposición del artículo 3354 debe tenerse por no escrita ⁽²²⁾ pues contradice a ellos, y es incongruente con lo establecido respecto a la colación y al derecho de representación. Además, en el caso de que se hiciera valer como argumento en defensa del artículo 3354 el de que este serviría para el puesto del legitimario que quiere recibir la legítima libre de toda carga, y ésta estuviere gravada por disposiciones testamentarias, ella sería inútil ante lo preceptuado expresamente por el artículo 3598, que prohíbe gravar la legítima.

⁽²²⁾ Blousson, *op. cit.*, págs. 38 y sigs.; Fornieles, *op. cit.*, t. I, n° 107, pág. 169 y sigs.; Borda, *op. cit.*, t. I, n° 275, y t. II, n° 911.

II. Pars bonorum. La apoyan Rébora-Grünberg ⁽²³⁾, Prayones, Arias ⁽²⁴⁾, Laje ⁽²⁵⁾, Guaglianone ⁽²⁶⁾ y Molinario ⁽²⁷⁾. Asimismo nuestra opinión se inclina por esta teoría.

Parten de la base de que el artículo 3354 tiene plena vigencia, y que es una consecuencia del sistema de la *pars bonorum*, consagrado por el codificador.

Motivos de apoyo:

a) El artículo 3591, al expresar que la legítima es "un derecho de sucesión", no admite el sistema de la *pars hereditatis*, pues la calidad de sucesor no la refine solo el heredero, aun dejando de lado las transmisiones entre vivos, que comprende al comprador, donatario, cesionario, etc., ya que en las transmisiones por causa de muerte revisten también el carácter de sucesor el legatario y el legitimario. Así podemos decir que sucesor es la persona a quien se transmitió el derecho de otra, de tal manera que en adelante pueda ejercerlo en su propio nombre, sea a título universal, sea a título particular (argumento artículo 3262). De modo que la legítima puede ser un derecho de sucesión sin ser un derecho hereditario.

Respecto a la frase del mismo artículo: "limitado a determinada porción de la herencia", debe entenderse que se refiere a determinada porción del monto de la herencia, o sea a un derecho de sucesión cuyo monto se determina en cada caso según una proporción que tiene por base el monto de la herencia. Sin que sea forzoso que recaiga sobre bienes hereditarios.

b) Por si el argumento anterior no alcanzare para desvirtuar el significado que al artículo 3591 dan los partidarios de la *pars hereditatis*, se encuentra en el artículo 3714, expresa consagración del sistema *pars bonorum*, al disponer: "Son herederos forzosos, aunque no sean instituidos en el testamento, aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos sin justa causa de desheredación", con lo cual establece que la legítima recae sobre una porción de los bienes del difunto. De este modo se neutraliza la interpretación que sobre el artículo 3591 dan los sostenedores del criterio de la parte de la herencia.

c) Para terminar con la divergencia acerca del artículo 3591 se sostiene que esa definición, como todas las definiciones, es impropia de un Código, y así lo dice el propio codificador en la nota al artículo 495. Y cabe agregar, por último, que una definición generalizada no puede prevalecer sobre una disposición expresa como la del artículo 3354.

d) Acerca de las disposiciones sobre la renuncia, se sustenta que ellas son generales para cualquier clase de heredero renunciante, pero que respecto al legitimario ella se limita a la porción disponible de la cual se considerará que nunca ha existido. Y así sean sus sustitutos, los que vienen por derecho de representación (arts. 3549 y 3554) o coherederos (3353 y notas al 3348 y 3353) el ejercicio de sus derechos se verá limitado a la cuota disponible, salvo que el legitimario haya renunciado también a la legítima. Ello es así porque el derecho del legitimario renunciante es anterior al que corresponda a los representantes o coherederos, que tienen un derecho posterior y condicionado.

e) Respecto al artículo 3317 que utilizan los partidarios de la *pars hereditatis*, se responde que encierra una petición de principios, pues da por probado precisamente lo que está en discusión.

f) En lo referente al artículo 3355, no lo consideran aislado del artículo 3354, como lo hacen los partidarios del otro sistema, y así consideran que ambos deben coordinarse ⁽²⁸⁾. Estos artículos son los que precisamente permiten en nuestra legislación la adopción del sistema de la "acumulación" de la porción legitimaria (por el art. 3354) y de las donaciones que no afectan la porción disponible (por el art. 3355); doctrina que en el Derecho francés es repudiada por falta

⁽²³⁾ Rébora, Juan Carlos, y Grünberg, Carlos M., *Cinco estudios de derecho sucesorio*, Bs. Aires, 1930, pág. 121 y sigs.

⁽²⁴⁾ Arias, José, *Derecho sucesorio*, 2ª edición, Bs. Aires, 1950, pág. 109 y sigs.

⁽²⁵⁾ Laje, Eduardo Jorge, *La protección de la legítima*, tesis, Bs. Aires, 1949, n° 1 y sigs.

⁽²⁶⁾ Guaglianone, Aquiles Horacio, *La condición del legitimario no heredero*, Bs. Aires, 1957.

⁽²⁷⁾ Molinario, Alberto D., "Inconstitucionalidad del monto de las cuotas legitimarias", en *La Ley*, t. 90, pág. 922 y sigs., nota 34.

⁽²⁸⁾ Sobre la base de estos artículos, Lafaille realiza una construcción *sui generis* para su coordinación, considerando que el renunciante debe formular reserva de la legítima al renunciar a la herencia. Si no la dejare sentada, se entenderá que renunció tanto a la herencia como a la legítima. (*op. cit.*, t. II, n° 203). No aceptamos esta interpretación transaccional por apartarse de la ley al contrariar expresamente el art. 3317, que no admite las renunciaciones sujetas a condiciones. Bibiloni sigue idéntico criterio (ver *infra*), pero al establecerlo palmariamente en la ley, no se hace acreedor a la crítica que formulamos a Lafaille.

del texto expreso del artículo 3354, luego de una evolución jurisprudencial en la cual en algunos momentos se aceptó la teoría de la acumulación (ver *infra* n° 19). En nuestro Derecho sólo se presentaría la no acumulación cuando amén de repudiarse la herencia se haga abstención de tomar la legítima.

Sobre la base de estos artículos, Lafaille realiza una construcción *sui géneris* para su coordinación, considerando que el renunciante debe formular reserva de la legítima al renunciar a la herencia. Si no la dejare sentada, se entenderá que renunció tanto a la herencia como a la legítima. (*op. cit.*, t. II, n° 203). No aceptamos esta interpretación transaccional por apartarse de la ley al contrariar expresamente el art. 3317, que no admite las renunciaciones sujetas a condiciones. Biliboni sigue idéntico criterio (ver *infra*), pero al establecerlo palmariamente en la ley, no se hace acreedor a la crítica que formulamos a Lafaille.

g) El artículo 3600 al establecer que: "El heredero forzoso, a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, sólo podrá pedir su complemento" confirma la adopción del sistema de la *pars bonorum*, pues si la sola transmisión a título gratuito excluye la posibilidad de impugnar el testamento, quiere decir que no es necesario al legitimario, que se le reconozca el carácter de heredero. Lo que interesa es que se le asigne una porción de los bienes, sin importar si se lo nombra o no heredero. Y sólo en el caso de que hubiere sido preterido totalmente, podrá utilizar el artículo 3715, que le permite impugnar la institución de heredero, no porque se afectó el derecho de ser heredero, sino porque no se recibió los bienes que integran la legítima. Pero repetimos que este derecho sólo lo tiene cuando ha sido omitido totalmente en las disposiciones testamentarias. En cambio si recibió algún bien gratuitamente, por cualquier título, comienza a jugar el artículo 3600 que garantiza el pago de una verdadera deuda de la naturaleza ⁽²⁹⁾.

h) El artículo 3352 al disponer: "Los acreedores autorizados a ejercer los derechos sucesorios de su deudor, no son herederos del difunto y no pueden ser demandados por los acreedores de la herencia. Todo lo que quede de la porción del renunciante, o de la herencia misma, después del pago a los acreedores del heredero, corresponde a sus coherederos, o a los herederos de grado sub-siguiente. Ni unos ni otros pueden reclamar del renunciante el reembolso de las sumas o valores pagados a sus acreedores" da otro argumento que consolida la posición de los sostenedores de la *pars bonorum*, pues el último párrafo del artículo, consagra un beneficio para el renunciante ⁽³⁰⁾, que equivale aun para los partidarios de la *pars hereditatis* una aceptación parcial ⁽³¹⁾. De ese modo no se produce una desvinculación total del renunciante con respecto a la herencia.

i) Ultimamente Guaglianone en su opúsculo "La condición del legitimario no heredero" ha dado un gran aporte al esclarecimiento de esta cuestión al sostener con nuevos argumentos la posición de que nuestro Código ha seguido el sistema de la *pars bonorum*.

Así partiendo de la base que el sistema de la *pars hereditatis* supone: a) Una transmisión hereditaria; b) un heredero; y c) un derecho sobre los bienes hereditarios mismos, en especie; concluye afirmando que la legítima de nuestro Código, excluye la necesidad de todas y cada una de esas condiciones. Por lo tanto no se la puede calificar de *pars hereditatis*, y demuestra por qué no son necesarias ninguna de esas tres condiciones en nuestro Código:

1) No es necesaria una transmisión hereditaria, pues cabe concebir el derecho a la legítima sin que haya herencia. Da como ejemplo el caso en que un año antes de morir el causante beneficie a un extraño con una donación de \$ 100.000 que comprende todos sus bienes presentes. Al fallecer no deja ni bienes ni deudas. Según el artículo 3602 el haber hereditario es de \$ 100.000, habiendo descendientes legítimos, la porción legitimaria es de cuatro quintos, o sea \$ 80.000, para su defensa ejercerán la acción de reducción contra el donatario. De ese modo no ha habido transmisión hereditaria, pues ni los bienes donados ni la acción de reducción integraba el patrimonio transmisible al fallecer el causante; además la donación era irrevocable

⁽²⁹⁾ Este argumento, como el próximo, son estudiados en forma muy precisa por Laje, *op. cit.*, n° 43 y sigs., y n° 56 y sigs.

⁽³⁰⁾ De esta forma nuestro Código decidió que los otros herederos no pueden reclamar nada al renunciante. En cambio, en la doctrina francesa, a falta de esa frase expresa, se plantea el problema de si el coheredero puede o no reclamar al renunciante la parte pagada a los acreedores; los dos criterios tienen sus partidarios.

⁽³¹⁾ Fornieles, *op. cit.*, t. I, n° 106.

respecto al donante. Entonces tenemos que no hay una *pars hereditatis* sino una *pars donationis* o sea una porción de los bienes de un extraño.

2) No es necesario que el legitimario sea heredero: Prescindiendo del artículo 3354 que vendría a ser la consecuencia, lo explica con otros textos. Así hace jugar al artículo 3600 que permite que la Legítima se tenga por cualquier título (ver argumento g), pero eso sí, siempre libre, es decir sin gravámenes ni condiciones. Por ejemplo el caso en que el causante deja a su hijo una finca en pago de la legítima, disponiendo para los restantes bienes, que se distribuyan entre sus dos hermanos. Al no instituir herederos no se puede aducir preterición, y así se establece la masa del artículo 3602 para saber si la finca, colma o no la legítima. Si ello es así, deberá el hijo conformarse con el legado, sin que sea necesario tomar el título de heredero ab intestato. Y si no alcanzase a cubrir la porción legitimaria, tendrá derecho a utilizar la acción de complemento establecida por el artículo 3600, alegando su simple título de legitimario, sin tener que asumir la posición de heredero aceptante.

3) No es necesario que la legítima se integre con bienes hereditarios: Como la acción de reducción es personal (ver *infra* n° 48), al atacar una donación, el donatario puede detenerla pagando con dinero propio al legitimario, quedando demostrado de ese modo la tercera afirmación. Pero el artículo 3955 al establecer el carácter reivindicatorio de la acción de reducción dificulta esta aserción, por lo cual Guaglianone recurre a otras disposiciones; así en la colación al fijarse que el legitimario que ha recibido en vida del causante, donaciones, debe colacionarlas no exige que se reintegren los mismos bienes hereditarios, ya que sólo dice que deben reunirse los "valores" dados en vida (artículo 3477) y Vélez lo confirma en la nota a dicho artículo. Con un ejemplo aclara esta situación: el causante donó en vida a un hijo una finca valuada en \$ 200.000, al fallecer deja tres hijos y sólo \$ 100.000; de acuerdo con el artículo 3602 forman la masa \$ 300.000, por lo cual el hijo donatario debe colacionar \$ 60.000, pues la legítima es de \$ 240.000 y la de cada hijo de \$ 80.000. Esa colación la hará en dinero, y no en el bien hereditario.

16. *Inviolabilidad de la legítima.* Siendo la legítima un derecho concedido por la ley, ella debe hacerse acreedora de defensas, porque si no sería meramente un principio doctrinario, susceptible de ser dejado sin efecto o menguado por la voluntad del causante.

Si se la mantiene intangible frente a las disposiciones que realice el difunto sobre su monto, también lo debe ser con respecto a los gravámenes o condiciones que se le establezcan. De este modo se prohíbe que in-directamente se llegue al resultado de afectar la integridad de la porción legitimaria.

Es el artículo 3598 de nuestro Código, el que garantiza ese derecho al disponer: "El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este Título. Si lo hiciere se tendrán por no escritas" ⁽³²⁾.

Con ello se reprodujo la regla del Derecho romano *justineaneo* que consideraba como no escritas las cláusulas que afectaren la legítima ⁽³³⁾. Idéntica norma se aplicó en el Derecho germánico y en el antiguo español, donde la Partida VI, título I, ley XVII disponía que los hijos debían recibir la legítima "libre, e quita; sin embargo sin agraviamiento, e sin ninguna condición".

Así nuestro Código aplica la sanción de tenerlas por no escritas a las disposiciones indirectas, que sin afectar en sí el monto de la legítima, la sujetan a condiciones suspensivas o resolutorias, o a plazos ciertos o inciertos del mismo carácter, o a cargos. En cambio si se menoscaba la legítima di-rectamente por disposiciones gratuitas, sea *inter vivos*, sea mortis causa, entran a actuar las acciones previstas en los artículos 3600 y 3601: de complemento y de reducción (ver *infra*, cap. V).

El artículo que tratamos se refiere a las condiciones posibles y permitidas por las buenas costumbres, pues en caso de que no lo sean, rige el artículo 3608 que anula totalmente la disposición, sin limitarse sólo a la condición: "En las disposiciones testamentarias, toda

⁽³²⁾ En el caso de que las condiciones impuestas por el testador comprendan tanto a la porción disponible como a la legítima; ellas serán válidas respecto a la primera y no en cuanto afecten a la porción legitimaria.

⁽³³⁾ Con anterioridad a Justiniano, la cláusula que imponía cargas o condiciones a la legítima, daba lugar a que se promoviera la querrela inoficiosa, por medio de la cual se hacía caer todo el testamento.

condición o carga, legal o físicamente imposible, o contraria a las buenas costumbres, anula la disposición a que se halle impuesta".

Pero puede ocurrir que el testador imponga una condición o un cargo a alguno de los bienes que constituyen la legítima, beneficiando al mismo tiempo al legitimario perjudicado con todo o parte de la porción disponible, con la condición de que acepte el gravamen. Esta cláusula que es conocida con el nombre de *Cautela Socini* ⁽³⁴⁾, ha planteado el problema de saber si es o no válida. La respuesta es evidentemente afirmativa, pues la prohibición del artículo 3598 está destinada a proteger el interés privado de los legitimarios ⁽³⁵⁾. Y si éstos consideran que conviene más, aceptar la cláusula, por el hecho de obtener la porción disponible, a esa voluntad habrá que atenerse. Según las circunstancias el legitimario decidirá qué le conviene más: si someterse a la carga y recibir la porción disponible, o recibir la legítima plena y libre perdiendo el legado de la cuota disponible.

En el caso del padre que realiza la partición de bienes por donación o testamento, por los artículos 3514 y 3523 ⁽³⁶⁾ le es permitido adjudicarlos y dividirlos en la forma que considere más conveniente, en tanto no afecte las porciones legítimas de sus hijos. Se admite dicha solución, pues una cosa es el derecho mismo, y otra la forma o manera de hacerlo efectivo ⁽³⁷⁾.

En dicha partición el ascendiente pudo imponer a un fundo dejado a un heredero, una servidumbre a favor de otro fundo de otro coheredero o de un extraño. Si el que queda con el predio sirviente se siente perjudicado, debido a que el menor valor afecta su legítima, podrá reclamar, pero no dejar sin el efecto la servidumbre (artículos 2973 y 2996) ⁽³⁸⁾.

Para el caso de constitución de un usu-fructo, el artículo 3603 da una solución expresa (ver *infra* n° 39).

El Código en su artículo 3590 y la ley de matrimonio civil en sus artículos 115 y 116 ⁽³⁹⁾, establecen un supuesto legal de limitación a la plena propiedad de la legítima que no depende de la voluntad del testador; ello sucede con los bienes reservables que aun cuando forman parte de la legítima del padre viudo que ha vuelto a casar, quedan indisponibles en su poder, para que a la muerte de él, lo hereden respecto a esos bienes que recibió del hijo premuerto, sólo los hijos del primer matrimonio y no los del segundo.

En nuestra jurisprudencia se encuentra gran cantidad de fallos en los que se ha defendido la inviolabilidad de la legítima. Así se ha resuelto que si una cláusula del testamento autorizase al albacea u otra persona para administrar y ocupar los bienes comprendidos en la legítima, dicha disposición sería nula, pudiendo los legitimarios entrar inmediatamente en la administración de los bienes ⁽⁴⁰⁾. También se falló que el testador no puede privar al padre del legitimario menor de edad de la administración y usufructo de los bienes comprendidos en la legítima ⁽⁴¹⁾; esta situación sucede cuando el abuelo testador, cuya hija falleció, trata de privar de todo derecho a su yerno, sobre los bienes que deja a los nietos. Asimismo se ha resuelto que la legítima le viene al heredero de la ley, no de la voluntad del causante, contra la cual precisamente ha sido creada; y que ella es un derecho personal del heredero, en ejercicio del cual está autorizado para atacar los actos del causante que la comprometan, aunque por otra parte sea el continuador y

⁽³⁴⁾ Porque Marianus Socinus, que falleció en 1556, fue el Primero que se pronunció por su validez.

⁽³⁵⁾ Conforme: Laje, *op. cit.*, n° 84 y sigs.; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 907.

⁽³⁶⁾ Artículo 3514: "El padre y madre y los otros ascendientes pueden hacer por donación entre vivos o por testamento la partición anticipada de sus propios bienes entre sus hijos y descendientes, y también, por actos especiales, de los bienes que los descendientes obtuviesen de otras sucesiones". Art. 3523: "La partición por donación debe hacerse en las formas prescriptas para las demás donaciones de esa clase".

⁽³⁷⁾ Conforme: Fornieles, *op. cit.*, t. II, n° 91.

⁽³⁸⁾ Conforme: Llerena, *op. cit.*, t. IX, pág. 538.

⁽³⁹⁾ Art. 3590: "Si a la muerte del padre o de la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos del primer matrimonio, aunque existan herederos, éstos no tienen ningún derecho a su-ceder en los bienes reservados". Art. 115: "El viudo o viuda que teniendo hijos del precedente matrimonio, pase a ulteriores nupcias, está obligado a reservar a los hijos del primer matrimonio, o a sus descendientes legítimos, la propiedad de los bienes que por testamento o ab intestato hubiese heredado de alguno de ellos, conservando sólo durante su vida el usufructo de dichos bienes". Art. 116: "Cesa la obligación de la reserva si al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos de ellos, aun cuando existan sus herederos".

⁽⁴⁰⁾ Cám. Civ. 2ª Cap. 15-11-1926 y 9-11-1947, en t. 23-224, y J. A., 1947-III-528, respectivamente. Cám. Nac. Civ. "D", 29-6-1954, en L. L., t. 75-51.

⁽⁴¹⁾ Cám. Civ. Cap., Sala B, 13-7-1953, en L. L., t. 71-725, y J. A., 1954-I-260.

representante de su persona; además que el heredero cuando obra en defensa de su legítima es un tercero con respecto a su autor ^(42 y 43)

Por último, debemos mencionar a la ley 14.394, que en sus artículos 51 y siguientes ha modificado en parte el principio de la inviolabilidad de la legítima al autorizar al testador que imponga a sus legitimarios la indivisión de todos los bienes, por un plazo no mayor de diez años; siendo susceptible de extenderse de existir menores ⁽⁴⁴⁾. Esta alteración a la integridad de la legítima, se realizó con el fin de proteger a la familia, con lo cual una vez más notamos la íntima relación entre las instituciones sucesión –en nuestro caso legítima– y familia a que aludimos al comenzar este trabajo.

17. *Irrenunciabilidad de la legítima futura.* A. *Noción:* En el antiguo Derecho francés se tendía a asegurar a los hijos varones la porción más importante de la sucesión, por ello es que para excluir a las hijas del acervo hereditario, se tenía por costumbre hacerlas renunciar a su derecho sucesorio, con anterioridad a la muerte del causante. Como esta renuncia era nula, se la consolidaba con un juramento al cual el Derecho canónico le daba efectos válidos. Este uso que en un principio sólo se aplicó a los países de derecho consuetudinario, fue admitido luego en los de derecho escrito, llegándose hasta subentenderlo en los contratos de matrimonio.

Producida la Revolución Francesa, con sus ideales de igualdad, se abrogó esa costumbre, y en el Código Napoleón una disposición expresa, el artículo 791, invalidó esa renuncia, al declarar que ni aún en el contrato de matrimonio se podía renunciar a la su-cesión de una persona viviente, ni enajenar los derechos eventuales que se pueda tener a esa sucesión.

Vélez Sársfield al redactar nuestro Código, tuvo en cuenta esa disposición y así estableció en el artículo 3599: "Toda renuncia o pacto sobre la legítima futura entre aquellos que la declaran y los coherederos forzosos, es de ningún valor. Los herederos pueden reclamar su respectiva legítima; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por el contrato o renuncia". En la nota al artículo indica como fuente al artículo 791 del Código francés, aunque por la forma en que está redactado fue tomada del Proyecto de Goyena, artículo 646.

Con esa norma la ley ha establecido otra defensa de la legítima, consistente en la prohibición de renunciarla para el futuro.

B. *Fundamentos:* Sobre la razón de ser de esta disposición difieren los autores, según el concepto que tienen acerca de la naturaleza de la legítima.

⁽⁴²⁾ Sup. Corte Mendoza, Sala I, 8-7-1960, en L. L., 105-465.

⁽⁴³⁾ En otros fallos se ha resuelto: Que sólo tiene eficacia en lo que a la porción disponible del testador se refiere, la disposición según la cual los bienes que reciba su heredera legitimaria no podrá administrarlos su marido (Cám. 1ª, La Plata, 6-6-1924, en J. A., t. 13-253); que carece de efectos con respecto a los legitimarios la cláusula por la que el testador impone a sus herederos legitimarios el patrocinio de determinado abogado en el trámite del juicio sucesorio (Cám. Nac. Civ., Sala C, 7-8-1952, en J. A., 1952-IV-255); el testador no puede imponer un condominio a sus legitimarios (Cám. Civ. 1ª, 6-7-1931, en J. A., t. 36-105); la facultad de prohibir la enajenación que el art. 2613 reconoce al testador no es aplicable a los bienes que entran en la porción legítima del heredero (Cám. Civ. 1ª, 14-12-1932, en J. A., t. 40-426).

⁽⁴⁴⁾ Ley 14.354: Art. 51: "Toda persona podrá imponer a sus herederos, aun forzosos, la indivisión de los 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 de la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aun cuando ese tiempo exceda los diez años. Cualquier otro término superior al máximo permitido se entenderá reducido a éste. El juez podrá autorizar la división total o parcial a pedido de la parte interesada y sin esperar el transcurso del plazo establecido, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad o interés legítimo de tercero". Art. 52: "Los herederos podrán convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de diez años, sin perjuicio de la partición temporaria del uso y goce de los bienes entre los copartícipes. Si hubiere herederos incapaces, el convenio concluido por sus representantes legales no tendrá efecto hasta la homologación judicial. Estos convenios podrán renovarse al término del lapso establecido. Cualquiera de los herederos podrá pedir la división, antes del vencimiento del plazo, siempre que mediaren causas justificadas". Art. 53: "Cuando en el acervo hereditario existiere un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole, tal que constituya una unidad económica, el cónyuge supérstite que lo hubiese adquirido o formado en todo o en parte, podrá oponerse a la división del bien por un término máximo de diez años. A instancia de cualquiera de los herederos el juez podrá autorizar el cese de la indivisión antes del término fijado, si concurrieren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifiquen la decisión. Durante la indivisión, la administración del establecimiento competará al cónyuge sobreviviente. Lo dispuesto en este artículo se aplicará igualmente a la casa-habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos". Art. 54: "La indivisión hereditaria no podrá oponerse a terceros sino a partir de su inscripción en el registro respectivo". Art. 55: "Durante la indivisión autorizada por la ley, los acreedores particulares de los copropietarios no podrán ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal del mismo, pero sí podrán cobrar sus créditos con las utilidades de la explotación correspondientes a su respectivo deudor".

Así los sostenedores del sistema de la *pars hereditatis*, al asimilar la legítima a la herencia, la consideran una consecuencia lógica, de la prohibición de los pactos sobre herencia futura (arts. 1175 y 3311) ⁽⁴⁵⁾.

En cambio los partidarios de la teoría de la *pars bonorum* fundan el texto del artículo en la naturaleza alimentaria de la legítima; de no ser así esa disposición sería superflua ante lo que prescriben otros artículos. Pero él no está de más, pues hacía falta que una norma expresa se refiriera a la renuncia de la legítima futura, para aplicar la misma solución que la de la herencia futura: si no hubieran caído en la esfera de la autonomía de la voluntad.

Es decir que según el sistema de la *pars bonorum*, con el cual coincidimos, la solución dada por el Código con respecto a la renuncia de la legítima futura es similar al régimen adoptado con respecto a la prohibición de los pactos sobre herencia futura, pero las situaciones no son idénticas, ya que si lo fueran no se sancionaría una norma expresa, que sería superflua ante lo dispuesto por los artículos 1175 y 3311.

C. *Impresión en la redacción del artículo 3599*: La redacción de la disposición que estudiamos no es muy precisa, por diversas razones:

a) La palabra "pacto" no coincide con la terminología que emplea el Código, más exacto hubiera sido el referirse a "contrato".

b) La primer frase del artículo se presta a dos interpretaciones. Una primera que declare sin valor todas las renunciaciones y todos los pactos, que se refieran a la legítima futura. Y otra que invalide todas las renunciaciones, y solo los pactos que se celebren entre aquellos que los declaran y los coherederos forzosos, fundándose en que no tendría sentido sino que se comenzara el artículo con el término "toda", para luego discriminar exigiendo que en la celebración participen legitimarios. Nos inclinamos por la primera interpretación, por ser la más lógica ⁽⁴⁶⁾.

c) Se refiere a coherederos forzosos, cuando debió hacerlo a otros herederos forzosos, o más precisamente a otros legitimarios (ver *infra* n° 21), porque se puede realizar con un legitimario que comience a tener ese derecho a falta del renunciante, es decir que no sería un colegitimario.

d) Aparentemente solo contempla el supuesto de contratos entre el renunciante y otros legitimarios, cuando también lo debe hacer al celebrado con el causante ⁽⁴⁷⁾.

D. *Efectos que produce la renuncia*: La renuncia a la legítima futura, se puede producir tanto voluntariamente, como por algún contrato que le reporte recibir un equivalente en valores.

En el primer caso no se presentan dificultades, pues la renuncia es invalidada, y la partición se realiza como si nada hubiere sucedido.

No ocurre lo mismo en el segundo supuesto, que es el que prevé la segunda frase del artículo. El problema que se presenta al anular la renuncia, es lo que hacer con los bienes que se había recibido en pago de dicha renuncia.

El artículo dispone que el legitimario deberá traer a colación los que hubiese recibido por ese contrato o renuncia, y aplicando los principios de la colación, deberá devolverse el valor de los bienes, y no la restitución en especie ⁽⁴⁸⁾. Expresamente el texto del artículo dice que debe colacionarse lo recibido, por lo tanto no se puede aplicar las disposiciones sobre nulidad que llevarían a la devolución de la cosa. Lo que corresponde es aplicar el artículo 18 y como su lógica consecuencia el 3599. Así lo recibido se imputará a la legítima del renunciante y no a la porción disponible, por lo que al hacerse la partición sufrirá en su porción el descuento correspondiente al valor que hubiese recibido.

Esta solución, la aplicamos a los contratos celebrados entre el legitimario con el causante, pues cuando se celebre con otros legitimarios regirán los principios generales de la nulidad, que llevarán a la devolución del bien con sus frutos como poseedor de mala fe ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁵⁾ Art. 1175: "No puede ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate; ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares". Art. 3311: "Las herencias futuras no pueden aceptarse ni repudiarse. La aceptación y la renuncia 110 pueden hacerse sino después de la apertura de la sucesión".

⁽⁴⁶⁾ De acuerdo: Laje, *op. cit.*, n° 78.

⁽⁴⁷⁾ Conforme: Llerena, *op. cit.*, t. IX, pág. 540; Reborá, Juan Carlos, *Derecho de Las Sucesiones*, 2ª edición, n° 384; De Gásperi, Luis, *Tratado de Derecho hereditario*, Bs. Aires, 1953, t. III, n° 506.

⁽⁴⁸⁾ Conforme: Segovia, *op. cit.*, t. II, pág. 552; Machado, *op. cit.*, t. IX, pág. 391; Fornieles, *op. cit.*, t. II, n° 94; Laje, *op. cit.*, n° 68; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 910. En contra: Llerena, *op. cit.*, t. IX, pág. 540, que sustenta la posición de la restitución in natura, por aplicación de las reglas de la nulidad.

⁽⁴⁹⁾ Conforme: Machado, *op. cit.*, t. IX, pág. 392; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 909.

E. *Renunciante a la legítima futura que renuncia a la herencia*: Problema interesante plantea el caso en que el renunciante a la legítima futura, que ha recibido en compensación algún bien, a la muerte del causante renuncia también a la sucesión. Varias teorías se han expuesto acerca de sus consecuencias, debido a que el renunciante a la sucesión no puede colacionar.

a) Al no haber colación, se debe considerar como una donación hecha a un extraño (art. 3351), es decir que el valor de la donación entraría dentro de la porción disponible. Sería aplicable para los sostenedores del sistema de la *pars hereditatis*. Encuentra como inconveniente la falta de una regla expresa (art. 18), y en consecuencia se debería recurrir a los principios generales de la nulidad. Además establecería una dispensa de la colación sin testamento (contrariando al art. 3484), a la vez que afectaría los derechos de otros donatarios y legatarios que encontrarían reducida la porción disponible.

b) Como no hay un texto expreso que prevea esta situación, se deben aplicar los principios generales de la nulidad (artículos 1044, 1050 y ss.), correspondiendo la devolución de la cosa recibida con sus accesorios, frutos e intereses; y también la acción reivindicatoria contra los terceros adquirentes, si el bien fuera inmueble. Esta solución causaría grandes inconvenientes al afectar derechos adquiridos del renunciante, y más aún de los que contrataron con éste.

c) De acuerdo con el sistema de la *pars bonorum*, el renunciante a la herencia conserva su derecho sobre la legítima, y así el bien recibido será posible imputarlo a ésta, tanto por vía de acción, supuesto en el cual se practicará el descuento, como por vía de excepción, cuando se le reclama la restitución o la evicción.

En cambio si el renunciante a la legítima futura, luego se ve excluido de la sucesión por causal de desheredación o indignidad, se deberá aplicar alguna de las dos primeras teorías, con sus correlativos inconvenientes.

18. *Porción disponible*. Exclusión de la mejora. La porción disponible es el anverso de la legítima. Sobre ella el causante ejerce su soberanía y puede disponer tanto en favor de extraños como de los propios legitimarios para favorecerlos, caso este último que equivaldría a una mejora.

Así el artículo 3605 dispone: "De la porción disponible el testador puede hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos. Ninguna otra porción de la herencia puede ser detraída para mejorar a los herederos legítimos".

Además el artículo 3591 en su segundo párrafo establece que: "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".

Con el último párrafo del artículo 3605, nuestro codificador eliminó el régimen de la mejora, que hasta la promulgación del Código civil existió en nuestro país, debido a que el derecho patrio siguió aplicando las disposiciones españolas que estatúan esa institución.

El origen de la mejora, lo encontramos en el Derecho visigótico (ver *supra* n° 10), para ser más preciso en el reinado de Chindasvinto durante el siglo VII, y ella consistía en la facultad otorgada al testador de favorecer a uno o varios de sus herederos, con exclusión o menoscabo en la participación de los demás, hasta un cierto límite. Comenzó por ser de un décimo, pero con el tiempo creció. En el Fuero Real llegó a ser un tercio, cuando la porción disponible era de sólo un quinto y aquella no se sacaba del total sino del resto de los bienes, una vez deducida esta última.

Ello llevó al juego de una doble legítima, la larga y la corta. Para su mejor comprensión se dividía el acervo hereditario en quince partes. Tres de ellas, o sea el quinto del total, formaban la porción disponible; de las otras doce, el tercio, es decir cuatro, formaban la Mejora, con la cual sólo podía beneficiar a sus hijos; en tanto que con la porción disponible también podía hacerlo a favor de extraños.

La legítima larga, la formaban las doce onzas, de las cuales con cuatro mejoraba a alguno de los herederos. La legítima corta, la constituían ocho onzas, con las que no podía mejorar.

En Las Partidas se suprimió la mejora. Pero volvió a aparecer en las Leyes de Toro, y se la mantuvo en el actual Código civil español (arts. 308, 823 a 833 inclusive).

En nuestro Código además de la disposición del artículo 3605 que excluye la institución de la mejora, encontramos otro texto que se refiere a ella, y es el artículo 3524 que establece: "Sea la partición por donación entre vivos, o por testamento, el ascendiente puede dar a uno o a algunos de sus hijos, la parte de los bienes de que la ley le permite disponer; pero no se

entenderá que les da por mejora la parte de que la ley le permite disponer con ese objeto, si en el testamento no hubiere cláusula expresa de mejora. El exceso sobre la parte disponible será de ningún valor. En la partición por donación, no puede haber cláusula de mejora". Es decir que en la partición hecha mediante testamento, la cláusula de mejora debe ser expresa.

19. *Legislación comparada.* En todas las legislaciones se ha planteado el problema del fundamento de la legítima, y son diversas las soluciones dadas al mismo.

Pocos son los países que se han inclinado por la libertad absoluta de testar, entre ellos los anglosajones y algunos centroamericanos, aunque éstos con la excepción de la obligación alimentaria.

Entre las legislaciones que se han inclinado por el sistema de la legítima, encontramos muy diversos matices, desde la Unión Soviética que reserva toda la herencia aunque con distribución libre, hasta el de la reserva de parte de la herencia con la facultad de distribuirla libremente, pasando por los de la reserva parcial con distribución forzosa, o con una porción de distribución forzosa y otra libre.

Para un mejor estudio de estas soluciones, seguiremos la clasificación sistemática de Castán Tobeñas ⁽⁵⁰⁾:

⁽⁵⁰⁾ Castán Tobeñas, José, *Derecho Civil Español, común y foral*, Madrid, 1944, t. IV, pág. 478.

I. SISTEMA DE LA LIBERTAD ABSOLUTA DE TESTAR.	Inglaterra, Estados Unidos (excepto el estado de Louisiana), Canadá, Nueva Zelanda. En Méjico (arts. 1368 y ss.) ⁽⁵¹⁾ y en Costa Rica, Honduras y Panamá, con la excepción de la obligación impuesta al causante de dejar alimentos.		
II. SISTEMA DE LA LEGÍTIMA	A. Reserva de toda la herencia	1) Con distribución forzosa: No existe actualmente. 2) Con distribución libre: El Código civil de la Unión Soviética dispone que no pueden ser herederos otras personas que los descendientes directos (hijos, nietos, bisnietos) y el cónyuge supérstite, con más aquellas personas inútiles para el trabajo y faltas de recursos a quienes viniera manteniendo el causante desde un año antes de su muerte (art. 418) .	
	B. Reserva de parte de la herencia	1) Con distribución forzosa	a) Cuotas variables de legítima según el número de personas: Lo aplicaba el derecho justineano (ver <i>supra</i> n° 8). Lo aceptan: Francia (artículo 913: la mitad si deja un hijo, los dos tercios si deja dos hijos, y tres cuartos si deja tres o más hijos); Bélgica; Holanda (961-2); Louisiana; Uruguay (art. 887, igual que el francés); antiguo Venezuela (869); Nuevo Código Italiano (art. 537: mitad si deja un hijo; dos tercios si hay más). b) Cuota única invariable: I Sistema favorable a la distribución forzosa, al fijar una cuota superior a la mitad de los bienes: Argentina (art. 3593: cuatro quintos), Noruega (tres cuartos); Suiza (art. 471: tres cuartos). II) Sistema neutro o intermedio, al fijar una cuota legítimarla de la mitad de los bienes: Alemania (artículo 2303) ; Brasil (artículo 1721) ; Austria (765-6) ; Portugal. Antiguo Italiano (805); Venezolano 1942 (884). III Sistema favorable a la libertad de testar, al fijar una cuota inferior a la mitad de los bienes: el derecho catalán.
		2) Con facultad de distribución libre	Derecho aragonés y vizcaíno.
		3) Con porción de distribución forzosa y otra de distribución libre (sistema de mejoras)	España (arts. 803 y 823 y ss.: un tercio forzoso, otro tercio para mejorar); Perú (arts. 700 y 707 y ss.: igual que el español); Chile (art. 1184: dos cuartos forzoso, otro cuarto para mejorar); Colombia (1242); Guatemala; el Derecho de Castilla.

⁽⁵¹⁾ Transcribiremos las disposiciones del Código civil mexicano Por sus caracteres especiales y por incorporar al derecho a los alimentos a la concubina del causante. "Capítulo V. De los bienes de que se puede disponer por testamento y de los testamentos inoficiosos. Art. 1368: El testador debe fijar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes: I. A los descendientes varones menores de veintiún años; II. A los descendientes varones que estén imposibilitados de trabajar y a las hijas que no hayan contraído matrimonio y vivan honestamente, unos y otras aun cuando fueren mayores de veintiún años; III. Al cónyuge supérstite, siempre que siendo varón esté imposibilitado de trabajar, o que siendo mujer permanezca viuda y viva honestamente; IV. A la mujer con quien el testador vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. La concubina sólo tendrá derecho a alimentos mientras que observe buena conducta y no se case. Si fueren varias las concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos; VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades. Art. 1369: No hay obligación de dar alimentos sino a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado. Art. 1370: No hay obligación de dar alimentos a las personas que tengan bienes; pero si teniéndolos su producto no iguala a la pensión que debería corresponderles, la obligación se reducirá a lo que falte para completarla. Art. 1371: Para tener derecho de ser alimentado se necesita encontrarse al tiempo de la muerte del testador en alguno de los casos fijados en el art. 1368, y cesa ese derecho tan luego como el interesado deje de estar en las condiciones a que se refiere el mismo artículo, observe mala conducta o adquiera bienes, aplicándose en este caso lo dispuesto en el artículo anterior. Art. 1372: El derecho de percibir alimentos no es renunciado ni puede ser objeto de transacción. La pensión alimentaria se fijará y asegurará conforme a lo dispuesto en los artículos 308, 314 y 317 de este Código, y por ningún motivo excederá de los productos de la porción que en caso de sucesión intestada corresponderían al que tenga derecho a dicha pensión, ni bajará de la mitad de dichos productos. Si el testador hubiere fijado la pensión alimentaria, subsistirá su designación, cualquiera que sea, siempre que no baje del mínimo antes establecido. Con excepción de los artículos citados en el presente capítulo, no son aplicables a los alimentos debidos por sucesión las disposiciones del capítulo II, título VI, del libro primero. Art. 1373: Cuando el caudal hereditario no fuere suficiente para dar alimentos a todas las personas enumeradas en el artículo 1368, se observarán las reglas siguientes: I. Se ministrarán a los descendientes y al cónyuge supérstite a prorrata; II. Cubiertas las pensiones a que se refiere la fracción anterior, se ministrarán a prorrata a los ascendientes; III. Después se ministrarán, también a prorrata, a los hermanos y a la concubina; IV. Por último, se ministrarán igualmente a prorrata a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado. Art. 1374: Es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia, según lo establecido en este capítulo. Art. 1375: El preterido tendrá solamente derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho. Art. 1376: La pensión alimenticia es carga de la masa hereditaria, excepto cuando el testador haya gravado con ella a alguno o algunos de los partícipes de la sucesión. Art. 1377: No obstante lo dispuesto en el artículo 1375, el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa".

Dos escuelas opuestas se formaron acerca de la interpretación de dicho artículo: la de la acumulación y la de la no acumulación. Por supuesto ello, siempre que se renuncia a la herencia.

Según la primera se puede agregar a la legítima la cuota disponible cuando se trata de legados o donaciones ⁽⁵²⁾. Por ejemplo, en una sucesión de \$ 1.200.000 a la que concurren dos hijos, la porción disponible es de \$ 400.000 y la legítima de cada hijo de \$ 400.000. Si uno de éstos recibió en vida \$ 400.000, y al abrirse la sucesión renuncia a ella, puede retener esos \$ 400.000 y además solicitar su legítima. Ésta es la teoría que nosotros sostenemos para nuestro Derecho (ver *supra* n° 15) ante el texto expreso del artículo 3354. Pero en el Derecho francés, aparte de no contar con una disposición similar, esa interpretación no coincide con los antecedentes históricos, que consagraron la reserva, como una parte de la herencia.

En cambio, la escuela de la no acumulación sostiene la imposibilidad de realizar esa adición. Pero en tanto algunos autores sostienen que la liberalidad efectuada al beneficiario renunciante debe imputarse a la legítima ⁽⁵³⁾; otros consideran que lo debe ser a la porción disponible ⁽⁵⁴⁾. El resultado difiere ampliamente según el criterio que se adopte. Con el ejemplo anterior, tenemos que si la liberalidad fue de \$ 600.000, según la primera opinión, recibiría la totalidad, pues esa suma no llegaría a completar la legítima y la porción disponible. En tanto que para el segundo criterio sólo le correspondería \$ 400.000, que serían los de la porción disponible, sin que nada le corresponda por la legítima, por haber repudiado la herencia.

La jurisprudencia francesa que hasta 1804 sostuvo la doctrina de la acumulación fue oscilante durante el siglo XIX. Así en un fallo de 1818 (Laroque de Mons) se sentó el criterio de la no acumulación, imputando la liberalidad a la cuota de libre disposición. Posteriormente sentencias de 1829 (Mourgues) y 1834 (Castille) aceptaron la imputación a la legítima. En 1843 (Leprout) se adoptó la teoría de la acumulación. Hasta que en 1863 (Lavialle) se volvió a consagrar el sistema de la sentencia Laroque de Mons, es decir la no acumulación, solución que actualmente no se discute.

En la legislación comparada también se encuentra expresamente establecida la inviolabilidad de la legítima.

El Código chileno en su artículo 1192, lo establece con más claridad al disponer: "La legítima rigorosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno..."; ella rige en Colombia y Ecuador. Y también lo establecen el uruguayo en el artículo 894, el venezolano en el 868, el peruano en el 705, el español (813), el italiano (549); el viejo Código italiano lo establecía en el artículo 803, el alemán (2306).

El Código alemán en su artículo 2338 establece una limitación bien intencionada a la legítima al disponer: "Cuando un descendiente se haya entregado a la prodigalidad o haya contraído deudas hasta el punto de comprometer gravemente sus bienes futuros, podrá el testador reducir la reserva de este descendiente, ordenando que después de su muerte recogerán sus herederos legítimos lo que se le deje o la reserva que le corresponda, como sustitutos fideicomisarios de la sucesión o del legado, en la, proporción de sus partes legítimas. También podrá el testador confiar, durante la vida del descendiente, la administración a un ejecutor testamentario; quedando al descendiente únicamente el derecho a cobrar la renta líquida anual... Estas medidas quedarán sin efecto cuando en el momento de abrirse la sucesión haya cesado por completo el descendiente en sus prodigalidades o cuando la situación económica que ha dado motivo a estas medidas haya desaparecido".

⁽⁵²⁾ La sostuvo Troplong, M., *Droit Civil expliqué. Des donations entre vifs et des testaments*, París, 1872, t. 11 N° 789. Otros autores distinguen según alegue ese derecho como vía de acción, o de excepción. Este último se presenta cuando se le permite retener la liberalidad ya entregada; y para ese solo caso lo apoyaba, Grenier Beron, *Traité des donations, des testaments et de toutes dispositions gratuites*, 4ª edición, 1847, t. II, n° 566; también Delvincourt.

⁽⁵³⁾ Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4ª edición, París, 1869-73, t. VII, n° 682; Demante, A. M., *Cours analytique de Code Napoleon*, París, 1858, t. III, n° 179.

⁽⁵⁴⁾ Demolombe, C., *Cours de Code Napoleon, Traité de donations entre-vifs et des testaments*, 2ª edición, París, 1863-66, t. XIX, n° 47 y sigs.; Marcadé, V., *Explication du Code Civil*, 8ª edición, París, 1894, t. III, Pág. 222; Baudry-Lacantinerie y Colin, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des donations entre vifs et des testaments*, 3ª edición. París, 1905, t. I, n° 685; Planiol-Ripert-Trasbot, *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*, edición La Habana, 1935, t. V, n° 94 y sigs.; Josserand, Louis, *Cours de droit civil positif français*, París, 1930, t. III, n° 1714.

El Código brasileño, en su artículo 1723, autoriza al testador a establecer condiciones de inalienabilidad temporaria o vitalicia.

El Código suizo, en el artículo 473, autoriza al causante a dejar por testamento al cónyuge sobreviviente, no ya la administración, sino el usufructo de todos los bienes que corresponden a sus descendientes comunes.

Sobre la irrenunciabilidad de la legítima futura se refieren a ella los Códigos francés en el artículo 791 (ver *supra* n° 17), español en el 816 y uruguayo en el 888.

En el Derecho internacional privado encontramos que el Tratado de Montevideo de 1839 sobre Derecho Internacional Civil establece en su título XII, artículo 45, que la ley de situación de los bienes rige: inciso e) la existencia y proporción de las legítimas; inciso f) la existencia y monto de los bienes reservables.

El Tratado de Montevideo de 1940 reproduce esas disposiciones al prescribir: inciso d) la existencia y proporción de las legítimas; inciso e) la existencia y monto de los bienes disponibles.

20. *Proyectos de reforma.* Tanto el anteproyecto de reformas del Código civil de Juan Antonio Bibiloni, como el proyecto de la Comisión de Reformas del Código civil de 1936, han mantenido el régimen de la legítima con su cuota única invariable, aunque redujeron su máximo de los cuatro quintos a los dos tercios, siguiendo la tendencia de la legislación comparada contemporánea (ver *infra* núms. 29 y 30).

Ambos definen a la legítima. Bibiloni, en el artículo 3161: "La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada parte de la herencia de que no puede disponer el causante. Puede hacerlo libremente la restante" ⁽⁵⁵⁾

La Comisión, en el artículo 2009: "La legítima es un derecho de sucesión a determinada parte de los bienes..." ⁽⁵⁶⁾

Respecto a la naturaleza de la legítima y las divergencias suscitadas por el artículo 3354 del Código civil, Bibiloni mantiene ese artículo bajo la numeración del 2929 de su anteproyecto, pero explica que si el heredero forzoso renuncia lisa y llanamente a la herencia, con ella envuelve el abandono de la legítima por medio de la vía de acción, pero ello no obsta a que por el ejercicio de la vía de excepción retenga el derecho a la legítima.

En cambio la Comisión suprimió el artículo 3354.

Sobre la inviolabilidad de la legítima, Bibiloni produce grandes reformas al disponer en su artículo 3165 que al 3598 del Código civil se le agregará en párrafo separado: "Puede sin embargo disponer que el cónyuge sobreviviente tendrá la administración libre de los bienes que correspondan a los descendientes comunes de ambos esposos, con cargo de entregarles las rentas líquidas que produzcan, en caso de ser los beneficiarios mayores de edad o emancipados. La administración terminará con la vida del esposo supérstite o por la celebración de nuevas nupcias. Se le aplicarán las disposiciones que rigen la administración paterna de los bienes de menores si los interesados no acordasen cosa distinta o no la hubiese dispuesto el testador. Los herederos, en tal caso, no pueden enajenar ni afectar los bienes sometidos a esa administración. Sus acreedores no pueden embargarlos, salvo en cuanto a las rentas líquidas"; y al establecer en el artículo 3166: "Puede también disponer el testador que cualquiera de sus herederos forzosos no enajenará ni afectará los bienes hereditarios por un término que no excederá de diez años. Los acreedores, en tal caso, no podrán embargarlos, salvo en las rentas netas que produjeran. En éste y en el del artículo anterior se aplicará lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 6, artículo 1033, de este proyecto".

El primero de esos artículos se inspiró en el artículo 2333 del Código alemán y en el artículo 473 del Código suizo, aunque este último va más lejos al autorizar al causante a dejar al cónyuge sobreviviente, no ya la administración, sino el usufructo de todos los bienes que corresponden a sus descendientes comunes.

En cambio, el segundo de esos artículos, que establece la clausula de indivisión, tuvo como base al artículo 2613 de la legislación vigente.

⁽⁵⁵⁾ Reforma del Código Civil. Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni, t. III, Edición Gmo. Kraft Ltda., Buenos Aires, 1940.

⁽⁵⁶⁾ Reforma del Código Civil, Antecedentes y presentación del Código Civil, Informe, *Proyecto de Código Civil*, t. II, Edición Gmo. Kraft Ltda., Buenos Aires, 1936.

La Comisión Reformadora no admito la modificación de Bibiloni, y considero que con el régimen del bien de familia y las reglas sobre partición quedaba a salvo la dificultad que entendía subsanar Bibiloni, evitando el grave inconveniente de lesionar la legítima.

Tanto Bibiloni como la Comisión suprimieron la disposición del artículo 3599 sobre irrenunciabilidad de la legítima, por considerarla una repetición de la preceptuada en los artículos 1175, 1176, 3311, 1232, 1830, 1831 y 1832.

Sobre la porción disponible y la mejora, Bibiloni en el artículo 3176 y la Comisión en el 2015 establecen disposiciones similares al 3605 del Código civil.

CAPÍTULO III

Legitimarios

21. *Terminología.* Nuestro Código civil, en su artículo 3592, dispone que "tienen una porción legítima todos los llamados a la sucesión intestada, en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del título anterior" ⁽⁵⁷⁾.

A esas personas titulares de la porción legítima, el Código las ha denominado de diversas maneras en su articulado.

Volviendo al ya estudiado artículo 3591 (ver *supra* nº 12), observamos que a las personas con derecho a la legítima las titula "herederos forzosos". Expresión que también emplea en otros artículos, tales como el 3476 en su redacción actual ⁽⁵⁸⁾ el 3599, 3600, 3601 y el 3714, dándonos en este último el concepto de heredero forzoso: "Son herederos forzosos, aunque no sean instituidos en el testimonio, aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos, sin justa causa de desheredación" ⁽⁵⁹⁾.

Asimismo, el codificador utiliza en varias oportunidades la expresión "herederos legítimos" para nombrar a las personas a que alude el artículo 3592. Por ejemplo, en el artículo 3476, en su redacción originaria, y en el 3603, 3604 y 3605.

Incluso usa la de "heredero necesario" en los artículos 1085 y 1831.

Nosotros preferimos adoptar la expresión "legitimarios" para designar a las personas que tienen una porción legítima.

Basamos esta denominación por su claridad, que contrasta con la obscuridad a que se prestan las expresiones de "herede-ros forzosos", "herederos legítimas" y "herederos necesarios".

La primera, porque se presta a confusión con la de heredero necesario, el cual es obligado a recoger la herencia. Es el caso del esclavo heredero instituido, al cual se le entregaba la herencia como medio de evitar que el causante cayera en infamia por no pagar sus deudas, negándole la posibilidad de renuncia. Esta figura es desconocida en la legislación comparada actual. Por esta razón, consideramos aun en mayor grado inadmisibles las expresiones de "herederos necesarios".

Tampoco aceptamos la de heredero legítimo, pues en su verdadera acepción el Código la utiliza como contraposición a la de heredero testamentario, para significar que surge de la ley. Esta expresión es más amplia que la de legitimario, pues ésta no comprende a los colaterales, como veremos en seguida, pues las personas dotadas de legítima no son todas las que suceden *ab intestato*, sino solo alguna de ellas.

De otro modo habría que distinguir dentro de la expresión herederos legítimos al forzoso y al que no lo es, diciendo heredero legítimo forzoso y heredero legítimo no forzoso. Para evitar estas disposiciones es que preferimos adoptar la terminología de "legitimarios" para las personas que tienen asignada por ley una porción legitimaria, es decir, de acuerdo con la nomenclatura que rechazamos, los herederos legítimos y a la vez forzosos.

⁽⁵⁷⁾ En su redacción originaria el artículo decía: "... en el orden y modo determinado en el título anterior". La Ley Fe de Erratas lo modificó por la frase actual: "... en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del título anterior", expresión que responde a la realidad, pues la otra forma parecería incluir a los colaterales, lo que no sucedía ni sucede, según se verá en este capítulo.

⁽⁵⁸⁾ En su redacción originaria se refería a "herederos legítimos"; la Ley Fe de Erratas la modificó por la expresión más limitada de "heredero forzoso".

⁽⁵⁹⁾ Está inspirado en el artículo 640 del Proyecto español glosado por García Goyena, el cual encuentra su origen en el 762 del Código Austriaco. La aclaración que se hace de que son herederos forzosos "aunque no sean instituidos en el testamento" es superflua, pues ya está expresando este mismo artículo elocuentemente que son llamados a la sucesión exclusivamente por la ley, a pesar de cualquier negación u omisión del testador.

Tampoco aceptamos estas expresiones, pues hacen mención al término "heredero", y según nuestra opinión acerca de la naturaleza de la legítima (ver *supra* n° 15) se puede ser legitimario sin ser heredero.

22. *Tratamiento en nuestro Código.* Volviendo al artículo 3592, observamos que en forma indirecta designa las personas que tienen legítima, al remitirse a los cinco primeros capítulos del título anterior. En ellos se trata de los descendientes legítimos (artículos 3565-6), de los ascendientes (3567-9), de los cónyuges (3570-6), de los hijos naturales (3577-83) y de los padres naturales (3584). Notamos así que no otorga legítima ni a los parientes colaterales ⁽⁶⁰⁾ ni al Fisco.

Respecto a los colaterales se sigue la doctrina del Código francés (artículo 915), según la cual cuando a la sucesión no hubiesen de concurrir sino sus hermanos o hermanas, el causante dispondrá de la absoluta libertad de testar.

Para el estudio completo de las diversas clases de legitimarios tendremos en cuenta las disposiciones del Código, en especial las del título de la legítima y la de los cinco primeros capítulos a que hace referencia el artículo 3592, y, además, las leyes 13.252 de adopción de menores, 14.024 sobre prohibición hereditaria respecto a los hijos naturales y 14.367 sobre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio.

Y así pasamos a estudiar las siguientes categorías:

- 1) Descendientes legítimos y adoptivos.
- 2) Ascendientes legítimos.
- 3) Cónyuge.
- 4) Descendientes extramatrimoniales.
- 5) Padres naturales ⁽⁶¹⁾.

23. *Descendientes legítimos y adoptivos.*

A) Descendientes legítimos: El artículo 3593 establece: "La porción legítima de los hijos legítimos es cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que deben colacionarse a la masa de la herencia, observándose en su distribución lo dispuesto en los artículos 3570 y 3579".

Al analizar esta disposición, en primer lugar diremos que la expresión "hijos legítimos" debemos entenderla como "descendientes legítimos", ya que incluye a los hijos y a sus descendientes, pues puede producirse el caso de que aquéllos premueran a su padre o madre, y entonces, de acuerdo con el artículo 3549 y siguientes, que legislan sobre el derecho de

⁽⁶⁰⁾ Según la terminología que adoptamos, los parientes colaterales son herederos legítimos, pero no legitimarios. Lo primero por ser herederos *ab intestato*, y lo segundo porque la ley no les asigna porción legítima.

⁽⁶¹⁾ Antes de analizar cada una de las categorías de legitimarios, examinaremos brevemente un artículo reciente del doctor Alberto D. Molinario, titulado "Inconstitucionalidad del monto de las cuotas legitimarias", Publicado en *La Ley*, tomo 90, pág. 922 y sigs. En dicho opúsculo el autor no objeta la constitucionalidad del régimen de la legítima, pero sí su reglamentación. Impugna el *quantum* de cada legítima por inconstitucional. Así dice: "Dimanando de la Constitución Nacional el derecho de testar, y habiendo dejado ésta al legislador su reglamentación, que puede ir desde la libertad absoluta hasta una libertad relativa, fluye que, en el caso de aceptarse esta última solución, que fue la adoptada por el Congreso Nacional al convertir, mediante la ley 340, el proyecto de Vélez Sársfield en Código Civil, esa libertad relativa no pudo transformarla en inexistencia de libertad testamentaria. Hemos recordado ya en este apartado, a través de las citas que el poder reglamentario del legislador no puede alterar el derecho reconocido por el constituyente; así como el Poder Ejecutivo al dictar un decreto no puede alterar una ley. Alterar significa en castellano "cambiar la esencia o forma de una cosa". Si la Constitución Nacional acuerda a los habitantes el derecho de disponer de su propiedad y ese derecho se llama derecho de testar, cuando la disposición se hace para después de la muerte de su titular, la ley, al reglamentarlo, no puede cambiarlo en un derecho de disposición reducido a una parte mínima del haber del habitante de la Nación, pues al hacerlo desconoce el derecho que reglamenta... Si la Constitución reconoce el derecho de disposición, acuerda implícitamente, ya que de derecho se trata, la libertad en la disposición". Establece luego la identidad de situación entre la legítima establecida por la ley, con el impuesto, "Pues en ambos casos el legislador da a los bienes transmisibles por herencia, donación o legado, un destino distinto al que le quiso asignar el testador donante. Nada interesa que en un caso los bienes sean encaminados, contra la voluntad del testador, hacia el fisco; y, en el otro, hacia personas ligadas con aquél por vínculos de parentesco o vínculo matrimonial, o a extraños. Lo que importa es que la voluntad del causante queda anulada, en ambas situaciones, en su libre disposición, en más de la tercera parte". Así considera que el máximo del *quantum* de la legítima debe ser, por asimilación al impuesto confiscatorio, del 33%. Concluye diciendo: "Si el pueblo argentino estima que la solución más adecuada es la dada por el Código civil y el artículo 99 de la ley 14.367, entonces en función de lo que ya hemos dicho en otra parte de este trabajo, lo que corresponde es reformar la Constitución Nacional, insertando un precepto por el cual se posibilite la reducción del derecho testamentario al 10% del haber, en lugar del 67% actual. Pero lo que no puede admitirse, en modo alguno, es que perdure el estado de cosas actual. O se reforma la Constitución para que las disposiciones del Código civil en materia de *quantum* legitimario sean constitucionales, o se reforma éste para que concuerde con la Ley fundamental. Otra solución no cabe".

representación "los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaban su padre o madre en la familia del difunto, a fin de suceder juntos en su lugar a la misma parte de la herencia a la cual el padre o la madre habrían sucedido" ⁽⁶²⁾.

Cualquiera sea el número de representantes, la legítima es siempre la misma que la que hubiere correspondido al hijo legítimo premuerto, pues suceden al causante por estirpe y no por cabeza.

Además de la premorición del hijo legítimo, se puede producir la representación en caso de ausencia con presunción de fallecimiento (artículo 3555) o renuncia del representado (3554) ⁽⁶³⁾ y también en los supuestos de haber sido desheredado el re-presentado (3749) o declarado indigno (3301, 3553 y 3749 por la interpretación doctrinaria) ⁽⁶⁴⁾.

Respecto a la porción que el Código asigna a estos parientes, es de las cuatro quintas partes, la cual se mantiene intangible cualquiera sea el número o la calidad de los descendientes (hijos, nietos, etc.). Esta cuota es excesiva, siendo la más alta en la legislación comparada (ver *supra* n° 19 e *infra* n° 29). Aún más, en el caso de concurrir con descendientes extramatrimoniales, la legítima se eleva a los nueve décimos (ver *infra* n° 28 A).

Señala luego el artículo respecto a los bienes sobre los que se toma esa porción, que lo son "todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que deben colacionarse a la masa de la herencia". No fue muy feliz nuestra ley civil "en este concepto, pues aparte de utilizar la expresión testador en lugar de causante o difunto, ha dejado de lado toda referencia a las donaciones realizadas a terceros. Esta omisión podría acarrear dudas (ver *infra* capítulo IV).

El último párrafo, que se refiere a la distribución, lo estudiaremos al referirnos a la concurrencia de legitimarios (ver *infra* n° 28 A). Adelantamos que con los descendientes legítimos sólo concurren el cónyuge (artículo 3570), los hijos adoptivos y los descendientes extramatrimoniales (artículo 3579 y ley 14.367).

B) *Hijos adoptivos y sus descendientes legítimos*: El codificador, en el artículo 4050, estableció: "Las adopciones y los derechos de los hijos adoptados, aunque no hay adopciones por las nuevas leyes, son regidos por las leyes del tiempo en que pasaron los actos jurídicos". Como vemos, el Código, al momento de su sanción, rehusó el tratamiento de la adopción como institución. Pero dada la necesidad de reconocer la misma, por sus grandes ventajas en el derecho de la familia, se planteó la necesidad de establecerla y reglamentarla, hecho que recién se produjo en el año 1948, con la sanción de la ley 13.252 sobre "adopción de menores", la cual en sus artículos 12 a 16 contiene disposiciones relativas al presente estudio.

Así tenemos que el parentesco que crea la adopción se limita al adoptante y al adoptado, quien es considerado como hijo legítimo (artículo 12). Pero los derechos y deberes de éste respecto a su parentesco de sangre no quedan extinguidos por la adopción, excepto los de la patria potestad, que se transfieren al padre adoptivo (artículo 14). Es decir, que además de sus derechos a la herencia del adoptante, conserva los derechos a la herencia de los padres que le dieron vida.

En cambio, el adoptante no hereda *ab intestato* al adoptado (artículo 16, primera parte), lo cual es injusto en casi todos 101 casos. Pero esta norma no impide que el adoptante herede a su hijo adoptivo por disposiciones testamentarias.

El artículo 16, segunda parte, confirma la condición de igualdad del hijo adoptiva respecto al hijo legítimo, al establecer que "los descendientes legítimos del adoptado tienen derecho de representación en la su-cesión del adoptante". Mas destacamos que sólo tienen el derecho de representación los descendientes legítimos del adoptado y no los extramatrimoniales, por así determinarlo expresamente la ley.

⁽⁶²⁾ Acerca de la expresión "parte de la herencia" que utiliza el art. 3549, hacemos la salvedad sobre su interpretación, analizada al estudiar la naturaleza de la legítima (ver *supra* n° 15).

⁽⁶³⁾ En caso de renuncia del representado, conforme a la teoría de la *pars bonorum*, el derecho de representación está limitado a la porción disponible, salvo que el legitimario haya renunciado también a la legítima (ver *supra* n° 15).

⁽⁶⁴⁾ El caso de la representación de los hijos del declarado indigno, es una especie *sui generis*, pues se aplican los principios del derecho de representación a pesar de que el art. 3301 dice que los hijos del indigno suceden sin el auxilio de la representación. Lo contrario causaría un perjuicio a los otros herederos, ya que de heredar por cabeza los hijos del indigno, se reduciría la porción hereditaria de los otros en proporción al número de descendientes. Además no tendría obligación de colacionar las donaciones hechas, porque no vendrían por representación y podrían ser excluidos por los tíos más cercanos. (Conforme: Segovia, *op. cit.*, t. II, pág. 406; Llerena, *op. cit.*, t. IX, pág. 67; Machado, *op. cit.*, t. VIII, pág. 350; Prayones, *op. cit.*, pág. 63; Lafaille, *op. cit.*, t. I, pág. 126; Fornieles, *op. cit.*, t. I, n° 70; Borda, *op. cit.*, t. I, n° 132).

"El adoptado no adquiere vínculo familiar con los parientes del adoptante, ni derechos sucesorios por representación" (artículo 12, párrafo 2). Esta disposición es injusta, ya que si se establece el derecho de representación a favor de los descendientes legítimos del adoptado, también le debería ser asignado este derecho al adoptado para heredar a los parientes del adoptante.

Por último, el artículo 15, en su segunda párrafo, dispone que "el cónyuge adoptante sobreviviente tiene el usufructo de los bienes que el adoptado adquiriera en la sucesión del cónyuge adoptante premuerto". Debe aclararse que este derecho sólo lo tiene mientras el hijo adoptivo sea menor de edad.

De esta asimilación que realiza la ley, de los hijos adoptivos a los legítimos, es que en todo el transcurso de este trabajo cuando se emplee la expresión "descendientes legítimos" entenderemos hacerlo a los descendientes legítimos propiamente dichos y a los descendientes adoptivos.

24. *Ascendientes legítimos*. En el artículo 3594 el Código se refiere a la legítima de los ascendientes legítimos, estableciendo: "La legítima de los ascendientes es de dos tercios de los bienes de la sucesión, observando en su distribución los artículos 3571 y 3580".

A pesar de no emplearse el término "ascendientes legítimos", sino sólo el de ascendientes (padres, abuelos, etc.), se sobreentiende que se refiere a los legítimos, pues a los padres naturales se refiere la disposición especial del artículo 3597, y a los abuelos naturales no se les otorga legítima.

La porción legítima de los ascendientes legítimos es de dos tercios, cualquiera sea su número. Es también excesiva esta cuota, y destacamos que en las legislaciones modernas (Derecho alemán con su sistema de parentelas, ver *infra* n° 29) se tiende a dar preferencia a los colaterales sobre los ascendientes, o al menos concurrencia entre ellos, excepto respecto a los progenitores.

La alusión a los bienes en este caso es correcta, pues comprende a todos.

Entre los ascendientes, los de grado más próximo excluyen a los más lejanos, y los de igual grado, sin importar la línea, heredan al causante por cabeza y partes iguales (artículos 3568 y 3569) y no por estirpe.

Anticipamos que con los ascendientes legítimos sólo concurren el cónyuge (artículo 3571) y los descendientes extramatrimoniales (artículo 3580 y ley 14.367) (ver *infra* n° 28 B).

25. *Cónyuge*. El artículo 3595 dispone: "La legítima de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales".

Como observamos, se otorga al cónyuge supérstite una porción legítima, lo cual importaba en la época de la sanción del Código la admisión de los principios más modernos de aquellos momentos, con lo que se dio un carácter especial a nuestra legislación.

Ya sabemos que a través de los siglos siempre se resistió reconocer, no ya la porción legítima, sino la vocación hereditaria, al cónyuge, con el objeto de evitar el tras-paso de la fortuna de una familia a la otra.

La admisión del régimen dotal en muchas legislaciones facilitó esa exclusión de los cónyuges en el derecho hereditario.

En la legislación comparada sólo se le daba una vocación sucesoria, a falta de otros parientes, siendo precedido por los colaterales.

Pero en el Río de la Plata se manifestó una tendencia contraria, y así la ley uruguaya del 16 de junio de 1837 confirió al cónyuge supérstite no divorciado, en caso de no existir descendientes ni ascendientes legítimos o naturales, la totalidad de la herencia de su esposo o esposa premoriente. De la misma índole fueron las leyes sancionadas en La Rioja en 1855 y en Jujuy en 1856. Y en el Estado de Buenos Aires, que a la sazón estaba secesionado de la Confederación Argentina, el 27 de mayo de 1857 se dictó una ley bajo la inspiración de Vélez Sársfield, en la cual también se reconoció al cónyuge supérstite vocación hereditaria, a falta de herederos forzosos, excluyéndose a todo colateral, salvo el caso de separación judicial. De esta manera se daba al cónyuge hombre o mujer, un elevado lugar en el orden sucesorio, antecedendo a cualquier colateral.

Y al redactar nuestra ley civil, Vélez no se conformó con darle al cónyuge vocación hereditaria a falta de descendientes y ascendientes, sino que le reconoció la mitad de los bienes gananciales, y le otorgó vocación hereditaria sobre los propios aun existiendo los antedichos parientes (artículos 3570 y siguientes); y para aseverar aún más el principio favorable al cónyuge, le asignó una porción legítima, confiriéndole de este modo el carácter de legitimario (artículo 3595). Y todo ello sobre los bienes propios, pues sobre los gananciales recibe la mitad a título de socio ⁽⁶⁵⁾.

Esa porción legítima que el codificador dispensó al cónyuge supérstite no sólo la tendrá cuando no existan descendientes ni ascendientes del cónyuge difunto, como aparentaría dar a entender la simple lectura del artículo 3595, pues también subsiste cuando existen descendientes o ascendientes. Pero en estos casos debe tomarse la porción legítima de la asignada a sus coherederos; y así en el primero se determinará por la de los hijos, o sea cuatro quintos, correspondiéndole una parte igual a la de cada uno de ellos; y, en cambio, si no existen descendientes pero sí ascendientes, la legítima se fijará sobre la base del artículo 3594, es decir, los dos tercios.

Para el supuesto de que no existan ni descendientes ni ascendientes, se sobreentiende que legítimos, por haberse referido a ellos en los dos artículos anteriores, la legítima del cónyuge será de la mitad de los bienes, sean propios o gananciales.

Pero la redacción del artículo en su último párrafo, al disponer "aunque los bienes de la sucesión sean gananciales", ha creado en nuestro Derecho una cuestión intrincadísima, respecto a la cual nuestra doctrina todavía se encuentra dividida.

Recurrirémos a algunos ejemplos para aclarar el problema. Si tomamos el caso en que queda sólo el cónyuge supérstite y la herencia la constituye un millón de pesos de bienes gananciales, la legítima será, según el artículo 3595, de la mitad de los bienes, aunque éstos sean gananciales. Luego el cónyuge recibirá en primer lugar 500.000 pesos a título de socio de los bienes gananciales, y de los otros 500.000 pesos, de acuerdo con el artículo 3595, la mitad, o sea 250.000 pesos, en carácter de legitimario, quedando al causante como cuota disponible sólo un cuarto en lo referente a los bienes gananciales. Si tuviera también bienes propios, sobre éstos podría disponer de la mitad.

Mas esta porción legitimarla establecida por el artículo 3595, volvemos a repetirlo, sólo existe cuando no hay ni descendientes ni ascendientes legítimos del cónyuge premuerto.

Y se plantea el caso de si también conserva ese derecho legitimario sobre los bienes gananciales cuando existen descendientes extramatrimoniales o padres naturales. Parte de nuestra doctrina, basándose en los artículos 3576 y 3578, considera que en ese supuesto tanto la legítima como la vocación hereditaria quedan circunscriptas sólo a los bienes propios. Otros autores, con los cuales coincidimos, sostienen que el cónyuge conserva, a pesar de la existencia de estos legitimarios, la porción establecida por el artículo 3595. Al tratar los casos de concurrencia del cónyuge estudiaremos con mayor extensión este debate (ver infra número 28 C).

26. *Descendientes extramatrimoniales.* El artículo 3596 dispone: "No teniendo el testador descendientes ni ascendientes legítimos, ni quedando viudo o viuda, la legítima de sus hijos naturales será la mitad de los bienes que a su muerte queden".

Debemos completar este texto con lo establecido por la ley 14.367 sancionada en 1954, en un triple aspecto. Primero en el sentido de que dejan de hacerse distinciones acerca de los hijos naturales, adulterinos e incestuosos, para pasar a ser todos hijos extramatrimoniales. En segundo lugar, en el hecho de que el derecho hereditario de los hijos naturales, ahora extramatrimoniales, es aumentado a la mitad del que se asigna al hijo legítimo (artículo 89), en lugar de la cuarta parte, como lo establecía el artículo 3579. Y, por último, para el caso de concurrencia de hijos legítimos y extramatrimoniales se acrece la porción legítima de cuatro

⁽⁶⁵⁾ Machado critica la solución del Código al excluir a los colaterales, pues plantea el caso de un hombre de gran fortuna que sólo tiene hermanos y que debe ser heredado por ellos. Ahora si ese hombre se casa y poco después fallece, toda su fortuna pasará a su mujer y de ésta a sus parientes, que son absolutamente extraños a la familia del de cajas, lo cual es injusto (*op. cit.*, t. IX, pág. 314).

quintos a nueve décimos, disminuyéndose en consecuencia la porción disponible del causante de un quinto a un décimo (artículo 99).

La porción legitimaria que establece el Código para los hijos extramatrimoniales, para ser más precisos, como veremos en se-guida, descendientes extramatrimoniales, es de la mitad de los bienes. Porción que se mantiene inalterable aun en el caso de concurrencia con el cónyuge superviviente, pues para ambos el Código determina que la legítima es de la mitad de los bienes. Si se las acumulara, no quedaría porción disponible, violando el principio de la inatacabilidad de ésta. Por ello se resuelve que se superpongan y se dividan entre ellas por mitades.

También diremos que el Código nos habla sólo de hijos naturales, omitiendo la mención a los nietos naturales. Respecto a éstos, el artículo 3582 dispone: "El hijo natural nunca hereda a los abuelos naturales ni a los hijos y parientes legítimos del padre o la madre que lo reconoció...". Esta norma fue origen de una controversia clásica en nuestro Derecho, pues el artículo siguiente establece: "Los derechos hereditarios del hijo natural se transmiten por su muerte a sus descendientes por el derecho de re-presentación", lo cual implicaría la no aplicación del artículo 3582. De la contradicción de estos artículos surgieron tres posibilidades de parentesco: 1) causante, hijo natural que tiene un hijo natural; 2) causante, hijo legítimo que tiene un hijo natural; 3) causante, hijo natural que tiene un hijo legítimo.

De los tres supuestos, respecto al primero no hubo problemas, porque siempre le fue descartado el derecho sucesorio. Sobre los otros dos hubo divergencias: mientras algunos sostenían que había vocación hereditaria en los dos casos, la jurisprudencia se inclinaba por considerar que lo había sólo en el último caso.

A pesar de esta tendencia, la doctrina no era pacífica, y así en el año 1951 se sancionó la ley 14.024, por la cual se agregó como aclaratorio del artículo 3582, aplicándose aun a las sucesiones ya en trámite al momento de su sanción, el siguiente párrafo: "La prohibición hereditaria del artículo rige únicamente para los descendientes unidos al causante por generaciones naturales ininterrumpidas". Se puso fin de este modo a la controversia doctrinaria y jurisprudencial, comprendiendo los dos casos, y aclarando que en ambos los nietos extramatrimoniales concurren por derecho de representación (artículo 3583), solución injusta, pues en el supuesto del causante, con hijo legítimo que tiene hijo natural, la legítima se eleva a cuatro quintos, en tanto que en el otro caso, causante con hijo natural que tiene hijo legítimo, la legítima es sólo de la mitad. Y si concurren los dos, el primero recibirá el doble que el segundo, por aplicación del artículo 89 de la ley 14.367. Consideramos que debería efectuarse una modificación a la ley para establecer la igualdad entre los herederos –nietos– de igual grado, y ella consistiría en hacer la división por cabeza.

La disposición de la ley de "generaciones naturales ininterrumpidas" no puede ex-tenderse al supuesto del hijo legítimo del hijo natural, del hijo natural del causante, o sea el biznieto, pues el artículo se refiere sólo al nieto y al abuelo.

27. *Padres naturales.* El artículo 3597 establece: "La legítima de los padres naturales que hubieren reconocido al hijo natural, cuando éste no dejare descendientes legítimos ni cónyuge sobreviviente ni hijos naturales, será la mitad de los bienes dejados por el hijo natural. Si quedasen hijos legítimos o hijos naturales legalmente reconocidos, el padre natural no tiene legítima alguna. Si solo quedase viudo o viuda, la legítima del padre natural será un cuarto de la sucesión".

Así vemos que para poder tener legítima, los padres naturales deben haber reconocido voluntariamente al hijo natural. Si lo fue judicialmente no tienen derecho a la porción legitimaria. La jurisprudencia ha asimilado la posesión de estado al reconocimiento voluntario⁽⁶⁶⁾.

Se ha planteado el problema de saber si tienen derecho a la legítima, o aun más ampliamente vocación hereditaria, los abuelos naturales. El artículo 3582 afirma que no; pero luego de la sanción de la ley 14.024, que otorgo vocación hereditaria a los nietos naturales no unidos al causante por gene-raciones naturales ininterrumpidas, se sus- cito la duda de si se podía extender también a los abuelos naturales. Nuestro criterio es negativo, en vista de que la ley dice expresamente descendientes, y además el derecho de representación lo pueden invocar

⁽⁶⁶⁾ Cámara Civil 1ª de la Capital, 18-11-1919, en *Gaceta del Foro*, t. 20, pág. 97, y t. 23, pág. 129; Cam. Civil 2ª, Cap., 26-8-1927 en *Jurisprudencia Argentina*, t. 25- 1022.

solo los descendientes; por otra parte, afectaría al cónyuge en la concurrencia en forma completamente inaceptable ⁽⁶⁷⁾

Tampoco comprende a nuestro entender a los padres adulterinos e incestuosos, a pesar de que ciertos autores tratan de otorgarle ese derecho, en base a la ley 14.367 ⁽⁶⁸⁾. Lo rechazamos, pues de aceptarse este criterio se atacaría el propósito fundamental de dicha ley, que fue favorecer a los hijos y no a los padres ⁽⁶⁹⁾, suprimiendo, como dice expresamente el artículo 19, las calificaciones solo respecto a los hijos. Asimismo, los derechos de los padres, que están establecidos en el artículo 11, son limitados y no comprenden la vocación hereditaria.

Volviendo al artículo objeto de este párrafo, observamos que su redacción es pleonástica, pues son innecesarios los párrafos: "Cuando este no dejare descendientes legítimos, ni cónyuge sobreviviente, ni hijos naturales" y "Si quedasen hijos legítimos o hijos naturales legalmente reconocidos, el padre natural no tiene legítima alguna", que surgen claramente de la sistemática del Código.

La legítima que establece nuestra ley civil para los padres naturales es de la mitad de los bienes; se sobreentiende que lo es para el caso en que no existieren ni descendientes legítimos o extramatrimoniales, ni cónyuge sobreviviente, porque si hubiere cualquier clase de descendiente no tendrá legítima; y si solo quedare el cónyuge, la legítima será de un cuarto de los bienes. Sobre el significado de esta porción, ver *infra* n° 28 C) f).

28. *Concurrencia de legitimarios. Principios generales*: Como hemos podido apreciar al estudiar las diversas categorías de legitimarios, las porciones legítimas que la ley fija para cada una de ellas es diferente. Y el Código no ha establecido reglas generales a las cuales atenerse para hacer la distribución entre esas categorías cuando concurren dos o más de ellas simultáneamente.

Por ello debemos proponernos enunciar por nuestra cuenta ciertos principios generales. El primero es que "las legítimas no se acumulan", pues si ello fuera posible, en muchos casos se superaría el monto de los bienes ^(70 y 71). De él surge el segundo principio: "la legítima menor se saca de la mayor", o, dicho de otro modo, las porciones legítimas deben salir de la más elevada entre las que concurren. El tercer principio que podemos sentar es que "los herederos que excluyen a otros en la sucesión *ab intestato* los privan también de la legítima".

Con estas nociones generales podemos ya pasar al estudio de los diversos supuestos de concurrencia:

A) *Descendientes legítimos*: De acuerdo con lo dispuesto en la sucesión *ab intestato*, excluyen a toda clase de ascendientes.

Solo concurren con ellos, cuando existen, el cónyuge supérstite y los descendientes extramatrimoniales, situación que analizaremos a continuación:

a) *Concurrencia con el cónyuge supérstite*: Debemos distinguir según que los bienes sean propios o gananciales. Respecto a los primeros, siguiendo el principio de que la legítima menor se saca de la mayor, ella será de los cuatro quintos, correspondiéndole al cónyuge una porción igual a la de cada uno de los hijos (conforme al artículo 3570). En cambio, sobre los bienes gananciales el cónyuge recibe la mitad a título de socio, y en la otra mitad no hereda.

b) *Concurrencia con los descendientes extramatrimoniales*: Sobre los cuatro quintos que forman la legítima, los descendientes extramatrimoniales reciben la mitad de lo que les corresponde a los descendientes legítimos, de acuerdo con el artículo 8° de la ley 14.367. Anteriormente sólo les correspondía la cuarta parte (artículo 3579). En esta concurrencia se produce la única excepción al principio de "las legítimas no se acumulan", al disponer el artículo 99 de la ley 14.367 que la porción disponible queda reducida de un quinto a un décimo, como

⁽⁶⁷⁾ Conforme Borda, *op. cit.*, t. II, n° 852. En contra Cam. 2ª de Apel. de La Plata, 29-5-1956, en J. A., 1956-III-453. que se funda en la reciprocidad.

⁽⁶⁸⁾ Molinas, Alberto G., "Derecho hereditario de los Padres extramatrimoniales" en *La Ley*, t. 78, pág. 779; Portas, Néstor L., "La Filiación extramatrimonial", en L. L., t 76-882, n° 5 i; Díaz de Guijarro, en S. A., 1954-IV, sec. Doct. pág. 14, "Sentido y características de la reforma legislativa sobre los hijos extramatrimoniales".

⁽⁶⁹⁾ Conforme: Fassi, Santiago C., "La filiación después de las reformas de la ley 14.367", en L. L., t. 83-893; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 853; Fornieles, *op. cit.*, t. II, n° 54.

⁽⁷⁰⁾ Este principio sufre solo una excepción, y es la establecida por el artículo 9° de la ley 14.367, que eleva la porción legítima de los descendientes de cuatro quintos a nueve decimos, en el supuesto de concurrencia de los legítimos y los extramatrimoniales.

⁽⁷¹⁾ De acuerdo: Cam. Civ. 1ª, 26-4-1927, en J. A. t. 24-463.

consecuencia del artículo 8° de la misma ley, que aumenta la porción legítima de los hijos extramatrimoniales.

c) Concurrencia con el cónyuge supérstite y con los descendientes extramatrimoniales: Es necesario distinguir los bienes propios de los gananciales. Sobre éstos, el cónyuge recibe la mitad a título de socio; la otra mitad se divide entre los descendientes legítimos y extramatrimoniales, correspondiendo a los primeros el doble que a los segundos. Respecto a los bienes propios, se dividen entre todos, correspondiendo al cónyuge una parte igual a la de cada uno de los descendientes legítimos, y cada uno de los descendientes extramatrimoniales recibe la mitad de esa porción.

B) *Ascendientes legítimos*: Tienen legítima cuando no existen descendientes legítimos. Con ellos concurren el cónyuge supérstite y los descendientes extramatrimoniales.

a) Concurrencia con el cónyuge supérstite: Debemos atenernos a la legítima mayor, que en este caso pertenece a la de los ascendientes legítimos, y que es de los dos tercios ⁽⁷²⁾. Es preciso distinguir según que los bienes sean propios o gananciales. Los primeros se distribuyen por cabeza (artículo 3571). En cambio, en los gananciales, el cónyuge recibe la mitad a título de socio, y en la otra mitad sólo heredan los ascendientes, excluyéndose al cónyuge (artículo 3576).

b) Concurrencia con los descendientes extramatrimoniales: También rige la legítima de los dos tercios, por ser la mayor. De ella, la mitad corresponde a los ascendientes legítimos, la cual se reparte luego, entre ellos, por cabeza; la otra mitad pertenece a los descendientes extramatrimoniales, que la distribuyen en idéntica forma (artículo 3580) ⁽⁷³⁾.

c) Concurrencia con el cónyuge supérstite y con los descendientes extramatrimoniales: Se sujeta a la legítima mayor, es decir, la de dos tercios de los ascendientes legítimos. De los bienes propios, la mitad corresponde a los ascendientes, cualquiera sea su número; un cuarto al cónyuge y otro cuarto a los descendientes extramatrimoniales (artículo 3581) ⁽⁷⁴⁾. De los bienes gananciales, la mitad corresponde al cónyuge a título de socio, y la otra mitad se divide en dos partes iguales, perteneciendo una a los ascendientes y otra a los descendientes extramatrimoniales, cualquiera sea su número en ambos casos.

C) *Cónyuge*: Entre las situaciones de concurrencia de los legitimarios, las que plantean problemas más interesantes son aquellas en que interviene el cónyuge.

El cónyuge supérstite concurre en todos los casos. Ningún legitimario lo excluye. La porción legitimaria de la mitad de los bienes, establecida por el artículo 3595, lo es sólo a los efectos de que no existan descendientes o ascendientes legítimos, supuestos en los cuales hay que atenerse a las legítimas de éstos, que son de cuatro quintos y de dos tercios, respectivamente.

En todas las oportunidades en que concurre el cónyuge debe tenerse presente la distinción entre bienes propios y gananciales.

En los propios concurre con los descendientes, sean legítimos o extramatrimoniales, con los ascendientes legítimos y con los padres naturales.

En cambio, respecto a los bienes gananciales, recibe la mitad de ellos a título de socio. De la otra mitad, que es la única que entra en la sucesión, se suscita la cuestión de saber si tienen o no derecho hereditario. No hay duda de que es excluido si concurre con descendientes o ascendientes legítimos, según surge del artículo 3576. Pero en el supuesto que concorra con descendientes extramatrimoniales o padres naturales, la doctrina no es nada pacífica, pues sobre la base de los artículos 3576 y 3578 se han manifestado dos tendencias opuestas: una

⁽⁷²⁾ Aclaramos que en todos los supuestos nos referimos a la porción legítima, en este caso a los dos tercios, suponiendo que el causante ha utilizado la porción disponible. En la hipótesis de que esto no ocurra, debe modificarse, el porcentaje establecido como porción legitimarla, por el todo de la herencia.

⁽⁷³⁾ La solución es injusta, pues en el caso de que se presentaran varios descendientes extramatrimoniales y un solo ascendiente legítimo, aquéllos recibirían menos que si en lugar del ascendiente concurren con un descendiente legítimo. También es injusta la solución del Código, en el caso contrario, en que concurren los cuatro abuelos y un solo hijo extramatrimonial. La solución, a nuestro entender, consiste en realizar la división por cabeza y por partes iguales. (Conf.: Borda, *op. cit.*, t. II, n° 834).

⁽⁷⁴⁾ El resultado legal es injusto, porque si quedare un solo ascendiente le correspondería un 50%, en tanto que al cónyuge el 25% y a los descendientes extramatrimoniales otro 25%. (Conf.: Lafaille, *op. cit.*, t. II, n° 77; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 837). Coincidimos con este último autor en que sería conveniente asignar al cónyuge una porción fija, por ejemplo un tercio, y el resto dividirlo por cabeza entre los ascendientes legítimos y los descendientes extramatrimoniales, solución que consideramos superior a la propuesta por Lafaille y Bibiloni, de dividir la herencia por tercios, uno para los ascendientes legítimos, otro para el cónyuge y el último para los hijos extramatrimoniales, porque de existir varios de estos últimos, ellos se encontrarían perjudicados frente a lo que corresponde a los ascendientes.

otorgando derecho hereditario al cónyuge supérstite sobre la mitad de la mitad de los bienes que entra en la sucesión ⁽⁷⁵⁾ y otra negándole ese derecho ⁽⁷⁶⁾

Los artículos 3576 y 3578, causantes de esta divergencia, disponen, respectivamente: "En todos los casos en que el viudo o la viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes o ascendientes, no tendrá parte alguna en la división de los bienes que correspondiesen al cónyuge premuerto, a título de gananciales del matrimonio con el referido viudo o viuda" y "Si sólo quedase viudo o viuda, los hijos naturales dividirán la herencia por partes iguales, tomando la mitad de ella el viudo o la viuda, si los bienes no fuesen gananciales, y la otra mitad el hijo o hijos naturales".

El artículo 3576 lo hemos transcripto en su redacción actual, pues en su redacción originaria, luego modificada por la ley Fe de Erratas, disponía: "En todos los casos en que el viudo o la viuda son llamados a la sucesión no tendrán parte alguna en la división de los bienes que le corresponden al muerto por gananciales del matrimonio que se hubiesen dividido con el cónyuge sobreviviente". Las reformas que se introdujeron consistieron en suprimir el último párrafo, y agregar en cambio el de "en concurrencia con descendientes o ascendientes". La eliminación del párrafo por medio del cual se excluía al cónyuge supérstite del derecho hereditario sobre los bienes gananciales, sólo cuando se hubiere producido en vida la separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal, implicó aceptar las interpretaciones que, habían dado a la redacción originaria Segovia ⁽⁷⁷⁾ y la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y demás tribunales del país con anterioridad a 1882 año en que fue creada la justicia ordinaria para la Capital. Sostenían aquéllos que el cónyuge nunca heredaba sobre los bienes gananciales, hubiere o no existido separación de bienes en vida de los cónyuges.

Así se produjo el caso que Rébora denomina "paradoja sucesoria" ⁽⁷⁸⁾, en que si en una sucesión no existen bienes propios, el cónyuge supérstite sólo recibe su porción de socio. Y siendo heredero por disposiciones expresas del Código, carece de porción hereditaria en el acervo sucesorio. Es un heredero sin herencia *heres sine re*.

Pero conjuntamente con la supresión de ese párrafo, la ley Fe de Erratas introdujo un agregado: "en concurrencia con descendientes o ascendientes". En la redacción originaria no se distinguía si el cónyuge sobre-viviente concurría o no con otros herederos, o, para ser más exactos con este estudio, con otros legitimarios. Mas esta adición se hizo sin aclarar si comprendía sólo a los descendientes y ascendientes legítimos, o también a los extramatrimoniales.

La dilucidación de esta cuestión es la que ha dividido a la doctrina en vista de que unos, haciendo jugar el artículo 3578, sostienen que se refiere tanto a los legítimos como a los extramatrimoniales, otros consideran que sólo comprende a los legítimos, coadyuvando a esta interpretación el artículo 3595.

En la resolución de este problema, algunos autores han hecho jugar diversos principios que consideran más justos. Así, Machado, conforme con su idea de la libre disposición y contraria a los derechos que el codificador otorga al cónyuge ⁽⁷⁹⁾, se inclina por la interpretación favorable a los descendientes extramatrimoniales, pues de ese modo se favorece la distribución de la riqueza.

Los partidarios del alcance restringido del artículo 3576 lo fundan en que cuando el codificador ha querido referirse a los parientes naturales, ahora extramatrimoniales, lo ha hecho

⁽⁷⁵⁾ Sostienen este criterio: Chaneton, Abel, "Partición de gananciales", en J. A., t. 14, sedc. doct., pág. 46; Lafaille, *op. cit.*, t. II, n° 84 y sigs.; Fornieles, *op. cit.*, t. II, n° 39; López del Carril, Julio J., "Sucesión del cónyuge", en *Lecciones y Ensayos*, n° 12, Bs. Aires, 1959, pág. 18; Llerena, *op. cit.*, en su primera edición; Bibiloni en su "Anteproyecto"; Prayones, *op. cit.*, págs. 193 y 236 y sigs. En la jurisprudencia, la Suprema Corte de Tucumán, 9-12-1935, en J. A., t. 52-974.

⁽⁷⁶⁾ Esta tendencia la sustentan: Segovia, *op. cit.*, t. II, pág. 544; Machado, *op. cit.*, t. IX, pág. 334; Llerena, *op. cit.*, t. IX, pág. 505, 3ª ed., aunque considera injusta la solución del Código; Arias, *op. cit.*, págs. 322 y 331; Rébora, *op. cit.*, 2ª ed., 1952, t. II, n° 430-1, pero la considera una paradoja sucesoria. Concorde con esta interpretación, aunque admiten que es injusta, Borda, *op. cit.*, t. II, n° 835; De Gásperi, *op. cit.*, t. III, n° 340. En la Jurisprudencia: Cámara Civil 19, 30-5-1923 y 3-6-1927, en J. A., t. 10-540 y t. 25-90, respectivamente. También de acuerdo con este criterio, Díaz de Guijarro, Enrique, "Vocación hereditaria de los ascendientes y descendientes naturales con respecto a la parte de gananciales correspondientes al cónyuge prefallecido", en J. A., 1951-IV-111.

⁽⁷⁷⁾ Segovia, *op. cit.*, t. II, pág. 544

⁽⁷⁸⁾ Rébora, *op. cit.*, t. II, n° 431.

⁽⁷⁹⁾ Machado, *op. cit.*, t. IX, pág. 330.

expresamente, aclarando el concepto; y que cuando no lo hizo, por ejemplo en el 3576, es porque ha entendido referirse sólo a los legítimos. Además, que para los parientes legítimos, los términos generales de descendiente y ascendiente, comprenden una serie de grados, lo cual no ocurre con los parientes naturales, que incluyen al hijo y sus descendientes legítimos (respecto a los nietos naturales, ver *supra* n° 25) y a los padres.

Y así, de aceptarse la interpretación amplia, se plantearía el caso paradójico de que si el cónyuge sobreviviente concurre con su hijo legítimo, o con un hijo extra-matrimonial del cónyuge premuerto a una sucesión en la que sólo hubiere bienes gananciales, la mitad le correspondería al cónyuge supérstite y la otra mitad al hijo legítimo, o al hijo extramatrimonial, situación completamente equivalente entre éstos y agravada aún más con la sanción de la ley 14.367, que asimila los hijos adulterinos e incestuosos a los naturales. Y un ejemplo pondrá en evidencia la injusticia de esa solución: un cónyuge varón se ha sacrificado durante años de matrimonio para hacer una pequeña fortuna; al fallecer su mujer, que había tenido un hijo extramatrimonial, se encontrará con la paradoja de que los mismos derechos hereditarios que le asisten a él, que ha formado la riqueza del matrimonio, le corresponden a una persona que probablemente ni ha conocido.

El artículo 3578, base de la interpretación amplia, establece que la herencia se dividirá por partes iguales, correspondiendo una mitad al cónyuge y la otra al hijo o hijos naturales, ahora extramatrimoniales, cuando los bienes no fuesen gananciales. Ello implicaría, por aplicación del artículo 3576, que cuando lo fuesen se excluye al cónyuge del derecho hereditario.

Pero Lafaille ⁽⁸⁰⁾ dice que leyendo bien el texto se observa que no establece ninguna norma para el caso de que los bienes sean gananciales. Se refiere sólo al supuesto en que no lo son. En caso de serlo, se remite al artículo 3576.

Y nuevamente venimos a encontrarnos con el problema de saber si la expresión "descendientes y ascendientes" debe entenderse en forma amplia o restrictiva.

Esta última interpretación, con la cual coincidimos por las razones expuestas, ha recibido recientemente un gran apoyo, al aconsejar el Tercer Congreso Nacional de Derecho civil reunido en Córdoba, en su Recomendación n° 19 aprobada el 14 de octubre de 1961, que una ley aclaratoria establezca "Que la reforma introducida por la segunda ley de «fe de erratas» en el artículo 3576 del Código civil, debe entenderse en el sentido de que se refiere a los ascendientes y descendientes legítimos" ⁽⁸¹⁾

Con estas aclaraciones previas, podemos ya pasar al estudio de los diversos casos de concurrencia del cónyuge supérstite:

a) Concurrencia con los descendientes legítimos: En los bienes gananciales le corresponde la mitad a título de socio, y de la otra mitad es excluido (art. 3576). En los propios, tiene una parte igual a cada uno de los hijos legítimos (art. 3570).

b) Concurrencia con los ascendientes legítimos: De los bienes gananciales recibe la mitad a título de socio, de la otra es excluido (art. 3576). Los bienes propios se dividen por cabeza (art. 3571). Este último artículo al no hacer distinciones respecto a la calidad de los ascendientes, admitiendo a cualquiera de éstos, se hace pasible de críticas, pues es diferente la situación si el cónyuge concurre con el padre o madre del difunto, que si lo hace con el abuelo. Por la forma general como ha sido resuelto por el Código esta última posibilidad, ella implica hacer más desfavorable la situación del cónyuge, a medida que concurre con mayor número de ascendientes y a la vez más lejanos.

c) Concurrencia con los descendientes legítimos y los extramatrimoniales: ver en este mismo número supuesto A) c).

d) Concurrencia con los descendientes legítimos y con los descendientes extramatrimoniales: ver en este mismo número, su-puesto B) c).

e) Concurrencia con los descendientes extramatrimoniales: De la porción legítima de los bienes propios se otorga la mitad al cónyuge sobreviviente, y la otra mitad a los descendientes extramatrimoniales, cualquiera sea su número (art. 3578). Respecto a los gananciales, la mitad corresponde al cónyuge a título de socio; y de la otra mitad, según nuestro criterio visto en los

⁽⁸⁰⁾ Lafaille, *op. cit.*, t. II, n° 86.

⁽⁸¹⁾ "Recomendaciones aprobadas por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil" (octubre de 1961), en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, t. IV, n° 7, año 1961, pág. 382 y sigs.

párrafos anteriores, la mitad es para el cónyuge, y la otra mitad, o sea el cuarto del total, para los descendientes extramatrimoniales (arts. 3576, 3578 y 3595).

f) Concurrencia con el padre natural: El Código no lo ha previsto, pues el artículo 3584 al tratar de la sucesión de los padres naturales, les otorga vocación hereditaria a falta de posteridad sea legítima o natural, sin mencionar al cónyuge. Para resolverla debemos recurrir al artículo 3597 en su último párrafo, en el cual se establece que sólo quedase el cónyuge sobreviviente, la legítima del padre natural será de un cuarto de la sucesión. Y de acuerdo con el principio de que la legítima menor se saca de la mayor, tenemos en este caso que es de la mitad de los bienes, por ser la del cónyuge. Considerando que ésta es el doble de la que se asigna al padre natural, estimamos que en caso de concurrencia debe mantenerse esa duplicidad, por lo que al cónyuge le corresponderá los dos tercios y al o los padres naturales, un tercio de la sucesión ⁽⁸²⁾. Todo esto con respecto a los bienes propios; pues en los gananciales, la mitad le pertenece al cónyuge a título de socio, y de la otra mitad según nuestro criterio, dos tercios al cónyuge y un tercio a los padres naturales ⁽⁸³⁾.

D) *Descendientes extramatrimoniales*: En todos los casos tienen una porción legítima, no siendo nunca excluidos. Pero ella varía según los parientes con los cuales concurren.

Entre ellos se hace la división por cabeza, existiendo el derecho de representación, caso en el cual la distribución se hace por stirpe.

a) Concurrencia con los descendientes legítimos: Ver en este mismo número, su-puesto A) b).

b) Concurrencia con los ascendientes legítimos: Ver supuesto B) b).

c) Concurrencia con el cónyuge superstite: Ver supuesto C) e).

d) Concurrencia con descendientes legítimos y con el cónyuge: Ver supuesto A) c).

e) Concurrencia con ascendientes legítimos y con el cónyuge: Ver supuesto B) c).

E) *Padres naturales*: Sólo les corresponde la legítima, cuando no existen descendientes sean legítimos o extramatrimoniales. Luego sólo concurren con el cónyuge en la forma vista en el supuesto C) f).

En el caso de que ambos padres lo hubieren reconocido y vivieren, se dividirán la porción que les corresponda, en partes iguales (art. 3584).

29. *Legislación comparada*. Como ya lo establecimos anteriormente (ver *supra* número 19), la mayoría de las legislaciones universales adoptan el sistema de la legítima, y a tal efecto reglamentan las porciones que les corresponden a los legitimarios.

Las asignaciones que realizan no responden a un criterio uniforme, porque en tanto algunas legislaciones instituyen una cuota fija para toda clase de legitimarios, otras establecen diferentes porciones según el grado de cercanía en el parentesco con el causante; y por último están las que hacen diverger la fracción según el número de legitimarios. Además están los Códigos que establecen la institución de la mejora, y los que incluyen categorías de legitimarios, que otros no aceptan.

Pero antes de pasar al estudio detallado de la legislación comparada, diremos que la evolución de este siglo, se inclina a disminuir la porción legítima, para automáticamente acrecentar la disponible; amén de establecer cuotas fijas.

Código francés: La legítima es tratada con el nombre de "reserva", y el capítulo que se refiere a ella, lleva el epígrafe "De la porción de bienes disponibles y de la reducción" y se extiende del artículo 913 al 930 inclusive.

⁽⁸²⁾ Conforme en el resultado, aunque lo basa en un principio de justicia, Fornieles, *op. cit.*, t. II, n° 38, 5. En cambio, el criterio general de nuestra doctrina es asignar la mitad de los bienes al cónyuge y la otra mitad al padre natural: Lafaille, *op. cit.*, t. II, n° 78; Rébora, *op. cit.*, t. II, n° 430; De Gásperi, *op. cit.*, t. III, n° 337; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 851. Y por último en la jurisprudencia, la Cámara Civil 2ª de la Cap., 30-12-1936, en Gaceta del Foro, t. 126-46, consideró que la división debe hacerse por cabeza, fundándose en el art. 3571, al que hizo comprender tanto a los ascendientes legítimos como a los naturales.

⁽⁸³⁾ En contra Rébora, *op. cit.*, t. II, n° 430-1, y Borda, *op. cit.*, t. II, n° 851, que consideran que la mitad de los bienes gananciales que ingresan a la sucesión corresponden a los padres naturales, excluyendo al cónyuge. Disentimos con estos autores, pues se equipararía la situación de los padres naturales a la de los legítimos, lo cual es a todas luces injusto, más aún cuando notamos que el codificador ha tratado de limitar el derecho de la parentela natural sólo a los padres (art. 3584 y encabezamiento del capítulo al cual corresponde) por su propia índole. Además se fijó su legítima en sólo un cuarto, en tanto que a los ascendientes legítimos se le asignó dos tercios.

El artículo 913 establece: "Las liberalidades, sea por actos entre vivos, sea por testamento, no pueden exceder la mitad de los bienes del disponente, si él sólo deja a su muerte un hijo legítimo; el tercio si deja dos hijos; el cuarto si deja tres o mayor número de hijos".

La redacción de esta disposición había sido encargada a Bígot de Préameneu, quien recomendó el establecimiento de una legítima fija de tres cuartos, cualquiera sea el número de hijos. Portalis y Maleville, partidarios de una mayor libertad de testar se opusieron a esa proposición, que era apoyada por Tronchet. En esa discusión intervino el cónsul Cambaceres y propuso una enmienda que fue aprobada y representa la redacción actual del artículo 913, sistema de cuota variable que ya aplicó el derecho justineano.

El artículo 914 fija la porción legítima de los ascendientes al disponer: "Las liberalidades, por actos entre vivos o por testamento, no pueden exceder la mitad de los bienes, si en defecto de hijo, el difunto deja uno o más ascendientes en cada una de las líneas paterna y materna, y los tres cuartos, si sólo deja ascendientes en una línea".

En defecto de ascendientes y de descendientes, el causante puede disponer libremente de todos los bienes (art. 916), es decir que se excluye a los colaterales.

Para los hijos naturales legalmente reconocidos, le establece una porción legitimaria, que se calcula.

En su redacción originaria el Código guardó silencio respecto a los hijos naturales, por lo que la cuestión de saber si tenían una porción legítima, dependió de la jurisprudencia. A tal efecto se sancionó en 1896 una ley que a la vez que acrecentó los derechos hereditarios del hijo natural, le concedió una legítima, consistente en una parte de la que le hubiera correspondido de ser hijo legítimo, determinándose su cuantía por la misma proporción planteada para fijar su porción *ab intestato* (art. 913, párrafo 2º). Y así en el artículo 758, se dispone que el derecho hereditario del hijo natural en la sucesión de su padre o madre es de la mitad de la porción que tendría si fuera legítimo.

En el artículo 915 establece un sistema complejo para el caso de concurrencia de hijos naturales con ascendientes, haciendo variar la legítima según el número de los herederos, en forma similar al artículo 913.

Al cónyuge superviviente no se le otorga porción legítima, al considerar que no forma parte de la familia. Solo se le concede una pensión alimenticia sobre la sucesión para el caso en que le sea necesaria, y este derecho recién le fue otorgado por una ley del año 1891 (art. 205). Y en la sucesión intestada solo recibe un derecho de usufructo, que es de un cuarto si existen hijos procreados en el matrimonio; de una porción igual al hijo que menos reciba, cuando existan hijos procreados de un matrimonio anterior, sin que pueda exceder de un cuarto; de la mitad cuando existan hijos naturales, hermanos, hermanas o ascendientes; del total en todos los otros casos, cualquiera sea el número o la calidad de los herederos (artículo 767).

El padre y la madre natural no son legitimarios, pues ninguna disposición les establece ese derecho, y por tal razón la jurisprudencia les ha negado ese derecho. El artículo 914, a pesar de que se refiere solo al término ascendientes, no puede extenderse, porque supone implícitamente que esos parientes pueden ser de distintos grados, y admite el supuesto de que concurren con colaterales, supuestos ambos que solo pueden darse en la familia legítima.

Código español: Inspirado en el Proyecto glosado por García Goyena, establece en el artículo 807: "Son herederos forzosos: 1º Los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos. 2º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes legítimos respecto de sus hijos y descendientes legítimos. 3º El viudo o viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos, y el padre o madre de éstos, en la forma y medida que establecen los artículos 834 a 842 y 846" (84).

Descendientes legítimos: La porción legítima es de las dos terceras partes del haber hereditario, de las cuales una parte es forzosa, y la otra puede aplicarse para mejorar a esos hijos y descendientes legítimos (art. 808). A la mejora de un tercio, se refieren los artículos 823 a 833

(84) Por una ley del 24 de abril de 1958 se han modificado determinados artículos del Código civil, y varios de ellos han afectado lo referente a la legítima, principalmente respecto al cónyuge. Dichos artículos son: 807 (que amplía la remisión a otros artículos, al referirse a los 834 a 842 y 846, en tanto que el Código sólo lo hacía a los 1834 a 837, 840 a 842 y 849); 809 (que añade el supuesto de concurrencia con el cónyuge viudo); 814; 834 a 839 y 841.

inclusive, que conservan una institución tradicionalmente hispánica, pues encuentra su origen en el derecho visigótico.

Ascendientes legítimos: La legítima es de la mitad del haber hereditario, salvo que concurrieren con el cónyuge viudo, en cuyo caso será, de una tercer parte (809). Si ambos existen se dividirá entre ellos por partes iguales (810).

Cónyuge: La ley del 24 de abril de 1958 mantiene el régimen del Código en lo que respecta al establecimiento de un usufructo a favor del cónyuge supérstite, pero él es ampliado en sus porcentajes, en todos los casos de concurrencia ⁽⁸⁵⁾.

Hijos naturales: Tienen derecho si son reconocidos legalmente, y él varía según con quien concurren. Si lo es con hijos legítimos, tienen derecho a la mitad de la cuota que corresponde a cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral (art. 840). Si concurren con ascendientes legítimos tendrán derecho a la cuarta parte de la herencia; sin perjuicio de la legítima del viudo, que concurrendo con hijos naturales reconocidos será de un tercio de la herencia en usufructo y se adjudicará a éstos solo en nuda propiedad, mientras viviere el viudo, lo que les falte para completar la legítima (art. 841) . Si no existieren ni descendientes ni ascendientes legítimos, los hijos naturales tendrán derecho a la tercera parte de la herencia (art. 842). Los hijos ilegítimos que no tengan la calidad de naturales, solo tendrán derecho a los alimentos (art. 845).

Padres naturales: "El derecho de sucesión que la ley da a los hijos naturales pertenece por reciprocidad en los mismos casos al padre o madre naturales".

Código italiano de 1865: Sustituido por el Código sancionado en 1942.

Descendientes legítimos: La porción legítima es de la mitad cualquiera sea su número (art. 805). Comprende a los hijos legítimos, legitimados, adoptivos y sus descendientes (806).

Ascendientes: La legítima es de un tercio, y si ambos padres existen les pertenece por partes iguales (art. 807).

Cónyuge: Se les otorga un derecho de usufructo variable. Si concurre con descendientes, al usufructo de una porción igual a la que corresponde a cada hijo a título de legítima (812). Si no hay descendientes, pero sí ascendientes, la reserva del cónyuge es de un cuarto en usufructo (813). Y si no existen ni descendientes ni ascendientes, es de un tercio (814).

Descendientes naturales: Si hay descendientes o ascendientes legítimos, los hijos naturales legalmente reconocidos tienen derecho a la mitad de la cuota que le correspondería si fueran legítimos (815). Si no existen ni descendientes ni ascendientes legítimos, el derecho de los hijos naturales es de los dos tercios de lo que les correspondería si fueran legítimos.

Las porciones del cónyuge y de los hijos naturales, no se sacan de la legítima de los descendientes legítimos o de los ascendientes, sino de la porción disponible (art. 818).

Código chileno: En el artículo 1182 establece: "Son legitimarios: 1º Los hijos legítimos personalmente, o representados por su descendencia legítima; 2º Los ascendientes legítimos; 3º Los hijos naturales personalmente, o representados por su descendencia legítima; 4º Los padres naturales".

Descendientes legítimos: "Habiendo tales descendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, sean o no legitimarios; y otra

⁽⁸⁵⁾ Artículo 834: "El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora". Art. 835: "Cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará el resultado del pleito. Si entre los cónyuges separados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos". Art. 836: "En el caso de concurrir hijos de algún matrimonio anterior del causante, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo recaerá sobre el tercio de libre disposición. En tal supuesto, si hubiere hijos naturales se adjudicará a éstos su legítima en nuda propiedad, y si mientras dure el usufructo estuvieren en el caso de necesitar alimentos, tendrán derecho a exigirlos de todos los legitimarios en proporción a al haber hereditario". Art. 837: "No existiendo descendientes, pero si ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia" • Art. 838: "No existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia". Art. 839: "Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, y, en su defecto, por virtud de mandato judicial. Mientras esto no se realice estarán afectos todos los bienes de la herencia al Pago de parte de usufructo que corresponda al cónyuge".

cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio" (art. 1184, tercer párrafo). De este modo se consagra la institución de la mejora, siguiendo la tradición ibérica.

"No habiendo descendientes legítimos con derecho de suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio" (1184, segundo párrafo).

Y esa mitad de los bienes "se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigurosa" (1184, primer párrafo).

Respecto al cónyuge, no le establece una legítima, sino una porción conyugal que "es aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación" (art. 1172) y en el 1178 se la fija en "la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos. Habiendo tales descendientes, el viudo o viuda será contado entre los hijos, y recibirá como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo".

Código uruguayo: Realiza una amalgama de las disposiciones de las legislaciones francesa y chilena.

Así en el artículo 885 siguiendo al Código chileno aunque con ciertas modificaciones, determina: "Tienen legítima: 1º Los hijos legítimos, personalmente o representados por sus descendientes legítimos o naturales; 2º Los hijos naturales, reconocidos o declarados tales, personalmente o representados por su descendencia legítima o natural; 3º Los ascendientes legítimos". Apartándose de la fuente, no considera como legitimarios a los padres naturales. Además por ley del año 1909 se extendió el derecho de representación a los descendientes naturales, debido a ello es que en la transcripción del artículo, ya hacemos referencia a esta modificación.

En el artículo 887 que tuvo como fuente a los Códigos francés y chileno, se fijan las porciones legítimas al establecer: "Habiendo un solo hijo legítimo o descendencia con derecho de representarle, será la porción legitimaria, la mitad de los bienes; si hay dos hijos, las dos terceras partes; si hay tres o más hijos, las tres cuartas partes. Cuando concorra descendencia legítima y descendencia natural, los hijos naturales se contarán como un hijo legítimo a los efectos de fijar la porción legitimaria, y la legítima de cada hijo natural será dos tercios de la de cada hijo legítimo. No habiendo hijos legítimos, ni descendencia con derecho de representarlos, la porción legitimaria será siempre la mitad de los bienes, que se dividirá por partes iguales entre los ascendientes legítimos y los hijos naturales. Si faltan los ascendientes legítimos o los hijos naturales, la mitad de la herencia será la legítima de los hijos naturales o los ascendientes. Lo que resta del acervo, deducida la porción legitimaria, según lo dispuesto en los precedentes incisos, es la parte de bienes de que el difunto ha podido disponer en vida o en muerte, a favor de cualquiera, aunque sea extraño. Lo que cupiere a cada uno de los herederos forzosos en la porción legitimaria, será su legítima rigurosa".

Respecto al cónyuge, sigue el sistema de la porción conyugal, en forma idéntica al Código chileno (arts. 874 a 883 inclusive).

Código alemán: Establece una legítima fija e idéntica para todas las categorías de legitimarios, al disponer el artículo 2303: "Cuando un descendiente del difunto quede excluido de la sucesión por una disposición testamentaria, podrá exigir del heredero su reserva. Consistirá ésta en la mitad del valor de la parte legada. El mismo derecho tendrán el padre, la madre y el esposo del difunto cuando sean excluidos de la sucesión por disposición de última voluntad". Lo completa el artículo 2309 que estatuye: "Los descendientes lejanos y el padre o madre del disponente no serán reservatarios cuando un descendiente, que los excluiría en caso de sucesión legítima, pueda exigir una reserva o acepte lo que se le ha dejado".

Destacamos que en el derecho alemán, se ha establecido el sistema parentelario, que encuentra su origen en el derecho germánico (ver *supra* n° 9), por él se prescriben cinco órdenes de herederos. El primero es el de los descendientes legítimos (art. 1924); el segundo, el del padre y la madre del difunto y con ellos los descendientes de ambos padres (1925); el tercero, el de los abuelos del difunto y sus descendientes (1926); el cuarto, el de los bisabuelos y sus descendientes (1928); el quinto, el de los tatarabuelos y sus descendientes (1929).

Respecto al cónyuge dispone el artículo 1931: "El esposo superviviente del difunto se considerará como heredero legítimo por la cuarta parte de la herencia en concurrencia con los de primer grado, y por la mitad en concurrencia con los de segundo grado, o con los abuelos. Si

con éstos concurren descendientes de abuelos, corresponderá, además de la otra mitad al esposo, la parte que, según el artículo 1926, correspondería a los descendientes. Si no hubiese parientes de primero ni de segundo grado ni abuelos, corresponderá toda la herencia al esposo superviviente".

Código suizo: En el artículo 471 preceptúa: "La reserva es: 1º Para un descendiente, de los tres cuartos de su derecho de sucesión; 2º Para el padre o la madre, de la mitad; 3º Para cada uno de los hermanos o hermanas, del cuarto; 4º Para el cónyuge, de todo su derecho de sucesión en propiedad cuando concurre con herederos legales y de la mitad de ese derecho cuando es heredero único". El artículo 472 autoriza a los cantones a suprimir la reserva de los hermanos y hermanas, o a extender esta reserva a los descendientes de hermanos y hermanas.

Al igual que el Código alemán, establece el sistema de las parentelas, y lo hace en cuatro órdenes de herederos. El primero el de los descendientes (art. 457); el segundo, el del padre y la madre y sus descendientes (458); el tercero, el de los abuelos y sus descendientes (459); y el cuarto, el de los bisabuelos y sus descendientes (460). Los tres primeros grados tienen un derecho de propiedad, en cambio el último sólo de usufructo (460).

En lo referente al cónyuge determina el artículo 462: "El cónyuge sobreviviente puede reclamar a su elección, si el difunto deja descendientes, el usufructo de la mitad o la propiedad del cuarto de la sucesión. El tiene derecho, si concurre con el padre, la madre del difunto o su posteridad, al cuarto en propiedad y a los tres cuartos en usufructo; en concurso con los abuelos o su posteridad, a la mitad en propiedad y a la otra mitad en usufructo, y en defecto de los abuelos o de su posteridad, a la sucesión entera".

Código brasileño: Según el artículo 1576: "Habiendo herederos necesarios, el testador sólo podrá disponer de la mitad de la herencia", y el 1721 determina quienes son herederos necesarios: "El testador que tiene descendiente o ascendiente sucesible, no puede disponer de más de la mitad de sus bienes; la otra pertenecerá de pleno derecho a los descendientes y, en su falta al ascendiente, de lo que constituye la legítima, según lo dispuesto en este Código (arts. 1603 a 1619 y 1723)". Se remite al orden de la vocación sucesoria.

Es decir que en la legislación brasileña sólo son legitimarios los descendientes y los ascendientes, y no el cónyuge y los colaterales, que según el artículo 1725 pueden ser excluidos de la sucesión con sólo disponer, el causante de su patrimonio, sin contemplarlos.

Código mexicano: No sostiene el sistema de la legítima, sino el de la libertad de testar, pero fija una obligación alimentaria del causante en favor de ciertos parientes en el artículo 1368: "1º A los descendientes varones menores de veintiún años; 2º A los descendientes varones que estén imposibilitados de trabajar, y a las hijas que no han contraído matrimonio y vivan honestamente, unos y otras aun cuando fueren mayores de veintiún años; 3º El cónyuge supérstite, siempre que siendo varón esté imposibilitado de trabajar, o que siendo mujer, permanezca viuda y viva honestamente; 4º A los ascendientes; 5º A la mujer con quien el testador vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. La concubina sólo tendrá derecho a alimentos mientras que observe buena conducta y no se case. Si fueren varias las concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos; 6º A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades".

Importa una peculiaridad de esta legislación, la inclusión de la concubina al derecho a los alimentos.

Código peruano: Fija la porción legítima en dos tercios para los descendientes o padres, o hijos adoptivos o descendientes de éstos o cónyuge (art. 700).

Si sólo deja ascendientes, se la establece en la mitad (701).

En el artículo 704 dispone que: "La legítima del cónyuge es una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal, pero la perderá si sus gananciales llegan o exceden al monto de la cuota, y ésta se reducirá hasta lo que sea preciso si los gananciales fueren menores".

De los dos tercios destinados a la legítima, puede el testador disponer de uno de ellos para mejorar a sus descendientes, establece el artículo 707 y siguientes. En el 712 se estatuye que: "Si el testador mejora a sus descendientes dejando hijos ilegítimos reconocidos pierde la facultad de disponer libremente del tercio de sus bienes".

Código venezolano: En el artículo 884, prescribe un sistema uniforme e invariable, para todas las categorías de legitimarios, descendientes o ascendientes, legítimos o naturales, y cónyuge, fijando la porción legítima en la mitad de lo que habrían recibido *ab intestato*.

Código italiano de 1942: En el artículo 536 establece quienes son legitimarios: "Las personas a favor de las cuales la ley reserva una cuota de herencia u otros derechos en la sucesión, son los hijos legítimos, los ascendientes legítimos, los hijos naturales y el cónyuge. A los hijos legítimos se equiparan los legitimados y los adoptivos. A favor de los descendientes de los hijos legítimos o naturales, que vengan a la sucesión en lugar de éstos, la ley reserva los mismos derechos que se reservan a los hijos legítimos o naturales".

Hijos legítimos: Si es un hijo, la mitad; si son varios, dos tercios (537).

Ascendientes legítimos: Se reserva un tercio (538)

Hijos naturales: Si deja un hijo, un tercio; si varios, la mitad (530).

Cónyuge: Se reserva el usufructo de dos tercios (540).

Todas estas porciones son susceptibles de modificación en los supuestos de concurrencia.

Concurrencia de hijos legítimos y naturales: La reserva es de dos tercios, y al hijo natural le corresponde la mitad de los que obtiene cada uno de los hijos legítimos (541).

Concurrencia de hijos legítimos y cónyuge: Si queda sólo un hijo, la cuota de éste es de un tercio en plena propiedad. Otro tercio corresponde en usufructo al cónyuge, y la propiedad de éste es una mitad para el hijo y la otra forma parte de la cuota disponible. Si son varios los hijos, la reserva es de dos tercios, de la cual corresponde al cónyuge el usufructo de una porción igual a la cuarta parte del patrimonio del difunto (542).

Concurrencia de hijos legítimos, cónyuge e hijos naturales: La reserva conjunta es de dos tercios. Al cónyuge le corresponde sobre esta cuota, el usufructo de una porción igual a la cuarta parte del patrimonio del difunto. Entre los hijos legítimos y naturales se realiza la repartición en la forma establecida en el artículo 541 (542).

Concurrencia de cónyuge e hijos naturales: Si hay un solo hijo, al cónyuge se le reserva el usufructo de cinco dozavas partes del patrimonio del difunto. Al hijo natural se le reserva la plena propiedad de un cuarto del patrimonio y la nuda propiedad de un quinto de los bienes asignados en usufructo al cónyuge. Los otros cuatro quintos forman parte de la cuota disponible. Si hay varios hijos, el cónyuge tiene el usufructo de un tercio del patrimonio, y los hijos naturales, la propiedad de otro tercio. La nuda propiedad de los bienes asignados al cónyuge, corresponde por mitad a los hijos, mientras que la otra mitad forma parte de la cuota disponible (543).

Concurrencia de ascendientes legítimos y cónyuge: Al cónyuge se le reserva el usufructo de cinco dozavas partes del patrimonio, y a los ascendientes la plena propiedad de un cuarto del patrimonio. La nuda propiedad de los bienes asignados en usufructo al cónyuge forma parte de la cuota disponible (544).

Concurrencia de ascendientes legítimos e hijos naturales: La reserva conjunta es de la mitad del patrimonio del difunto, si éste deja un solo hijo natural; de dos tercios, si los hijos son varios. Se reparte de modo que a los ascendientes o al único ascendiente supérstite le sea atribuida una porción igual a la de cada uno de los hijos naturales, pero no inferior a un sexto del patrimonio del difunto (545).

Concurrencia de ascendientes legítimos, hijos naturales y cónyuges: La reserva conjunta es de dos tercios del patrimonio del difunto. Sobre ella, un tercio le corresponde en usufructo al cónyuge; a los ascendientes una porción igual al quinto del patrimonio si el hijo natural es uno sólo y al sexto si los hijos naturales son varios; la parte que resta corresponde a los hijos naturales. La nuda propiedad de los bienes asignados en usufructo al cónyuge corresponde a los hijos naturales si son varios; si el hijo natural es uno sólo, a él le corresponden tres quintos y el resto forma parte de la cuota disponible (546).

De este modo, notamos que esta legislación es la que contempla en forma más minuciosa todos los aspectos que presenta la concurrencia de los legitimarios.

Antes de finalizar con el estudio de la legislación comparada en lo referente a los legitimarios, resumiremos la misma con relación a la que establecen: cuotas fijas; diferentes porciones según el grado de parentesco o por la cantidad de legitimarios.

<p><i>Determinan una porción fija para toda clase de legitimarios los siguientes códigos:</i></p>	<p><i>Alemán</i> (art. 2303): en la mitad de los bienes, tanto para los descendientes, padres como esposo. <i>Brasileño</i> (1721): en la mitad de los bienes, tanto para descendientes como ascendientes. <i>Peruano</i> (700): en los dos tercios para descendientes, padres o cónyuge; hacemos la salvedad respecto a la institución de la mejora que consagra esta legislación. <i>Venezolano</i> (884): en la mitad de los bienes, para los descendientes, ascendientes y cónyuge.</p>
<p><i>Determinan una porción variable según el grado de cercanía en el parentesco con el causante los siguientes códigos:</i></p>	<p><i>Francés</i>: de la mitad, dos tercios o tres cuartos, para descendientes legítimos (913); de un cuarto o de la mitad, para ascendientes legítimos (914). <i>Holanda</i> (961-2). <i>Español</i>: de los dos tercios para los descendientes legítimos, con la salvedad de que un tercio se puede utilizar para la mejora (808 y 823 y ss.); de la mitad para los ascendientes legítimos (810); para los otros legitimarios la referencia es indirecta, al tratarla en los casos de concurrencia. <i>Antiguo italiano</i>: de la mitad para los descendientes legítimos (805-6); de un tercio para los ascendientes (807); para los descendientes naturales, de la mitad de lo que le correspondería si fueran legítimos (815). <i>Chileno</i>: de los tres cuartos para los descendientes legítimos, con la salvedad de que un cuarto es para la mejora (1184 tercer párrafo); para los demás legitimarios, de la mitad (1184, segundo párrafo). <i>Uruguayo</i>: de mitad, dos tercios o tres cuartos, para descendientes legítimos (887), para los otros legitimarios de la mitad (887). <i>Colombiano</i>: idéntico al chileno (1242). <i>Suizo</i>: de los tres cuartos, para los descendientes; de la mitad, para los padres; del cuarto para los hermanos (471). <i>Italiano de 1942</i>: de la mitad o dos tercios, para los hijos legítimos (537); de un tercio para los ascendientes legítimos (538); de un tercio o la mitad, para los hijos naturales (539).</p>
<p><i>Determinan una porción variable según la cantidad de legitimarios los siguientes códigos:</i></p>	<p><i>Francés</i>: de la mitad, dos tercios o tres cuartos, según que los descendientes legítimos sean uno, dos, o tres o mayor número (913); de un cuarto o de la mitad según que los ascendientes legítimos sean de una sola línea o de las dos (914); <i>Holandés</i>: (961-2) similar al francés. <i>Bélgica</i>. <i>Louisiana</i>. <i>Antiguo Venezolano</i>. <i>Uruguayo</i>: para los descendientes legítimos idéntico al francés (887). <i>Italiano 1942</i>: de la mitad o de los dos tercios, según que los descendientes legítimos sean uno o varios (537); de un tercio o de la mitad, según que los hijos naturales, sean uno o varios (539).</p>

30. *Proyectos de reforma*. Del estudio comparativo de nuestra legislación con la que rige en los otros países, surge que la Argentina, es la que concede en términos más extensos el derecho a la legítima.

Debido a ello es que se han presentado en el Congreso Nacional diversos proyectos tendientes a modificar ese sistema. Unos se han encaminado a suprimir lisa y llana-mente la legítima, para implantar la libertad de testar. Otros se han dirigido a reducir el monto de las porciones.

Entre los proyectos del primer grupo, encontramos los de:

a) El diputado Carlos Carlés del 31 de julio de 1912 proponiendo como nuevo texto del artículo 3606 el siguiente: "Toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla goza de absoluta libertad para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, con arreglo a las disposiciones de este Código, sea bajo el título de institución de

herederos o bajo el título de legados o bajo cualquier otra denominación propia para expresar su voluntad, sin que esté obligado a respetar porción legítima alguna a herederos forzosos" ⁽⁸⁶⁾.

b) El diputado Ezequiel S. Olazo del 20 de setiembre de 1922, que recomendaba la modificación del artículo 3606, por la siguiente: "Toda persona capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento, sea bajo el título de legados o bajo cualquier otra denominación propia para expresar su voluntad. La libertad de testar es absoluta".

c) Los diputados Bergalli, Bard, Rodríguez, González Zimmermann, Mihura, Antille, Ingaramo, Vázquez, Zavala y Peyrotti, del 13 de setiembre de 1928, propiciando la modificación de los artículos 3591 y 3606 de la siguiente forma: "Artículo 19: Modificase el artículo 3591 del Código civil en la siguiente forma: La legítima de los herederos consanguíneos, como la de los colaterales, es tan solo un derecho relativo de sucesión a la herencia de que no haya dispuesto el testador, pues éste puede disponer libre y ampliamente de su patrimonio: y siendo que no lo hiciera sino de una parte, el remanente de sus bienes, a su fallecimiento, pasara a sus parientes, de acuerdo y conforme a las disposiciones del Código civil". "Artículo 2º: Modificase el artículo 3606 del mismo Código de la manera siguiente: La libertad de testar es absoluta. Toda persona capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento bajo cualquier denominación que determine expresamente su última voluntad".

Todos estos proyectos presentan una falla fundamental idéntica, al no considerar la necesidad de la prestación de alimentos a favor de los que pasarían a ser ex legitimarios, al momento de producirse el deceso del causante. Y se presentaría la paradoja de que en tanto los hijos naturales –ahora extramatrimoniales– gozarían de ese derecho por el artículo 331, párrafo 2, del Código civil; no se hallarían protegidos los descendientes y ascendientes legítimos ni el cónyuge ⁽⁸⁷⁾

Al segundo grupo, es decir a los que tienden a la menguación de las porciones, pertenecen los siguientes proyectos:

a) el del diputado Avelino Rolón del 30 de setiembre de 1915 que propuso: "Redúcese en una tercera parte la porción legítima de los herederos forzosos que fija el Código civil".

b) el del diputado Herminio J. Quirós del 19 de julio de 1922, en el que se equiparaban todos los hijos legítimos, naturales, adulterinos e incestuosos. En el artículo 39 del proyecto se establecía: "La porción legítima de los hijos será la mitad de la masa de los bienes, concurriendo a la división por cabeza y observándose el derecho de representación. Con la otra mitad podrá (el testador) mejorar a cualquiera de ellos o hacer legados a terceros". En el artículo 9º disponía: "La porción legítima de los ascendientes es de un tercio de los bienes".

Pasando a las dos grandes obras destinadas a la reforma integral de nuestra ley civil, el anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto de Reformas de 1936, tenemos que ambos conservan el sistema del Código en lo que respecta a la fijación de cuotas únicas invariables para cada categoría de legitimarios, pero a la vez siguen la tendencia de la legislación comparada moderna, al inclinarse por la disminución de las asignaciones legitimarias, aumentando correlativamente la porción disponible del causante.

Bibiloni en los artículos 3163 y 3164 de su anteproyecto dispuso: "La legítima de los descendientes legítimos, es de dos tercios de los bienes. La de los ascendientes legítimos, la mitad. La de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes legítimos, es la mitad, aunque los bienes sean gananciales" y "La legítima de los hijos naturales, de los adulterinos y de los incestuosos, cuando no existen descendientes o ascendientes legítimos ni cónyuge, es la mitad de los que les corresponde en la sucesión *ab intestato*. La de los padres naturales es la mitad de los que les correspondería como herederos *ab intestato*. Los padres adulterinos y los incestuosos, no tienen legítima. La legítima del cónyuge en concurrencia con padres naturales, es la mitad de lo que le correspondería en la sucesión *ab intestato*", respectivamente.

Justifica la ampliación de la porción disponible, en la nota al artículo 3163: "La casi, y sin casi, unanimidad, de los Códigos actuales, han considerado deber ampliar la posibilidad de

⁽⁸⁶⁾ Artículo 3606 del Código civil: "Toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento, con arreglo a las disposiciones de este Código, sea bajo el título de institución de herederos, o bajo el título de legados, o bajo cualquiera otra denominación, propia para expresar su voluntad".

⁽⁸⁷⁾ Conforme: Molinario, *op. cit.* Capítulo IV, en L. L., t. 90-922.

disponer libremente de los bienes por su dueño. La legítima tiene el propósito de asegurar los bienes hereditarios para ciertos sucesores. Pero no es un medio cierto de asegurar la posición de los hijos. El padre, que conoce sus condiciones, sus defectos, sus miserias, tiene en la porción disponible el medio de defenderle contra su prodigalidad o la de sus deudos inmediatos, y legarla, sea al cónyuge supérstite, o imponer cargos al heredero, limitativos de la facultad de disponer, o en fin, emplearla de otras muchas maneras, en su protección. ¡Cuántas hijas han deplorado que nuestra ley no haya permitido a sus padres defenderlas contra los derroches o explotaciones de sus maridos! El simple hecho de que los Códigos más recientes amplíen la parte disponible, es la demostración concluyente de que es un error el paralizar las facultades del padre para amparar a sus hijos, y que si la legítima es una protección para éstos, también lo es la parte de que el causante puede disponer libremente en favor de ellos o de terceros que los acompañaron fielmente en la administración de sus bienes y fueron sus compañeros de trabajo para adquirirlos".

El Proyecto de Reformas de 1936 en su artículo 2010 siguió a Bibiloni al preceptuar: "La legítima que la ley reconoce a los diversos herederos queda fijada como sigue: 1º En las dos terceras partes de los bienes, para los descendientes legítimos; 2º En la mitad, respecto de los ascendientes legítimos; 3º En la mitad, en cuanto a los cónyuges, siempre que no concurren ascendientes ni descendientes legítimos, aunque se trate de gananciales que correspondían al causante; 4º En la mitad de su cuota, dentro de la sucesión intestada, para los hijos ilegítimos, cuando no existan descendientes o ascendientes legítimos, ni cónyuge; 5º En la mitad de la porción asignada por el artículo 2005 a los padres ilegítimos".

Y el artículo 2005 establece que si no hay posteridad legítima, el padre y madre natural que le hubieren reconocido serán sus herederos por partes iguales. Si concurren con el cónyuge, les corresponderá la mitad de la herencia; y para formar la masa se tomarán en cuenta los gananciales del causante. Esa mitad se la repartirán por cabeza. Si hay sólo padre o madre, le corresponderá un tercio; y los otros dos tercios al cónyuge.

CAPÍTULO IV

Determinación de la legítima

31. *Modo de calcularla.* Es de una gran importancia determinar la porción legítima, y a la vez la porción disponible, pues si ésta se ha excedido procederá su reducción de acuerdo a la forma que se verá en el próximo capítulo.

Para la fijación de dichas porciones se recurre a varios pasos sucesivos.

En primer lugar se determinan los bienes dejados por el causante al momento del fallecimiento. Luego se le deducen las deudas que haya dejado. Al resultado que se obtenga se le agregan las donaciones que el causante realizó en vida ⁽⁸⁸⁾.

Una vez precisada esa suma podremos calcular la legítima y la porción disponible, las que variarán, según hemos estudiado en el capítulo anterior, según la calidad y cantidad de los legitimarios.

Estos conceptos sobre la determinación de la legítima están legislados en nuestro Código en el artículo 3602, que dispone: "Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes quedados por muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones del mismo testador al tiempo en que las hizo. No se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo a prorrata, o dejando sin efecto, si fuese necesario, las disposiciones testamentarias".

Como se observa, el Código alude al testador siguiendo la fuente del artículo 643 del proyecto de García Goyena. Es más conveniente referirse al causante o difunto, pues puede suceder que no haya testamento.

A continuación nos referiremos a la determinación de cada uno de los factores que convergen al cálculo de la legítima, y que son:

- I. a) Bienes dejados al momento del fallecimiento.
- I. b) Deudas dejadas al momento del fallecimiento.
- II. Donaciones hechas en vida por el causante.

Efectuamos esta división, pues de la diferencia entre I a) y I b) se obtendrá el "valor líquido" a que se refiere el artículo 3602, y luego recién se tomará en cuenta el II ⁽⁸⁹⁾. Y volvemos a repetir que sólo después de hacer esta resta y suma sucesivas tendremos el valor sobre el cual se determinará la porción legítima y por ende la disponible.

También destacamos desde ya que hay que distinguir las deudas dejadas al momento del fallecimiento, de las cargas de la sucesión. Pues mientras que las primeras entran en la masa para fijar el "valor líquido", no sucede en todos los casos lo mismo con las cargas (ver *infra* n° 34).

⁽⁸⁸⁾ Dejamos desde ya aclarado que en el supuesto de que las deudas que dejó el difunto superen a los bienes dejados al fallecimiento, los acreedores no podrán recurrir a los bienes donados, para hacerse su cobro, pues las deudas se deducen de la herencia y no de las donaciones (ver *infra* n° 33).

⁽⁸⁹⁾ Lo hacemos así, y no sumando I - a) a II, y restando luego b), previendo el supuesto de que las deudas superen a los bienes dejados. Ejemplo: el causante deja \$ 500.000 en bienes y \$ 700.000 de deudas al momento de su fallecimiento; durante su vida donó \$ 300.000. Si sumamos primero los bienes dejados más las donaciones hechas en vida y luego restamos las deudas, tenemos que habrá \$ 100.000 para determinar la legítima. En cambio, si realizamos las operaciones establecidas en el texto tendremos \$ 300.000 para fijar la porción legítima, que es la verdadera interpretación, pues las deudas no pueden atacar a las donaciones, ya que éstas escapan al pago de las deudas. Pero aclaramos que para llegar a este resultado, el legitimario tendrá que aceptar la herencia con beneficio de inventario, porque de haberlo hecho en forma pura y simple, el legitimario será deudor personal de los acreedores de la herencia.

Antes de terminar con esta noción general, diremos que la masa que se forma a los efectos de calcular la legítima no es la misma que se considera para, dividir los bienes entre los coherederos. Esta busca sólo interpretar la voluntad del causante; en cambio, la otra es a la vez más amplia y ajustada, pues tiende a proteger los derechos del legitimario. Así es como en la masa, para el cálculo de la legítima no sólo se agregan los valores recibidos en vida por los legitimarios (artículos 3469, 3476 y correlativos), sino también los que beneficia-ron a extraños o a coherederos no comprendidos en aquella categoría. Pero, además, en este supuesto, por expresa disposición del artículo 3602, se deducen previamente las deudas, lo que no sucede en el otro caso ⁽⁹⁰⁾.

Por tal razón, preferimos la denominación de masa legitimaria a la de masa hereditaria comúnmente utilizada.

32. Determinación de los bienes dejados al momento del fallecimiento.

A) Bienes que forman la masa legitimaria: En principio la forman todos los bienes que se hallaron en el patrimonio del causante al fallecer o, en otros términos, de que era propietario ⁽⁹¹⁾ y ⁽⁹²⁾. Su enumeración es muy larga y probablemente imposible de hacerla. Comprende en términos generales a todos los bienes, sean muebles o inmuebles, corporales o incorporales, fungibles o no fungibles, cualquiera sea su origen, adquiridos por trabajo o herencia, etcétera, de un valor apreciable en dinero, sin distinguir si se los ha dispuesto por testamento o si no fueron afectados por esas cláusulas.

Por ello es que nos referiremos a este aspecto en sentido contrario, o sea enumerando los bienes que deben excluirse de la formación de la masa legitimaria. Mas previamente trataremos algunos casos de bienes en los cuales se ha planteado el problema de saber si deben o no ser incluidos en la masa legitimaria, y que actualmente se los hace formar parte:

a) *Derechos intelectuales*: De acuerdo con lo establecido por la ley 11.723 (artículos 19, 59 y 69), los derechos de autor se transmiten a los herederos, pero con la limitación de que el derecho patrimonial lo gozan sólo por el término de treinta años, en tanto que el autor lo posee por toda su vida. Asimismo se hereda la propiedad industrial emergente de las patentes de invención por disposición de la ley 111, otorgándose por el lapso de 5, 10 ó 15 años al titular. Por ley 3973 se legisla el derecho a las marcas de fábrica, comercio y agricultura, concediéndolo por un plazo de 10 años, susceptible de renovarlo en forma indefinida, el cual también se hereda. Y una vez que estén valuados, se computan en la masa.

b) *Sepulcros*: Fue un punto muy debatido en nuestra doctrina, pero desde el fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital del 21 de agosto de 1942 ⁽⁹³⁾ la jurisprudencia declaró que se transmiten a los herederos, es decir, que se proclamó su patrimonialidad y enajenabilidad, y debido a ello es que se los incluye en la masa legitimaria.

c) *Crédito del causante contra el legitimario*: Igualmente se incluye en la masa a este crédito a pesar de que a causa del fallecimiento se extingue por confusión, no formando estrictamente parte de la sucesión. De otro modo se perjudicaría al resto de los legitimarios, al reducirse la masa sobre la cual se computa la legítima.

d) *Comienzo de usucapación de un inmueble por el causante*: Es el caso en el que el causante comienza a usucapir un inmueble, pero fallece antes de cumplir el término necesario para haber adquirido su dominio, continuando sus herederos en esa posesión y cumpliendo el término legal. Se plantea entonces el problema de si ese bien se incluye o no en la masa legitimaria, según se considere que la prescripción tiene efectos retroactivos al momento en que se comenzó la posesión o que el heredero es quien adquiere el dominio. La doctrina está dividida ⁽⁹⁴⁾. Entre nuestros tratadistas, Borda ⁽⁹⁵⁾ se ha manifestado por un criterio transaccional, considerando que

⁽⁹⁰⁾ Conforme: *op. cit.*, t. I, n° 412, y t. II, n° 223-4; Fornieles, *op. cit.*, t. I, n° 232 y t. II, n° 96.

⁽⁹¹⁾ Destacamos que la masa hereditaria no coincide exactamente con el patrimonio del difunto por dos razones. La primera es que hay derechos que no se transmiten a los sucesores, y la segunda porque ciertos derechos que reciben los herederos por muerte del causante no constituían propiedad de él.

⁽⁹²⁾ Se excluye la parte de gananciales que corresponde al cónyuge supérstite (Cám. Nac. "D", 26-12-1954, en L. L., t. 75-746).

⁽⁹³⁾ En L. L., t. 27-657.

⁽⁹⁴⁾ Laje, *op. cit.*, n° 239-240; y Demolombe, *op. cit.*, t. 19, n° 259; consideran que se debe incluir, pues le otorgan efectos retroactivos. En contra Rousilhe, citado por Demolombe en la loc. cit.

⁽⁹⁵⁾ Borda, *op. cit.*, n° 931.

debe tomarse en cuenta el valor venal de la posesión al momento del fallecimiento, evitándose así las injusticias que podrían implicar las dos doctrinas extremas en las situaciones siguientes: I) El causante fallece al poco tiempo de haber comenzado la usucapión: si tomáramos en cuenta la teoría que considera que el bien debe ingresar a la masa, ello sería injusto, amén de los problemas que traería aparejada la liquidación complementaria a realizar al término de la usucapión. II) 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. Por ello es que coincidimos con Borda en que se debe tomar en cuenta el valor venal, 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.

E) *Bienes que no forman la masa legitimaria:*

a) *Derechos inherentes a la persona:* En primer lugar, todos los derechos inherentes a la persona, según la expresión utilizada por el artículo 498 del Código civil, están excluidos de la formación de la masa legitimaria. Entre ellos tenemos los derechos de la personalidad, que incluyen los derechos a la vida, el honor, la libertad, etcétera; también los derechos de familia, y las acciones de estado, aunque éstas tienen varias excepciones (arts. 258, 259, 260, artículo 49 de la ley 14.367). No pasan tampoco a integrar la masa los derechos políticos.

b) *Derechos de usufructo, uso y habitación, renta vitalicia y otros:* Ciertos derechos reales no entran a formar la masa, pues en caso contrario producirían un desmembramiento perpetuo de la propiedad. Entre ellos encontramos el derecho de usufructo (artículo 2920) y el de uso y habitación (artículo 2969). También el de renta vitalicia (artículo 2083). Otros supuestos son legislados por el Código, tales como el derecho de preferencia en la compraventa (artículo 1396), el derecho de reversión en la donación (artículo 1842), el mandato (artículo 1963, inciso 3), el carácter, de socio, salvo los casos en que se prevé su transmisión a los herederos (artículo 1670), etcétera.

c) *Créditos incobrables:* I) Por insolvencia del deudor, pues su valor es nulo ⁽⁹⁶⁾. Pero debemos distinguirlo de los simplemente dudosos, los cuales se toman en cuenta en la formación de la masa por su valor venal, o sea efectivo, y no por el valor real o nominal. No obstante, se puede considerar su valor real cuando los donatarios o legatarios garantizaran a los herederos el pago de ellos. Determinar el carácter del crédito como dudoso o no es una cuestión de hecho que determina el juez ⁽⁹⁷⁾. II) Por prescripción de la acción. Pero en el supuesto de que posteriormente el deudor abone el crédito, como en el caso anterior, deberá practicarse una liquidación complementaria.

d) *Créditos litigiosos:* Si no llegan a un acuerdo los interesados, se tomará como valor el importe que le atribuye el demandado, salvo que se discuta la existencia de la deuda. En todo caso se deberá hacer una liquidación complementaria.

e) *Créditos condicionales:* Debemos distinguir según sea la condición suspensiva o resolutoria.

I) *Suspensiva:* no tienen valor actual, por lo cual no se toman en consideración; y también tenemos que en el supuesto de que se cumpliera la condición, se deberá efectuar una nueva liquidación. II) *Resolutoria:* se tienen en cuenta para el cómputo de la masa, 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 éstos hubieran caído en insolvencia o hubieran fallecido, porque debería irse contra los herederos ⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁶⁾ En caso de que el deudor posteriormente abonare el crédito considerado incobrable, se deberá practicar una nueva liquidación para incluirlo en la masa legitimaria.

⁽⁹⁷⁾ Se puede plantear el caso de un crédito del causante contra un heredero insolvente. En tanto que para el difunto ese crédito era insolvente, al fallecer esa calificación no rige para la herencia, y entonces se lo imputa a la porción de ese heredero. Pero si el crédito es mayor de lo que corresponde al heredero deudor, sólo se considerará ese crédito hasta el importe de la porción hereditaria. (Conforme: Planiol-Ripert-Trasbot, *op. cit.*, t. V, n° 56). También puede presentarse el caso de que siendo un no heredero el deudor insolvente, el causante se lo haya legado al propio deudor; entonces se lo tomará en cuenta si su monto no excede la porción disponible. (Conforme: De Gásperi, *op. cit.*, t. III, n° 515). Troplong, M., *op. cit.*, t. II, art. 922, n° 947 y sigs.).

⁽⁹⁸⁾ Conformes con esta interpretación: Planiol-Ripert-Trasbot, *op. cit.*, t. V, n° 56; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 925. En cambio Laje, *op. cit.*, n° 241 y sigs., considera que se deben computar todos los créditos condicionales, reconociéndole a los legitimarios el derecho a tomar medidas conservatorias.

f) *Documentos, retratos, condecoraciones y otros recuerdos de familia*: Al no tener valor pecuniario ninguno de ellos, no deben computarse, pues sólo conservan un valor afectivo (de acuerdo con el artículo 3473 y su nota).

g) *Frutos devengados con posterioridad al fallecimiento*: Los frutos, sean civiles, naturales o industriales, ya vencidos o percibidos al momento de la muerte, entran en la masa legítima. En cambio, los frutos devengados con posterioridad al fallecimiento del causante no ingresan a la masa.

h) *Seguro de vida*: Si el causante con-trató un seguro de vida a favor de un tercero, el capital no se toma en cuenta para la formación de la masa. Por el contrario, de acuerdo con el artículo 19 de la ley 3942 ⁽⁹⁹⁾, las primas pagadas se computarán como una liberalidad, y como tal integrarán la masa legítima.

i) *Bienes reservables*: Debido a que esta clase de bienes no forman parte de la herencia, es que no se los incluye en la masa legítima del reservista para calcular la legítima.

33. *Deducción de las deudas*. Para arribar al "valor líquido" a que se refiere el artículo 3602, es necesario deducir de los bienes dejados por el difunto (el activo) sus deudas (el pasivo), según el adagio *nemo liberalis nisi liberatus*. Volvemos a señalar que esta deducción se realiza sólo sobre los bienes existentes al momento del fallecimiento, y no sobre las donaciones hechas en vida, que recién entrarán a jugar una vez obtenido el "valor líquido" (ver *supra*, núms. 31 y 36).

A continuación enunciaremos las deudas que se deducen, aunque previamente estableceremos como principio que lo son todas las que gravaren el patrimonio del causante al momento de su fallecimiento, y, además, que deben ser fehacientemente probadas, porque el simple reconocimiento que hagan de ellas los herederos no puede admitirse, ya que se prestaría a maniobras dolosas para reducir la porción disponible, y de ese modo disminuir los legados o donaciones, al reconocer deudas, que no han existido, a favor de terceros ⁽¹⁰⁰⁾.

Deudas que se deducen:

a) *Impuestos*: Debemos distinguir según sean personales (que afectan a la persona, por ejemplo a los réditos) o reales (gravan la cosa, por ejemplo el de contribución inmobiliaria). Los primeros se deducen totalmente; en cambio, los segundos sólo hasta el momento del fallecimiento ⁽¹⁰¹⁾.

b) *Deudas del causante hacia el legítimario*: Estas deudas quedan extinguidas por confusión con el crédito del legítimario. Pero así como vimos anteriormente (*supra* n° 32 A) e) I que los créditos del causante contra el legítimario forman parte del activo, aquí las deudas integran el pasivo, ya que de otro modo se perjudicaría a un heredero en beneficio de los demás.

c) *Obligaciones naturales*: Como ejemplo de estas obligaciones tenemos las deudas prescriptas. A semejanza de los créditos [*ver supra* n° 32 B) e) II)], no se toman en cuenta para la formación de la masa, pues el legítimario no está obligado a su pago por el hecho de ser una obligación natural (artículo 515), y además de ese modo se evita la probable connivencia con acreedores para reducir los legados o donaciones. Pero no debe tomarse estrictamente esta posición, pues es una cuestión de hecho sujeta a la apreciación del juez, y que puede presentar casos en que la obligación moral no deja ninguna duda sobre la necesidad de su cumplimiento ⁽¹⁰²⁾.

d) *Deudas litigiosas*: Se reservará una suma suficiente para el supuesto de que deban pagarse la deuda y las costas. Si se gana el pleito se practicará una liquidación complementaria. Los

⁽⁹⁹⁾ Ley n° 3942 sobre "Seguro de vida". Artículo 1°: "El seguro de vida, constituido en favor de un tercero, es un bien de la exclusiva propiedad de éste y no responde en ningún caso al pago de las obligaciones que adeudase el constituyente a la época de su fallecimiento, salvo, por lo que respecta a las cantidades recibidas por el asegurador, las que quedarán sujetas a las disposiciones del Código civil relacionadas con la colación y la legítima de los herederos forzosos y a la revocación de los actos celebrados en perjuicio o fraude de los acreedores". Art. 2°: "El cobro del seguro por los herederos beneficiarios no obstará a que puedan repudiar la herencia del causante constituyente del seguro o aceptarlo con beneficio de inventario".

⁽¹⁰⁰⁾ Por ejemplo, si al fallecer el causante ha dejado hijos legítimos y un activo de \$ 500.000, la porción disponible es de \$ 100 000, la cual la ha legado. Al tramitarse la sucesión los herederos reconocen a un tercero que actúa en colusión con ellos, un crédito inexistente de \$ 200.000. Por lo tanto, el valor líquido sería de \$ 300.000 y la porción disponible de \$ 60.000, con lo cual se reduciría el legado en \$ 40.000. Por ello es que negamos valor al simple reconocimiento por parte de los herederos de los créditos contra la sucesión, debiendo ellos ser probados fehacientemente.

⁽¹⁰¹⁾ Conforme: Huc Théophile, *Commentaire théorique et Pratique du Code Civil*, París, 1894, t. VI, n° 172; Planiol-Ripert-Trasbot, *op. cit.*, t. V, n° 83, 1; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 937.

⁽¹⁰²⁾ De acuerdo: Borda, *op. cit.*, t. II, n° 942. En forma similar; Laje, *op. cit.*, n° 320 y sigs.

donatarios o legatarios pueden considerar conveniente afianzar el pago de las mismas para el caso de que se pierda el juicio, conservando de esa forma intactas las liberalidades que recibieron ⁽¹⁰³⁾.

e) *Deudas condicionales*: Debemos distinguir si la condición es suspensiva o resolutoria. I) Suspensiva: se adopta la misma posición que para las deudas litigiosas, y también los donatarios o legatarios pueden garantizar su restitución si la condición se cumple, para de ese modo conservar las liberalidades. II) Resolutoria: se pagan; por lo tanto se las deduce de la masa legitimaria. En caso de que se cumpla la condición se reintegra su valor, practicándose una nueva liquidación ⁽¹⁰⁴⁾

f) *Deudas aleatorias*: Por ejemplo, la renta vitalicia, que paga el causante y que la continuarán haciendo los legitimarios. Su importe es difícil de determinar exactamente, en vista de que depende del tiempo que viva el beneficiario. De no llegar a un acuerdo los interesados, el criterio más justo será atenerse a las tablas de las compañías dedicadas a estas operaciones, fijando así el valor de la renta al momento del fallecimiento. Valorizada así la deuda, se procederá a su deducción ⁽¹⁰⁵⁾

g) *Deudas solidarias*: Se las computa por la parte que al causante le corresponda contribuir. El problema se presenta si luego alguno de los codeudores resulta insolvente. Si sucede con anterioridad a la apertura de la sucesión, se deducirá la obligación suplementaria a cargo del difunto. Pero si lo insolvente sobreviene con posterioridad al fallecimiento del causante, la obligación que nacería recaería sólo sobre la legítima, debiendo los legitimarios promover una liquidación complementaria, con el riesgo de que resultaren insolventes los donatarios o legatarios. Se pregunta entonces si estos últimos deberían ofrecer garantías frente a la eventual insolventia de alguno de los codeudores. Consideremos que es una cuestión de hecho ⁽¹⁰⁶⁾

h) *Salarios del personal de servicio*: Como el pago de los salarios de las personas que trabajaron para el causante le permitieron un mayor disfrute, el pago de los mismos deberá hacerse hasta el momento de su fallecimiento. Ello como criterio general, puesto que pudo haber sido objeto de un acuerdo entre los interesados ⁽¹⁰⁷⁾.

34. *Cargas de la sucesión*. Al redactar el artículo 3602, Vélez Sársfield tomó como fuente los artículos 648 y 649 del proyecto de García Goyena, en el primero de los cuales se hacía referencia de que al activo se le deducían las deudas y "cargas". En cambio, nuestro codificador redactó el artículo diciendo: "... al valor líquido de los bienes hereditarios...", con lo que se mencionó sin duda a la deducción de las deudas, pero nada agregó respecto a las cargas, de donde surge la cuestión de saber si también se las deduce.

Ante todo recordaremos que las cargas de la sucesión son las obligaciones que han nacido con posterioridad al fallecimiento del causante (artículo 3474 y su nota); en cambio las deudas hereditarias son las que contrajo en vida el difunto.

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, honorarios de los abogados, procuradores, partidores, peritos, comisión que se paga al albacea si es una testamentaria, etcétera.

Las referencias que hace nuestro Código a las cargas, para aclarar si deben o no deducirse de la masa, están en los artículos 3474 y su nota, y en el 3795. En el primero nos dice que "en la partición, sea judicial o extrajudicial, deben separarse los bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión", dándonos en la nota el concepto de las cargas. En el artículo 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 observara lo siguiente: las cargas comunes se sacaran de la masa hereditaria, y los gastos funerarios, de la porción disponible...".

⁽¹⁰³⁾ Conforme: Demolombe, *op. cit.*, t. XIX, n° 398; Planiol-Ripert-Trasbot, *op. cit.*, t. V, n° 83, 4; Laje, *op. cit.*, n° 319; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 938.

⁽¹⁰⁴⁾ Conforme: Borda, *op. cit.*, t. II, n° 939. En cambio Laje, *op. cit.*, n° 311 y sigs., considera que se deben deducir todas las deudas condicionales, reconociendo a los favorecidos con la porción disponible el derecho a tomar medidas conservatorias.

⁽¹⁰⁵⁾ Conforme: Planiol-Ripert-Trasbot, *op. cit.*, t. V, n° 83, 5; Laje, *op. cit.*, n° 351 y sigs.; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 940.

⁽¹⁰⁶⁾ Conforme: Laje, *op. cit.*, no 345 y sigs. Por su parte, Demolombe, *op. cit.*, t. 19, n° 405-6, piensa que se deben prestar las garantías.

⁽¹⁰⁷⁾ Conforme: Planiol-Ripert-Trasbot, *op. cit.*, t. V, no 83, 2; Huc, *op. cit.*, t. VI, n° 172.

De allí que, según nuestra opinión, deben estudiarse dos situaciones. La primera se produce cuando la porción disponible permite pagar todos los legados que haya hecho el causante, es decir, que ha alcanzado para pagar las cargas, pues éstas se satisfacen previamente, y entonces no se deducirán de la masa legítimaria.

La segunda situación ocurre cuando la porción disponible no alcanzara para cubrir los legados; y para no perjudicar exclusivamente a éstos es que el Código ha realizado la distinción en el artículo 3795 entre las cargas comunes y los gastos funerarios, a los cuales nosotros le agregamos una tercera integrada por las cargas no comunes.

Y así tenemos, primero, que los gastos funerarios se imputaran siempre a la porción disponible, puesto que son hechos en beneficio del causante y no en interés de los herederos, es decir, que no integran la masa legítimaria.

En segundo lugar tenemos las cargas comunes, que comprenden todos los gastos que hace un heredero para liquidar una sucesión beneficiando a los demás, al estar éstos inactivos o en rebeldía. También lo son los gastos que produce el inventario, tasación y partición que facilitan la liquidación, así como lo son otros actos que benefician a la masa, por ejemplo el reclamo de bienes que corresponden a la sucesión y la negativa a pagar créditos que se reclaman a la sucesión y que se fallaran a favor de ésta. Son asimismo cargas comunes los gastos de sellado y los honorarios del letrado que representa a todos los interesados en la sucesión.

Los gastos no comunes, que encontramos en tercer término, incluyen los honorarios de los apoderados o letrados de cada uno de los herederos o legatarios, a no ser que uno solo promoviera, por inercia de los demás, todo lo referente a la liquidación. El impuesto a la herencia es también una carga no común, pues beneficia solo al heredero que lo abona.

Por ello entendemos que las cargas comunes, en el supuesto que estudiamos, porción disponible que no alcanza para cubrir los legados, integran la masa hereditaria, para luego determinar la legítima y la porción disponible. Así, esta clase de cargas recaerá proporcionalmente sobre los herederos y los legatarios. Sobre los primeros, al integrar la masa legítimaria, y sobre los segundos, indirectamente, ya que al reducirse la masa habrá una porción disponible menor.

Por último tenemos que las cargas no comunes siempre recaen sobre cada uno de los herederos representados, no afectando de ese modo ni la porción disponible ni la masa hereditaria. Pues si no ésta se vería afectada por unos herederos en mayor grado que por otros, según la calidad y cantidad de letrados o apoderados que utilizare, y ello sería una injusticia.

Resumiremos en un pequeño cuadro nuestra concepción acerca de las cargas:

I. La porción disponible alcanza para cubrir los legados, y por ende las cargas que siempre se satisfacen previamente.	a) Los gastos funerarios no integran la masa legítimaria y entran en la porción disponible. b) Las cargas comunes no integran la masa legítimaria y entran en la porción disponible. Las cargas no comunes no integran la masa legítimada y son a cargo de quien las hizo.
II. La porción disponible no alcanza a cubrir los legados.	a) Los gastos funerarios no integran la masa legítimaria y entran en la porción disponible ⁽¹⁰⁸⁾ . b) Las cargas comunes integran la masa legítimada; en consecuencia no entran en la porción disponible ⁽¹⁰⁹⁾ . c) Las cargas no comunes no integran la masa legítimaria y son a cargo de quien las hizo.

35. *Fijación del valor de los bienes.* La fijación del valor de los bienes hereditarios se hace al día del fallecimiento del causante ⁽¹¹⁰⁾, por ser en ese momento cuando se hacen efectivos los derechos de los legítimados y legatarios.

⁽¹⁰⁸⁾ Conforme: Blousson, *op. cit.*, pág. 12. 3; Borda, *op. cit.*, t. III, n° 944; en contra Laje, *op. cit.*, n° 383 y sigs.

⁽¹⁰⁹⁾ De este modo afectan tanto a los herederos como a los legatarios. No sucede lo mismo respecto a los donatarios, Para quienes las cargas comunes deben computarse exclusivamente sobre la legítima; esta ventaja con relación a los legatarios deriva de que su dominio ya estaba adquirido con anterioridad al fallecimiento del causante, y de que el artículo 3795 se refiere exclusivamente a los legatarios. (Conforme: Laje, *op. cit.*, n° 379 y sigs.; Borda *op. cit.*, t. II, n° 945; en la jurisprudencia: Cam. Civ. 2ª, Capital, 13-9-1930, en *Gaceta del Foro*, t. 88-10).

Esa fijación se hace judicialmente de acuerdo a los trámites procesales que establecen las leyes de procedimiento civil (en la Capital Federal, el Código de procedimientos civil y comercial los legisla en los artículos 654 a 666), y en general se hace previa tasación practicada por peritos, tomando parte en ella todos los interesados; una vez aprobada no puede ser alterada, salvo común acuerdo. Pero no son obligatorias para los que no intervinieron en el juicio; por ello es que en ciertas leyes procesales se autoriza a los herederos a exigir de los donatarios o legatarios que intervengan en el Juicio para evitar así las ulteriores impugnaciones.

No se puede tomar en cuenta el avalúo que establece el fisco para el cobro de los impuestos.

Con respecto a la fijación del valor de los bienes donados, ver *infra* n° 37.

36. Donaciones.

A) *Principio general*: Una vez efectuada la tasación de los bienes y pagadas las deudas de la sucesión, se agregan para el cómputo de la masa legitimaria todas las liberalidades que realizó en vida el causante. Así se comprenden las donaciones en general, legisladas en los artículos 1789 y siguientes del Código civil, la donación hecha en las convenciones matrimoniales (artículos 1217 y siguientes), la partición entre vivos (artículos 3514 y siguientes), las renunciaciones gratuitas (artículos 19, 868 y siguientes), etcétera.

No importa la índole de las mismas, sean directas o simuladas, recaigan sobre muebles, inmuebles o valores, es decir, incluso las manuales.

No se toman en consideración las enajenaciones a título oneroso, porque la legítima es una institución destinada a defender la familia atacando las liberalidades que la puedan afectar. Si existieran actos a título oneroso simulado, se tendrá derecho a solicitar la anulación, y no la acción de reducción, el arma de defensa de la legítima.

La suma de las donaciones al "valor líquido" tiene un carácter ficticio, pues sólo adquiere el carácter de real cuando se ejercita 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, es decir, si ha afectado o no la porción disponible, declarándose en el primer caso la donación como inoficiosa (artículos 1830 al 1832).

Ello se encuentra confirmado en el hecho de que el acreedor del causante no tiene derecho alguno sobre los bienes que ha dispuesto su deudor en vida antes de contratar con él, porque las donaciones como operación ficta para calcular la legítima sólo se efectúa luego de la deducción de las deudas a los bienes existentes al momento del fallecimiento del causante. De no ser así, las donaciones anteriores a las obligaciones contraídas por el difunto entrarían a responder por éstas, lo cual a todas luces es injusto.

B) *Casos de donaciones*: Como establecimos en el párrafo anterior, se comprenden, a los efectos de calcular la legítima, todas las donaciones. Como simples ejemplos enunciativos mencionamos la constitución de dote, la partición entre vivos, las renunciaciones gratuitas, las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales, los contratos de locación cuando el alquiler abonado por alguno de los herederos al causante sea desproporcionadamente inferior al verdadero valor del bien locado, etcétera.

Más hay algunos supuestos en los cuales resulta más difícil calificar la transmisión como donación. Por ejemplo:

a) Donaciones remuneratorias: Ante el hecho de que para aplicar la acción de reducción la donación tiene que haber sido gratuita, el Código civil, en su artículo 1832, inciso 2, resolvió que sólo se incluyen para el cómputo de la legítima, por el valor que exceda la justa remuneración de los servicios prestados al donante.

b) Donaciones con cargo: Idéntica solución que para las remuneratorias se ha adoptado con respecto a las donaciones con cargo.

c) Primas de seguro: Según el artículo 1° de la ley 3924, las primas de los seguros constituidos a favor de terceros son una liberalidad (ver *supra* n° 32); por ello es que están sujetas a la acción de reducción, pero limitadas al importe del premio cuando las primas pagadas superan a aquél. En cambio, la indemnización no se toma en cuenta, pues no forma parte de la sucesión.

⁽¹¹⁰⁾ Conforme: Cám. Nac. Civ. "C", 15-12-1953, en L.L. 75-341.

d) Gastos de educación de los hijos: El artículo 3480 dispone: "No están sujetos a ser colacionados los gastos de alimentos, curación, por extraordinarios que sean, y educación; los que los padres hagan en dar estudios a sus hijos, o para preparar-los a ejercer una profesión o al ejercicio de algún arte, ni los regalos de costumbre, ni el pago de deudas de los ascendientes y descendientes, ni los objetos muebles que sean regalo de uso o de amistad". Así vemos que por expresa disposición de la ley no se colacionan los gastos de alimentos, curación y educación de los hijos, ni les regalos. Pero debemos hacer algunas observaciones, tales como que los gastos extra-ordinarios en la alimentación, los gastos de establecimiento de los hijos y los regalos extra-ordinarios deben colacionarse, como bien lo sostiene la doctrina casi unánimemente, y computarse en la masa. Respecto al penúltimo párrafo del artículo, sobre el pago de las deudas de los ascendientes y descendientes, la jurisprudencia, con muy buen sentido, la ha limitado al pago de las pequeñas deudas, pues de otro modo se afectaría la igualdad de los herederos ⁽¹¹¹⁾.

e) Liberalidades enumeradas en el artículo 1791: Según el artículo 3479, "las otras liberalidades enumeradas en el artículo 1791 que el difunto hubiese hecho en vida a los que tengan una parte legítima en la sucesión no están sujetas a ser colacionadas", Y el 1791 dispone: "No son donaciones: 1º, la repudiación de una herencia o legado con miras de beneficiar a un tercero; 2º, la renuncia de una hipoteca, o la fianza de una deuda no pagada, aunque el deudor esté insolvente; 3º, el dejar de cumplir una condición a que esté subordinado un derecho eventual, aunque en la omisión se tenga la mira de beneficiar a alguno; 4º, la omisión voluntaria para dejar perder una servidumbre por el no uso de ella; 5º, el dejar de interrumpir una prescripción para favorecer al propietario; 6º, el pago de lo que no se debe, con miras de beneficios al que se llame acreedor; 7º, el servicio personal gratuito, por el cual el que lo hace acostumbra pedir un precio; 8º, todos aquellos actos por los que las cosas se entregan o se reciben gratuitamente, pero no con el fin de transferir o de adquirir el dominio de ellas". En consecuencia, ninguna de estas liberalidades se colaciona ni se incluye en la masa.

C) Situaciones:

I. *Donaciones hechas a terceros*: Esta clase de donaciones es precisamente la que tiene mayor importancia, pues las que se efectúan a favor de los herederos son regidas por el procedimiento de la colación.

La redacción del Código, con respecto a la inclusión de aquéllas para el cómputo de la masa, es defectuosa, ya que el artículo 3593 sólo incluye a las que deben colacionarse y no a los bienes donados a extraños, los que sin ninguna duda también se comprenden según surge de los artículos 1830 a 1832 y 3602.

Este cómputo lo pueden solicitar tanto los legitimarios como los donatarios extraños al causante, y aun los legatarios.

A todos ellos les interesa, porque de ese modo se acrecienta la masa legítima, Y a la vez las porciones legítima y disponible, que podrían resultar afectadas en menor o mayor grado según se incluyan o no esas donaciones.

Además, dentro de los donatarios tendrán mayor interés los anteriores, o sea los le recibieron en el transcurso del tiempo primero las donaciones, porque de ese modo, en el supuesto de que deban reducirse las liberalidades por afectar la legítima (ver *infra* capítulo V), se lo hará en orden inverso al de sus fechas, esto es, principiando por las más recientes.

II. *Donaciones hechas a legitimarios*:

Distinguiremos dos situaciones, según que la inclusión la reclame otro legítimo o algún legatario o donatario.

a) Reclama su cómputo otro legítimo: No plantea dificultades, ya que siempre se las toma en cuenta. Rigen los principios de la colación. Señalamos la impropiedad de la expresión del artículo 3593, según la cual se incluyen en la masa los "bienes que deben colacionarse" al no considerar el caso en que el causante, en su testamento, dispensara de colacionar; indudablemente, por aplicación del artículo 3601 esta mejora no se sustraería a la masa ⁽¹¹²⁾.

b) Reclama su cómputo un legatario o donatario: En este supuesto la situación es más difícil de resolver. Se plantea, por ejemplo, cuando una persona cuya fortuna era de \$ 1.000.000 fallece dejando \$ 600.000, habiendo donado en vida a uno de sus hijos legítimos \$ 400.000; en su

⁽¹¹¹⁾ Conforme: Cám. Civ. 2º, Cap., 21-4-1922 Y 25-4- 1923, en J. A., t. 8-341 y t. 10-304, respectivamente.

⁽¹¹²⁾ De acuerdo: Fornieles, *op. cit.*, t. II, nº 100.

testamento legó a un extraño \$ 200.000. Cabe preguntarse entonces si la masa será de \$ 1.000.000 ó de \$ 600.000. El legatario tendrá interés que sea la primera y no la segunda, pues de acuerdo con la solución que se adopte recibirá los \$ 200.000 ó sólo \$ 120.000.

Y es aquí donde se presenta un problema de interpretación de algunos artículos del Código, aparentemente contradictorios. Ellos son el 3478, 3593 y 3602.

El 3478, en el capítulo de la colación, dispone: "La colación es debida por el coheredero a su coheredero; no es debida ni a los legatarios, ni a los acreedores de la sucesión".

En cambio, el 3593 y el 3602 establecen: "La porción legítima de los hijos legítimos es cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que deben colacionarse a la masa de herencia..." y "Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes quedados por muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones del mismo testador al tiempo en que las hizo...", respectivamente.

Según el primero, al tratar a quien se debe la colación, se distingue entre herederos legatarios. Al primero le concede el derecho; al segundo, no.

Por su parte, los otros dos artículos tratan de las donaciones en general, sin hacer distinciones.

De allí deriva la contradicción: 1) En tanto que unos autores ⁽¹¹³⁾ consideran la preeminencia del artículo 3478 para sostener que el legatario no puede pretender que se compute lo donado en vida a favor de un legitimario, y que debe atenderse, para determinar a la porción disponible, a lo dejado al momento del facimiento, 2) otros doctrinarios ⁽¹¹⁴⁾, en cambio, observando la injusticia de esa solución y respetando lo establecido por el artículo 3478, estiman que no se trata aquí de una operación de colación, sino del cómputo para la simple de-terminación do la legítima. Nos manifestamos en favor de esta opinión, por ser la solución más justa. Ello es así, pues la colación, cálculo ficto, existe entre los herederos para mantener la igualdad entre ellos. En cambio, en el supuesto que estudiamos, la operación también es ficta, pero el fin es otro, pues no persigue la colación, sino la determinación de la masa legitimaria y, en consecuencia, de las porciones legítima y disponible. Es una operación más amplia que la de la colación, ya que abarca mayor cantidad de bienes, al estar comprendidas las donaciones no colacionables.

De este modo los legatarios amplían el panorama sobre el cual realizan el cómputo, pero sin tener derecho a los bienes colacionados; y ello es así, pues si observamos el caso en que el legado cabe dentro de la porción disponible, pero no en los bienes que quedaron al fallecer el causante, el heredero que aceptó bajo beneficio de inventario no estará obligado sino por lo dejado al fallecer, y el legatario no podrá exigir el complemento de la liberalidad, a pesar de que el legado entrare dentro de la porción disponible. Esta es la prueba más palpable de que no existe colación.

Otro argumento en favor de esta teoría es que debe respetarse estrictamente la porción disponible del causante, porque de otro modo nos encontraríamos con el absurdo de que si el causante nada donó en vida a sus hijos, podrá disponer íntegramente de su porción disponible, pero si les anticipó algo, no podrá usar de la cuota disponible sino por la parte que resta ⁽¹¹⁵⁾.

Cuestión interesante de resolver es la de determinar si se computan los bienes donados en el caso de que el causante legue una parte alícuota, para ser más preciso, el quinto. La nota al artículo 3478 la trata, y sobre su significado, la doctrina y la jurisprudencia no han llegado a un acuerdo. Siguiendo a Fornieles ⁽¹¹⁶⁾, consideramos que en este supuesto el cálculo se debe hacer

⁽¹¹³⁾ Machado, *op. cit.*, t. IX, pág. 122. En la jurisprudencia: Cám. Civ. 1º, Cap., 5-3-1936, en J. A., t. 53-615, y Cám. Civ. 1º, Cap., 7-5-1920, en J. A., t. 33-89.

⁽¹¹⁴⁾ Fornieles, *op. cit.* t. I, nº 310; Lafaille, *op. cit.*, t. I, nº 497; Calatayud, "Un caso de legítima y colación", en *Gaceta del Foro*, t. 142-29; Borda, *op. cit.*, t. II, nº 949. En la doctrina francesa: Jossierand, *op. cit.*, t. III, vol. II, nº 1103; Planiol-Ripert, *op. cit.*, t. IV, nº 586. En el derecho francés se planteó la misma discusión que en nuestro derecho en base a los artículos 857 y 922, similares a nuestros 3478 y 3602, resolviendo la Corte de Casación en el sentido indicado en esta nota.

⁽¹¹⁵⁾ Fornieles, *op. cit.*, t. I, nº 310, citando a Ranelletti: *Massa erectitaria*.

⁽¹¹⁶⁾ Fornieles, *op. cit.*, t. I, nº 308 e), 310 *in fine* y 312, siguiendo a Aubry et Rau. Borda, *op. cit.*, t. II, nota 1381, en cambio considera que no se debe distinguir entre el legado de cosa cierta y el de parte alícuota, debiéndose en todos los casos calcularse la porción disponible sobre todos los bienes dejados por el causante, incluso las donaciones hechas en vida. En la jurisprudencia, en dos fallos, uno de la Cám. Civ. 11, Cap., 7-5-1930, y otro de la Cám. Civ. 21, Cap., 21-9-1925, ambos, en J. A., t. 33-89, el primero en el texto, y el segundo en nota, se trató el legado del quinto. En el primero de ellos, sucesión Shaw de Bell, se siguió la orientación de Machado, es decir, la preeminencia del artículo 3478, lo que llevó a no computar los bienes colacionables. En cambio en el otro fallo, sucesión Huergo, de fecha anterior, asimilándolo al legado de cantidad o de cosa cierta, se mandó computar las donaciones colacionables. A esta sentencia, responde la opinión de Borda.

sobre el patrimonio quedado a la muerte del causante, sin incluir los bienes que se colacionen, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa.

37. *Valuación de las donaciones.*

A) *Solución del Código:* El tema que pasamos a estudiar es de indudable importancia, por las consecuencias que derivan de la solución que se adopte.

Nuestro codificador, al redactar el artículo 3602, tuvo frente a sí dos fuentes: el artículo 922 del Código francés y los artículos 648-9 del Proyecto de García Goyena.

La primera establecía que las donaciones deberían reunirse ficticiamente al activo líquido "según su estado en la época de la donación y según su valor al tiempo del fallecimiento del donante" ⁽¹¹⁷⁾.

En cambio, Goyena no hacía alusión al estado de la cosa donada, y en lo referente al valor se remitía al momento en que se realizó el acto entre vivos y no al del fallecimiento del donante.

El Código francés, para adoptar esa solución, partía de la base de que los bienes donados no habían salido del dominio del donante, por lo que no se tomaban en consideración para la fijación del valor las depreciaciones y mejoras que hubiere recibido por el hecho del donatario o de terceros con posterioridad a la fecha de la donación. En cambio sí se tenían en cuenta los aumentos o transformaciones provenientes de causas naturales o accidentales. Resumiendo, se puede considerar que el Código Napoleón se sujetó al momento en que nacía la causa que afectaba la donación, es decir, cuando surgía el derecho a la reserva o a la legítima según nuestro Código,

Goyena, por su parte, estimó que desde el momento que se transmitió el dominio quedaba consolidada la donación, corriendo por cuenta del beneficiario todas las modificaciones experimentadas por la cosa donada, de acuerdo al principio *res perit domino*. La misma solución estableció para la colación, fundándose en aspectos prácticos (artículo 887 y su nota), apartándose del Código francés, que disponía que en la colación de muebles había que atenerse al valor de la época de la donación, y si fuera de inmuebles, cuando no era posible la colación en especie, por el valor al tiempo de abrirse la sucesión.

Ante esas dos fuentes, Vélez se inclinó por Goyena, y así en el artículo 3692 estableció que "al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían donaciones del mismo testador al tiempo el que las hizo".

B) *Argumentos en contra de dicha solución:* Y llega el momento de preguntarse ¿es justa la solución dada por el codificador? A nuestro modo de entender, no sería más justo haber adoptado el sistema del Código francés. Y ello lo fundamentamos en diversos argumentos:

a) La acción de reducción establecida para proteger la legítima (artículo 3601) el personal, pero puede provenir de ella una real (artículo 3955), con todos sus efectos reipersecutorios (ver *infra* n° 48). Como veremos al estudiar la naturaleza de dicha acción y sus efectos respecto a los donatarios extraños, tanto si conservan el bien en su poder como si lo han transmitido, hay autores que sostienen la devolución *in natura*, en tanto que otros la del valor al momento de la donación. Los primeros tratan de obviar la injusticia del artículo 3602, pero a la vez crean inconvenientes prácticos. Los segundos fundamentan su posición razones prácticas. Pero ante la redacción expresa del artículo 3955, que otorga la facultad de exigir la restitución en especial que implica justipreciarlo al valor del día del reintegro, ¿cómo se la puede conciliar con la apreciación del valor de la donación al tiempo en que se la hizo? En la fuente seguida por el codificador, Goyena, no existe esa incongruencia, porque no otorgaba efectos reipersecutorios a la acción de reducción. Destacamos asimismo que en el Código Napoleón no se presentaba ese absurdo, pues si bien la acción tenía efectos reipersecutorios (artículo 930), el valor que se consideraba era el del tiempo del fallecimiento del donante.

b) Porque no consulta la evolución económica que está atravesando el mundo actualmente. No es por nadie desconocida la espiral inflacionaria que sacude a casi todos los países del orbe. Particularmente en Latinoamérica, ella ha alcanzado alturas desmesuradamente graves. Así, con un ejemplo demostraremos hasta qué extremos puede llegar la injusta solución del Código. Un padre de dos hijos deja al fallecer en el año 1962 una masa legitimaria de \$ 500.000 en efectivo y cosas muebles, y un inmueble cuya valuación al tiempo de su muerte es de \$

⁽¹¹⁷⁾ La disposición del artículo 922 del Código francés, fue modificada por ley del 7 de febrero de 1938, estableciendo que la valuación de las donaciones se hará "según su estado y su valor a la época de la donación" (ver *infra* n° 40).

2.000.000. Pero, en vida, en el año 1945, había donado ese inmueble a un tercero, cuando su valor era de \$ 80.000. Si nos atenemos estrictamente a lo preceptuado por el artículo 3602, la masa será de \$ 580.000, y la porción disponible, en consecuencia, de \$ 116.000, por lo que la donación no podrá ser reducida. Caemos así en la paradoja de que los legitimarios, cualquiera sea su número, tendrían solo derecho a \$ 464.000, en tanto que el donatario gozaría de un inmueble cuyo valor al tiempo del fallecimiento del causante, momento en que recién su derecho queda consolidado, es de \$ 2.000.000. ¿Habrá sido esa la intención del causante? Creemos que no. ¿Y en caso de que lo haya sido, habrá que ajustarse a ella? Indudablemente que no. Si no, ¿qué función tiene la regulación legal de la legítima? ¿Acaso no es inconcusamente admitida como una institución de orden público?

En cambio, de aplicarse el criterio del valor al momento del fallecimiento, en el mismo ejemplo citado, la masa será de \$ 2.500.000, y la porción disponible de \$ 500.000, con lo que al donatario solo le correspondería una cuarta parte del inmueble, y aquí comenzarían a jugar los efectos de la reducción (ver *infra* n° 48).

Antes de terminar con este argumento queremos sentar la salvedad de que esta no es una crítica acerba a nuestro codificador por la regla adoptada, pues no podía caber en su mente extraordinaria, como tampoco en las de sus contemporáneos ⁽¹¹⁸⁾, el fenómeno inflacionario que iba a presentarse décadas después, debido al vertiginoso avance experimentado por la humanidad ⁽¹¹⁹⁾.

c) Otro razonamiento que podemos hacer jugar, en conexión con el anterior, es que la solución del artículo 3602 beneficia a los donatarios, en perjuicio de los legitimarios. Entonces cabe preguntarse: ¿qué objeto tiene la legítima, si ella puede ser postergada por un donatario?, y ¿es más importante el derecho de un donatario que el de un legitimario? Respondemos categóricamente que no. La legítima responde a fundamentos sólidos y precisos ya estudiados, y que por razones de economía no repetiremos, en tanto que el derecho del donatario es uno de los que menos es y debe ser protegido, por su misma índole de gratuito; solo debe hacerse acreedor de defensa cuando no haya otro derecho más importante por tutelar, ¿y quién podría alegar la mayor trascendencia del derecho de un donatario que el de un legitimario?

Asimismo, el donatario no tendría por qué considerarse perjudicado si por la acción de reducción quedara sin efecto la donación. ¿Acaso no gozó gratuitamente del bien hasta el momento de la reducción? Además, los gastos que hubiere hecho para mejorar la cosa le serán resarcidos (ver *infra* n° 48).

C) *Conclusión*: Por todas estas razones, contrarias al sistema de la valuación al momento de la donación, nos hacemos otra pregunta: ¿a pesar de su injusticia, debe aplicarse la solución del Código?

Nosotros sustentamos una opinión completamente contraria.

El Derecho ha dejado de pertenecer a los exegetas del siglo XIX; no es posible que el juez aplique ciegamente la ley sin valorar las soluciones. Estamos atravesando una evolución constante y permanente del Derecho que ha alcanzado en este siglo un desarrollo tal como no lo había experimentado en toda su historia.

En estos últimos sesenta años han surgido nuevas ramas del Derecho y doctrinas avasallantes de instituciones que se daban por inmovibles, y como un simple ejemplo tenemos el del artículo 1197 del Código civil, que proclama la autonomía de la voluntad; ¿pero acaso se la aplica en idéntica forma en los arios que estamos viviendo a como la ideó Vélez? ¿A qué principios, sino a su limitación, responden los convenios colectivos de trabajo, los contratos por adhesión, la doctrina de la imprevisión, etcétera?

En materia de interpretación de la ley también han surgido nuevas doctrinas, algunas hasta revolucionarias. Y cualesquiera de los métodos modernos que se adopten lleva a la aplicación de nuestro criterio, con respecto a la valuación de las donaciones, sea el de la evolución histórica

⁽¹¹⁸⁾ En general los Códigos contemporáneos y posteriores al nuestro, establecieron idéntico criterio al de Vélez (italiano de 1865, para los bienes muebles, español, chileno, uruguayo, alemán, brasileño, etc.). Las únicas excepciones fueron el francés y el italiano de 1865 para bienes inmuebles. Pero en estos últimos años la legislación comparada se inclina por el parecer que establecemos en el texto: Código italiano de 1942 y venezolano (ver *infra* n° 40).

⁽¹¹⁹⁾ Es posible que los imponderables hechos que ocurran en los próximos años destruya la opinión que nosotros sustentamos en estos momentos como la superior. El mundo avanza a pasos agigantados y el derecho sufre esa misma evolución, resultando imposible prever qué ha de suceder en el día de mañana.

de Saleilles, sea el de la libre investigación científica de Gény, sin necesidad de tener que llegar a la escuela del Derecho libre o al realismo norteamericano, y tampoco a Kelsen o Cossío ⁽¹²⁰⁾.

Para terminar, diremos que nuestra opinión se aplica cualquiera sea la naturaleza de la cosa donada, mueble o inmueble. Y que idéntica solución se debe asignar en el hipotético caso de que los bienes, en lugar de un aumento, sufrieran una depreciación.

Sobre el procedimiento para fijar el valor se adoptan las mismas reglas que para los bienes que al momento del fallecimiento estuvieren en poder del causante (ver *supra* n° 35).

38. Contratos celebrados entre el causante y los legitimarios.

A) *Noción general*: Como hemos visto anteriormente (ver *supra* n° 36), todas las donaciones que realiza el causante integran la masa legitimaria, incumbiendo la prueba de ellas a todo el que tenga interés en que se computen, ya sea recurriendo a la escritura pública o a cualquier otro medio.

Pero hay supuestos en los cuales se torna muy dificultosa la prueba de la donación, y por ello el Código civil presume la misma, estableciendo determinada sanción. Así nos encontramos con el artículo 3604, que es una de aquellas disposiciones sobre la cual, a pesar de la larga discrepancia acerca de su interpretación, la doctrina no se ha puesto de acuerdo, siendo su causa la deficiente e imprecisa redacción del artículo.

Establece dicha norma que "si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos legítimos, aunque sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos legítimos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima".

La nota dice: "Código francés, artículo 918. Muchos padres con el fin de eludir las leyes fingen para preferir un hijo contratos onerosos que no son sino donaciones disfrazadas. La ley debe suponer que estos contratos son simulados. Esta presunción es *juris et de jure*, contra la cual no se admite prueba".

En términos generales notamos que se refiere a uno de los casos en que se trata de eludir la ley (no afectar la legítima) precisamente cuando el causante efectúa con alguno de sus hijos determinado contrato a título oneroso ⁽¹²¹⁾. Para evitar esa burla, la ley dispone que ese acto se considere como donación, y además como una especie de paliativo que se impute a la porción disponible y no a la legítima, salvo por lo que exceda a la primera ⁽¹²²⁾.

B) *Deficiencias e imprecisiones del artículo 3604*: Decimos que el artículo es deficiente e impreciso por las siguientes razones:

I. Deficiente:

a) Menciona al testador, cuando debía hacerla al causante o difunto, pues la previsión del artículo se refiere tanto al supuesto de sucesión testamentaria como a la intestada ⁽¹²³⁾.

b) Alude al contrato en forma general cuando sólo debería hacerlo a los onerosos porque si fueren evidentemente gratuitos, se tendría que recurrir a lo dispuesto sobre la colación, entrando así esos contratos en la masa legitimaria y no en la porción disponible, como expresamente lo establece el artículo ⁽¹²⁴⁾.

c) Se refiere a herederos legítimos, y, según vimos, esa acepción no nos satisface (ver *supra* n° 21), siendo correcto la expresión legitimarios.

⁽¹²⁰⁾ Para un mejor análisis de los métodos de inter-pretación, tanto los tradicionales como los modernos, ver en esta Enciclopedia Jurídica la voz "Interpretación", en sus diversos contenidos.

⁽¹²¹⁾ Al estudiar el fundamento de la legítima (ver *supra* n° 13) hemos observado que nuestra legislación ha adoptado dicho sistema y no el de la libertad de testar, Debido a ello es que el causante encuentra limitada su porción disponible, que es de un quinto, cuando tiene descendencia legítima. Y sólo en esa medida la ley permite que el padre favorezca a alguno de sus hijos. Pero si considerando aquél que dicha cuota es limitada, realiza a favor de sus descendientes sean donaciones, sean determinados contratos onerosos, la ley aplica a las misma las disposiciones de la colación o del artículo 3604, respectivamente.

⁽¹²²⁾ Destacamos desde ya que esta donación disfrazada o simulada a que se refiere el artículo 3604, tiene una característica especial, cual es la que ella se re de la porción disponible, colacionándose por el excedente, es decir, que no toma la porción legítima del heredero afectado, sino luego de cubrir la porción disponible, lo que no ocurre con las demás donaciones, que directamente pasan a integrar la masa legitimarla (ver *supra* n° 36).

⁽¹²³⁾ Conforme: Cám. Civ. 1°, 21-4-1933, en J.A., t. 41-713.

⁽¹²⁴⁾ Machado pregunta: ¿Cómo puede entregarse la plena propiedad cuando se reserva el usufructo? (*op. cit.*, t. IX, pág. 407).

II. Imprecisa:

a) Habla de plena propiedad, lo cual es equivocado, pues ella no existe cuando se transmite con reserva de usufructo o con cargo de renta vitalicia ⁽¹²⁵⁾.

b) Porque al apartarse en la redacción de su fuente el artículo 918 del Código francés, lo ha hecho sin clarificar el motivo de la misma, dejando la duda sobre qué enajenaciones están comprendidas en la presunción establecida.

Acerca de las tres deficiencias anotadas no hay divergencias en la doctrina ni en la jurisprudencia, por lo que damos por acabado el tratamiento de las mismas.

En cambio, sobre las imprecisiones, y fundamentalmente sobre la segunda, de cuya interpretación deriva la primera, la doctrina no es nada pacífica, y será objeto inmediato el tratar las dos teorías que existen sobre la misma, y nuestra opinión.

C) *Significado del término "aunque". Interpretaciones restrictiva y amplia:* Ante todo, y como ambas interpretaciones giran con referencia a la fuente que tuvo en cuenta el codificador, el artículo 918 del Código francés, transcribiremos el mismo: "El valor en plena propiedad de los bienes enajenados, sea con cargo de renta vitalicia, sea a fondo perdido, o con reserva de usufructo, a uno de los herederos en línea recta, será imputado sobre la porción disponible; y el excedente, si lo hubiere, colacionado en la masa. Dicha imputación y esta colación no podrán ser exigidas por aquellos otros herederos en línea recta que hubiesen consentido en las enajenaciones, y en ningún caso por los sucesores en línea colateral" ⁽¹²⁶⁾.

Inmediatamente apreciamos que mientras el Código Napoleón menciona específicamente como casos de donaciones disfrazadas a los actos por título oneroso que se hacen con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo, en nuestro Código se citan esos mismos supuestos, pero precedidos por la conjunción adversativa "aunque sea" en lugar del "sea" –en francés, *soit*– de la fuente.

De allí surgen las divergencias doctrinarias a que hiciéramos mención al comenzar a tratar el artículo 3604, y que podemos clasificar en dos teorías:

a) Interpretación restrictiva, entre cuyos sostenedores encontramos a Benjamín Paz ⁽¹²⁷⁾, Segovia ⁽¹²⁸⁾, Machado ⁽¹²⁹⁾, Praymes ⁽¹³⁰⁾, Lafaille ⁽¹³¹⁾, Rébora ⁽¹³²⁾, Blousson ⁽¹³³⁾, De Gásperi ⁽¹³⁴⁾, Borda ⁽¹³⁵⁾; consideran que nuestro codificador no se ha apartado de su fuente, o sea que sólo rige la presunción de la ley para el caso de enajenaciones a título oneroso, con reserva de usufructo o con cargo de renta vitalicia. La jurisprudencia más reciente la apoya ⁽¹³⁶⁾. Los otros casos se resolverán según las reglas comunes de la simulación si bajo la enajenación onerosa se disimula una donación ⁽¹³⁷⁾.

b) Interpretación amplia. Opina que Vélez se apartó del modelo, e interpreta el artículo literalmente, considerando que los dos supuestos mencionados son sólo ejemplificativos, y que todo contrato oneroso entre causante y heredero legitimario debe reputarse como donación disfrazada. La sustentan Jerónimo Cortés ⁽¹³⁸⁾, Rómulo Etcheverry ⁽¹³⁹⁾, Llerena ⁽¹⁴⁰⁾, Cammarota ⁽¹⁴¹⁾, Arias ⁽¹⁴²⁾, Fornieles ⁽¹⁴³⁾, Laje ⁽¹⁴⁴⁾, Rezzónico ⁽¹⁴⁵⁾ y la jurisprudencia más antigua ⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹²⁵⁾ De acuerdo: Cám. Civ., 18-7-1882, en Fallos 1-474; Cám. Civ. 19, 26-6-1933, en J. A., t. 42-714. En contra: Cám. Civ. 1º, 22-8-1910, en J. A., t. 2-228.

⁽¹²⁶⁾ Las enajenaciones a fondo perdido *_a fonds perdu_* a que alude el artículo del Código francés, no tienen su significado equivalente en nuestro derecho, y son las que se realizan mediante una renta perpetua, es decir, un derecho de contraprestación destinado a extinguirse con el fallecimiento del enajenante, y que significará que al abrirse la sucesión no se encontrara en ella ni el bien enajenado ni su contravalor.

⁽¹²⁷⁾ En "Discusión de la Ley Fe de Erratas", pág. 544.

⁽¹²⁸⁾ *Op. cit.*, t. II, pág. 555, nota 32.

⁽¹²⁹⁾ *Op. cit.*, t. IX, pág. 405 y sigs.

⁽¹³⁰⁾ *Op. cit.*, pág. 247 y sigs.

⁽¹³¹⁾ *Op. cit.*, t. II, n° 249 y sigs.

⁽¹³²⁾ *Op. cit.*, t. II, n° 390.

⁽¹³³⁾ *Op. cit.*, pág. 137 y sigs.

⁽¹³⁴⁾ *Op. cit.*, t. II, n° 265.

⁽¹³⁵⁾ *Op. cit.*, t. II, n° 952 y sigs.

⁽¹³⁶⁾ Cám. Apel. Rosario, 30-12-1937, en J. A., t. 61-555 (excluye la disolución de la sociedad); Corte Sup. de la Nación, 15-5-1944, en L. L., t. 34-937; Cám. 1ª Apel. La Plata, 8-11-1946, en J. A., t. 947-1-286; Cám. Civ. 2ª, Cap., 23-12-1946, en L. L., t. 46-72, y J. A., 1947-11-36; Cám. Civ., Cap., Sala A, 14-3-1956, en L. L., t. 83-511, y J. A., 1956-11-371 (excluye la promesa de venta).

⁽¹³⁷⁾ Cám. Civ. 29, 23-12-1946, en J. A., 1947-11-36.

⁽¹³⁸⁾ En "Discusión de la Ley Fe de Erratas", pág. 533.

D) *Nuestra opinión*: Desde ya anticipamos que nos manifestamos concordes con los propugnadores del alcance restrictivo, por considerarlo más justo y a la vez basado en las interpretaciones histórica, lógica y sistemática. En cambio, en la aplicación amplia del artículo sólo podríamos recurrir al método de interpretación literal, con el cual no coincidimos cuando el mismo afecta principios más justos que se pueden aplicar sin ningún inconveniente y perjuicio.

a) Interpretación histórica: Teniendo en cuenta que nuestro Código se remite al artículo 918 del francés, para efectuar el estudio histórico de la disposición debemos analizar las fuentes de esta última, y así nos encontramos que en el Derecho francés de la Edad Media al causante le estaba permitido disponer de sus bienes en la forma que creyere más conveniente; de ese modo se formó la institución del mayorazgo que permitía al descendiente varón mayor conservar el grueso de la sucesión. Pero producida la Revolución de 1789, se reacciona contra ese privilegio feudal, y con el fin de dividir la propiedad se establece la completa igualdad entre todos los herederos, dejando al causante como porción disponible, si existían descendientes legítimos, sólo un décimo, cuota que no podía transmitir a ninguno de sus hijos. Mas había que prever el posible eludimiento por parte del difunto de esa disposición para beneficiar a alguno de sus herederos, y el medio más factible sería simular la liberalidad mediante un acto oneroso. Por ello, el artículo 26 de la ley sancionada el 17 de Nivoso del año II estableció: "Todas las donaciones con cargo de una renta vitalicia o ventas a capital perdido, en línea directa o colateral, a uno de los herederos presuntivos o a sus descendientes, quedan prohibidas, a menos que los parientes del mismo grado del adquirente o de los grados más próximos intervengan en ellas y las consientan. Todas las que hubiesen sido hechas desde el 14 de julio de 1789, incluso a las personas de la calidad arriba indicada, son anuladas, salvo el derecho del adquirente de hacerse devolver por el donante o vendedor, o por sus herederos, todo lo que justificare haber pagado por encima de la justa renta de la cosa enajenada, y todo sin perjuicio de las costumbres o usos que hubiesen invalidado actos análogos otorgados aun antes del 14 de julio de 1789". Es decir, se sancionaba con la nulidad a estas donaciones simuladas.

Esta ley fue de carácter transitorio, pues una vez que cumplió su efecto, el artículo 26 fue suprimido por la ley de 4 Germinal del año VIII.

Ahora bien, cuando se redactó el Código de Napoleón, en un período de mayor tranquilidad, luego de los momentos álgidos que se habían vivido, se trató de restablecer la institución de la reserva, y así se permitió las disposiciones a título de *preciput* ⁽¹⁴⁷⁾ a favor de alguno de los herederos y con cargo a la porción disponible, o sea que se las dispensaba de la colación, pero conservando la presunción de fraude establecida por la ley de Nivoso ⁽¹⁴⁸⁾, ya que si no, se podría afectar la porción de los demás legitimarios, cubriéndose bajo la apariencia de actos onerosos o verdaderas liberalidades, para dispensarlas de la colación. Mas esa presunción cambió sus efectos, pues si en la ley de Nivoso producía la nulidad del acto, con la disposición del Código no se la anula, sino que se la considera como donación ⁽¹⁴⁹⁾, imputable en primer lugar a la porción disponible, y sólo por el excedente a la porción legítima del beneficiario, o sea colacionable.

⁽¹³⁹⁾ Tesis *Sucesión legítima*, pág. 282.

⁽¹⁴⁰⁾ *Op. cit.*, t. IX, pág. 553 y sigs.

⁽¹⁴¹⁾ *La colación y el artículo 3604 del Código Civil*, Bs. Aires, 1934, pág. 36 y sigs.

⁽¹⁴²⁾ *Op. cit.*, pág. 123.

⁽¹⁴³⁾ *Op. cit.*, t. II, n° 128 y sigs.

⁽¹⁴⁴⁾ *Op. Cit.* N° 628. Aunque con ciertas limitaciones, y en "La transmisión onerosa de bienes de los legitimarios", en L., t. 75-913

⁽¹⁴⁵⁾ Rezzónico, Luis María, *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*, 2ª ed., Bs. Aires, 1958, t. I, pág. 164 y sigs.

⁽¹⁴⁶⁾ Cám Civil, Cap., 18-7-1882, en *Fallos*, t. I, pág. 474; otros en *Fallos*, t. 53-143; 81-5; 98-268 (Cám. Civ., 31-12-1897: incluye el pagaré suscripto por el causante en favor de su hijo); 188-348; *Gaceta del Foro*, t. 9-41; 11-17; 16-219; Cám. Civ. 1º, en J. A., t. 2-228; Cám. Civ. 2ª, 6-4-1921, en J. A., t. 6-318; Cám. Civ. 1ª, en J. A., t. 12-122, 18-482; 19-716, 27-731 (incluye la permuta); otros fallos, Cám. Civ. 1ª, 26-6-933, en J. A., t. 42-714 (que incluye la compra hecha por el padre con dinero propio a nombre del hijo), en J. A., t. 67-106.

⁽¹⁴⁷⁾ Es un término francés que se utiliza para designar la parte que el heredero recibe con preferencia y como anticipo de lo que le corresponderá en la partición.

⁽¹⁴⁸⁾ Ver redacción del artículo 918 del Código francés, párrafos más arriba.

⁽¹⁴⁹⁾ Y no podía ser de otro modo, pues si se permite por una disposición expresa favorecer a algún heredero con la porción disponible, no cabría que en otra se sancionara su nulidad.

Tenemos luego que nuestro codificador tomó como base para la redacción del artículo 3604 al artículo 918 del Código francés, y ello se ve confirmado por la nota al mismo en la cual se hace mención expresa de la fuente, que en este caso fue exclusiva. Mas en su redacción no la siguió literalmente, pues en tanto que el francés dice: "el valor en plena propiedad de los bienes enajenados, sea con cargo de renta vitalicia, sea a fondo perdido, o con reserva de usufructo...", el argentino determina: "si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos legítimos, aunque sea con cargo de una renta vitalicia, o con reserva de usufructo...". Con estas palabras Vélez trató de evitar los problemas de interpretación que había planteado en el Derecho francés el término "enajenados" ⁽¹⁵⁰⁾. Pero al variar la composición del artículo incluyó la conjunción adversativa "aunque", y de ella han surgido controversias doctrinarias acerca de su alcance. Uno de los debates más interesantes sobre la interpretación de ese término se produjo en el motivado por la ley Fe de Erratas de 1882. Allí encontraron las dos teorías formadas sobre el artículo sus respectivos defensores: en Jerónimo Cortés, la amplia, y en Benjamín Paz, la restrictiva.

Vélez no quiso modificar la doctrina del artículo 918 del Código francés, sino, por el contrario, dejar claramente sentada su idea; pero al traducir el original, lo hizo infielmente, ya que no podría hablar de entregar el bien en plena propiedad cuando lo hace con reserva de usufructo o con cargo de renta vitalicia, sino de la nuda propiedad, lo cual demuestra que se refería sólo al valor, como en el modelo. Babiloni lo destaca y lo corrige.

b) Interpretación lógica: Según la teoría del alcance amplio que criticamos, el Código establecería una incapacidad de derecho entre los hijos y los padres. Pero semejante criterio no lo encontramos en ninguna disposición del Código, a pesar de su excesiva casuística; y si el legislador hubiere querido establecer esa incapacidad, lo habría hecho expresamente y en una ubicación más apropiada que en forma indirecta dentro de un artículo del título de la legítima, y por el solo medio de la conjunción adversativa "aunque"; en la nota tampoco hace ninguna salvedad sobre dicho término, y por el contrario confirma que su modelo es el artículo 918 del Código francés. Además, en los casos en que ha considerado que debía existir esa incapacidad, así lo ha establecido, por ejemplo en el artículo 1361, inciso 1, para la compraventa entre los padres con los hijos que están bajo su patria potestad.

Para refutar completamente por medio de la interpretación lógica a la teoría errónea transcribiremos un párrafo de Machado: "Supóngase que el padre permuta una de sus propiedades con uno de sus hijos por otra que éste le da a su vez. ¿Es nulo el contrato? ¿Deberá imputarse el valor del bien entregado en permuta a la porción disponible del testador, adquiriendo la sucesión el bien entregado por el hijo? Basta plantear la cuestión para resolverla por la negativa, sin necesidad de razonamiento alguno para apoyarla. Supóngase, además, que el testador vende una de sus propiedades a uno de sus hijos por el precio de cien mil pesos, que deberá pagarlos a la muerte de aquél, es decir, entregarlos a la sucesión. Según la teoría que combató, ese precio deberá entrar en la sucesión, y el valor del bien enajenado será imputado a la porción disponible del testador, pero esto sería sencillamente una iniquidad. Y si aún agregamos que la cosa vale ochenta mil a la muerte del testador, tendríamos que la iniquidad sería mayor. Pero aún pongámonos en el caso del artículo: si la venta se hizo con reserva de usufructo para pagar el precio a la muerte del enajenante, ¿se podría sostener con la letra del artículo que la sucesión tendría derecho para cobrar el precio e imputar el valor del bien enajenado a la porción disponible? Y si nos colocamos en la hipótesis de una permuta en que el heredero legítimo ha entregado una propiedad suya para adquirir otra de su padre que le será entregada a su fallecimiento, pues éste se ha reservado el usufructo, encontrándose en la sucesión la propiedad adquirida por padre ¿pretendería la sucesión adquirir esa propiedad, y computar el valor de la enajenada por el padre a su porción disponible? Y así se podrían multiplicar los casos de venta, de permuta, cesión, etc., al infinito, para demostrar no sólo que

⁽¹⁵⁰⁾ Ciertos autores franceses sostenían que el término "enajenados" se debía entenderlo en forma generalizada, comprensivo de los actos realizados bajo la forma de contratos onerosos y de los realizados bajo la forma de donación, con lo cual se dispensaba a éstas de la colación (Aubry et Rau, Demolombe, Laurent). Fue sustentada por la doctrina de la Corte de Douai en 1843, y por la Corte de Casación francesa en un fallo de 1848. En cambio, la mayoría de la doctrina francesa consideraba que el término "enajenados" comprendía sólo las enajenaciones a título oneroso, y no se aplicaba a las donaciones puras y simples limitadas a la nuda propiedad o hecho con reserva de usufructo (Marcadé, Planiol-Ripert-Trasbot, Baudry-Lacantinerie y Colin, Josserand) y encontró su apoyo en el fallo plenario de la Corte de Casación de 1874.

tal prohibición de enajenar no existe por nuestro derecho, sino que en el caso de presunción de simulación del artículo no se pueden llevar contra la evidencia misma, que demuestre la verdad del contrato" ⁽¹⁵¹⁾.

c) Interpretación sistemática: Recurriendo a este método de interpretación que vincula las diversas disposiciones especiales del Código, observamos que sólo se computan en la masa legitimaria las liberalidades testamentarias y las donaciones, sean a terceros que entran por la acción de reducción, sea a herederos que ingresan por la colación (artículo 3602 y concordantes), y no los actos onerosos celebrados por el causante con terceros o con herederos, salvo lo dispuesto por el artículo 3604 respecto a determinados contratos a título oneroso que se presumen gratuitos. Si el codificador hubiere querido incluir en la masa a todos los contratos, onerosos o gratuitos, efectuados entre el causante y sus herederos, lo habría hecho en términos generales, y ello lo ha dispuesto sólo para los gratuitos. En cambio, para los onerosos sólo en dos casos los ha presumido gratuitos, y de ello no puede inferirse en forma indirecta, como lo hacen los partidarios de la teoría amplia, que es un principio general, pues de haber sido ésta la intención del legislador, lo hubiere manifestado expresamente.

Y esa presunción de gratuidad para de-terminadas enajenaciones que aparecen revestidas de carácter oneroso, debido a la contraprestación que llevan consigo: usufructo o renta vitalicia, importa que ellas están sujetas a la acción de reducción – como las donaciones a terceros – y se las colaciona por el valor de los bienes.

Además de estos argumentos en favor de la interpretación restrictiva, la aplicación de ésta es de estricta justicia, pues aun los propios sostenedores de la amplia aclaran que lo hacen por defender la literalidad, pero no por coincidir con la solución.

Para descartar por completo a la teoría amplia, refutamos el argumento de que es difícil probar la simulación, respondiendo que ocurre lo contrario, pues precisamente el estrecho grado de parentesco es uno de los factores que en mayor grado acepta la jurisprudencia en los juicios de simulación.

Resuelto así a nuestro entender el problema de interpretación del artículo 3604 respecto a la imprecisión del término "aunque", pasaremos a analizar otros aspectos de dicho artículo.

E) *Efectos: las dos presunciones del artículo:* 1) Se considera simulado el acto oneroso celebrado con el legitimario cuando se lo hace con cargo de renta vitalicia o reserva de usufructo, es decir, se lo reputa como una donación ⁽¹⁵²⁾. 2) La índole de ese acto –simular un acto gratuito– demuestra que el causante ha tratado de mejorar al heredero; por ello se establece que el mismo se lo imputará a la porción disponible, y sólo si la supera se lo colacionará por lo que exceda a aquélla. Esta presunción importa una excepción a la regla establecida en otras disposiciones del Código sobre dispensa de la colación, pues los artículos 3484 y 3524 sólo la autorizan cuando se la hace por testamento; en todos los demás casos se la considera como anticipo de herencia (artículo 3476). La justificación de esta presunción reside en que la ocultación de la donación se realizó para evitar las disposiciones sobre la colación, y así se le otorga el valor de una dispensa de la colación ⁽¹⁵³⁾.

F) *¿De qué carácter es esta doble presunción?:* Ya al sancionarse el Código francés se planteó el problema de saber si estas presunciones tenían el carácter de *juris tantum* o de *juris et de jure*. De sostenerse el primer criterio, el heredero podría demostrar que el acto no encubría ninguna liberalidad, y de ese modo destruiría la pre-sunción legal. Pero desde un principio la mayoría de la doctrina sostuvo el concepto de que la presunción era *juris et de jure* ⁽¹⁵⁴⁾, en tanto que las Cortes de apelación admitían la prueba en contrario; mas todas estas sentencias fueron casadas, y la Corte de Casación se inclinó por la presunción legal, no admitiendo la repetición de la renta que el heredero había pagado al causante, aunque hubiera sido constituida en favor de un tercero, pues se consideró que no había pagado nada.

A pesar de ser una disposición severa, nos manifestamos de acuerdo con la misma, pues de otro modo se podría eludir fácilmente la disposición de la ley, procurándose las pruebas falsas y

⁽¹⁵¹⁾ *Op. cit.*, t. IX, pág. 401-5.

⁽¹⁵²⁾ Cam. Civ. 2ª, 27-7-1932, en J. A., t. 38-1170; Cam. 1ª, La Plata, 8-11-1946, en L. L., t. 66-769.

⁽¹⁵³⁾ Sup. Trib., Entre Ríos, 19-8-1941, en J. A., t. 76-684.

⁽¹⁵⁴⁾ Demolombe, Aubry et Rau, Colin y Capitant, Planiol-Ripert-Trasbot. Por el contrario consideran que la presunción es *juris tantum*: Laurent, Baudry-Lacantinerie y Colin, Josserand.

necesarias para demostrar que el acto era oneroso ⁽¹⁵⁵⁾. La nota del codificador confirma nuestro pensamiento.

Como simple hecho aclaratorio, pues descartamos la teoría amplia, señalamos que los sostenedores de ésta deben manifestarse por la presunción *juris tantum*, pues si no se tornarían irrealizables actos que la ley permite. A pesar de ello, Fornieles dice que es *juris et de jure*, lo cual es un contrasentido.

G) *Comprende sólo los contratos con los legitimarios*: Una de las deficiencias señaladas en la redacción del artículo 3604 es la de referirse a "herederos legítimos". La totalidad de la doctrina la destaca considerando que se debe entender aludiendo a los herederos forzosos. Para nosotros (ver *supra* n° 21) más exacto y preciso es referirse a los legitimarios.

De este modo no caen bajo la doble pre-sunción los contratos celebrados entre el causante y alguno de sus colaterales, no pudiendo los hijos de aquél impugnar la sinceridad del acto, salvo la producción de la prueba de la simulación. Esa donación a un hermano es equiparada a la realizada a un extraño, pues no es presumible que un padre perjudique a un hijo para beneficiar a un pariente más lejano.

Por supuesto que no se aplica a las donaciones efectuadas a los terceros, porque a éstos no se les puede exigir la colación (artículo 3476), derecho que acuerda el artículo 3604.

Problema interesante de dilucidar es saber si la enajenación hecha al cónyuge del heredero legitimario cae o no bajo las presunciones del artículo 3604. En nuestra doctrina los autores que lo han tratado disienten en su respuesta ⁽¹⁵⁶⁾. Consideramos que en este caso no se debe aplicar la pre-sunción *juris et de jure* del artículo 3604, es decir, que estará sujeta a toda clase de prueba que demuestre la simulación o el fraude.

Para que se aplique la presunción *juris et de jure*, el acto de la adquisición debió efectuarse en una época en que el adquirente era legitimario si el enajenante fallecía en ese momento. Por el contrario, si lo era en esa época y no lo es al momento del fallecimiento, la presunción subsiste. Sería el caso en que el enajenante, careciendo de hijos, transfiere a sus padres algún bien y posteriormente le nace un hijo legítimo ⁽¹⁵⁷⁾.

H) *No comprende los contratos celebrados con los legitimarios bajo su patria potestad*: En este caso el Código expresamente establece una incapacidad de derecho, disponiendo en los artículos 279, 1359 y 1361, inciso 1: "Los padres no pueden hacer contrato alguno con los hijos que están bajo su patria potestad", "Los tutores, curadores y los padres no pueden, bajo ninguna forma, vender bienes suyos a los que están bajo su guarda o patria potestad" y "Es prohibida la compra, aunque sea en remate público, por sí o por interpuesta persona: 1º, a los padres, de los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad", respectivamente.

La sanción establecida para estos actos no es como la del artículo 3604, de considerarlos gratuitos e imputables a la porción disponible, sino su anulación, pues no producen ningún efecto, ni siquiera el de la donación.

I) *Valor de los bienes*: Cuestión interesante de dilucidar es la de determinar en qué momento se debe realizar la valuación de los bienes donados simuladamente.

Ante todo tenemos que no se toma en cuenta el precio que se ha fijado para la enajenación, sino el que resulte de la tasación; y el problema está en saber cuándo se realiza la misma, pues el artículo que estudiamos no hace referencia al momento en que hay que realizarla, y por ello recurrimos al artículo 3602; y de acuerdo con lo sentado anteriormente (ver *supra* n° 37) , nuestro criterio es que debe valuarse, no al realizarse el acto simulado, sino al momento de fallecer el causante, pero teniendo en cuenta el estado del bien a la época de celebrarse el acto

⁽¹⁵⁵⁾ Concordes con la opinión de que la presunción es *juris et de jure*: Fornieles, *op. cit.*, t. II, n° 136; Borda, *op. cit.*, t. n° 956; en la jurisprudencia: Cam. Civ. 2ª, 27-7-1932, en J. A., t. 38-1170. En contra: Prayones, *op. cit.*, pág. 253.

⁽¹⁵⁶⁾ Consideran que debe caer bajo las presunciones del artículo 3604: Fornieles, *op. cit.*, t. II, n° 139; Arias, *op. cit.*, pág. 125; en la jurisprudencia: Corte Suprema Prov. Bs. Aires, en J. A., 1949-IV-761. En contra: Borda, *op. cit.*, t. II, n° 956; en la jurisprudencia; Cám. Civ. 28-9-1918, en Gaceta del Foro, t. 16-219; Gaceta del Foro, t. 11-17. Nuestra jurisprudencia también ha hecho jugar el artículo 3604, aunque en el contrato hubiera personas interpuestas (Cam. Civ. 1ª, 9-4-1926, en J. A., t. 19-715; Sup. Trib. Santa Fe, 24-12-1943, en L. L., t. 33-402; Cám. Apel. Mercedes, 19-10-1943, en J. A., 1943-IV-173).

⁽¹⁵⁷⁾ Como la sanción del artículo sólo se aplica en el caso de intervención de los legitimarios, el causante puede eludir la misma si es su deseo favorecer a alguno de sus hijos, adquiriendo títulos nominativos a nombre de su hijo, supuesto en el cual la adquisición habrá sido celebrada con un tercero y no con el hijo. Posteriormente el hijo podrá vender esos títulos, y el dinero que obtenga por ellos ingresará en su patrimonio sin que ningún reparo puedan oponer los otros legitimarios.

simulado, o sea sin considerar las mejoras o deterioros experimentados por actos del donatario⁽¹⁵⁸⁾.

J) *Desistimiento de la compra*: Consideramos que el legitimario, adquirente simulado del bien, puede devolverlo si estima que para él es más ventajoso desprenderse el mismo, pues podría encontrarse en la situación de tener que pagar a los otros legitimarios una suma de dinero si quisiera conservar el bien, en el caso de que haya superado la porción disponible. Sustentamos esta opinión en el hecho de que en nada se afecta a los otros legitimarios al volver a su estado natural el haber sucesorio. Mas no estará obligado a devolver los frutos, pues éstos no constituyen una donación colacionable⁽¹⁵⁹⁾.

K) *Personas que pueden demandar la imputación y la colación*: En su segundo párrafo, el artículo 3604 establece: "Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos legítimos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima".

Corregimos de acuerdo con la terminología adoptada (ver *supra* n° 21) la expresión herederos legítimos por la de legitimarios.

La explicación del párrafo requiere la división de su estudio entre personas que no pueden ejercer la acción y quienes están facultados para demandarla.

a) No pueden: Cuando el acto que realizan lo hacen a título oneroso, tanto el causante como el legitimario adquirente que desean evitar la futura demanda de reducción pueden hacer intervenir a los otros legitimarios para que presten su consentimiento al mismo y reconozcan que se hace a título oneroso⁽¹⁶⁰⁾; luego, estos legitimarios que suministraron su acuerdo no podrán interponer ninguna clase de reclamos, pues la presunción de gratuidad ha cedido ante ellos. Respecto a la forma como debe manifestarse el consentimiento, la doctrina no es pacífica. Algunos autores⁽¹⁶¹⁾ sostienen que debe ser expreso, otorgándose en el acto del contrato o en algún documento posterior. Nosotros manifestamos nuestro acuerdo con los que reputan⁽¹⁶²⁾ que el consentimiento puede ser prestado tanto en forma expresa como tácita; este último se produce cuando, a pesar de conocerse el contrato, se lo aprueba, lo cual depende de cuestiones de hecho; además, en cualquier fecha puede otorgárselo, incluso después del fallecimiento del causante. Como la ley se refiere a los legitimarios –según la nomenclatura por nosotros adoptada–, no pueden demandar la reducción los simples herederos ab intestato, que no tienen asignada porción legítima.

b) Pueden: Tienen el derecho de alegar la presunción establecida por el artículo 3604 los legitimarios que no consintieron la enajenación. Como la acción es individual, no importa que unos legitimarios presten su consentimiento, pues los otros seguirán gozando de la acción⁽¹⁶³⁾. Así, el acto puede ser sincero y simulado a la vez, según la posición adoptada por el legitimario. Problema interesante es el de determinar si un tercero que ha recibido una donación y es posteriormente afectado en su liberalidad por la enajenación que el causante haya realizado puede o no alegar la presunción. En el Derecho francés se planteó el problema de saber si podían argüirla, pues el artículo 918, en su última frase, no la permitía a los colaterales, sin disponer nada respecto a los terceros; mas la doctrina uniforme resolvió que no podía aducirla. En nuestro Derecho no existe ese problema, pues expresamente el Código dispone que no la pueden alegar los que no tienen asignada una porción legítima.

39. Legado de usufructo o renta vitalicia.

A) *Noción*: Si bien en el transcurso de este trabajo, al mencionar a los legados o a las donaciones, hemos dado por sentado el referirnos a los que transmiten la plena propiedad, es decir, los de cosas ciertas o de cantidades de cosas, pues así también lo hace el Código civil,

⁽¹⁵⁸⁾ En contra, Machado, *op. cit.*, t. IX, pág. 411, que considera que debe imputarse el valor que tenía la cosa en el momento de la enajenación.

⁽¹⁵⁹⁾ Conforme Llerena, *op. cit.*, t. IX, pág. 556.

⁽¹⁶⁰⁾ Se trata de un pacto sobre legítima futura, excepción a la regla establecida por el artículo 3599 (ver *supra* n° 17).

⁽¹⁶¹⁾ Llerena, *op. cit.*, t. IX, pág. 556.

⁽¹⁶²⁾ Cammarota, *op. cit.*, n° 20; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 955; de acuerdo la doctrina francesa.

⁽¹⁶³⁾ La acción es personal y tiende a que se realice la imputación y la colación, no hallándose el heredero adquirente obligado a restituir el bien recibido (Cám. Civ. 2ª, 27-7-1932, en J. A., t. 38-1170; S. C. Bs. Aires, 28-3-1944, en J. A., 1944-11-297; Cám. 1ª La Plata, 23-6-1933, en J. A., t. 42-932; Cám. Ap. Rosario, 3-5-1938, en L.L., t. 10-685).

puede igualmente producirse el supuesto en que el causante legue o done ⁽¹⁶⁴⁾ el usufructo de alguno de sus bienes, o una renta vitalicia, situación en la cual es imposible determinar su verdadero valor, ya que depende de la du-ración de la vida –hecho incierto– del usufructuario o del acreedor de la renta, no lográndose precisar de ese modo si afecta o no la porción disponible.

Es para resolver esa posición que nuestro codificador dispuso en una norma especial, ingeniosa y equitativa, la del artículo 3603, que "si la disposición testamentaria es de un usufructo o de una renta vitalicia cuyo valor exceda la cantidad disponible por el testador, los herederos legítimos tendrán opción a ejecutar la disposición testamentaria o a entregar al beneficiado la cantidad disponible" ⁽¹⁶⁵⁾. O sea que otorga al legitimario un derecho de opción para entregar en plena propiedad la porción disponible o cumplir el legado o donación de usufructo o renta vitalicia, según considere que le afecte o no la legítima.

La nota al artículo así lo aclara al decir: "La disposición testamentaria creando un usufructo y una renta vitalicia no es reducible; pero si el heredero legítimo cree que le es onerosa, tiene derecho para obligar al legatario a recibir en su lugar la cantidad de que el testador podía disponer. El legatario no puede quejarse, pues que se le entrega todo lo que el difunto podía dejarle".

Para clarificar más esta situación citaremos como ejemplos el de un causante que deja un haber sucesorio de \$ 1.000.000) de donde la porción disponible sería \$ 200.000, habiendo hecho un legado de renta vitalicia por \$ 10.000. Como esta carga es temporal, no se puede precisar si ese fondo sobrepasará la cuota disponible, y si hubiera legado un usufructo de \$ 300.000, nos encontraríamos con el mismo problema, pues también esa carga es temporal.

La solución dada por el Código, que es la exacta, ha tenido como fuente al artículo 917 del Código francés, y, al igual que éste, no ha tomado partido por ninguna de las tres teorías tradicionales que existen acerca de la interpretación de la opción. Ellas son:

a) Determinación del valor venal: El legitimario tendrá derecho a la opción si justifica que el legado excede la porción disponible ⁽¹⁶⁶⁾. Acarrea el problema de que debe estimarse en forma indispensable el valor del usufructo o de la renta vitalicia, a la vez que el legitimario no tendría el derecho de gozar libre e inmediatamente de la legítima si el valor no excediese la porción disponible. Por tal razón es generalmente rechazada esta doctrina.

b) Depende de la voluntad del legitimario sin necesidad de determinar el valor: Contrariamente a la anterior, considera que no es necesario al legitimario determinar previamente el valor del legado, pudiendo de ese modo gozar libre e inmediatamente de la legítima. Decidirá por su propia voluntad si le es más conveniente cumplir con el legado o entregar en plena propiedad la porción disponible. El legitimario es juez de su opción ⁽¹⁶⁷⁾.

c) Las rentas de la liberalidad deben exceder las rentas de la porción disponible: Sostiene que el legitimario tendrá derecho a la opción cuando las rentas libres y actuales que se encuentran en la porción disponible no alcancen para pagar el legado, es decir, que sólo podrá abandonar la propiedad si el cumplimiento del legado, sea de usufructo o de renta vitalicia, exceda la porción disponible y afecte la legítima ⁽¹⁶⁸⁾.

B) *Finalidad*: La disposición de la ley persigue una doble finalidad: 1) tratar de evitar la tasación del bien legado o donado, que, como sabemos, es vitalicio y de gran dificultad para determinar; 2) otorgar a los legitimarios la posibilidad de disponer de su porción legítima libre

⁽¹⁶⁴⁾ Nos referimos tanto a las donaciones como a los legados, a pesar de que el artículo habla sólo de estos últimos. Como veremos en el texto párrafos más adelante, en nuestra interpretación se las hace extensivas.

⁽¹⁶⁵⁾ Corregimos, como en otros artículos, la terminología desapropiada del Código, diciendo que se debe eliminar la expresión "testamentaria", y en lugar de "testador" utilizar la de causante o difunto, porque la norma del artículo la hacemos extensiva a las donaciones. Además se debe emplear el término legitimarios y no el de "herederos legítimos".

⁽¹⁶⁶⁾ La defendieron: Jaubert, en Demolombe, *op. cit.*, t. XIX, n° 440; Laurent, *op. cit.*, t. XII, n° 152.

⁽¹⁶⁷⁾ Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, n° 684 bis; Duranton, *Cours de droit Français suivant le Code Civil*. 4ª ed., París, 1844, t. VIII, n° 345; Troplong, *op. cit.*, t. II, n° 833; también Delvincourt y Toullier. En nuestra doctrina: Segovia, *op. cit.*, t. II, pág. 554; Llerena, *op. cit.*, t. IX, pág. 551; Machado, *op. cit.*, t. X, pág. 400; Lafaille, *op. cit.*, t. II, n° 230; Borda, *op. cit.*, t. II, n: 959 b). Adherimos a esta teoría.

⁽¹⁶⁸⁾ Demolombe, *op. cit.*, t. XIX, n° 442; Marcadé, *op. cit.*, t. III, art. 917, nota; Massé y Vergé, en Zachariae, *Le droit civil Français*, París, 1854-60, t. III, n° 457; Baudry-Lacantinerie y Colín, *op. cit.*, t. I, n° 779; Planiol-Ripert-Trasbot, *op. cit.*, t. V, n° 131, 2; también Maleville, Saintespes-Lescot, Coin-Delisle y Demante, *Cours Analytique de Code Napoleon*, París, 1858. En nuestra doctrina: Laje, *op. cit.*, n° 523 y sigs.; conforme relativamente Fornieles, *op. cit.*, t. II, n° 145.

e inmediatamente, concediendo a la vez al beneficiario del legado o donación toda la porción disponible, que es lo máximo que podría recibir.

De ese modo no se perjudica ni al legitimario ni al legatario, porque el primero se libera del usufructo o de la renta, entregando la porción disponible; y el segundo recibiendo en plena propiedad lo máximo que el causante le pudo dejar.

C) *Condiciones y aspectos de su aplicación:*

1) *Condición en que se tiene derecho a la opción:* Ver en el párrafo anterior las tres teorías vertidas por la doctrina.

2) *Derechos que comprende:* ¿Se limita el artículo sólo a la renta vitalicia y a la reserva de usufructo constituidas por disposición testamentaria, o comprende otras situaciones? A pesar de que el Código sólo se refiere a esas dos, la doctrina es uniforme en aceptar también el supuesto en que se lega un derecho de uso o de habitación ⁽¹⁶⁹⁾. Todo otro legado o donación, por similar que parezca a los que estudiamos, no podrá comprenderse en la opción, y estará sujeto a las reglas comunes de la reducción (ver *infra* capítulo V).

Y si comprende a esos derechos vitalicios, también se aplicará y con mayor fundamento a los a término, es decir, los no vitalicios ⁽¹⁷⁰⁾.

3) *Comprende a las donaciones:* El artículo 3603 se refiere a los derechos constituidos por disposición testamentaria, apartándose de la fuente francesa al omitir referirse a las donaciones como lo hacía ésta. A pesar de ello consideramos que debe comprenderse en la disposición de los derechos establecidos por contratos celebrados en vida del causante; pues no encontramos diferencias entre las dos situaciones, para aplicar soluciones diversas. Así el legitimario tendrá derecho a la opción tanto en el caso de legados como el de donaciones ⁽¹⁷¹⁾.

4) *Situación en que hay varios legatarios:*

Aun cuando hasta este momento hemos estudiado el caso en que haya un sólo legatario, o donatario, la disposición legal también se aplicará si son varios los beneficiarios, pues de otro modo la misma perdería gran parte de su eficiencia, porque lo común es que existan varios legados. La doctrina francesa en general considera que no se aplica la opción cuando concurren varias liberalidades ⁽¹⁷²⁾. A pesar de ello pensamos que el espíritu del legislador tuvo que ser la amplitud, y meritúa nuestra opinión el hecho práctico de que en la relación entre el legitimario y los legatarios no existiría mayor problema, pues la situación es idéntica al caso en que hay un sólo legatario ⁽¹⁷³⁾. El legitimario sería responsable de entregar la porción disponible, y luego los beneficiarios dispondrían entre ellos de dicha cuota. Así hay que distinguir varias situaciones, principalmente si se trata de donaciones o de legados:

a) En vida el causante ha dado varias rentas vitalicias o usufructos: Aplicando la regla de que primero se anulan las donaciones posteriores para recién llegar a la primera, (ver *infra* n° 47) se deberán valuar esas liberalidades al momento del fallecimiento del causante, y una vez hecho, se comenzará a entregar el capital en que ha sido valuada su liberalidad, al primer donatario, luego al segundo y de ese modo sucesivamente, hasta completar la porción disponible.

b) El causante ha legado varias rentas vitalicias o usufructos: Se procede a realizar la valuación, y luego se prorratan entre ellas hasta cubrir la porción disponible.

c) El causante ha cedido en vida usufructos o rentas vitalicias, y ha legado: Se valuarán las primeras pagándolas; sólo en caso que quede un saldo en la porción disponible se procederá a pagar los legados.

d) En vida el causante ha donado cosas ciertas y rentas vitalicias o usufructos: Luego de valuar éstas, se procederá a satisfacer de acuerdo con la antigüedad de las donaciones, sin distinguir la naturaleza de las mismas.

⁽¹⁶⁹⁾ Conforme: Demolombe, t. XIX, n° 439; Planiol-Ripert-Trasbot, *op. cit.*, t. V, n° 131, a; Baudry-Lacantinerie y Colin, *op. cit.*, t. I, n° 791; Laje en "El otorgamiento gratuito de usufructos y rentas vitalicias", en L. L., t. 77-843, n° 19; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 967.

⁽¹⁷⁰⁾ Conforme: Borda, *op. cit.*, t. II, n° 966.

⁽¹⁷¹⁾ De acuerdo: Lafaille, *op. cit.*, t. II, n° 231; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 960; en contra: Laje, "El otorgamiento...", en L. L., t. 77-843, n° 11-13.

⁽¹⁷²⁾ Colin y Capitant, Cours Elementaire de Droit civil Français, 4ª ed., París, 1921, t. III, pág. 737; Aubry et Rau, t. VII, n° 684 bis; Planiol-Ripert-Trasbot, *op. cit.*, t. V, n° 131, 4; en contra: Baudry-Lacantinerie y Colin, t. X, n° 784.

⁽¹⁷³⁾ Conforme: Borda, *op. cit.*, t. II, n° 961.

e) El causante ha legado cosas ciertas y rentas vitalicias o usufructos: Se aplica el artículo 3795, y así se pagarán primero los de cosa cierta, y sólo si queda un saldo se procederá a satisfacer al legatario de la renta vitalicia o usufructo.

Por último, también consideramos que el legitimario podrá pagar a unos la renta o el usufructo, y a otros la parte proporcional de la porción disponible. Ello porque el artículo del Código establece un derecho para el legitimario, y así de acuerdo a las circunstancias de hecho – un beneficiario anciano y otro joven – tomará su decisión ⁽¹⁷⁴⁾.

5) *Situación en que hay varios legitimarios*: No siempre existe un solo legitimario, bien puede ocurrir que concurren varios; en este caso si todos están de acuerdo en entregar la porción disponible, no habrá problema. Pero sí lo tendremos cuando los legitimarios divergen acerca de la opción.

Diversas teorías se han propuesto para solucionarlos: a) la liberalidad debe entregarse tal como lo dispuso el causante ⁽¹⁷⁵⁾; b) lo decide la mayoría de los legitimarios; e) lo resuelve el juez ⁽¹⁷⁶⁾; d) se divide la liberalidad en proporción a lo que corresponde a cada legitimario, y cada uno es dueño de adoptar la posición que considere más conveniente, de ese modo el beneficiario recibirá parte de la porción disponible, y parte de la renta vitalicia o usufructo ⁽¹⁷⁷⁾.

Ante todo se debe distinguir dos tipos de relaciones, la de los legitimarios con referencia al legatario; y la de los legitimarios entre sí.

Con respecto a la primera, consideramos que el derecho de opción es indivisible no pudiéndose sujetar al legatario, por disidencia entre los legitimarios, a recibir una parte de la porción disponible, y otra de la renta vitalicia o usufructo; asimismo del espíritu de la ley surge la intención de evitar pleitos, de allí proviene la opción, y tampoco sería posible sujetar a la opinión de unos legitimarios, el derecho de los demás. Por ello es que nos inclinamos por la primer teoría, en lo que se refiera a la relación con el legatario, salvo que éste haya prestado su consentimiento para la división, pues la disposición del artículo si bien es imperativa, no es de orden público.

En cambio sobre la relación entre los legitimarios, si nos inclinamos a favor de la posibilidad de que cada uno adopte su posición, los que no acepten la opción de entregar la porción disponible, no podrán oponerse a que lo hagan los otros legitimarios, y tomen a su cargo el usufructo o renta vitalicia, sujetos ambos a la vida del legatario.

6) *Oportunidad de la opción*: Al no establecer el codificador el término dentro del cual debe efectuarse la opción, el beneficiario tendrá el derecho de demandar el cumplimiento del legado en cualquier oportunidad, o también, recurriendo a los principios generales, solicitar que se fije judicialmente un término para utilizar la opción (arts. 620 y 752).

Al ser notificado de la interposición de la demanda, el legitimario tendrá que optar; en caso de que no conteste, se le tendrá por renunciado el derecho de entregar la porción disponible. Mas en caso de que al contestar la demanda, solicite al juez un término para pensar cuál es el criterio más conveniente, se le deberá conceder.

En caso de haberse comenzado a cumplir con la manda, y posteriormente el legitimario quiera utilizar la opción de entregar porción disponible, nos inclinamos por el criterio negativo ⁽¹⁷⁸⁾, salvo el consentimiento del legatario para tal efecto.

7) *Forma de la opción*: Tampoco establece nuestro Código disposiciones especiales acerca de la forma en que debe manifestarse la opción, por ello es que se aplica el artículo 974 que consagra el principio de la libertad. Y sí debemos distinguir según que la porción disponible esté constituida exclusivamente por muebles, o que hubiere también inmuebles.

En el primer caso la expresión de voluntad de optar puede ser expresa o tácita (arts. 915 y ss.). En cambio en el segundo supuesto, se requiere una decisión judicial, no para aprobar el acto, sino para que declare transferida la propiedad del inmueble al legatario; y dicha

⁽¹⁷⁴⁾ Conforme: Borda, *op. cit.*, t. II, n° 963.

⁽¹⁷⁵⁾ Machado, *op. cit.*, t. IX, pág. 400; Lafaille, *op. cit.*, t. n° 232; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 965.

⁽¹⁷⁶⁾ Fornieles, *op. cit.*, t. II, n° 146: aplica extensivamente el artículo 3451.

⁽¹⁷⁷⁾ Segovia, *op. cit.*, t. II, pág. 554; Llerena, *op. cit.*, t. IX, pág. 551; Laje, *op. cit.*, n° 550; en la doctrina francesa, Demolombe, *op. cit.*, t. XIX, n° 453; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, n° 684; Baudry-Lacantineri y Colin, *op. cit.*, t. I, n° 798; Troplong, *op. cit.*, t. II, n° 840; Planiol-Ripert-Trasbot, *op. cit.*, t. V, n° 131, 5.

⁽¹⁷⁸⁾ De acuerdo, Borda, *op. cit.*, t. II, n° 968. En contra. Laje, *op. cit.*, n° 571.

resolución será el título traslativo del dominio que se inscribirá en el Registro de la Propiedad (ley 1893, art. 226, inc. 4).

D) Efectos de la opción: Si el legitimario opta por cumplir la disposición efectuada por el causante, no existirá dificultad, pues las relaciones entre los interesados no sufrirán ninguna variación.

Pero no ocurre lo mismo cuando se opta por entregar la porción disponible, situación en la cual corresponde preguntarse si el beneficiario continúa siendo un sucesor del causante, o si lo es del legitimario, y si el beneficiario a título particular de renta vitalicia se transforma en beneficiario a título universal en plena propiedad.

La respuesta depende de la naturaleza jurídica de dicha opción. A primera vista parecería que fuera una dación en pago, pero ello no es así pues ella supone el acuerdo de dos voluntades, y en este caso no se exige el consentimiento del beneficiario de la liberalidad. Lo que verdaderamente hay, es una operación destinada a simplificar la partición y no un acto que influya en el fondo del derecho mismo del beneficiario ⁽¹⁷⁹⁾.

Ello origina diversas consecuencias:

1) El donatario o legatario continúa siendo sucesor del causante y no del legitimario. Por lo tanto no se devengan derechos suplementarios, aparte de los derivados de la partición y los de donación o sucesión; solo se paga el impuesto a la transmisión gratuita de bienes; no correspondiendo ningún otro por la dación en pago ⁽¹⁸⁰⁾.

2) El donatario o legatario vitalicio, sea a título particular, sea a título universal, no se convierte en beneficiario a título universal en plena propiedad. Así deberá responder de las deudas hereditarias, si desde el título original su beneficio debía quedar sujeto a ellas; en cambio si estaba libre de esa obligación continuara, exento de ella a pesar de la opción, pues ésta no puede transformarla, atenuarla o agravarla ⁽¹⁸¹⁾. Igual solución se aplica para las cargas y condiciones a que estuviere sujeta la liberalidad en su título originario; ellas conservan su vigencia sean las modalidades suspensivas o resolutorias ⁽¹⁸²⁾. Y como consecuencia de ello, los frutos pertenecerán al beneficiario desde la apertura de la sucesión, y a ellos corresponderán los deterioros y aumentos, salvo que los perjuicios estuviesen originados en culpa o dolo de los legitimarios, caso en el cual será a cargo de estos la responsabilidad ⁽¹⁸³⁾.

E) *Legado de nuda propiedad*: La disposición del artículo 3603 se refiere a las liberalidades consistentes en disfrutes vitalicios, y ningún otro texto legal se refiere al caso contrario, es decir a las liberalidades de nuda propiedad. De ahí surge la duda de si a este supuesto se le puede aplicar extensivamente la disposición del artículo 3603 y la opción que establece.

En la doctrina han encontrado apoyo dos posiciones, la que sostiene la aplicación extensiva, y la que la niega.

La primera fue sostenida por Lebrún, y considera que el usufructo y la nuda propiedad son dos aspectos de una misma cuestión, y si corresponde la opción en uno, también debe reconocérselo en el otro. Pero esta opinión puede resultar desfavorable para el legitimario, si este no opta por la entrega en plena propiedad de la porción disponible, y el derecho de nuda propiedad excede esa porción ⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁷⁹⁾ De acuerdo. Baudry-Lacantinerie y Colin, *op. cit.*, t. I, n° 805; Planiol-Ripert-Trasbot, *op. cit.*, t. V, n° 132; Laje, "El otorgamiento...", en L. L., t. 77-843, n° 36; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 969.

⁽¹⁸⁰⁾ Conforme: Planiol-Ripert-Trasbot, *op. cit.*, t. V, n° 132; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 969.

⁽¹⁸¹⁾ De acuerdo: Baudry-Lacantinerie y Colin, *op. cit.*, t. I, n° 800 y sigs.; Laurente, "Principes de droit civil", 3ª ed., Bruselas-Paris, 1878, t. XII, n° 156; Planiol-Ripert-Trasbot, *op. cit.*, t. V, n° 132; Llerena, *op. cit.*, t. IX, pág. 551; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 969.

⁽¹⁸²⁾ Conforme: Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, n° 684 bis, nota 17; Baudry-Lacantinerie y Colin, *op. cit.*, t. I, n° 804; Planiol-Ripert-Trasbot, *op. cit.*, t. V, n° 132; la jurisprudencia francesa ha resuelto en este sentido los casos de usufructo otorgados a la viuda, bajo la condición de no volver a casarse cuando los hijos del primer matrimonio hubiesen optado por abandonar la porción disponible; el nuevo matrimonio acarrearía la resolución del derecho adquirido sobre la cuota disponible. En nuestro derecho la sustentan; Machado, *op. cit.*, t. IX, pág. 403; Laje, *op. cit.*, n° 557 y sigs.; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 969. En contra: Demolombe, *op. cit.*, t. XIX, n° 461, y en nuestro derecho: Segovia, *op. cit.*, t. II, pág. 555, que consideran que el dominio transmitido lo es con carácter irrevocable.

⁽¹⁸³⁾ Conforme: Laje, "El otorgamiento...", en L. L., t. 77-843, n° 39; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 969.

⁽¹⁸⁴⁾ Demolombe, *op. cit.*, t. XIX, n° 471. En nuestro derecho: Blousson, *op. cit.*, pág. 168; Lafaille, *op. cit.*, t. II, n° 233.

La teoría que niega la aplicación extensiva es la que predomina ⁽¹⁸⁵⁾, y a la cual nos adherimos. Según ella el legitimario tiene derecho a tomar su legítima plena y libre de todo gravamen, a la vez que el usufructo de la porción disponible.

Ella se fundamenta: a) en que el artículo 3603 es un recurso excepcional que altera la voluntad del causante, y que se refiere exclusivamente al legado de usufructo y no al de nuda propiedad; b) el legado de nuda propiedad no es un derecho vitalicio, que tiene un término, sino un derecho perpetuo; c) el legitimario tiene derecho a la totalidad de su porción legítima en especie y en plena propiedad, por lo tanto el causante no puede imponerle una disminución perpetua de sus derechos, como resultaría del legado de nuda propiedad, aunque fuera solo parcial; para admitirlo sería necesario un texto legal que no existe en nuestra legislación.

La aplicación de esta teoría lleva a que el beneficiario no pueda pretender que se le indemnice en usufructo, por el equivalente de la nuda propiedad que ha perdido al resultar inoficiosa.

40. *Legislación comparada.* En la mayoría de las legislaciones universales, encontramos disposiciones que se refieren a la determinación de la masa hereditaria.

Código francés: En el artículo 922 establece que la masa se forma con todos los bienes existentes al deceso del causante, a los cuales se les deduce las deudas. Luego se reúne ficticiamente lo dispuesto por donaciones según su estado y valor a la época de la liberalidad.

En su redacción original el Código determinaba que los bienes donados se estimaban según su estado en la época de la donación y según su valor al tiempo del fallecimiento del donante. Con dicha redacción, coincide la opinión que nosotros sustentamos (ver *supra* n° 37).

En cambio por una ley del 7 de febrero de 1938, se estableció que esa valuación se hará según su estado y su valor a la época de la donación, que representa la disposición actual del artículo 922.

Esta reforma se debió a la crítica operada a la redacción originaria del artículo 922, en el supuesto de donaciones de valores mobiliarios, que debían ser apreciados al valor del día del fallecimiento del causante, sin importar las eventuales alteraciones de baja o alza en la cotización de la Bolsa ⁽¹⁸⁶⁾.

En el artículo 918 se refiere a los contratos celebrados entre el causante y los legitimarios. Y esta disposición fue la fuente de nuestro artículo 3604. En él se hace alusión además de la renta vitalicia y reserva de usufructo, a los fondos perdidos. Y su redacción es precisa en el sentido de que la presunción legal sólo rige en esos casos; y no como en el nuestro que al transcribirlo infielmente añadió el término "aunque" que tantas dificultades presenta (ver *supra* n° 38).

A los legados de usufructo de renta vitalicia, se encamina el artículo 917, origen del 3603 de nuestro Código.

Código español: En el artículo 318, establece el procedimiento común para determinar la masa, y las donaciones se computan al valor que tenían al tiempo en que se las hizo. El artículo 820, inciso 39, contempla el legado de usufructo en forma similar al Código Napoleón.

Código Italiano de 1865: Las donaciones ingresan cuando los bienes son muebles por el valor al tiempo de la donación, y cuando son inmuebles según su estado al tiempo de la donación y su valor al tiempo de la muerte del donante (art. 822). En los artículos 810 y 811 reglamenta los legados de usufructo y los contratos celebrados entre padres e hijos, de igual manera que el derecho francés. La única diferencia estriba en el segundo párrafo del artículo 810 que trata el supuesto del legado de nuda propiedad y le aplica la misma solución que al de usufructo.

Código chileno: Se acumulan las donaciones al acervo líquido, según el valor que hayan tenido las cosas donadas al tiempo de la entrega, tanto si fueran hechas en razón de legítimas o de mejoras, o a favor de extraños; dichas acumulaciones son imaginarias (arts. 1185-6).

⁽¹⁸⁵⁾ Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, n° 684 bis; Laurent, *op. cit.*, t. XII, n° 157; Baudry-Lacantinerie y Colin, *op. cit.*, t. I, n° 787; Planiol-Ripert-Trasbot, *op. cit.*, t. V n° 134. En la jurisprudencia francesa la Corte de Casación con fecha 7-7-1857 resolvió que la disposición de la opción era de carácter excepcional y que no debía ser extendida. Por lo que el legatario tendría que verse reducido a la nuda propiedad de la cuota de libre disposición, atendiendo a que la liberalidad infringe la legítima. En nuestro derecho la sostiene: Laje, *op. cit.* n° 521, y en "El otorgamiento...", L. L., t. 77-843, n° 18 Borda, *op. cit.*, t. II, n° 970.

⁽¹⁸⁶⁾ En una célebre sentencia de la Cámara Civil del 30-6-1910, la jurisprudencia francesa aplicó pura y simplemente el art. 922 en su redacción originaria. En el pleito se trató de acciones de la sociedad "La Benedictine", que habían llegado a duplicar su valor.

Código uruguayo: Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará imaginariamente el que tenían todas las donaciones del mismo testador en el tiempo en que las hizo (art. 889). En el inciso 39 del artículo 890 se refiere al legado de usufructo y lo resuelve de igual modo que el Código francés.

Código alemán: Hace una regulación compleja, para determinar la masa legítimarla, Así en el artículo 2310 dispone: "Para la fijación de la parte hereditaria que haya de servir para calcular la reserva se contarán los que estén excluidos de la sucesión por disposición de última voluntad, los que hayan repudiado la herencia y los que hayan sido declarados indignos de suceder; pero no se contará al que haya sido excluido de la sucesión legal por desistimiento". Artículo 2311: "Para el cálculo de la reserva se tomará por base el contenido y el valor de la masa en la época del fallecimiento. En el cálculo de la reserva del padre y de la madre del fallecido no se tendrá en cuenta la reserva correspondiente al esposo superviviente. El valor deberá determinarse, en cuanto sea posible, por tasación. La fijación del valor hecha por el difunto no se considerará decisiva". Artículo 2313: "En la fijación del valor de la masa no se tendrán en cuenta los derechos y las obligaciones que dependan de una condición suspensiva. Los derechos y obligaciones sometidos a una condición resolutoria se incluirán como si fuesen puros y simples. Si la condición se realizase, procederá la aportación para compensar la modificación que haya sobrevenido. A los derechos inciertos o no garantizados, así como a las obligaciones dudosas, se aplicarán las mismas reglas que a los derechos y obligaciones que dependan de una condición suspensiva. El heredero estará obligado para con el reservatario a comprobar el derecho incierto y a perseguir el no garantizado cuando esto responda a una administración regular". Artículo 2315: "El reservatario deberá permitir que se impute en el total de su reserva la liberalidad que se le haya hecho entre vivos por el difunto, con la condición de que se le imputará en dicha reserva. Para determinar la reserva se agregará a la masa el valor de la liberalidad. Este valor se determinará con arreglo al que tuviera la cosa en la época en que se hizo la liberalidad..." Artículo 2325: "Si el testador hubiese hecho una donación a un tercero, podrá el reservatario exigir para completar la reserva, el total con que ésta se aumente cuando el objeto donado forme parte de la masa. Las cosas consumibles se contarán por el valor que tenían al tiempo de la donación. Cualquier otro objeto se contará por el valor que en la época del fallecimiento del causante tuviese. Si su valor era menor al tiempo de la donación se contará sólo éste. Cuando en la época del fallecimiento hayan transcurrido diez años desde la prestación del objeto donado, no se tendrá en cuenta la donación. Si ésta se hubiese hecho al cónyuge del testador, no comenzará el plazo hasta la época de la disolución del matrimonio". Artículo 2530: "No se aplicarán a las donaciones fundadas en un deber moral o en una consideración de conveniencia, las disposiciones de los artículos 2325 a 2329 (que son normas destinadas a completar la reserva perjudicada por las donaciones: 2325 a 2328 acción contra el heredero; 2329 acción contra el donante)".

Código suizo: En el artículo 474 establece que "la cuota disponible se calcula según el estado de la sucesión al día del deceso". Luego establece la deducción de las deudas y de diversas cargas (art. 474, 2º párrafo); y en el 475 dispone: "Las liberalidades entre vivos se agregan a los bienes existentes, en la medida en que ellas son sujetas a reducción".

En el artículo 530 contempla el legado de usufructo o de renta vitalicia y adopta la teoría que concede la opción en el caso de que las rentas de la liberalidad excedan las de la cuota disponible.

Código brasileño: Preceptúa el artículo 1722: "Cálculase la mitad disponible sobre el total de los bienes existentes al fallecer el testador, deducidas las deudas y los gastos de funeral" y en otro párrafo establece que a esa suma se le añade las donaciones. Por aplicación de las reglas de la colación, se las computa al tiempo en que se hizo la liberalidad (arts. 1785 y ss.).

Código italiano de 1942: El artículo 556 dispone: "Para determinar el monto de la cuota de la que el difunto podía disponer, se forma una masa de todos los bienes que pertenecían al difunto en el momento de la muerte, detrayendo de ellas las deudas. Se reúnen después ficticiamente los bienes de que se haya dispuesto a título de donación, según su valor determinado a base de las reglas dictadas en los artículos 747 a 750, y sobre el caudal así formado se calcula la cuota de la que el difunto podía disponer".

Los artículos 747 a 750, se encuentran en el capítulo de la colación, y en ellos se establece: Artículo 747: "La colación por imputación se hace teniendo en consideración el valor del

inmueble en el momento de la apertura de la sucesión". El 748 se refiere a las mejoras, gastos y deterioros, estableciendo derechos y obligaciones recíprocas entre las partes. El 749 contempla las mismas situaciones con respecto al inmueble enajenado. El 750 dispone: "La colación de los muebles se hace solamente por imputación, sobre la base del valor que los mismos tenían al tiempo de la apertura de la sucesión. Si se trata de cosas de las que no se puede hacer uso sin consumirlas, y el donatario las ha consumido ya, se determina el valor que habrían tenido según el precio corriente al tiempo de la apertura de la sucesión. Si se trata de cosas que se deterioran con el uso, su valor al tiempo de la apertura de la sucesión se establece en relación al estado en que se encuentran. La determinación del valor de los títulos del Estado, de los otros títulos de crédito cotizados en bolsa y de los frutos y de las mercaderías cuyo precio corriente se establece por las mercaderías, se hace a base de los listines de bolsa y de las mercaderías del momento de la apertura de sucesión".

Con las soluciones adoptadas por este Código, coincide nuestra opinión (ver *supra* n° 37).

El artículo 550 se refiere al legado de usufructo y en su solución atiende al igual que el Código suizo a la doctrina que la fija en los réditos. Resuelve el legado de nuda propiedad en idéntica forma. Y la aplica tanto si se los ha dispuesto por legado o por donación.

41. *Proyectos de reforma.* Biliboni en el artículo 3168 de su anteproyecto, mejora la redacción del artículo 3602 del Código civil al establecer que: "Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que ya hayan quedado a la muerte del causante, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones del causante en el tiempo en que las hizo". Perfecciona el 3602 al referirse al causante, y no al testador, comprendiendo de ese modo, en forma más clara, tanto a las disposiciones testamentarias como a las donaciones.

Incluye luego dos artículos, el 3169 y 3170 que prescriben: "Para determinar el valor de la masa no se computarán los derechos y obligaciones dudosos o perdidos, ni los litigiosos o los que dependan de una condición suspensiva. Los sometidos a condición resolutoria se considerarán puros y simples. En cualquiera de los casos se compensarán en dinero las modificaciones ocurridas en favor o en daño de la masa" y "Para fijar la legítima, no se contará a los herederos renunciantes o indignos, sino en los siguientes casos: 1° Cuando el renunciante se encontrase en el supuesto del artículo 2929 (similar al 3354 del Código civil); 2° Cuando existiesen descendientes con derecho de representación", respectivamente.

El primero de dichos artículos, fue tomado del 2313 del Código alemán.

En cambio el otro, como lo dice el propio Biliboni en la nota "toma posición en una cuestión célebre que ha preocupado y dividido a la jurisprudencia y la doctrina francesa. La mayor parte de los escritores sostienen que el heredero que no viene a la herencia, no cuenta para el cálculo de las legítimas. La Corte francesa de Casación, ha juzgado invariablemente lo contrario. El Código alemán, artículo 2310, ha resuelto como la Corte de Casación. El renunciante, el indigno, el desheredado, se cuentan entre los herederos para calcular la legítima de los que quedan en la sucesión". Y la posición que toma Biliboni es la contraria a la Corte de Casación francesa y al Código alemán.

Para justificarla alega que "calcular como presente a quien no lo está, es violar el sistema de la legítima forzosa... Nótese, además, que en nuestro sistema la solución alemana es imposible. Si había un hijo, y queda separado de la herencia, pasa a los ascendientes, solos o con el cónyuge. Si no hay ascendientes, al esposo solamente. Pero el hijo dejaba disponible un quinto. El ascendiente un tercio. El cónyuge la mitad. Si se cuenta el heredero que nada recibe, ¿cuál es la legítima de los demás? ¿Dos tercios? ¿La mitad? ¿Cuatro quintos? En el Código alemán la cuota forzosa y la disponible es invariable, y sólo por distribución de la primera se amengua o crece", y concluye diciendo "La legítima es la parte de herencia que corresponde a ciertos sucesores. Esa parte se divide entre los que tienen derecho a ella. Es artificial considerar para determinarla, a los que no tienen participación en los bienes quedados: no son herederos. Y así como no pueden los llamados, reclamar sino lo que les corresponde dentro de la reserva, así sólo se cuentan los que tienen derecho a ella. Lo demás es contrario al sistema mismo, punto de partida".

Respecto al artículo 3604, considerando que en la traducción del original, artículo 918 del Código francés, Vélez cometió varias alteraciones literales, trata de corregirlas, y así establece en su artículo 3174: "El valor en plena propiedad de los bienes enajenados por el causante, sea a

fondo perdido o con cargo de renta vitalicia, sea con reserva de usufructo, a uno de los herederos en línea recta, se imputará sobre la parte disponible y el excedente sobre la masa. No podrá ser demandada esa imputación por los otros herederos forzosos que hubieran consentido en esas enajenaciones. No se admitirá prueba para acreditar excepciones contra esa imputación". Redacción con la cual reproduce en forma casi idéntica al Código francés, añadiéndole el último párrafo.

En la nota agrega: "No obstante ser los cónyuges herederos forzosos, no modificamos la redacción para incluirlos, por la sencilla razón de que no están comprendidos en la disposición. No puede haber contratos entre esposos, ni con ni sin reserva de usufructo. Son nulos los que celebran"... "El cónyuge es heredero forzoso. Pero no puede darse con él el caso de contrato traslativo, sino por capitulaciones matrimoniales que siguen sus propias reglas. En cambio puede ser perjudicado por los contratos hechos por el consorte con sus descendientes o ascendientes". La redacción contempla esa situación y autoriza su acción y su autorización del acto jurídico. Dice el texto francés: que no puede ser impugnado el contrato por los colaterales. Era claro desde que el texto habla de sucesibles en línea recta. Y el nuestro repitió: "Y en ningún caso por los que no tengan por la ley una porción legítima". Frase ociosa y que sólo sirve para subrayar el error del artículo al hablar por tres veces de herederos legítimos. Se trata de herederos forzosos y los colaterales no lo son aunque sean herederos legítimos. Por último hemos introducido en nuestro texto la frase del Código francés "a fondo perdido".

También mejora Bibiloni la redacción del artículo 3603, al disponer en su artículo 3173: "Cuando la disposición testamentaria es de un usufructo o un derecho de uso o habitación, o de una renta vitalicia, los herederos forzosos tendrán opción a ejecutar la disposición o a entregar al beneficiado, en plena propiedad, la parte disponible. Esta disposición no se aplica cuando la disposición es de la nuda propiedad. Tampoco se aplica a los casos en que haya que reducir las disposiciones testamentarias o las donaciones, entre los favorecidos por ellas".

Como se puede apreciar, elimina de la redacción del Código la cláusula "cuyo valor exceda la cantidad disponible por el testador", evitando las dificultades que podían crear esos términos. A la vez incluye expresamente a la disposición de un derecho de uso o habitación.

En el segundo párrafo del artículo 3173, decide la vieja controversia acerca del legado de nuda propiedad, manifestándose en contra de la opción.

El Proyecto de Reformas de 1936, en sus artículos 2012 y 2013, reproduce en forma parecida los artículos 3168, 3169, 3170 y 3174 del Anteproyecto de Bibiloni. La única reforma que realiza es extender la opción establecida por el Código civil en el artículo 3603, a los legados de nuda propiedad.

Artículo 2012: "Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que hayan quedado a la muerte del causante, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas por el testamento. Al importe líquido del acervo, se agregará el de las donaciones del causante, al tiempo de haberse efectuado. No serán computados los derechos y obligaciones dudosos o perdidos, ni los que estuvieren en litigio, o sujetos a condición suspensiva. Siempre que ésta fuere resolutoria, se tendrán como puros y simples. Para el cálculo de la legítima, no será tenido en cuenta el renunciante; ni tampoco el indigno, a menos de existir descendientes de éste, que concurren por representación".

Artículo 2013: "Cuando la disposición testamentaria consistiere en usufructo o derecho de uso o habitación, o renta vitalicia, los herederos forzosos podrán elegir entre su cumplimiento, o transferir al beneficiario en pleno dominio, la parte disponible. Esta regla se extiende a la nuda propiedad, pero no a los casos en que deban reducirse las disposiciones testamentarias o las donaciones entre los favorecidos con ellas".

CAPÍTULO V

Protección de la legítima

42. *Noción.* Todo el sistema de la legítima –su no disminución por voluntad del causante– fracasaría si la ley no estableciera el modo de garantizarla y defenderla por medio de diversas acciones y sanciones.

Para hacerlo ha establecido diversas cláusulas y de diverso tenor, la mayoría a través del libro IV del Código civil, aunque todas ellas encaminadas al mismo fin. Enunciamos así, las siguientes:

a) Ya en el primer artículo del título de la legítima, 3591, el Código dispone que el testador sólo puede disponer hasta la concurrencia de la porción legítima, es decir que sólo de la porción disponible, no pudiendo afectar la legítima.

b) Para el supuesto de que el causante haya impuesto gravámenes o condiciones que afecten las porciones legítimas, se establece que se tendrán por no escritas las mismas (art. 3593) (ver *supra* n° 16).

e) Si alguno de los legitimarios renuncia o pacta sobre su legítima futura, tal convenio se considera nulo (art. 3599) (ver *supra* n° 17).

d) Si el causante dejare por cualquier título menos de la legítima, el legitimario tendrá la acción de complemento (art. 3600) (ver *infra* n° 43).

e) También para el caso de que las disposiciones del causante, sean donaciones o legados, mengüen la legítima, tendrá el legitimado la acción de reducción (arts. 3601, 1830-2) (ver *infra* n° 44 y ss.).

f) Para el caso en que el causante al realizar la partición haya afectado la legítima, el codificador ha establecido diversas defensas: 1) acción de rescisión: para anular esa partición (art. 3536) ; 2) acción de reducción: para obtener el cumplimiento de la legítima (art. 3537) ; esta acción es similar a la del artículo 3602, con la única diferencia –inexplicable– en el término de la prescripción, pues la del 3602 es de 10 años, y la del 3537 de 4 años (ver *infra* n° 49) ; 3) acción de nulidad: si en la partición se ha excluido totalmente a algún legitimario (art. 3528) .

g) En la hipótesis de que el testador haya preterido a algún legitimario, anterior o posterior al testamento, éste gozará de la acción de nulidad (art. 3715).

h) El caso del artículo 3604, que sanciona las transferencias ocultas o simuladas a favor de alguno de los legitimarios (ver *supra* n° 38).

43. *Acción de complemento.* Si bien el causante al disponer de sus bienes, pudo haberlo hecho dentro de la porción disponible, sin afectar la legítima; también pudo ocurrir que haya preterido a alguno de sus legitimarios, o afectado su porción legítima.

En el caso de preterición, el afectado gozará de la acción de nulidad establecida por el artículo 3715: "La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en la línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, o que nazcan, muerto el testador, anula la institución del heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas".

Pero en el supuesto de que sólo se afecte la legítima, no tendrá derecho a pedir la nulidad, sino únicamente el complemento de su legítima menoscabada, así lo dispone el artículo 3600: "El heredero forzoso, a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, sólo

podrá pedir su complemento" ⁽¹⁸⁷⁾. Con ello se reproduce la norma del derecho romano, acerca de la *actio completoria*, que significó una evolución restrictiva sobre la querrela inoficiosa que se había aplicado con anterioridad, importando la nulidad total del testamento (ver *supra* n° 8).

Esta acción de complemento es personal y no tiene en cuenta las cosas particulares que componen el acervo hereditario, sino sus valores. Ella sólo persigue el fin de que se integre la porción legítima, sin necesidad y sin poder, de atacar el testamento que permanece firme ⁽¹⁸⁸⁾.

El artículo 3601, que será estudiado concienzudamente a través de este capítulo, complementa al 3600, al tratar de las disposiciones testamentarias que menguan la legítima, es decir que perjudican a los legitimarios al exceder la porción disponible, concediendo la acción de reducción.

Ambas acciones son correlativas, pues pedir el complemento equivale a pedir la reducción de las disposiciones testamentarias que afectan la legítima.

Pero hay una diferencia entre estas dos acciones, y es que la de complemento se otorga solo al legitimario perjudicado, que puede ser uno entre los varios con derecho a la legítima; en cambio la de reducción se concede a todos los legitimarios pues al exceder el causante la porción disponible, afecta a todos por igual. Y ello surge de la propia redacción de los artículos, ya que en tanto el artículo 3600 habla del heredero forzoso – más exacto, sería legitimario – en forma singular, siendo la única vez que así lo hace en el Código; el artículo 3601 lo hace pluralizando.

Concluyendo: la acción de complemento se aplica en los casos en que el legitimario recibe bienes del causante por cualquier título gratuito, pero ellos no alcanzan para cubrir la porción legitimaria. Si hubiere sido preterido, es decir no recibiere ningún bien, correspondería aplicar el artículo 3715 que otorga una acción de nulidad.

44. *Acción de reducción.* Una vez determinada la masa legitimaria (ver *supra* n° 31 y ss.) se sabrá si ha sido o no afectada la legítima. En el caso de que ello suceda los legitimarios disponen de la acción de reducción, que es la más importante de las que ha establecido la ley para la defensa de la legítima.

Ella es una sanción, pero no automática, ya que para funcionar se requiere que el legitimario la solicite, y cuando son varios, cada uno debe hacerlo por la parte que le corresponde.

Abarca tanto a las donaciones como a los legados. Y persigue el objeto de que quede intacta la porción legitimaria, dejando sin efecto los legados o donaciones que la afecten.

Ahora bien, ese derecho lo puede utilizar el legitimario tanto por vía de acción como por vía de excepción. El primero lo ejerce para recuperar los bienes que ya han sido transferidos, como ser las donaciones, o los legados ya entregados.

En cambio se utilizara como excepción, en el caso de que considerando que el cumplimiento de las disposiciones testamentarias afectaría su legítima, se niegue a entregar la cosa legada.

Fundamentalmente tratan de esta acción los artículos 3601 y 1830 al 1832, los cuales deben ser correlacionados con otros, como se verá durante el estudio de esta acción.

La fuente del artículo 3601, fue el artículo 647 del Proyecto de García Goyena, el cual a su vez lo tomo del artículo 920 del Código francés.

45. *Personas que gozan de la acción.*

A) *Principio general:* Como principio general podemos decir que gozan de la acción de reducción, todos los legitimarios, pues a ellos ampara la acción (art. 3601); y que este derecho es propio de ellos, comenzando con la muerte del causante, porque mientras este vive, el derecho es solo eventual.

Sin embargo debemos distinguir según sea la liberalidad, una donación o un legado.

Acerca de las donaciones el Código en los artículos 1830 al 1832 (dentro del Título de las donaciones) establece un régimen especial. En tanto que en el artículo 3601 lo hace respecto a las disposiciones testamentarias o legados, en otros términos.

Ellos disponen: Artículo 1830: "Repútese donación inoficiosa aquella cuyo valor excede la parte de que el donante podía disponer; y a este respecto se procederá conforme a lo

⁽¹⁸⁷⁾ Ambas disposiciones son tomadas de Goyena, pero en éste era superior el método, pues estaban tratadas sucesivamente. Vélez las legisló separadamente. El actual Código Español siguió el sistema de Goyena, estableciendo esas reglas en los artículos 814 y 815.

⁽¹⁸⁸⁾ Si la disminución deriva de una partición efectuada por el causante, se aplican los artículos 3528, 3536 y 3537.

determinado en el Libro 4 de este Código"; Artículo 1831: "Si por el inventario de los bienes del donante fallecido, se conociere que fueron inoficiosas las donaciones que había hecho, sus herederos necesarios podrán demandar la reducción de ellas, hasta que queden cubiertas sus legítimas"; Artículo 1832: "La reducción de las donaciones solo puede ser demandada: 1° Por los herederos descendientes o ascendientes del donante, que ya existían al tiempo de la donación; 2° Si las donaciones fueren gratuitas, y no cuando fuesen remuneratorias o con cargos, salvo en la parte en que sean gratuitas"; Artículo 3601: "Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos, se reducirán, a solicitud de éstos, a los términos debidos".

B) Situación del cónyuge en las donaciones: De la lectura atenta de los artículos 1832 y 3601, notamos que para las donaciones solo se otorga la acción de reducción a los herederos descendientes o ascendientes del donante que ya existían al tiempo de la donación; en tanto que en el artículo 3601, se la concede a todos los legitimarios. Es decir que al no distinguir el artículo 1832 entre herederos legítimos o naturales, solo quedaría excluido de los legitimarios el cónyuge.

De allí surge la cuestión de saber si nuestro codificador, respecto a las donaciones, quiso excluir del goce de la acción de reducción al cónyuge, o solo fue una omisión involuntaria. La doctrina uniforme sostiene esta última tesis, en vista de que no se podría concebir que en el artículo 3595 se le otorgue una porción legítima, y luego en el caso de que la vulneren las donaciones inoficiosas, se la deje sin protección, pues de ese modo habría un derecho sin acción, lo cual sería inadmisibile ⁽¹⁸⁹⁾.

Esa omisión se debió a las diversas fuentes tomadas por el codificador, y que a la época de la redacción del Código, muchas de ellas no consideraban al cónyuge como legitimario.

C) *Para las donaciones, corresponde a los legitimarios que existían al tiempo de la liberalidad*: Las personas que gozan de la acción de reducción, difieren según sea la liberalidad inoficiosa, un legado o una donación.

Tienen derecho a la acción, para los legados, los legitimarios que existieren al momento de abrirse la sucesión, y no al de efectuarse el testamento, porque la liberalidad se cumple con el fallecimiento del causante.

En cambio para las donaciones, el artículo 1832 establece que sólo corresponde a los herederos que ya existían al tiempo de la donación, más exactamente, al día en que se formalizaron ⁽¹⁹⁰⁾.

La solución es indudablemente justa, ya que una persona soltera que no tiene legitimarios y posee una fortuna, no puede ser obstaculizada por la ley, si desea realizar donaciones, puesto que a nadie afecta con las mismas; además hay que tener en cuenta que lo más probable es que el beneficiario haya dispuesto del bien donado, y sería injusto que el posterior surgimiento de un legitimario hiciera reintegrar el mismo. La solución adoptada, está confirmada por el artículo 1868 al disponer que: "Las donaciones no pueden ser revocadas por supernacencia de hijos al donante después de la donación, si expresamente no estuviere estipulada esta condición" ⁽¹⁹¹⁾.

A pesar de ello debemos distinguir entre los diversos legitimarios, para adoptar en cada caso la decisión más justa:

a) *Descendientes legítimos*: Sólo podrán atacar las donaciones realizadas con posterioridad a su nacimiento.

b) *Ascendientes legítimos*: Siempre tendrán derecho a atacar las donaciones que afecten su legítima.

c) *Descendientes naturales, ahora extra-matrimoniales*: Se plantea el problema en el supuesto de que hayan nacido con anterioridad a la donación, pero que fueren reconocidos con posterioridad. La doctrina no es uniforme, mientras algunos autores sostienen que ya existían al momento de la donación, y que el reconocimiento sea voluntario o judicial, es sólo declarativo de estado ⁽¹⁹²⁾; otros consideran que no tienen ese derecho ⁽¹⁹³⁾. Nosotros nos manifestamos por

⁽¹⁸⁹⁾ Cam. Civ. 14, 13-8-1943, en L. L., t. 31-836.

⁽¹⁹⁰⁾ La existencia del legitimario al tiempo en que se hizo la donación es indispensable acreditarla para ejercer la acción, sino no podría utilizarla y alegar la inoficiosa. Así lo decide reiteradamente la jurisprudencia (Cám. Civ. de la Cap., 25-6-1909 y 11-6-1912, en Juris, de los Trib. Nac., mayo-julio 1910-736, y junio 1912-190, respectivamente).

⁽¹⁹¹⁾ Ver en esta Enciclopedia Jurídica la voz "Revocación de las donaciones".

⁽¹⁹²⁾ Fornieles, *op. cit.*, t. II, n° 108; Borda, *op. cit.*, t. H, n° 974.

⁽¹⁹³⁾ Llerena, *op. cit.*, t. VI, art. 1832, comentario.

la primera, porque nuestro Código utiliza el término "existía", y además el espíritu de la ley así lo exige.

d) *Ascendientes naturales*: La misma situación que para los descendientes naturales, actualmente extramatrimoniales, se plantea cuando se demuestra la relación de parentesco con posterioridad a la donación efectuada por el hijo difunto. Pero en este caso debemos distinguir según la declaración la haya solicitado el hijo o el padre. En este último supuesto nos manifestamos a favor de la tesis que considera que el padre natural no tiene la acción de reducción, y lo cimentamos en principios morales, ya que no se puede considerar justo que un padre que se negó a reconocer a su hijo, recién lo haga cuando advierte que puede tener un provecho del mismo. Mas dejamos la salvedad de que haya comenzado a tramitar la declaración de paternidad con anterioridad, o que haya existido posesión de estado. En cambio si la pide el hijo y así se declara, sí tendrá el derecho. Destacamos que el término ascendientes naturales, sólo comprende a los padres naturales, y no a los abuelos o ascendientes más lejanos, por aplicación del artículo 3597 (ver *supra* n° 27).

e) *Cónyuge*: Como vimos en el parágrafo anterior, la doctrina uniforme coincide en que también goza de la acción. No hay duda con respecto a las donaciones realizadas con posterioridad al matrimonio; en cambio sí para las efectuadas con anterioridad, mas no se puede aceptar que tenga la acción de reducción, pues el matrimonio es un acto constitutivo de estado y no declarativo. Su título de legitimario nace sólo en el momento del matrimonio.

f) En el supuesto de que la legislación amplíe el círculo de legitimarios a otros parientes, hecho que ocurrió con la sanción de la ley 14.367 al asimilar la situación de los hijos adulterinos e incestuosos a la de los naturales, el título de legitimario de los mismos, recién surgirá en el momento de la sanción de la ley, porque ella es constitutiva de estado, de ese modo las donaciones que haya efectuado el causante con anterioridad a ella, no podrán ser atacadas por los nuevos legitimarios.

D) *Acreeedores del legitimario*: Siendo la acción de reducción de naturaleza pecuniaria, tienen derecho a utilizarla los acreedores de los legitimarios de acuerdo al artículo 1196, que los autoriza a ejercer todos los derechos y acciones de sus deudores, salvo los que son inherentes a sus personas. Y se le da esta acción subrogatoria para que en caso de inercia del legitimario, ellos puedan defender sus créditos. Pero siempre lo deben hacer a nombre del legitimario deudor, como sus representantes, y si fuese el legitimario el que utilizara el derecho.

E) *Acreeedores del causante*: No tienen derecho a la acción de reducción los acreedores del causante, y para demostrarlo distinguiremos según sea la liberalidad una donación o un legado.

a) *Donaciones*: No ocurre lo mismo que con respecto a los acreedores del legitimario, pues no pueden cobrarse de las donaciones hechas por el difunto, ya que han salido de su patrimonio en forma válida, dejando de ser garantía para sus créditos. Se aplican las mismas razones por las que no se les da la acción de colación. Además, por el hecho de que las donaciones son irrevocables para el donante, salvo las tres excepciones que establece la ley (artículos 1848 y ss) ⁽¹⁹⁴⁾.

Si bien los acreedores 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, pero volvemos a repetir que nunca tendrán la acción de reducción, diferente de las anteriores, puesto que nunca los acreedores del causante podrán tener más derechos que su deudor.

Pero distinguiremos según que la sucesión haya sido aceptada con beneficio de inventario, o pura y simplemente. En el primer caso no existe problema, pues al estar separados los dos patrimonios, los actos realizados por el donante, resultan inatacables para los acreedores. En cambio si ha sido aceptada pura y simplemente, existirá la confusión de patrimonios, surgiendo de allí dos teorías en nuestra doctrina. Una primera sostiene que los acreedores del causante podrán caer sobre los bienes que tenía el causante, pero no como acreedores de éste, sino del heredero, en virtud del principio de que éste responde con sus propios bienes por las deudas del causante ⁽¹⁹⁵⁾. En cambio otros autores ⁽¹⁹⁶⁾ con los cuales coincidimos, consideran que tampoco en el caso de aceptación pura y simple pueden los acreedores gozar de la acción de

⁽¹⁹⁴⁾ Ver en esta Enciclopedia Jurídica la voz "Revocación de las donaciones".

⁽¹⁹⁵⁾ Fornieles, *op. cit.*, t. II, n° 106; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 977; Planiol-Ripert-Trasbot, *op. cit.*, t. V, n° 101.

⁽¹⁹⁶⁾ Laje, *op. cit.*, n° 120 y sigs.

reducción por la vía subrogatoria, ya que los derechos y acciones que no eran del causante y que éste nunca tuvo (por ejemplo, la acción de reducción) porque nacen con posterioridad a su muerte, benefician exclusivamente a los sucesores; la posición del heredero es exactamente igual a la que tenía el causante, no pudiéndosela extender por vía de interpretación a otras situaciones. ¿Qué interés podrán tener los herederos en ejercer la acción de reducción, si lo que se obtenga pasará a manos de los acreedores del causante?

b) Legados: Como los legados se pagan una vez satisfechas las deudas, ningún interés habría en impugnarlos. Así lo dispone el artículo 3797 en su primer párrafo: "Cuando la sucesión es insolvente, los legados no pueden pagarse hasta que estén pagadas las deudas". Configura la aplicación del principio *Nemo liberalis nisi liberatus*, extraño al dispositivo de la acción de reducción, pues se aplica existan o no legitimarios.

F) *No pueden ejercerla otros donatarios y legatarios*: El artículo 921 del Código francés establece expresamente que ni los donatarios ni los legatarios tienen derecho a la acción de reducción, y su razón reside en que siendo éstos los destinatarios de la misma, difícil sería concebir que ellos pudieran ejercerla, y así aunque tuvieren interés en que se redujera alguna liberalidad hecha a otro beneficiario, no podrían hacerlo.

El único derecho que le ha sido reconocido por la doctrina es el de vigilar las condiciones en que se efectúan las operaciones previas a la reducción, y la reducción misma solicitada por los legitimarios, para de ese modo preservar sus derechos.

A pesar de que nuestro Código no contiene una disposición similar, las mismas razones que rigen en el Derecho francés, deben aplicarse al nuestro, que en lo referente a la acción de reducción ha seguido a la legislación francesa.

G) *No puede ejercerla el donante*: Es completamente lógico que el donante no pueda ejercer la acción de reducción. En primer lugar, porque no se puede saber si la legítima está afectada, hasta el momento del fallecimiento. En segundo término, porque las donaciones son irrevocables, salvo las excepciones establecidas por la ley (artículos 1848 y ss.), y si se permitiera al donante utilizar esta acción para revocar las donaciones, caería el principio de la irrevocabilidad de las donaciones. Y en tercer lugar, porque esta acción la ley sólo la concede a los legitimarios.

H) *Contra quién se da la acción*: En principio sólo contra los terceros, donatarios o legatarios, y no contra los legitimarios, pues contra éstos sólo corresponde exigir la colación (arts. 3476 y ss.). Pero si la donación efectuada a un legitimario, excediera el monto de su legítima personal, entonces procedería la acción de reducción.

46. *Renuncia*. El legitimario bien pudo haber renunciado a la herencia o a la acción de reducción. Estudiaremos de inmediato, ambas situaciones por separado.

A) *A la herencia*: Problema interesante, es el saber, si para gozar de la acción de reducción, es necesario aceptar la herencia, ya sea con beneficio de inventario o pura y simplemente; o si también tiene ese derecho el renunciante a la herencia. La solución del mismo depende del concepto que se tenga sobre la naturaleza de la legítima. Así para los sostenedores del sistema de la *pars hereditatis*, el renunciante no tendrá esa acción; en cambio para los propugnadores de la teoría de la *pars bonorum*, con los que coincidimos, sí la tendrá, pues el carácter de heredero es independiente del de legitimario. Nos remitimos para su explicación, al estudio de la naturaleza de la legítima (ver *supra* n° 15).

B) *A la acción de reducción*: Otra cuestión interesante es el caso, aunque resulte difícil concebirlo, en que se acepte la herencia y se renuncie a la vez a la acción de reducción. Si ello sucede, no hay ningún inconveniente en así admitirlo (art. 19 último párrafo del Código civil).

Esta renuncia puede ser expresa o tácita, pero sea una u otra, ella debe ser posterior al momento del fallecimiento del causante, pues de realizarse con anterioridad, implicaría un pacto sobre legítima futura, lo cual se encuentra prohibido en nuestra ley (ver *supra* n° 17).

Sin embargo nuestro codificador estableció una excepción, permitiendo la renuncia con anterioridad al fallecimiento del causante en el artículo 3604, respecto a los contratos celebrados con los legitimarios con cargo de renta vitalicia o reserva de usufructo (ver *supra* n° 38).

Si bien la renuncia expresa no crea ningún problema, no sucede lo mismo con la renuncia tácita, en la cual hay que tener en cuenta que en principio no puede presumírsela, y que para tenerla por hecha, ella debe resultar de un acto inequívoco e indudable que la presuponga y que no ofrezca la menor duda sobre ella. Así se ha resuelto que el simple pedido de aprobación del

testamento que establece legados excesivos, no implica renuncia; ello es así porque ese solo pedido no se refiere al cumplimiento de los legados, sino a las formas del testamento, trámite indispensable para iniciar la sucesión.

Tampoco se entiende como renuncia, las expresiones generales que expide el legitimario, manifestando su acuerdo con las disposiciones testamentarias establecidas por el causante.

Para el supuesto de que el legitimario entregue un legado que afecte su legítima, en el Derecho francés se han vertido sobre su significado, diversas teorías para saber si existe renuncia. En tanto que unos ⁽¹⁹⁷⁾ consideran que ella no la implica, conservando el legitimario la acción de reducción; algunos ⁽¹⁹⁸⁾ dicen que hay que considerar las circunstancias de hecho de cada caso para resolver, y que en principio la entrega del legado no implica renuncia a la acción de reducción, salvo que se demuestre que el legitimario tenía conocimiento de cuáles eran los bienes y las deudas, dejados por el causante, y cuáles las donaciones hechas en vida; y por último, otros ⁽¹⁹⁹⁾ entienden que el hecho de entregar un legado implica voluntad de renuncia, respecto a esa manda, a menos que el legitimario pruebe su ignorancia.

Como vemos el segundo criterio hace re-caer la carga de la prueba en el legatario, mientras que el tercero en el legitimario. Nuestra opinión se inclina en principio por el segundo parecer, fundándolo en razones prácticas –las dificultades que hay en muchas sucesiones para establecer el haber líquido– y por ser de interpretación restrictiva. Aunque admitimos que la tercer opinión es más razonable, ya que no afectaría al legatario y a los posibles terceros que hayan adquirido el bien del beneficiario, pues tratándose de un bien adquirido gratuitamente lo más probable es que se lo haya dispuesto.

Por ello volvemos a repetir, que sólo en principio nos inclinamos por el segundo criterio, porque consideramos que no siempre hay oposición entre la segunda y tercera teoría, y la adopción de cualesquiera de ellas estará sujeta a las condiciones de hecho.

Pero destacamos que sea cualquiera de los tres criterios el que se tome en cuenta, todos ellos coinciden en que esa renuncia sólo se aplicará al legado que se ha entregado y no a los otros.

47. Objeto de la acción de reducción.

A) *Actos que caen bajo la acción de reducción*: Previo al estudio del orden en que se efectúa la reducción, debemos decir que los actos afectados por la acción de reducción son las donaciones y los legados, o sea las liberalidades entre vivos o por causa de muerte. Además comprende esta acción a los gravámenes o condiciones que afecten a la legítima.

Las donaciones que se reducen son las mismas que entran en la formación de la masa legitimaria (ver *supra* n° 36). Así se reducen todas las que se colacionan, y a la inversa no están afectadas por la acción de reducción las liberalidades que no son colacionables. Por otra parte, sólo caen las gratuitas; respecto a las remuneraciones o con cargo, sólo en la parte gratuita (artículo 1832, inciso 2°) ⁽²⁰⁰⁾.

B) *Orden en que se hace la reducción*: Si una vez fijado el "valor líquido" de la sucesión, se tiene que los legados y donaciones realizados por el causante han afectado la legítima, se deberá proceder a reducirlos; y el artículo 3602 en su segunda parte establece que primero lo serán los legados, y sólo en caso de que dejados éstos sin efecto, todavía se encuentre afectada la legítima, se procederá a reducir las donaciones hechas en vida.

De este modo se tiene presente el hecho de que los legados recién se adquieren después del momento del fallecimiento del causante, en tanto que las donaciones son anteriores al tiempo de la muerte. Y que lo lógico está en defender primero los derechos adquiridos, y recién luego los derechos en expectativa. Así también se favorece la seguridad de las transacciones y los derechos eventuales de terceros adquirentes de buena fe de la cosa donada.

Además juega el principio de la irrevocabilidad de las donaciones, puesto que no puede admitirse que el causante haya querido que resultaren afectadas por dejar legados, las donaciones hechas con anterioridad. Si no se estaría permitiendo indirectamente la revocación de las donaciones, porque las disposiciones testamentarias son en todos los casos liberalidades

⁽¹⁹⁷⁾ Demolombe, *op. cit.*, t. XIX, n° 130.

⁽¹⁹⁸⁾ Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, n° 685, quater; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 980.

⁽¹⁹⁹⁾ Laurent, *op. cit.*, t. XII, n° 165; Fornieles, *op. cit.*, t. II, n° 110.

⁽²⁰⁰⁾ Al disponer nuestro Código que sólo son reducibles las donaciones y los legados, muchos actos gratuitos quedan exentos de la acción de reducción. Y así no se aplica a la renta vitalicia constituida a favor de un tercero (arts. 2070 y 2072).

de fecha más reciente, aunque su constancia documental pueda ser anterior a la de las donaciones.

De ello surge como corolario el principio: "Primero se reducen los legados; después las donaciones".

Forma también otro principio el hecho de que al efectuar el causante las primeras donaciones, ellas cabían dentro de la porción disponible; y si luego realizó otras, fueron éstas las que afectaron la legítima, porque ya se encontraba agotada la porción disponible.

En consecuencia, lo más lógico es empezar por reducir la última, luego la penúltima y así sucesivamente, hasta dejar intacta la legítima, en vista de que éstas fueron las que sobrepasaron la porción disponible, y no las primeras, que fueron realizadas sin menoscabar la legítima.

Si todas se redujeran proporcionalmente, se tendría el medio de afectar el principio de la irrevocabilidad de las donaciones.

De aquí extraemos el segundo principio: "Si para no afectar la legítima hay necesidad de reducir las donaciones, ésta se realizará comenzando por la última, luego la que sigue y así sucesivamente".

Con estas reglas estamos ya en condiciones de estudiar en especial el orden en que se reduce cada una de las liberalidades.

C) *Legados*: Si la porción disponible no alcanzase para cumplir con todos los legados, es necesario reducir las disposiciones testamentarias. Ahora bien, para proceder a esa reducción, la legislación comparada ha establecido que se hará a prorrata entre todos los legados, lo cual es justo, pues todos ellos son de la misma fecha – momento del fallecimiento del causante –. Pero nuestro Código se ha apartado de esa solución a pesar de que en los artículos 3602 y 3797 pareciera aceptar ese mismo criterio al decir "reduciendo a prorrata" y "reducción proporcional", respectivamente; es el artículo 3795 el que establece un régimen especial de preferencia dentro de los legados, al disponer: "Si los bienes de la herencia o la porción de que puede disponer el testador no alcanzase 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; en seguida se pagarán los legados de cosa cierta; después los hechos en compensación de servicios, y el resto de los bienes o de la porción disponible, en su caso, se distribuirá a prorrata entre los legatarios de cantidad".

Así tenemos que se comienza por reducir los legados de cantidad –sumas de dinero– a prorrata; luego los de compensación de servicio, y por último los de cosa cierta. Análogamente se puede extender la prorrata a estas dos últimas clases de legados.

Volvemos a repetir que no coincidimos con la solución del Código, por implicar una doble injusticia. Primero, porque deberían reducirse todos los legados a prorrata, como lo establece la generalidad de la legislación comparada. Y en segundo lugar, porque de establecerse un orden, lo más lógico es fijar que en primer término se paguen los remuneratorios, y estableciendo a la vez un rango preferencial para los de alimentos. Machado ⁽²⁰¹⁾ apoya el trato preferencial que el Código da a los de cosa cierta, basándose en que transmite la propiedad; nosotros no coincidimos con dicha opinión por las razones expuestas.

Mas este orden no es imperativo, sino supletorio de la voluntad del causante, y por ello puede éste disponer que se haga en otro orden, cualquiera sea la naturaleza del legado. Si tiene el derecho de hacer legados, con más razón tendrá el derecho de disponer en qué forma se pagaran. Si tiene el más, debe tener el menos.

D) *Donaciones*: Si una vez reducidos todos los legados quedara todavía afectada la legítima, tendrán que reducir las donaciones.

Como ya lo establecimos, a ellas se les aplica la reducción sucesiva, debiendo realizarse en orden inverso a sus fechas, y así lo sostiene nuestra doctrina casi uniforme ⁽²⁰²⁾, amén de la legislación comparada.

Solo podrían reducirse a prorrata las donaciones que se realizaran simultáneamente, salvo que el donante estableciere un rango de preferencia entre ellas.

⁽²⁰¹⁾ Machado, *op. cit.*, t. X, pág. 237.

⁽²⁰²⁾ Llerena, *op. cit.*, t. VI, art. 1831; Machado, *op. cit.*, t. V, pág. 92; Lafaille, *op. cit.*, t. II, n° 223; Prayones, *op. cit.*, pág. 244; Arias, *op. cit.*, pág. 119; De Gásperi, *op. cit.*, t. III, n° 515; Fornieles, *op. cit.*, t. II, n° 116; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 984. En contra: considerando que deben reducirse a prorrata: Segovia, *op. cit.*, t. I, pág. 495.

El fundamento reside en que la primera no afecta la legítima, siendo y así también deben ser inatacables las donaciones posteriores que vaya realizando, en tanto no vulneren la legítima. Cuando superen la porción disponible, entonces si estará menoscabada, y siendo estas últimas las que la han infringido, ellas estarán sujetas a la reducción.

Y en este caso no podrá el causante modificar el orden, pues las donaciones son irrevocables, siendo este un principio de orden público que escapa a la voluntad del difunto. Excepto en el caso de que las donaciones sean simultáneas, en las cuales si podrá establecer la prioridad de una sobre otra.

E) *Prueba de la fecha*: Considerando la forma en que se reducen las donaciones, notamos la gran importancia, que podemos denominar capital, que tiene determinar la fecha en que se realizan las donaciones.

Si bien no existe problema en las donaciones que se realicen por instrumento público, ya que tienen efecto *erga omnes*, no sucede lo mismo cuando no se hicieren en esa forma, como ocurre con las donaciones manuales (bienes muebles, títulos al portador), las donaciones encubiertas y las que se incluyen en un acto a título oneroso. En estos casos, de haber instrumento privado, el mismo no hará fe respecto de los otros donatarios mientras no hayan adquirido fecha cierta.

Es necesario distinguir según que trate de probarla el legitimario o cualquier otro donatario, o que el donatario sea el que trate de desvirtuar la acción de reducción.

En el primer caso la prueba será libre, sobre todo teniendo en cuenta que al evitarse la fecha cierta, la liberalidad puede ser de carácter fraudulento.

En cambio, en el segundo caso debemos aplicar el artículo 1035, que establece los supuestos especiales en que se considera que existe fecha cierta. Esta restricción en la prueba se debe a la presunción de fraude, y en todo caso a su propia culpa, pues bien pudo tomar la precaución en el momento de la liberalidad de otorgarle fecha cierta conforme a dicho artículo.

F) *Insolvencia de uno de los donatarios*: Si al realizar la reducción de la última donación nos encontramos con que el bien ha salido del patrimonio del donatario, y que este es insolvente, se plantea el problema de saber qué camino tomar.

Ante todo debemos distinguir según que el bien donado sea o no inmueble.

Si lo es no habrá dificultad, en vista de que los legitimarios podrán perseguir el bien en manos del tercer adquirente (ver *infra* n° 48). Pero si lo donado son sumas de dinero o cualquier cosa fungible o consumible, entonces si tendremos el problema a que aludimos, pues el Código no ha dado la respuesta.

La doctrina ha propuesto diversas soluciones para saber sobre quién recae el perjuicio, si sobre los legitimarios o sobre los donatarios anteriores:

a) El sacrificio debe recaer sobre el legitimario, y no pueden ser afectados los anteriores donatarios. Su fundamento reside en que la ley determina la porción disponible de modo directo y la legítima por preterición. La sostuvieron los antiguos fallos de las Cortes francesas. Actualmente esta, descartada por ser la más injusta, a pesar de que sería la más conforme al sistema legal ⁽²⁰³⁾.

b) El sacrificio debe recaer sobre los anteriores donatarios, sin tener en cuenta la donación posterior; así el legitimario conserva pleno su derecho a accionar la reducción. Esta solución es la que predomina en el Derecho trances, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina ⁽²⁰⁴⁾.

c) Un tercer criterio, transaccional, piensa que deben sacrificarse tanto los legitimarios como los donatarios anteriores; así considera que no debe contarse en la masa formada para calcular la legítima la donación realizada al insolvente. De ese modo el legitimario tendrá derecho a reducir las anteriores donaciones, pero lo será en proporción menor al no calcularse la última donación, y ser en consecuencia la legítima menor ^(205 y 206).

⁽²⁰³⁾ De acuerdo: Laurent, *op. cit.*, t. XII, n° 191.

⁽²⁰⁴⁾ Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, pág. 685; Colin y Capitant, *op. cit.*, t. III, pág. 742; Josserand, *op. cit.*, t. III, n° 1734; Planiol-Ripert-Trasbot, *op. cit.*, t. V, n° 116. En nuestra doctrina la sustenta Borda, *op. cit.*, t. II, n° 987; Reborá, *op. cit.*, t. II, n° 389.

⁽²⁰⁵⁾ Sustentan este criterio: Pothier, Demolombe, *op. cit.*, t. XIX, n° 606; Huc, *op. cit.*, t. VI, n° 179; Baudry-Lacantinerie y Colin, *op. cit.*, t. I, n° 1008. En doctrina lo sostiene: Fornieles, *op. cit.*, t. II, n° 117.

⁽²⁰⁶⁾ Con un ejemplo aclararemos esta teoría: El causante fallece dejando \$ 600.000, en vida hizo dos donaciones, una primera de \$ 230.000 y otra de \$ 170.000. Es decir que la masa la integra \$ 1.000.000. Si el último donatario es insolvente, la masa será de \$ 830.000, la porción legitimada de los descendientes legítimos de \$ 664.000 y la porción disponible de

Según nuestra opinión, debe adoptarse el segundo criterio, por ser el más práctico y a la vez el que 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, hecho que escapa completamente a la voluntad de los legitimarios.

Tampoco nos inclinamos por la tercera opinión, a pesar de aparentar ser la más equitativa, por los inconvenientes prácticos que acarrea, que si ya los hay cuando resulta insolvente el último donatario, mayores lo son – y nosotros no encontramos solución – cuando el insolvente es, por ejemplo, el penúltimo donatario o alguno anterior ⁽²⁰⁷⁾. Parecería que ningún sostenedor de este criterio, que impugnamos, ha previsto esta situación.

48. *Efectos de la acción de reducción. Naturaleza de la acción:* Previo el estudio de los efectos que causa la acción de reducción, es necesario dilucidar su naturaleza.

El problema que surge cuando los actos gratuitos del causante exceden la porción disponible, en principio está circunscripto a las donaciones, pues los legados sólo se entregarán una vez que se comprueba que no son inoficiosos.

Como en las donaciones la prueba de inoficiosidad será posterior al fallecimiento, se debe distinguir según que el donatario conserve en su dominio o haya transferido la cosa donada.

En este último supuesto es donde verdaderamente emerge la cuestión a que aludimos, ya que, según la naturaleza o el alcance que se le otorga a la acción de reducción, se podrá o no alcanzar con sus efectos a los terceros adquirentes. En el primer caso será una acción real; en el segundo, personal.

En la doctrina francesa ambas teorías han encontrado apoyo. Los sostenedores de la acción real ⁽²⁰⁸⁾ consideran que la donación inoficiosa es nula, ya que se ha dispuesto sobre lo que no se podía, pues la legítima es un derecho que nace de la ley y no de la voluntad del causante; y no admiten la posibilidad de que la revocación de la donación se produzca por una condición resolutoria, porque de ser así dicen que las partes podrían por otra cláusula dejarla de lado.

Los partidarios de la acción personal ⁽²⁰⁹⁾ alegan que al efectuar el donante un acto que excede sus facultades, el mismo se encuentra sujeto a resolución una vez comprobada su inoficiosidad, debiendo el donatario restituir esa cosa donada para que no quede afectada la legítima. Si hubiese sido enajenado ese bien, se tendría una acción real para ir contra los terceros adquirentes, pero ella sería subsidiaria del verdadero carácter de la de reducción, que continúa siendo personal.

En nuestro Derecho también se ha planteado el problema, y debido al tratamiento sucinto que hace el Código sobre la acción de reducción en los artículos 1830-2, 3601-2 y en lo referente a la naturaleza también en el artículo 3955 y la nota al 4023, las dos teorías han encontrado sus defensores. Sobre la base de estos últimos se han debido fundar ambas. El artículo 3955 dispone: "La acción de reivindicación que compete al heredero legítimo contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante". Y la nota al artículo 4023, que trata sobre la prescripción de la acción personal, comprende entre uno de sus casos "el derecho para pedir la legítima que corresponde por la ley" y también que lo son "en general todas las que no sean acciones reales".

\$166.000. Debiendo reducirse la donación de \$ 230.000 por afectar la legítima, el donatario deberá restituir \$ 64.000. Si en cambio se tomara el segundo criterio expuesto en el texto, la porción disponible sería de \$ 200.000, por lo que el donatario sólo debería restituir \$ 30.000.

⁽²⁰⁷⁾ Explicaremos nuestra impugnación con un ejemplo: El causante fallece dejando \$ 600.000, 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 legítimo es de \$ 800.000 y la porción disponible de \$ 200.000, la cual fue excedida. Se procede a reducir la última donación sin problema, luego la penúltima, pero en este caso el donatario resulta 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 cual a todas luces es injusto. Y cada vez será mayor el problema, si debiera reducirse varias donaciones, y alguno de los donatarios intermedios fuere insolvente.

⁽²⁰⁸⁾ Laurent, *op. cit.*, t. XII, n° 167.

⁽²⁰⁹⁾ Demolombe, *op. cit.*, t. XIX, n° 191; Baudry-Lacantinerie y Colín, *op. cit.*, t. I, n° 1047; Planiol, *Traite élémentaire de droit civil*, París, 1920, t. III, n° 311- Planiol-Ripert-Trasbot, *op. cit.*, t. V, n° 128, 4.

La aparente contradicción entre estos dos textos ha inclinado a ciertos autores a adoptar una posición inclinada a favor de la acción personal en forma exclusiva ⁽²¹⁰⁾, considerando que el artículo 3955 debe tenerse por no escrito al contrariar ese principio, y perjudicar la estabilidad de las transacciones.

Disentimos con esa opinión, porque no se puede dejar de lado un texto expreso de la ley; lo que se debe tratar es conciliarlo con el cuerpo general de la ley. Además no se contrarían los principios de la transmisión, pues del conjunto del Código emerge el artículo 3955. Así, cuando el donante ha excedido el monto de su porción disponible, se tendrá configurado el motivo para proceder a su reducción. Sobre la conveniencia de crear un derecho aparente a favor del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, pensamos que puede ser útil en determinados casos, pero ello no justifica que se cree una regla general ⁽²¹¹⁾. Asimismo se afectaría el derecho de propiedad, ya que si a éste no se lo garantiza, ¿qué sentido tendría el de hacerlo a los contratos que lo transmiten?

Por ello es que coincidimos con los autores que siguiendo la doctrina predominante en el Derecho francés sostienen que en nuestra legislación la acción de reducción es una acción personal de la cual puede provenir una acción real. Decimos que personal en vista de que su objeto es declarar la resolución de la donación, sea total o parcial, según el grado en que sea inoficiosa. Y también consideramos que puede ser real, ya que en los casos de transmisión a terceros adquirentes, el legitimario tiene una acción reivindicatoria que le sirve de medio para llegar a su fin, que es la resolución ⁽²¹²⁾.

Esta conclusión la extraemos de los textos citados. Así la nota al artículo 4023 nos establece claramente el carácter personal de la acción, la que no se encuentra con-trastada en forma general por ninguna otra disposición. En cambio surge el carácter de acción real cuando en el artículo 3955 se otorga al legitimario una acción de reivindicación contra el tercer adquirente de bienes comprendido en una donación inoficiosa. La fuente de este artículo, Aubry et Rau, confirma esta posición, pues coloca a la acción de reducción entre las acciones que siendo personales deciden virtualmente de la existencia de un derecho real.

Otra construcción que lleva a confirmar el carácter personal de la acción surge de los términos del artículo 3955: "no es prescriptible sino desde la muerte del donante"; con ellos se establece el comienzo de la prescripción. Si la acción fuera real, no habría prescripción, porque sería perpetua como el dominio que ampara ⁽²¹³⁾.

Así concluimos que la acción de reducción es una acción personal de la cual puede nacer una acción real.

Otro problema que trae aparejado el estudio de la naturaleza de la acción de reducción es el de saber si la restitución debe hacerse en especie, es decir, el mismo bien donado, o si puede devolverse su valor, reteniendo la cosa donada.

El primer sistema es el que encuentra su apoyo en la mayor parte de la legislación comparada; y en nuestro Código encuentra su sustento en el artículo 3955, que admite que la acción se dirija aun contra terceros adquirentes.

Los defensores de la teoría que admiten la restitución del valor la enfocan como un título de crédito contra el donatario que ha recibido más de lo que podía corresponderle, y que éste puede quedarse con la cosa donada, devolviendo el valor de lo que ha excedido la porción disponible afectando la legítima. Aplican extensivamente los principios que rigen la colación entre los coherederos. Esto permite que el bien in-mueble quede irrevocablemente adquirido para el donatario ⁽²¹⁴⁾.

Un fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital de 1912 consagró la primera tesis por una mayoría de cinco votos contra cuatro. La minoría sostuvo el carácter creditorio de la acción de reducción aplicando extensivamente los principios de la colación. La mayoría tuvo en cuenta su carácter real ⁽²¹⁵⁾.

⁽²¹⁰⁾ Prayones, *op. cit.*, pág. 242.

⁽²¹¹⁾ De acuerdo: Laje, *op. cit.*, n° 168.

⁽²¹²⁾ Lafaille, *op. cit.*, t. II, n° 248; Laje, *op. cit.*, n° 150; Fornieles, *op. cit.*, t. II, n° 119; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 1001.

⁽²¹³⁾ Conforme: Borda, *op. cit.*, t. II, n° 1001.

⁽²¹⁴⁾ La sustenta el Derecho alemán.

⁽²¹⁵⁾ En J. A., t. 5-1. Fallo similar en L. L., t. 77-382.

Destacamos que Goyena, a quien siguió Vélez en la redacción del artículo 3477, estableció la restitución de los valores sólo en la colación, y no aplicó ese criterio para la reducción.

Por nuestra parte, si bien coincidimos con la solución de nuestro Código al inclinarse por el primer sistema, no por ello dejamos de destacar que en determinados supuestos esa posición nos lleva a una solución injusta, por lo cual consideramos que para determinados casos la ley debe contemplar una situación especial en la que se permita la restitución del valor en lugar de la especie.

Concluyendo, y volviendo al primer párrafo de este número, extraemos de la naturaleza de la acción los efectos que produce; y para su estudio distinguiremos las siguientes situaciones:

I. Donaciones a extraños	a) el bien donado no salió del poder del donatario. b) el bien donado salió del poder del donatario por enajenación posterior	
II. Donaciones a herederos	a) sin dispensa	1) el valor no excede la legítima personal del donatario-legitimario. 2) el valor excede la legítima personal del donatario-legitimario.
	b) con dispensa de colación.	
III. Legados		

El estudio en especial de cada una de estas posibilidades será el objeto de los próximos párrafos.

I a). *Donaciones a extraños que conservan el bien en su poder.* Una vez verificada la inoficiosidad de la donación, los legitimarios tendrán derecho a interponer la acción de reducción. Ahora bien, como el Código no establece en qué forma deberá hacerse la restitución, en la doctrina se han manifestado las dos teorías clásicas: una dice que ella debe hacerse in natura, o, en otros términos, en especie ⁽²¹⁶⁾; en cambio, la otra sostiene que el donatario puede detener la acción de reducción pagando al legitimario la suma necesaria para completar la legítima ⁽²¹⁷⁾.

Diversos son los argumentos sobre los cuales se basan los autores que defienden esta última tesis para fundarla, básicamente prácticos, pues aun ellos reconocen que la acción de reducción tiende a la restitución del bien donado.

Entre ellos tenemos:

a) El de la falta de interés del legitimario, cuando el donatario le entrega un valor equivalente que cubre su cuota legitimaria, que es el verdadero interés que le impulsó a ejercer la acción de reducción. Se ve confirmada esta aserción por el juego de los artículos 3536 y 3537, que autorizan la rescisión y reducción en el supuesto de la partición por donación o testamento, que no salva la legítima; y la nota al artículo 3514, que admite la validez de esa partición sin importar la forma de distribución, en tanto no se afecte la legítima; y esa distribución puede consistir en la entrega de bienes inmuebles a unos legitimarios, y en dinero a otros.

b) Se hace intervenir el principio de la irrevocabilidad de las donaciones. Se reconoce que están sujetas a la acción de reducción, pero al solo efecto de defender la legítima, derecho éste que recae sobre una cuota de la masa legitimaria, y no sobre un bien determinado.

c) El hecho de que el causante pudo haber enajenado el bien a título oneroso, para disponer de dinero, y ese acto sería inatacable. Entonces si la razón de que se considere nula la donación es que afecta la legítima, no hay ningún impedimento en que ese acto se transforme de gratuito en oneroso, pagando el adquirente el pre-cio de la misma, con lo cual se respetaría, aunque sea en parte, la voluntad del causante, sin vulnerar el derecho de los legitimarios. Mas esa facultad de transformar un acto gratuito en oneroso es un derecho otorgado al donatario, que a la vez demuestra que él no tiene el dominio irrevocable sobre el bien, y que el legitimario tiene más que un derecho creditorio, porque en caso de que el donatario no opte por esa facultad, deberá entregar la cosa donada. El precio consistirá en la suma que llegue a cubrir la legítima, que es el límite hasta donde el acto podía ser gratuito.

⁽²¹⁶⁾ Borda, *op. cit.*, t. II, n° 989.

⁽²¹⁷⁾ Lafaille, *op. cit.*, t. II, n° 247; Fornieles, *op. cit.*, t. II, n° 123; Lave, *op. cit.*, n° 173.

d) El juego de los artículos 3602 y 3604, que se refieren en sus respectivas normas en forma expresa al valor de los bienes, al tratar de la fijación de la legítima y de la imputación cuando median transferencias simuladas a los legitimarios.

e) También se arguye con la solución dada en materia de revocación de las donaciones por inejecución de los cargos en el artículo 1857, al establecer: "Los terceros que hubiesen adquirido los bienes donados pueden impedir los efectos de la revocación, ofreciendo ejecutar las obligaciones impuestas al donatario...". Como se aprecia, la situación es similar a la que estudiamos, y la solución legal de uno de los casos armoniza con la que se da al otro, a la cual el Código no se refirió expresamente.

f) Por último, se tienen en cuenta las ventajas prácticas que trae aparejada, al dar estabilidad a las adquisiciones y sus posteriores transmisiones, a la vez que se evitan la constitución de condominios, las diferentes apreciaciones sobre el valor de los bienes, y las discusiones sobre las mejoras, pérdidas, frutos, etcétera.

El criterio de que la restitución debe hacerse en todos los casos en especie lo sostiene Borda, fundándolo en que el legitimario tiene interés en reclamar la entrega de la cosa donada en especie, sobre todo en épocas de inflación, como lo es la que vivimos ⁽²¹⁸⁾; y critica la otra teoría por admitir la entrega del valor de la cosa donada al momento de haberse realizado el acto gratuito ⁽²¹⁹⁾.

Nosotros nos inclinamos por el primer sistema por las razones expuestas, y respondemos admitiendo la crítica formulada por Borda con respecto al momento en el cual debe tomarse en cuenta el valor, considerando que el mismo debe ser al momento del fallecimiento del causante, es decir, al abrirse la sucesión, y no cuando se hizo la donación. Criterio que también sustentamos al estudiar la valuación de las donaciones, al cual nos remitimos para su exposición más amplia (ver *supra* n° 37).

La enunciación de estos principios se aplica sin hacer distinciones acerca de la naturaleza del bien donado. Por lo tanto, el legitimario tendrá derecho a exigir la restitución en especie en caso de que el donatario no ofrezca su equivalente en dinero, sea respecto a los bienes inmuebles como a los muebles ⁽²²⁰⁾.

Como conclusión diremos que los sostenedores del sistema que permite al donatario detener la acción de reducción entregando el equivalente para completar la legítima, en dinero, a los cuales nos adherimos, no niegan el carácter personal de la acción, de la cual puede surgir otra real, y tampoco que debe reintegrarse en especie. Agregamos nosotros que ello se ve confirmado en el supuesto de que el donatario no opte por la entrega del equivalente en dinero, pues no se da entonces al legitimario un vago y amplio derecho de crédito, sino el preciso, efectivo y limitado derecho de reivindicación sobre el objeto donado.

De la solución dada surgen las siguientes posibilidades:

1) El donatario opta por entregar el valor equivalente en dinero del objeto donado.

Repetimos que, según nuestra opinión, ese valor se toma en cuenta al momento del fallecimiento del causante.

2) El donatario no opta por entregar el valor, por lo que corresponde la devolución *in natura* de la cosa donada.

Según cuál de esas situaciones ocurra, variarán los efectos respecto a los frutos, mejoras y pérdidas de la cosa donada, y constitución de derechos reales.

Si acontece la primera posibilidad, es decir, que el donatario opte por conservar la cosa donada, y entrega su equivalente en dinero, en su calidad de titular del dominio hará suyos

⁽²¹⁸⁾ Para aclarar su posición, Borda da un ejemplo: El causante donó en vida, hace 15 años, un campo que valía en esa época \$ 100.000. Al practicarse la determinación de la legítima, se tiene que esa donación excedió en \$ 50.000 la porción disponible. Según el criterio de Fornieles, el donatario cumpliría con entregar \$ 50.000, en cambio, según Borda, debe entregarse la mitad del campo, que valdrá hoy \$ 300.000 ó \$ 400.000, lo cual demuestra el interés del legitimario en que la división se realice en especie.

⁽²¹⁹⁾ Pero aun Borda debe admitir que en determinados casos debe efectuarse la restitución en dinero; Y ello cuando de los cálculos realizados surja que el donatario tenga que restituir un porcentaje ínfimo de lo o, lo que acarrearía graves inconvenientes al constituirse en condómino el legitimario, por ejemplo en el caso de que el donatario viva en la casa que le fue donada y deba entregar un vigésimo de la misma.

⁽²²⁰⁾ Borda a pesar de aceptar la teoría de la restitución en especie, considera que ella debería limitarse los casos que traten de cosas fungibles o consumibles, la restitución se hará por su equivalente en dinero y no en especie (*op. cit.*, t. II, n° 990).

todos los frutos y mejoras con que se benefició la cosa, haciéndose a su vez cargo de las pérdidas de la misma; y continuará vigente la constitución de derechos reales que hubiere hecho. Omitimos referirnos al supuesto de que haya transmitido el dominio, porque el mismo será objeto del próximo párrafo. Respecto al importe en dinero que se entregue, devengará intereses sólo desde el momento de la apertura de la sucesión.

De suceder la segunda posibilidad, o sea que se devuelva *in natura* la cosa donada, se planteará en mayor grado la cuestión de los efectos, que para un mejor estudio subdividiremos en: a) frutos; b) mejoras y pérdidas; c) constitución de derechos reales.

a) *Frutos*: Se deben distinguir dos períodos. Un primero comprende desde que se hace la donación hasta el momento en que nace el segundo período, que según algunos comienza al momento del fallecimiento del causante, y según otros al instaurarse la acción de reducción. Respecto al primero, la legislación y doctrina universal es uniforme, considerando al donatario como dueño de la cosa donada, y no en el carácter simple de poseedor. En caso de recurrir a esta calificación, tendríamos que lo sería como de buena fe (artículo 2356). Pero sostenemos que es dueño y no poseedor, pues puede hacer suyos no sólo los frutos percibidos (artículo 2423), sino también los devengados aunque no percibidos. Y ello es así porque no hay razón para que en el momento de realizar la donación se crea que vulnera la porción disponible, lo que sólo se sabrá en el momento del fallecimiento del causante; mientras tanto, la donación habrá transmitido el dominio, y el adquirente tendrá la calidad de dueño haciendo suyos los frutos.

El segundo período es el que plantea ciertas dificultades al sostenerse doctrinariamente dos posiciones sobre su comienzo. Según la primera, el dominio se revoca de pleno derecho a partir del momento del fallecimiento del causante ⁽²²¹⁾. En cambio, la otra considera que comienza con el entablamiento de la acción de reducción ⁽²²²⁾. Manifestamos nuestra conformidad con esta última por ser más justa y concordar con el artículo 2433. No puede dejarse el derecho del donatario en caso de que el legitimario ejerza la acción de reducción luego de varios años de la apertura de la sucesión, sujeto a la devolución de todos los frutos percibidos en esos años, porque ello acarrearía una evidente injusticia, amén de evitar la explotación de los bienes productores de frutos, ante la certeza de que deberá reintegrárselos en el momento que el legitimario decida actuar. Además podría suceder que el titular de la acción de reducción no la quisiera utilizar, pues su derecho es facultativo y no opera de pleno derecho; entonces, porque desaprovechar la producción de frutos ante la meramente probable amenaza que pesaría sobre el donatario.

Colegimos entonces que el donatario hará suyos los frutos producidos hasta el momento de la instauración de la acción de reducción, y no solo hasta el de la apertura de la sucesión. Y una vez interpuesta la acción, en caso de demostrarse la inoficiosidad, corresponderá la devolución al legitimario de los frutos percibidos por el donatario con posterioridad al día de la demanda.

Pero hay un caso en el cual se presenta el problema de saber si existe buena o mala fe; es el supuesto en que se oculta una transferencia gratuita bajo la apariencia de onerosa. En principio hay que inclinarse por la presunción de buena fe, porque al no saberse la cantidad de bienes que habrá, de dejar el causante en el momento de su fallecimiento, se ignora si esa transferencia oculta llegara a ser inoficiosa. Mas en el caso de que esa transmisión demuestre claramente el propósito deliberado que tuvieron las partes de perjudicar a los legitimarios, entonces se deberá considerar que existe mala fe, con la consiguiente obligación de restituir los frutos percibidos ⁽²²³⁾. Es decir, que la solución depende de las circunstancias de hecho.

b) *Mejoras y pérdidas*: Optándose por entregar *in natura* el bien donado, se tomará, en cuenta el estado en que se encontraba al realizarse la transmisión, y aplicando principios generales (artículos 2427 y ss.) tenemos que sobre todas las mejoras que hubiera realizado el donatario en el bien donado, sean necesarias, útiles o voluntarias, debe ser indemnizado por la valorización que ha otorgado a la cosa. Y tendrá facultad para retenerla en tanto no se le haya reembolsado; ello es así pues las mejoras realizadas las hizo en su calidad de dueño; en todo caso como poseedor de buena fe (artículo 2423). En cambio no podrá reclamar el pago de los gastos hechos para la simple conservación de la cosa, pues ellos se compensan con los frutos (artículo 2430).

⁽²²¹⁾ La sostuvo Goyena en su nota al artículo 971 del Proyecto del Código

⁽²²²⁾ Demolombe, *op. cit.*, t. XIX, n° 237; Fornieles, *op. cit.*, t. II, n° 127; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 992.

⁽²²³⁾ Conforme Borda, *op. cit.*, t. II, n° 993

Idéntica es la solución en el caso de que el bien donado acreciente su valor por hechos naturales y no derivados del hombre; por ejemplo: avulsión, aluvión, etc.; por ese aumento deberá el legitimario reembolsar al donatario, porque el mismo ocurrió durante el lapso en el cual era dueño.

Pero todas estas soluciones se aplican cuando ha existido buena fe, no así cuando haya mediado mala fe, situación en la cual el donatario solo tendrá derecho a ser reembolsado por las mejoras necesarias (artículo 2440) y de las útiles en la medida del mayor valor existente (artículo 2441). De las voluntarias solo tendrá el derecho de retirarlas siempre que no perjudiquen la cosa (artículo 2441).

Perdida: En el supuesto de que el bien hubiere sufrido depreciación, sea parcial o total, el donatario estará exento de responsabilidad debido a su condición de dueño de la cosa. Y así no responderá si la pérdida ocurriera por caso fortuito o fuerza mayor; pero si fuera imputable a él la causa de la depreciación, deberá reintegrar su valor en la medida que ha afectado la porción legitimaria ⁽²²⁴⁾.

En el caso de que el donatario haya recibido algún valor por la pérdida del bien, como ser una indemnización de una compañía de seguros, debe participar con ella para completar la legítima.

c) *Constitución de derechos reales*: El donatario, siendo dueño de la cosa donada, pudo haberla transferido, situación que estudiamos en el párrafo siguiente, o bien constituir derechos reales sobre la misma; por ejemplo: usufructo, uso y habitación, servidumbre activa, hipoteca, prenda o anticresis (artículos 2503 y ss. y 2614). Más una vez que se haya comprobado la inofiosidad de la donación, caerán todas esas desmembraciones del dominio que hubiere establecido el donatario, restituyéndoselo al legitimario en forma intacta.

A pesar de que no existe un texto expreso que dé esta solución, en ella coincide toda la doctrina, surgiendo por diversos motivos: 1) si es posible la reivindicación del dominio contra el donatario o los terceros adquirentes, con más razón lo será en los otros casos de constitución de derechos reales, pues si puede lo más, con más razón se puede lo menos; 2) por la aplicación de la regla Nemo... y sus consecuencias (artículos 3270, 3277 y 3273), ya que las excepciones a la misma son limitadas, y en nuestro caso no está fijada, por lo cual se aplica la regla general.

Si la restitución del bien fuere parcial, en la parte que continuare reteniendo el donatario seguirá vigente la constitución de los derechos reales que hubiere hecho.

I b). *Donaciones a extraños que transmiten el bien a terceros adquirentes*. Si el donatario, en virtud de su calidad de dueño, decide transmitir el dominio a un tercero, dicho acto será válido. Pero si luego del fallecimiento del causante se interpone la acción de reducción y se comprueba la inofiosidad de la donación, cabe preguntarnos: ¿puede el legitimario ir contra el tercer adquirente del bien donado?

Para su respuesta debemos distinguir según que los bienes sean muebles o inmuebles.

Si son muebles se aplican los principios generales sobre su transmisión, es decir, los artículos 2412, 3271 ⁽²²⁵⁾ y sus concordantes, que establecen que la posesión de buena fe de una cosa mueble vale título.

En cambio, para los inmuebles, como ya lo resolvimos al estudiar la naturaleza de la acción de reducción (ver párrafo primero de este número), la respuesta es afirmativa, porque de la acción personal que se dirige contra el donatario surge una acción real contra los sucesores de él, no interesando si la transmisión se realizó a título oneroso o gratuito.

Pero se suscita el enigma de saber si el legitimario puede ir directamente contra el tercer adquirente, o si previamente debe excutir los bienes del donatario. En el primer caso, al adquirente le correspondería el derecho de recuperar lo pagado recurriendo a la evicción.

⁽²²⁴⁾ Conforme Borda, *op. cit.*, t. II, n° 191. En contra Laje, *op. cit.*, n° 189, que considera al donatario como dueño y con facultad de realizar sobre la cosa donada todos los actos de que fuera susceptible y que son una consecuencia del ejercicio del dominio. Y solo en el caso de que hubiere obtenido una ventaja de ese perjuicio al objeto, tendría que restituir el valor en la medida necesaria para completar el valor inicial de la donación (argumenta con el art. 2431). Disentimos por considerar que de ese modo se afectaría el derecho del legitimario, y en este caso sin ninguna razón, por ser imputable al donatario la pérdida del bien.

⁽²²⁵⁾ Artículo 2412: "La posesión de buena fe de una cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquiera acción de reivindicación si la cosa no hubiese sido robada o perdida". Artículo 3271: "La disposición del artículo anterior no se aplica al poseedor de cosas muebles". El artículo 3270 consagra la regla Nemo.

La legislación francesa, en esta materia mucho más meticulosa que la nuestra, ha optado por el segundo criterio (artículo 930), permitiendo sólo la acción real contra los terceros adquirentes, una vez comprobada la insolvencia del donatario.

En nuestro Derecho, a falta de un texto expreso, la doctrina ha tratado de construir el sistema. Así, una teoría, basándose en la falta de un precepto taxativo, sostiene que el artículo 3955, que concede efectos reipersecutorios, debe aplicarse en toda su plenitud, es decir, sin hacerse previa excusión en los bienes del donatario ⁽²²⁶⁾, aunque reconoce que es más conveniente el otro criterio.

Los propugnadores del sistema de la previa excusión de los bienes del donatario, con los que coincidimos, conceptúan que a pesar de la falta del texto expreso, debe adoptarse idéntica solución que la del Derecho francés, porque así lo requiere el sentido práctico y económico y la mayor seguridad de las transacciones. Además se puede extraerlo de diversos principios del Código ⁽²²⁷⁾, ya que si bien se establecen determinados casos en los que se autoriza la excusión (artículos 2003, 2012 y concordantes y 1481), también notamos que el Código se refiere expresamente a supuestos en que niega ese derecho (artículo 3177) y otros en que omite su referencia (artículos 2779 y 3166); de donde deducimos que no hay una regla general que fije la no excusión previa con sus excepciones limitadas, sino sólo casos específicos. De no ser así, ¿qué función tendría la negación del artículo 3177?

Las razones prácticas consistirían en evitar futuros pleitos entre el tercer adquirente y el donatario, limitándose sólo al del legitimario contra el donatario, que es el verdaderamente obligado directo de la acción.

Sólo debe admitirse el efecto reipersecutorio para cumplir con el fin protector de la legítima, una vez que quede comprobada la insolvencia del donatario.

Otro motivo que se podría hacer jugar, aunque secundario, es que a veces la donación se oculta bajo la apariencia de un acto oneroso, y así al tercer adquirente le resultará imposible conocer los peligros de reivindicación que recaen sobre su derecho de propiedad.

Ahora bien, si la acción procede contra el tercero, a nuestro entender éste tendrá el mismo derecho que el donatario para entregar la cosa in natura u optar por conservar la misma, entregando su valor equivalente en dinero.

Si se decide por entregar el equivalente, el único problema que se plantea es el de saber en qué momento se calcula el valor; según nuestra opinión, al de la apertura de la sucesión.

En cambio, si devuelve la cosa in natura, lo hará con las mismas consecuencias que estudiamos para el donatario, es decir, que se resuelven todos los gravámenes que se constituyeron sobre la cosa; asimismo se aplican idénticas soluciones para los frutos y las mejoras y pérdidas [ver en este mismo número I a)]

II. *Donaciones a herederos.* En el estudio de las donaciones realizadas a favor de los herederos se hace necesario distinguir según se hayan efectuado con o sin dispensa de colación. En este último caso hay que diferenciar a la vez la situación en que el valor de lo donado exceda o no la legítima personal del donatario que a la vez es legitimario.

En cada uno de esos casos, las soluciones legales, o mejor dicho las construcciones doctrinarias, diferirán.

Esta parte comprende el estudio del régimen de la colación. Y antes de pasar a la referencia especial de cada situación, destacaremos brevemente las diferencias entre las instituciones reducción y colación. En tanto la primera tiende a la defensa de la legítima, sin importar quién es el donatario, y alcanzando también a los legados, siempre que se exceda la porción disponible; la segunda evita que existan diferencias entre los coherederos; exige que el donatario sea legitimario, y no requiere que la donación haya excedido la porción disponible. Los principios de la colación se aplican cuando no exista dispensa de colación —pues de existir, las donaciones se imputarán a la porción disponible—, y además siempre que no excedan la legítima personal del donatario-legitimario.

a) *Sin dispensa de colación:*

1) *El valor no excede la legítima personal del donatario-legitimario.* En esta situación es donde se aplican en su plenitud los principios del régimen de la colación, pues se reúnen los tres

⁽²²⁶⁾ Borda, *op cit.*, t. II, n° 998.

⁽²²⁷⁾ Laje, *op. cit.*, n° 207.

caracteres necesarios: a) donación realizada a un legitimario; b) sin dispensa de colación; o) que no exceda la legítima personal del donatario-legitimario. Ello es así, ya que de faltar el primero, al realizarse a favor de un tercero procedería, una vez comprobada la inoficiosidad de la donación, la lisa aplicación de la acción de reducción, con los efectos establecidos en los párrafos anteriores. Si la donación fuera con dispensa de colación, ella se imputaría a la porción disponible, como si fuera a un extraño, procediendo en caso necesario la acción de reducción. Y si se excediera la legítima personal del donatario, esa extralimitación caería también bajo la acción de reducción.

Así reunidos los tres caracteres, tenemos que en el momento de realizarse la partición se descontará de la parte del beneficiado el importe de la donación, y el resultado de esa resta será lo que le corresponderá para integrar su porción legítima.

2) *El valor excede la legítima personal del donatario-legitimario.* Es decir, que de los tres caracteres que reunía la situación anteriormente estudiada, falta el último, el cual pudo salvarlo el donante siempre que no excediere la porción disponible, en caso de que hubiere apelado a la cláusula de mejora (artículo 3605) (ver *supra* n° 18). Pero si no se utilizó este derecho, o si en cualquier forma se excedió la porción disponible, el donatario-legitimario se encontrará obligado a reintegrar a sus coherederos el exceso que recibió.

Y aquí es donde nace el problema de saber de qué naturaleza es la acción de los coherederos para exigir la restitución del excedente.

Si se resolviera exclusivamente por los principios de la colación, es decir, teniendo en cuenta la disposición del artículo 3477⁽²²⁸⁾ se debería reintegrar los valores excedentes, no confiriendo efectos reipersecutorios contra el heredero y sus sucesores. Pero ello no puede resolverse de esa forma, sino en principio, porque si el donatario hubiere dispuesto de los bienes donados y a posteriori fuere insolvente, se vulneraría el derecho de los legitimarios, ya que ningún efecto tendría la sentencia contra el donatario beneficiado por el causante.

Por eso es que sobre el excedente debemos aplicar lisa y llanamente los principios de la acción de reducción, con todos sus efectos⁽²²⁹⁾. Diversas razones apoyan esta tesis:

A) Si bien la donación al legitimario importa un adelanto a la legítima, ello lo es en la medida que no la exceda, pues si así ocurre, ese excedente importará una donación común, regida por las disposiciones sobre la reducción.

B) Si se persigue la igualdad de los coherederos, ¿cómo se podría permitir que la insolvencia del donatario los afectase?

C) La irrevocabilidad de la adquisición de la cosa donada es similar a la del donatario común, porque ambos pueden disponer en el carácter de dueños en tanto no se ejerza la acción de reducción o, para ser más exactos, se abra la sucesión [ver en este mismo número, I a), al tratar de los frutos].

D) El Código ha establecido un sistema muy amplio de defensa de la legítima, que en todos los casos predomina sobre el derecho de los terceros adquirentes; prueba de ello es el artículo 3955; entonces, ¿por qué en este caso se invertirá la solución? Aún se aplica en el artículo 3604 en caso de enajenaciones a título oneroso, cuando el excedente traído a la masa supera la porción legítimarla del adquirente; la diferencia deberá ser compensada, para no afectar la legítima de los otros coherederos.

Así, a nuestro entender, la naturaleza de la acción será personal, pero pudiendo surgir de ella una real. Y sobre el problema de en qué forma se debe realizar la restitución, la haga el donatario-legitimario o el tercer adquirente, aplicamos también los principios de la acción de reducción, aunque invertidos, pues aquí se deberá en primer lugar los valores (artículo 3477), pero con opción esta vez para el legitimario afectado, o el tercer adquirente, de recurrir a la restitución en especie.

Sobre los valores, conforme con el criterio sustentado a través de todo este trabajo, consideramos que ellos se computarán al momento de abrirse la sucesión.

b) *Con dispensa de colación:*

⁽²²⁸⁾ Artículo 3477: "Los ascendientes y descendientes, sean unos y otros legítimos o naturales, que hubiesen aceptado la herencia con beneficio de inventario o sin él, deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto".

⁽²²⁹⁾ Conforme: Laje, *op. cit.*, n° 431 y sigs. De acuerdo con otros argumentos: Borda, *op. cit.*, t. II, n° 996. Consideran que sólo puede devolverse el valor: Lafaille, *op. cit.*, t. II, n° 243-4; Fornieles, *op. cit.*, t. II, n° 125.

En este caso se aplican enteramente los principios de la acción de reducción, asimilándose la situación a la donación realizada a un extraño, es decir, que en tanto no afecten la porción disponible tendrán pleno valor, pero en la medida que la excedan estarán sujetas a la acción de reducción.

III. *Legados*. Aparte de las donaciones, caen bajo los efectos de la acción de reducción, cuando afecten la legítima, los legados, o sea las disposiciones testamentarias gratuitas.

A ellas se refiere expresamente un artículo del título de la legítima, el 3601, en tanto que para las donaciones se debe recurrir al título que trata de ellas en los artículos 1830 al 1832.

También en este caso la reducción puede ser parcial o total según que exceda en parte o totalmente la porción disponible.

Cualquier clase de legados (artículos 3751 y ss.) está sujeta a la acción de reducción.

Para el estudio de los efectos de la acción, debemos distinguir según que los legados hayan sido o no entregados al beneficiario.

En este último caso la solución es sencilla, pues al no haberse entregado no se plantea ninguno de los problemas de constitución de gravámenes, mejoras, pérdidas o frutos. La reducción se practica en el orden ya estudiado (ver *supra* n° 47).

Respecto al supuesto en que se haya entregado el bien al legatario, se aplican en general los mismos principios que estudiamos para las donaciones.

Así, el momento en el cual se fija el valor de la cosa donada es el del fallecimiento del causante, no planteándose en el caso de los legados el problema visto para las donaciones, y que según nuestro criterio se resuelve en igual forma. Y ello es así porque recién en ese momento nace el derecho del legatario.

Para el caso de que la cosa se entregue mediando un lapso con el momento del fallecimiento, se debe distinguir según que sea o no determinada.

Si lo es, nos atenderemos al valor que tenga en el momento del fallecimiento (artículo 3766), en cambio si es indeterminada [por ejemplo: de género (3756-7), alternativo (3758), librado al albedrío del deudor (3759), de alimentos (3790), etc.], se lo fijará al momento de la determinación.

Los otros principios fijados para las donaciones se aplicarán en forma idéntica a los legados, en la parte que corresponda hacerlo. No lo puede ser, por ejemplo, con respecto al requisito de que los legitimarios debían existir al momento de efectuarse la donación, en vista de que en el supuesto de los legados ese momento es el del fallecimiento del causante.

Si se plantea la coyuntura de una redacción parcial, en la cual el bien no es divisible (por ejemplo: una obra de arte), la solución más justa es que quede con el bien el legitimario, cuando le corresponda más de la mitad de dicho bien, entregando al legatario el equivalente de su porción en dinero. En cambio si al legatario le correspondiera más de la mitad, se le entregará el bien, o lo conservará en el caso de que ya se le hubiere entregado, compensando con dinero el valor que le correspondiese al legitimario. Si el que tuviese ese derecho no quisiera o no pudiese desinteresarse al otro, se deberá proceder a la venta del bien para con lo obtenido hacer la partición ⁽²³⁰⁾.

49. *Prescripción de la acción de reducción*: Al estudiar en el número anterior la naturaleza de la acción de reducción, hemos visto que ella es personal, pero que puede dar origen a una real.

Si ella fuera real no habría prescripción, porque sería perpetua como el dominio que protege. Además el artículo 3955 se refiere al comienzo del plazo de prescripción, lo cual no habría hecho, si hubiera concebido la acción de reducción como real, pues ésta es perpetua y no hay prescripción liberatoria para la reivindicación.

El artículo 4023, en cuya nota se encuentra otra afirmación del carácter personal de la acción al darla como ejemplo, preceptúa: "Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, aunque la deuda esté garantizada con hipoteca", y ese término, según el artículo 3955, comienza a correr desde la muerte del donante.

⁽²³⁰⁾ Conforme: Borda, *op. cit.*, t. II, n° 997. Cám. Civ. 21, 8-7-1943, en L. L., t. 32-313; Cám. Nac. Civ. "C", 15-12-1953, en L. L., t. 75-341; S. C. Bs. Aires, 13-7-1954, en L. L., t. 75-667; Cám. 2ª La Plata, 30-9-1952, en L. L., t. 68-429.

Al transcurrir el término de diez años para que prescriba la acción personal, se cierran las puertas para la acción real, pues ésta es sólo un resultado proveniente de la aplicación de la primera.

Y durante el decurso de esos diez años, ni el donatario ni sus sucesores podrán invocar la prescripción adquisitiva de 10 ó 30 años, se basen o no en justo título y buena fe. Ello porque recién en el momento del fallecimiento del causante nace el derecho del legitimario, y no puede hasta ese momento ser afectado por ningún término de prescripción ⁽²³¹⁾.

Un supuesto interesante de destacar es el de la donación disfrazada bajo la forma de un acto a título oneroso, con el fin de eludir la ley. En esta situación se hallan involucradas dos acciones: la de simulación y la de reducción. Y para que pueda aplicarse ésta, se debe demostrar previamente que el acto es simulado. Así se aplica el plazo de prescripción de ésta, que es de dos años a contar desde el día del fallecimiento del causante ⁽²³²⁾.

Por último señalamos una incongruencia del Código con respecto a la prescripción de la acción de reducción en dos situaciones paralelas. Para el caso que hemos estudiado a través de este trabajo, la prescripción es de diez años, en cambio para la dirigida contra la partición hecha por el causante (artículo 3537), la prescripción se opera a los cuatro años (artículo 4028).

50. *Legislación comparada*: El sistema de la legítima sólo tiene concreción práctica, si es garantizado con medidas protectoras, y tal objeto se pone de manifiesto al estudiar la legislación comparada.

Todas las leyes les dedican artículos: el francés (917-8, 920 a 930), el español (813 a 822), el antiguo italiano (803, 810-11, 821 a 826), el chileno (1187 y ss.), el uruguayo (888, 890 a 695), el alemán (2325 y es.), el suizo (522 a 533), el brasileño (1726 a 1728), el peruano (705), el italiano de 1942 (549-50, 553 a 564), el mejicano (1372 y 1374), etc.

Por la complejidad de los temas que abarca este capítulo, no nos referiremos a cada Código en especial, sino que estudiaremos materias, y dentro de cada una de ellas mencionaremos las disposiciones de la legislación comparada.

Respecto a las personas que gozan de la acción de reducción, se refieren los códigos: Francés, en su artículo 921, que sólo la concede a los legitimarios o causahabientes, sus herederos; negándosela a los donatarios, legatarios y acreedores del difunto; de idéntica manera el español (artículo 655); suizo, en sus artículos 522 y 524, que la otorga a los legitimarios y a los acreedores de éste; italiano de 1942, que en el artículo 557 la acuerda a favor de los legitimarios, sus herederos y sus causahabientes; negándosela a los donatarios y los legatarios, y también a los acreedores del difundo cuando el legitimario aceptó con beneficio de inventario.

El Código italiano, en ese mismo artículo, establece que los que gozan de la acción de reducción no pueden renunciar a ese derecho mientras vive el donante, ni con declaración expresa ni prestando su asentimiento a la donación. En igual forma el español (artículo 655).

La reducción se realiza tanto sobre los legados como sobre las donaciones. Pero ciertas legislaciones establecen expresamente que en primer lugar deben reducirse los legados: francés (artículos 923 y 925), español (820 inciso 1), italiano de 1865 (823), uruguayo (890 inciso 1), suizo (532), italiano 1942 (555), etc.

Asimismo se dispone que esa reducción de los legados debe hacerse a prorrata: francés (926), español (820 inciso 2), italiano de 1865 (824), uruguayo (890 inciso 2), portugués (1494), venezolano (891), brasileño (1727 inciso 1), italiano de 1942 (558), etc.

Pero diversas legislaciones determinan expresamente que el testador puede establecer un grado de preferencia en el pago de los legados: francés (927), español (820 inciso 2, párrafo 2), italiano de 1865 (825), uruguayo (890 inciso 2, párrafo 2), italiano de 1942 (558 párrafo 2), etc.

Para la reducción de las donaciones se establece que se comenzará por la última, para ir luego remontándose sucesivamente a las anteriores hasta cubrir la porción legítima: francés (923), portugués (1495), chileno (1187), uruguayo (890 inciso 4), alemán (2329), suizo (532), italiano de 1942 (559), etc.

⁽²³¹⁾ Conforme: Borda, *op. cit.*, t. II, n° 1001. En cambio Lafaille, *op. cit.*, t. II, n° 248, piensa que la prescripción de diez años sólo se aplica para el donatario, en tanto que para los subadquirentes se aplican los artículos 4015 y 4016 que regulan la usucapión larga. De este modo se los podría colocar en mejor situación que al beneficiario, afectando el artículo 3270 y sus aplicaciones.

⁽²³²⁾ Conforme: Fornieles, *op. cit.*, t. II, 120 bis; Borda, *op. cit.*, t. II, n° 1001; y en la jurisprudencia: Cám. Civ. 1ª, Cap., 9-4-1945, en J. A., t. 11-829, 1945.

El Código chileno en el artículo 1187, párrafo 2, trata expresamente de la insolvencia de un donatario, disponiendo que gravará a los otros, es decir, que se inclina por el criterio que en doctrina sostuvo Laurent. El Código italiano de 1942, que también trata ese supuesto, resuelve que el valor de 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 (562), o sea que se inclina por el criterio transaccional (ver supra n° 47-F).

Acerca de la naturaleza de la acción de reducción, le conceden efectos reipersecutorios: las legislaciones de Francia (930), Portugal (1502), Chile (1200), Italia de 1942 (563), Venezuela (893), etc. En cambio el Código alemán determina que la restitución se hará, por su valor.

Ciertos Códigos tratan la reducción del legado o de la donación de inmuebles, determinando que si admite una cómoda división, se separara la parte necesaria para integrar la legítima. Si la separación no se puede hacer, establecen a quién corresponderá de las dos partes, según el porcentaje que tenga: español (821: para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquel y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero); italiano de 1865 (826) y de 1942 (560): si el legatario o donatario tiene en el inmueble un excedente mayor de la cuarta parte de la porción disponible, el inmueble se debe dejar integra-mente en la herencia, salvo el derecho de obtener el valor de la porción disponible. Si el excedente no supera la cuarta parte, el legatario o el donatario puede retener todo el inmueble, compensando en dinero a los legitimarios. El brasileño (1728 inciso 1) establece una disposición similar al italiano. Todos estos Códigos disponen que si el legatario o donatario fuere al mismo tiempo podrá retener todo el inmueble, con tal que el valor del mismo no supere el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponde como legitimario. Los Códigos uruguayo (891) y venezolano establecen disposiciones similares, pero se atienden al porcentaje establecido por la legislación española. El Código portugués distingue entre muebles e inmuebles; para los primeros se debe sólo el valor; en cambio para los segundos establece la reducción en especie (1497-8), conteniendo una disposición similar a la de los Códigos uruguayo y venezolano, acerca de la división (1499).

Los Códigos francés (930) e italiano de 1942 (963), establecen que para ejercer la acción contra los causahabientes del donatario debe previamente excutirse los bienes de este. En ese mismo artículo el Código italiano faculta al tercer adquirente a pagar el equivalente en dinero, en lugar de restituir en especie.

El artículo 928 del Código francés dispone que el donatario restituirá los frutos de los que exceda la porción disponible a contar del día del deceso del donante, si la demanda de reducción se interpuso dentro del año, si no desde el día de la demanda. El italiano de 1942 (561) los hace correr desde el día de la demanda.

En el 929 el Código Napoleón preceptúa que los inmuebles restituidos por el efecto de la reducción están libres de las deudas e hipotecas creadas por el donatario. El italiano de 1942 en su artículo 561, da una norma idéntica, ampliándola a los muebles inscriptos en registros públicos.

En materia de prescripción, el Código alemán en su artículo 2332 fija el derecho la reserva en tres años, a partir del momento en que el reservatario tenga conocimiento de la muerte del causante y de la disposición que perjudica a la reserva, y a falta de este conocimiento por treinta años a partir del fallecimiento. El derecho a solicitar la reducción contra el donatario lo establece por tres años a partir del fallecimiento o de la apertura de la suspensión.

El Código suizo (artículo 533) hace prescribir la acción al año, a contar del día en que el demandante tuvo conocimiento de la lesión de su reserva, y en todos los casos por diez años que corren con respecto a las disposiciones testamentarias desde la apertura del acta y con respecto a otras disposiciones desde que la sucesión es abierta. La reducción puede ser opuesta en todo tiempo por vía de excepción.

51. *Proyecto de reforma*: Biloni, en su Anteproyecto, trata de la acción de reducción en cuatro artículos, el 3167, 3171, 3172 y 3175.

El primero de ellos modifica al 3601 del Código para acercarlo más a la fuente, el artículo 920 del Código francés, y así deja claramente establecido que la acción de reducción compete tanto contra las disposiciones testamentarias coma contra las donaciones entre vivos.

Suprime toda referencia con respecto al artículo 3600; y en sus artículos 3171 y 3172 contempla el orden en que debe hacerse la reducción. Por último, en el 3175, puntualiza el carácter personal de la acción, dispone quienes pueden ser demandados, y especifica el supuesto en que procede el abandono.

Transcribimos a continuación dichos artículos:

Artículo 3167: "Las disposiciones testamentarias y las donaciones entre vivos que mengüen la legítima se reducirán, a solicitud del heredero perjudicado, a la cuota disponible, una vez abierta la sucesión".

Artículo 3171: "Se reducirán a prorrata las disposiciones testamentarias que excedan la cuota disponible y, si fuese necesario, se dejarán sin efecto. No se llegará a las donaciones sino cuando no pudiera cubrirse la legítima con la reducción de las disposiciones testamentarias. En este caso se reducirán empezando por la última donación, y así sucesivamente, remontando de las últimas a las más antiguas".

Artículo 3172: "Si el testador hubiera dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros, no sufrirá reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero a cubrir la legítima".

Artículo 3175: "Cuando haya que completar la legítima de los herederos, la acción de reducción puede ser intentada contra los herederos o los donatarios, a fin de que integren el valor que hayan de restituir según las reglas prevenidas. La acción es personal de reintegro. Puede intentarse en la misma medida contra el poseedor actual del inmueble donado, si lo hubo a título gratuito del donatario. Podrá abandonar el bien".

Los artículos 3171 y 3172 están de acuerdo con la doctrina que se había formado en nuestro derecho y con la legislación comparada (ver *supra* n° 50).

En cambio, el artículo 3175, apartándose de nuestro Código (artículo 3955) y de la generalidad de la legislación comparada estudiada en el número anterior, sigue al Código alemán, es decir, que lo que se reintegra es el valor que ha excedido la porción disponible, y ese valor no es el actual de las cosas, sino el que tenían las donadas en el momento de la donación. Y para evitar los inconvenientes de la acción de reivindicación que la hace incompatible con un sistema razonable de publicidad y de crédito, le niega a la acción de reducción carácter real. 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, Bibiloni suprime el artículo 3955 del Código civil.

El Proyecto de Reformas de 1936, en general ha seguido Bibiloni, con una única diferencia respecto a la forma de reducir las disposiciones testamentarias.

Contempla la acción de reducción en dos artículos: 2011 y 2014. En el primero comprende los artículos 3167, 3171 y 3172 del anteproyecto de Bibiloni; y en el 2014 reproduce el 3175 de dicho cuerpo.

Reproduciremos esas disposiciones: Artículo 2011: "Abierta la sucesión, las disposiciones testamentarias y las donaciones que mengüen la legítima se reducirán a la cuota disponible, cuando lo pidiere el damnificado. Se observará con referencia a los legados lo dispuesto en el artículo 2099⁽²³³⁾; pero no se afectarán las donaciones cuando pudiere cubrirse la legítima, ya mediante prorrata, ya dejando sin efecto las disposiciones testamentarias, si fuere menester. En su caso, deberán reducirse comenzando por la última liberalidad para remontar de la más reciente a la más antigua".

Artículo 2014: "Cuando debiere completarse la legítima, la demanda por reducción podrá ser dirigida contra los herederos o donatarios a fin de que integren el valor que están obligados a restituir según las reglas precedentes. Esta acción será personal y podrá ser intentada en la misma medida contra el poseedor del inmueble donado, si lo hubo a título gratuito del beneficiario. En este último caso procederá el abandono".

⁽²³³⁾ Artículo 2099: "Si los bienes de la herencia o la cuota libre del testador no alcanzaren a cubrir sus disposiciones, las cargas comunes serán tomadas de la Mesa hereditaria; luego se pagarán las mandas de cosa cierta, después las otorgadas en compensación de servicios, y lo que resta de los bienes, o en su caso, de la porción disponible, se distribuirá a prorrata entre los legatarios de cantidad. El testamento podrá establecer otro orden de preferencia".

JURISPRUDENCIA

La indicada en el texto y notas.

BIBLIOGRAFÍA

General argentina:

- Arias, José, *Derecho sucesorio*, 28 edición, Bs. Aires, 1950.
 Bibiloni, Juan Antonio, *Anteproyecto de reforma del Código civil*, Edición Gmo. Kraft Ltda., Bs. Aires, 1940.
 Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho civil argentino*. "Sucesiones", Bs. Aires, 1958. *Tratado de Derecho civil argentino*. "Familia", 2ª edición, Bs. Aires, 1959.
 De Gásperi, Luis, *Tratado de Derecho hereditario*, Bs. Aires, 1953.
 Fornieles, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, 4ª edición, Bs. Aires, 1958.
 Lafaille, Héctor, *Curso de Derecho civil*. "Sucesiones", Bs. Aires, 1933.
 Llerena, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código civil argentino*, 3ª edición, Bs. Aires, 1931.
 Machado, José Olegarie, *Exposición y comentario del Código civil argentino*, Bs. Aires, 1901.
 Prayones, Eduardo, *Nociones de Derecho civil*. "Derecho de sucesión", Es. Aires, 1957.
Proyecto de reforma del Código civil, Edición Gmo. Kraft Ltda., Bs. Aires, 1936.
 Rébora, Juan Carlos, *Derecho de las sucesiones*, 2ª edición, Bs. Aires, 1952.
 Salas, Acdeel Ernesto, *Código civil y Leyes complementarias anotados*, Bs. Aires, 1956.
 Segovia, Lisandro, *El Código civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Bs. Aires, 1881.

General extranjera:

- Aubry C. et Rau C., *Cours de Droit Civil Français*, 4ª edición, París, 1869-1873.
 Baudry Lacantinerie, G., Y Colin, Maurice, *Traité theorique et pratique de Droit Civil*, 3ª edición, París, 1905.
 Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común, y foral*, Madrid, 1944.
 Colin, A., y Capitant, H., *Cours élémentaire de Droit Civil Français*, 4ª edición, París, 1921.
 Demante, A. M., *Cours analytique de Code Napoleon*, París, 1858.
 Demolombe, C., *Cours de Code Napoleon*, "Traité de donations entre vifs et des testaments", París, 1863-66.
 Durantón, M., *Cours de droit Français suivant le Code Civil*, 4ª edición, París, 1844.
 García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852.
 Grenier Barón, *Traité des donations, des testamento et de toutes dispositions gratuites*, 4ª edición, 1847. –
 Huc, Théophile, *Commentaire theorique et pratique du Code Civil*, París, 1894.
 Josserand, Louis, *Cours de droit civil positif Français*, París, 1930.
 Laurent, F., *Principes de droit civil*, 3ª edición, Bruselas-París, 1878.
 Mareade, V., *Explication du Code Civil*, 8ª edición, París, 1894.
 Planiol, M., *Traité élémentaire droit civil*, París, 1920.
 Planiol, Marcelo, y Ripert, Jorge, *Tratado práctico de Derecho civil francés*. Tomo IV' "Las sucesiones", con el concurso de Maury y Vialleton. La Habana, 1933. Tomo V: "Donaciones y testamentos" con el concurso de Trasbot, La Habana, 1935.
 Troplong, M., *Droit Civil Expliqué*. "Des donations entre vifs et des testaments", París, 1872.
 Zachariae, K. S., *Le droit civil français*, anotado por Masse, G., y Verge, Ch., París, 1854-60.

Especial argentina y extranjera:

- Blousson, Silvestre, H., *La acción de reducción*, tesis, Bs. Aires, 1902.
 Calatayud, "Un caso de legítima y colación", en *Gaceta del Foro*, t. 142, pág. 29.
 Cammarota, *La colación y el artículo 3604 del Código civil*, Bs. Aires, 1934.

- Chaneton, Abel, "Partición de gananciales", en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 14, sección doctrinaria, pág. 46.
- Díaz de Guijarro, Enrique, "Vocación hereditaria de los ascendientes y descendientes naturales con respecto a la parte de gananciales correspondientes al cónyuge prefallecido", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1951-IV-111. "Sentido y características de la reforma legislativa sobre los hijos extramatrimoniales", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1954-IV-114, sección doctrina, pág. 14.
- Díaz de Guijarro Enrique, "Acerca de la legítima del hijo extramatrimonial", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1958-IV-87.
- Etcheverry, Rómulo, *Sucesión legítima*, tesis.
- Fassi, Santiago C., "La filiación después de las reformas de la ley 14.367", en *La Ley*, t. 83-893.
- Fustel de Coulanges, *A cidade antiga*, 85 edición, Lisboa, 1954.
- Goldstein, Mateo, *Derecho hebreo a través de la Biblia y el Talmud*, Bs. Aires, 1947.
- Guaglianone, Aquiles Horacio, *Historia y legislación de la legítima*, tesis, Bs. Aires, 1940. *La acción de reducción*, trabajos de seminario de Anzoategui, Ignacio B., y Quiroga, Jorge A., Bs. Aires, 1943.
- Guaglianone, Aquiles Horacio, *La condición del legitimario no heredero*, Bs. Aires, 1957.
- Laje, Eduardo Jorge, *La protección de la legítima*, tesis, Bs. Aires, 1949. "La naturaleza jurídica de la legítima y la comprobación del carácter de legitimario", en *La Ley*, t. 71-634. "El otorgamiento gratuito de usufructos y de rentas vitalicias y la protección de la legítima", en *La Ley*, t. 77-843.
- La Santa Biblia - Antiguo y Nuevo Testamento*, antigua versión de Casiodoro de Reina (1569), revisada por Cipriano de Valera (1602), otras revisiones: 1862, 1909 y 1960, editada por las Sociedades Bíblicas en América latina, 1960.
- López del Carril, Jlio J., "Sucesión del cónyuge", en *Lecciones y Ensayos*, N° 12, Bs. Aires, 1959.
- Molinario, Alberto D., "Inconstitucionalidad del monto de las cuotas legitimarlas", en *La Ley*, t. 90-922.
- Molinas, Alberto G., "Derecho hereditario de los padres extramatrimoniales", en *La Ley*, t. 78-779.
- Ortega Pardo, Gregorio, *Naturaleza jurídica del llamado*. "Legado en lugar de la legítima", Madrid, 1945.
- Pastoral, Marqués de, *Moisés como legislador y moralista*, Bs. Aires, 1939.
- Petit Eugéne, *Tratado elemental de Derecho romano*, Editorial Albatros, Bs. Aires, 1954.
- Platón, *Las Leyes*, Edición Obras Completas, t. X.
- Portas, Néstor L., "La filiación extramatrimonial", en *La Ley*, t. 76-882.
- Rébora, Juan Carlos, y Grünberg, Carlos M., *Cinco estudios de derecho sucesorio*, Bs. Aires, 1930.
- Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Recomendaciones aprobadas, en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, t. IV, /197, año 1961.
- Tratado de Derecho internacional privado suscripto en Montevideo en 1869 y 1940*, Tratado de Derecho civil internacional.