

LA LEGITIMA EN LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL

DR. AUGUSTO C. BELLAUSCIO
Prof. asoc. de Derecho Civil V.

PRIMERA PARTE

CARACTER JURIDICO DE LA LEGITIMA

I. PRECEDENTES HISTÓRICOS

1. *Derecho Romano.*—Admitida por la legislación de las XII Tablas la amplia libertad de testar, en un primer momento ella se vio limitada sólo por razones formales, al requerirse la desheredación expresa para excluir a los *sui heredes* mas no establecerse la necesidad de que esa desheredación fuese fundada.

Pero en los últimos tiempos de la República comenzó a verse con desfavor la actitud del *paterfamilias* que nada dejaba de su patrimonio a las personas ligadas con él por parentesco cercano. Esa consideración dio lugar a que el tribunal de los centumvires—competente para entender en cuestiones hereditarias—admitiese la acusación de nulidad de testamentos fundada en la fición, al parecer tomada del derecho ático, de que los testamentos que excluían a tales parientes contrariando deberes de piedad (*officium pietatis*) se suponían hechos en un rapto de locura (*color insanie*), razón por la cual se los declaraba ineficaces (*inofficiosum*).

Ese remedio sólo podía ser utilizado en Roma, donde el mencionado tribunal funcionaba, mas no en las provincias ni tampoco por los herederos de derecho pretoriano. Más tarde, sin que se pueda determinar si con base legal—Gayo cita en este sentido una *lex Glia*, cuya existencia es discutida—o meramente jurisprudencial o consuetudinaria, la posibilidad de impugnar los testamentos se genera-

llad, de manera que todos los parientes perjudicados —ascendientes, descendientes, y hermanos excluidos por persona torpe— pudieron acudir a la querrela *ineffectioi testamenti*; esto ocurrió en el siglo II de nuestra era.

En el curso de la evolución del derecho romano, el ejercicio de la querrela, que acarrecaba la nulidad del testamento inoficioso, recibió dos órdenes de limitaciones. Por una de ellas, se privó de la posibilidad de ejercerla a los herederos que hubiesen recibido por cualquier vía —herencia, legado, fideicomiso o donación mortis causa— una parte de lo que les habría correspondido en la sucesión intestada (*debiata portio* o *portio legitima*); dicha porción quedó establecida en un cuarto, al seguirse en la práctica el precedente de la *lex Falcidia*. Otra limitación estuvo dada para los casos en que el heredero recibiese una porción menor a la cuarta pero con la cláusula *et quarta arbitraria boni viri suppletor*, mediante la cual el testador establecía que en caso de que lo dejado no alcanzase la *portio* ésta debía ser completada mediante el arbitraje de un hombre honrado; para estos supuestos, una constitución de Juliano y Constantino de 361 excluyó la posibilidad de reclamar la nulidad del testamento y sólo acordó una acción personal para cobrar del heredero la diferencia, la acción *completoria, supletoria* o *expletoria* (*actio ad supplendam legitimam* o *actio expletoria*).

Por otra parte, la querrela resultaba insuficiente en los casos en que, con el fin de burlar la ley, el testador disponía de su patrimonio en vida mediante donaciones o constituciones de dote. Alejandro Severo permitió atacar las primeras mediante la querrela *ineffectioi donationis* y Constantino incluyó las segundas en la querrela *ineffectioi donationis vel dotis*. Desde el momento en que la legítima pasó a ser calculada no sólo sobre los bienes dejados al fallecer sino también sobre los donados o dados en dote, y que se imputaron a ella las donaciones entre vivos hechas a los legitimarios como anticipo de sus legítimas, quedó configurada como parte de los bienes del causante y no de la herencia (*legitima pars honorum*).

La legislación de Justiniano elevó el monto de la porción legítima a un tercio del haber hereditario si los legitimarios eran hasta cuatro, y un medio si eran más de cuatro. Estableció además que a los ascendientes la legítima debía ser dejada mediante institución de herederos, aunque fuesen herederos en cosa cierta. Finalmente, limitó la nulidad derivada del ejercicio de la querrela a la

institución de herederos, manteniendo la validez de los legados y para el caso de dejarse a los legitimarios menos de la porción debida, sólo les permitió el ejercicio de la acción de complemento (actio ad suppletendam legitimam), al considerar implícita la cláusula antes referida.

Fundamentalmente en razón de su cálculo no sobre el haber hereditario sino sobre una masa patrimonial especial formada por éste y por las donaciones y constituciones de dote hechas en vida por el causante, así como por la innecesariedad de aceptar la herencia para recogerla, se afirma que la legítima romana es *pars honorum* o parte de los bienes de aquél y no *pars hereditatis* o parte de la herencia; trataráse entonces no de un derecho puramente hereditario sino de uno de naturaleza especial fundado en el parentesco, de características similares al alimentario. Sin embargo, corresponde hacer notar que no ocurre de tal modo durante toda la evolución histórica del derecho romano. Sólo asume el carácter de *pars honorum* cuando los legitimarios quedan facultados para atacar las donaciones hechas en vida por el causante. Luego, en el derecho justinianeo parecería perder uno de los caracteres fundamentales para estimarla así —la innecesariedad de la calidad de heredero para recibirla— al disponerse que debe necesariamente ser dejada mediante institución hereditaria; pero en realidad no es así, porque ha de tenerse en consideración que la institución de heredero en cosa cierta (*institutio ex certa*) del derecho romano no se distingue del legado de cosa cierta sino en que concede el honor de la designación como heredero (*nomen heredis*).

2. *Derecho francés.* — En el antiguo derecho francés, las regiones denominadas de derecho escrito recibieron las instituciones romanas, en especial el derecho prejustiniano, a través del Código Teodosiano y del Breviario de Alarico. Se conoció así la legítima protegida por dos acciones: la de nulidad del testamento o de las donaciones cuando nada se había dejado a los legitimarios, y la de complemento de la legítima cuando habían recibido menos de la porción que les correspondía a tal título. En el segundo caso no se adquiría la calidad de heredero, lo que determinaba que la legítima romana fuese considerada como *pars honorum*.

En las regiones de derecho consuetudinario regía, en cambio, la institución de la reserva, elaborada a partir del derecho germánico. Desconocida en los primeros tiempos el testamento, su aparición de-

rante la Edad Media dio lugar a que, con el fin de proteger la integridad del patrimonio familiar —y no, como en Roma, de asegurar una porción a los parientes más allegados— se limitase la facultad de disponer por vía testamentaria de los bienes integrantes del acervo familiar. Se diferenciaba fundamentalmente de la legítima: 1º) En que sólo se aplicaba sobre los bienes propios, es decir, los inmuebles recibidos por sucesión; no sobre los bienes muebles ni sobre los inmuebles adquiridos o gananciales, es decir, los producidos por la actividad económica del causante; 2º) En que se acordaba a todos los parientes, incluso los colaterales; 3º) En que sólo protegía contra disposiciones testamentarias, no contra donaciones entre vivos; 4º) En que sólo correspondía a quienes asumían la calidad de herederos, no así a los renunciantes ni a los excluidos de la sucesión. Generalmente su cuantía era de cuatro quintos de la herencia, aunque en algunas costumbres se reducía a los dos tercios. La reserva era indudablemente *propter hereditatem*, ya que para invocarla era necesaria la calidad de heredero y no comprendía sino los bienes integrantes del acervo hereditario.

Pero la reserva comenzó a mostrar su insuficiencia al producirse, a fines de la Edad Media, un cambio en las condiciones económicas traducido en la iniciación del proceso de valoración de los bienes muebles y en la formación de nuevas fortunas mediante la capitalización de las ganancias obtenidas, independientemente de los inmuebles recibidos por herencia; sobre muebles y ganancias la reserva no se aplicaba, de manera que podía disponerse íntegramente de ellos sin dejar nada a los parientes, por próximos que fuesen. Ya en el siglo XIII Beaumanoir y Pierre de Fontaines afirmaban que el padre debía dejar "*soutenance*" (bienes necesarios para su sostenimiento) a los hijos, pero al parecer se trataba únicamente de un deber moral. Sólo en los siglos XV y XVI se introduce, a imitación del derecho romano, la institución de la legítima consuetudinaria, que limita el derecho de disponer de muebles y ganancias. Los caracteres esenciales de esta institución fueron los siguientes: 1º) Se calculaba sobre el conjunto de los bienes del causante, fuesen propios, muebles o gananciales; y sólo funcionaba en subsidio de la reserva, es decir, para el caso de que los beneficiarios no recibiesen por vía de ésta su porción; 2º) No protegía, como la reserva, a todos los parientes, sino —como regla general— sólo a los descendientes; 3º) No se calculaba sólo sobre los bienes dejados a la muerte sino también sobre las donaciones.

ciones, y si no podía cubrirse reduciendo las disposiciones testamentarias habilitaba a reclamar la reducción de las donaciones, con acción reparatoria contra terceros adquirentes; 4^o) Su cuantía era generalmente de la mitad de lo que habría correspondido a los legitimarios en la sucesión intestada.

Previamente es con relación a la legítima consuetudinaria que se presenta en el antiguo derecho francés la discusión acerca de si se trataba de *pars hereditaria* o *pars bonorum*. La segunda tesis tenía apoyo en el art. 307 de la segunda redacción de la Costumbre de París, que permitía al hijo donatario renunciar a la herencia y retener la donación aun cuando excediese de la porción disponible. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina la consideró *pars hereditaria* porque el descendiente tenía derecho de recibirla en especie, porque para reclamarla era preciso aceptar la herencia y ejercer la petición de herencia, y porque ésta constituía una acción real. Mas, como institución híbrida que fue, tenía algunos caracteres de la *pars bonorum*; tales, la imposibilidad de reclamo por el legitimario que había recibido su porción mediante donaciones o legados, y el derecho de retenerla por vía de excepción aun cuando se hubiese renunciado a la herencia, consagrada en el mencionado art. 307 de la Costumbre de París, que permitía al renunciante acumular la legítima y la porción disponible.

El derecho intermedio limitó el derecho de disponer de los bienes por donación o testamento. La ley del 17 de nivoso del año II fijó ese límite en 1/10 si había parientes en línea recta y 1/6 si sólo había colaterales; luego, la de 4 de germinal del año VIII aumentó la porción disponible a 1/4 si había hasta tres hijos y a una porción igual a la de cada hijo si había cuatro o más, 1/2 si había ascendientes, hermanos o sobrinos, y 3/4 si había parientes más lejanos. La institución fue calificada de reserva, privando la idea de que se trataba de una *pars hereditaria* o una sucesión intestada mínima, ya que el renunciante no podía reclamarla ni aun retenerla si era donatario.

El Código Napoleón confirma ese criterio al legislar la porción o cuota disponible, dentro de la cual pueden realizarse liberalidades entre vivos o por testamento. La casi totalidad de la doctrina francesa —con la sola excepción de Troplong— coincide en que la reserva es *pars hereditaria*, según el criterio de Aubry y Rau, quienes afirmaron que la reserva "no es otra cosa que la herencia misma menos la cuota disponible"; se señala así que es global para todos los reservatarios,

que debe ser suministrada en especie, que para tener derecho a ella es necesario ser llamado a la sucesión, y que el reservatario que renuncia no puede reclamar su reserva por vía de acción ni retenerla por vía de excepción tratando de conservar donaciones o legados hasta el límite de la reserva y la porción disponible sumadas. Pero de los autores más modernos Ripert y Boulanger opinan que esa calificación no siempre es exacta, ya que para determinar los derechos de los legitimarios se tienen en cuenta también las donaciones y es posible que la reserva se integre con bienes rescatados de los donatarios; concluyen que "la terminología moderna no puede ya modelarse sobre la antigua, porque la reglamentación ha cambiado"¹. También los Massad afirman que desde ciertos puntos de vista se regula como *pars honorum* así, en cuanto no beneficia a todos los herederos intestados, y en cuanto comprende las donaciones².

3. *Derecho español.* — En la formación del derecho español, como en la del francés, se conjugan elementos germánicos y romanos.

Los primeros se traducen en el derecho visigótico, que al admitir el testamento reconoció la amplia libertad de testar. En el siglo VII, la *lex Rovi* tálitica de Chindasvino reservó los 4/5 de la herencia a los descendientes, con la posibilidad de mejorar a alguno de ellos en 1/10. Es la reserva germánica, que fue aceptada también en el Fuero Juzgo.

En cambio, las Partidas legislaron la legítima de descendientes, ascendientes y hermanos sobre la base del derecho romano. Igual sistema inspiró al proyecto de 1851 que, a pesar de designar a los legitimarios como *herederos forzosos* dice que a ellos la ley reserva en los bienes del difunto cierta porción... (art. 640), a más de establecer que la repudiación no perjudica a los que tengan derecho a porción legítima para reclamarla (art. 832); al anotar este artículo, García Goyena señaló que la disposición ni siquiera era necesaria, porque la porción legítima es una deuda.

La fusión de una y otra institución en el Código da lugar a una ardua discusión acerca del carácter de *pars hereditaria* o *pars honorum* de la legítima, que reviste especiales caracteres en razón de las nor-

¹ RIPERT-BOULANGER, *Festsche de Derecho Civil*, trad. de Deña García Daloz, t. X, vol. I, n.º 1846.

² MASSAD, *Exposición de Derecho Civil*, trad. de Luis Alcalá Zamora y Castiella, Parte 4.ª, vol. II, n.º 870.

mas particulares del derecho español, y a la que se añaden tesis que le asignan otras naturalezas diferentes.

Sostienen —entre otros autores— que la legítima es *pars hereditaria* Valverde y Valverde, de Buzo, Royo Martínez, Espinar Lafuente y Bonet Ramón. Son sus argumentos: 1º) La designación de *herederos forzosos* que de los legitimarios hace el Código, en las normas básicas de los arts. 806 y 807 —que, respectivamente, define la legítima y enuncia a los legitimarios— y en otras disposiciones referentes a ellas. 2º) El origen germánico de la institución. 3º) La circunstancia de que si bien se admite que la legítima quede cubierta por donaciones o legados, ellos implicarían en tal caso actos de imputación de los bienes donados o legados a la parte que correspondería a los legitimarios en la partición.

En cambio, afirman el carácter de *pars bonorum*, entre otros, de Digo, Puig Peña, Puig Brutau, Lacruz Berdejo y Vallat de Goytisolo. Las bases fundamentales de esta posición, según la exposición del último, son: 1º) Que si bien la legítima gótica y la de los fueros medievales fue *pars hereditaria*, no ocurrió lo mismo con la del derecho común y el castellano que se basó en la legislación romana a través de las Partidas. En la institución adoptada por el Código, el derecho germánico regaló la medida, pero el romano la naturaleza; e inclusive desapareció la exigencia del derecho Justiniano y castellano de que el legitimario fuese instituido heredero; 2º) Que la locución *herederos forzosos* es inexacta, pues el cónyuge es legitimario mas no heredero sino sucesor a título singular, como que sólo recibe el usufructo de una porción de la herencia; y los hijos naturales, cuando concurren con hijos legítimos, pueden ser desinteresados por éstos mediante la entrega de su cuota en dinero, caso en el cual tampoco son herederos. 3º) Que es contradictorio considerar *pars hereditaria* a lo que puede quedar cubierto con la imputación de donaciones, o con el ejercicio de la acción de reducción de donaciones hechas a terceros, casos en los cuales la legítima no se integra con los bienes del acervo hereditario. 4º) Que el art. 806 del Cód. Civil define a la legítima como “la porción de bienes de que el testador no puede disponer...”.

También se ha señalado la posibilidad de que la legítima sea legislada como *pars valoris*, es decir, un simple derecho de crédito, puramente personal, pagable en dinero después de determinada su cuantía por el monto de una participación en el valor del caudal relicto. Señala Vallat de Goytisolo que en el derecho español no es

ni en general, sino en casos excepcionales: tales, el ya mencionado de los hijos naturales que concurren con legítimos (art. 840, 2º párrafo), el del padre que desea mantener indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, a quien se autecia a atribuirle a uno de los hijos legítimos con cargo de que éste pague su legítima en dinero a los otros (art. 1066), el de exceso en la mejora, en que el mejorado puede satisfacer a los otros legítimarios en dinero (art. 829), y el del legado de inmueble que no admite cómoda división, sujeto a reducción, que según ésta absorba o no la mitad de su valor, queda a los legítimarios o al legatario, respectivamente, con cargo de pagar la diferencia en dinero (art. 831). Sin embargo, fuera del caso de los hijos naturales, la satisfacción de la *pars valoris* está garantizada por un derecho sobre la *pars bonorum* que correspondía a los legítimarios y de la cual aquélla es sólo la traducción dineraria.

Finalmente, se habla también de *pars valoris bonorum* que, según Ibañeta Sastre, sería la legítima que atribuye en principio a los legítimarios la titularidad sobre una parte del valor del patrimonio hereditario líquido, pero que afecta como carga o gravamen al patrimonio hereditario, al modo de una hipoteca tácita; no se trata ya de un puro crédito sino de uno garantizado de modo real con los bienes hereditarios, que quedan sujetos a su pago. Enseña Vallot de Goytiaola que la legítima del derecho español no es *pars valoris bonorum* porque el legítimario es copartícipe en la indivisión hereditaria y dispone de la acción de partición y no de una mera acción personal para cobrar su cuota como acreedor.

4. *Derecho italiano.*—Antes de la codificación, la ley toscana del 15 de noviembre de 1814 consideraba a la legítima como *pars bonorum*, en tanto los códigos de Parma y albertinos no la caracterizaban. En cambio, tanto el código civil de 1865 (art. 808) como el de 1942 (art. 536) la denominan "cuota de herencia"; sobre la base de esas disposiciones, y de otras que la caracterizan, la doctrina mayoritaria la considera *pars hereditatis*, aun a pesar de que no todos los legítimarios son necesariamente herederos, pues el cónyuge supérstite recibe una cuota en usufructo y por lo tanto es considerado legatario *ex lege*.

5. *Derecho alemán.*—En el derecho alemán antiguo, el código de Sajonia legislaba la reserva como un derecho hereditario, en tanto el Landrecht prusiano la consideraba simplemente un derecho per-

sonal del legitimario de obtener de los herederos el pago del valor de una cuota de lo que le habría correspondido en la sucesión intestada. De esta manera se reglamenta el código alemán (arts. 2303 y ss.), a pesar de mantener la denominación germánica de reserva. En este sistema es, pues, *pars valoris*.

II. LA RESERVA EN EL CÓDIGO CIVIL.

6. *Normas fundamentales.* — En el Código Civil se hallaron normas que dieron pie a la discusión acerca de si en nuestro derecho la legítima es *pars hereditatis* o *pars bonorum*.

La primera tesis se basa fundamentalmente en la definición del art. 3591, según la cual "la legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia".

A ese concepto se opone, sin embargo, el art. 3714, que expresa que "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"; y especialmente el art. 3354 —derogado por la ley 17.711— que establecía que "los que tengan una parte legítima en la sucesión pueden repudiar la herencia sin perjuicio de tomar la legítima que les correspondía".

La aparente contradicción tiene su explicación en la diversidad de fuentes: la definición del art. 3591 traduce las ideas prevalentes en el derecho francés, en tanto que los arts. 3354 y 3714 son transcripción casi textual de los arts. 640 y 822 del proyecto español.

7. *Doctrinas según la cual la legítima es pars hereditatis.* — Entre los primeros comentadores del Código, si bien se trató de precisar el alcance de la norma del art. 3354, no se planteó concretamente la cuestión del carácter jurídico de la legítima; la discusión ha sido planteada por los autores del presente siglo.

La tesis según la cual la legítima es *pars hereditatis* fue expuesta en una tesis de Silvestre H. BLOUSSON de 1902, recogida por Fornieles y aceptada por Borda³. Estos autores veían una contradicción fundamental entre el art. 3591, que entienden que consagra expresamente el carácter de *pars hereditatis* de la legítima, y el art. 3354,

³ SILVESTRE H. BLOUSSON, *La acción de reducción*, tesis, En. An. 1902; SALVADOR FORNIELES, *Tratado de las Sucesiones*, t. I, n.º 107 y t. II, n.º 93; GUILLELMO BORDA, *Sucesiones*, t. I, n.º 273 y t. II, n.º 311.

que permitía renunciar a la herencia y tomar la legítima; creían que este último artículo representaba un error del codificador que habría transcrito la fuente sin la debida meditación, que su contenido era absurdo, y que la única solución para evitar la dificultad era tenerlo por no escrito.

En concreto, sostenían que el art. 3354 era contradictorio: 1º) Con la definición del art. 3391; 2º) Con el art. 3365, según el cual el renunciante sólo puede retener la donación hecha por el causante y reclamar el legado que le hubiere dejado, en tanto no excedan la porción disponible; pues si pudiese renunciar y conservar la legítima estaría facultado para retener la donación o reclamar el legado no dentro de la porción disponible sino hasta la cantidad resultante de adicionar dicha porción a su legítima; 3º) Con el art. 3317, según el cual la aceptación no puede ser parcial, ya que entienden que tomar la legítima y rechazar el resto sería precisamente una aceptación parcial; 4º) Con el art. 3333, por el que se juzga al renunciante como no habiendo sido nunca heredero, y con las notas a los arts. 3341, 3348 y 3353, en las que Vélez Sarsfield explica que el heredero renunciante se juzga como si nunca hubiese sido heredero o, en otras palabras, como si siempre hubiese sido extraño a la sucesión; 5º) Con el art. 3529, que dispone que en caso de renuncia de los herederos la sucesión se reputará vacante; 6º) Con los arts. 3543 y 3554 que otorgan el derecho de representación a los hijos del renunciante, derecho que no podría ser ejercido si éste conservase su legítima.

Otros autores consideraban que la legítima era *pars hereditatis* sin llegar al excoeo interpretativo de tener por no escrita una disposición de la ley. BIBILONI así lo entendía y propuso permitir al heredero forzoso repudiar la herencia y aceptar la legítima, con tal de que lo declarase expresamente en el acto de la renuncia; ni el proyecto de 1886 ni el anteproyecto de 1864 mantuvieron esta disposición. De Gasperi también estimaba que la legítima era parte de la herencia, pero afirmaba que no había contradicción con el art. 3354, ya que éste representaba una modalidad de la renuncia —modalidad que debe ser expresa— que no importaba el derecho de reclamar la legítima por vía de acción sino sólo de retenerla por vía de excepción cuando quedaba cubierta por liberalidades hechas por el testador en vida, que no debían entonces ser revistas⁴.

⁴ BIBILONI, *Anteproyecto*, t. IV, p. 108; DE GASPERI, *Tratado de Derecho Hereditario*, t. I, n.º 336 y t. III, n.º 593.

8. Doctrina según la cual la legítima es *pars bonorum*. — Coincidieron en que, según la reglamentación del Código Civil, la legítima era parte de los bienes (*pars bonorum*) y no de la herencia, Prayonex, Ovejero, Rêbora y Grünberg, Arias, Laje, Guaglianone, Molinaro y Ovszejvich⁸.

Esta tesis fue enunciada primeramente por Prayonex, quien estimó que el carácter de *pars bonorum* estaba dado por la posibilidad —dada por el art. 3354— de renunciar a la herencia y tomar la legítima, ya que entre la definición del art. 3591 y la regla particular, clara, meditada y evidente del art. 3354 debía optarse por esta última. A pesar de su contundencia, el argumento podía ser considerado un tanto simple; la doctrina posterior —en especial los estudios de Rêbora y Grünberg y de Guaglianone— lo reforzó con numerosas razones positivas y otras que constituyen la refutación de los fundamentos de la tesis contraria. En síntesis, tales razones son las siguientes:

1º) La definición del art. 3591 es impropia de un código, y peligrosa como todas ellas. Por otra parte, no importa definir a la legítima como parte de la herencia. Si bien dice que es un "derecho de sucesión", existen derechos de sucesión que no son derechos hereditarios; tales, fuera de la sucesión entre vivos a título particular, el del legatario y el del legitimario. En cuanto a la frase *limitada a una determinada porción de la herencia*, sólo expresa que el derecho se determina según una proporción que tiene por base el monto de la herencia, mas no que recaiga necesariamente sobre bienes hereditarios.

2º) Aun si se considerase que el art. 3591 caracteriza a la legítima como porción de la herencia, esa caracterización queda neutralizada por el art. 3714, según el cual la ley reserva a los herederos forzosos

⁸ EDUARDO PRAYONEX, *Derechos de sucesión*, n.º 68; DANIEL OVEJERO, *Naturaleza jurídica de la legítima*, en J. A. 44-doct-47; JUAN C. RÊBORA, y CARLOS M. GRÜNBERG, *La naturaleza de la legítima y el art. 3594 del Código Civil*, en *Cinco Estudios de Derecho Sucesorio*, Buenos Aires, 1938, p. 121 y ss.; JUAN C. RÊBORA, *Derechos de las sucesiones*, t. I, § 143 y 144; t. II, § 381 y 383. JOSÉ ARIAS, *Derecho sucesorio*, cap. III, pará. III, n.º 3; EDUARDO LAJE, *La naturaleza jurídica de la legítima y la comprobación del carácter de legitimario*, L. L. 71-634; AQUILES S. GUAGLIANONE, *La condición del legitimario no heredero*, en "Ejemplar jurídico en homenaje al profesor Enrique Martínez Paz", Buenos Aires, 1957, p. 205 y ss.; ALBERTO D. MOLINARO, *Intencionalidad del monto de las cuotes legitimarias*, L. L. 90, p. 200 y ss., nota 25; LUIS OVSEJEVICH, *Legítimas*, en *Enciclopedia Jurídica Osméa*, t. XVIII, p. 800.

una porción en los bienes del difunto, es decir, la considera para hereditaria.

3º) Los textos y notas del codificador acerca de la renuncia, que la tesis opuesta considera inencontrables con el art. 3354, son generales para cualquier clase de heredero renunciante de modo que cuando la renuncia proviene de un legitimario que toma su legítima, su aplicación queda limitada a la porción disponible. Lo mismo ocurre con el derecho de representación de los hijos del legitimario renunciante, que se ejerce igualmente sobre la porción disponible, a menos que aquél renuncie también a la legítima.

4º) El argumento basado en el art. 3317 encierra una petición de principio, pues da por demostrado que la legítima es parte de la herencia, que es precisamente lo que está en discusión.

5º) El art. 3355 no es contradictorio con el 3354 sino que debe interpretarse coordinadamente con éste; de tal modo, su sentido es el de prohibir al legitimario renunciante retener donaciones que vayan más allá de la porción disponible cuando además de renunciar a la herencia ha renunciado también a la legítima.

6º) El art. 3600, según el cual el legitimario a quien el testador ha dejado por cualquier título menos de la legítima, sólo puede pedir su complemento, confirma la caracterización de la legítima como *pars hereditaria*, ya que la sola circunstancia de habersele dejado algún bien le priva del derecho de reclamar el carácter de heredero y sólo lo habilita para pedir la entrega de una porción de bienes que integre la legítima.

7º) Según Guaglianone, la legítima *pars hereditaria* supone: a) Una transmisión hereditaria; b) Un heredero; c) Un derecho sobre los bienes hereditarios mismos, en especie. Y la reglamentación de nuestro código excluye la necesidad de cada una de esas condiciones. No hay necesariamente transmisión hereditaria porque puede ocurrir que el causante no deje, al fallecer, bienes ni deudas pero haya hecho en vida donaciones; en tal caso la legítima se calcula sobre el valor de éstas y se obtiene mediante el ejercicio de la acción de reducción. Tampoco es necesario que el legitimario sea heredero, pues, —conforme con el art. 3600— la legítima puede ser recibida por cualquier título; nada obsta a que se le deje su porción por vía de legado, y

aun en caso de que éste sea insuficiente, no necesita aceptar la herencia para solicitar el complemento. Por último, no es necesario que la legítima se integre con bienes hereditarios, porque en razón del carácter personal de la acción de reducción, el donatario puede detenerla desinteresando con dinero propio al legitimario.

En conclusión, y siguiendo siempre a Guaglianone, la legítima *pars hereditatis* no es sino la herencia ab intestato misma, en su fracción mínima indisponible que supone vocación universal del heredero y distribución igualitaria entre herederos del mismo grado y condición; no es un derecho individual de cada legitimario sino una masa indisponible que se distribuye entre los herederos que concurren a ella mediante aceptación. En cambio, la legítima *pars honoraria* es un derecho derivado del parentesco o del matrimonio, que no tiene otro vínculo con la herencia que el de hallarse condicionada por la supervivencia del legitimario respecto del causante; no es una masa intestada sino un derecho individual de cada sucesor forzoso. En nuestro derecho esta característica es indudable, en virtud del art. 1832 inc. 1º del Cód. Civil, que al limitar el derecho de atacar las donaciones por inoficiosas a los herederos existentes al tiempo de la donación determina que el cálculo deba hacerse individualmente para cada uno.

3. *Jurisprudencia.* — El problema del carácter de la legítima no ha tenido frecuente tratamiento jurisprudencial, quizás en razón de que ordinariamente cuando existen legitimarios no se testa o se lo hace sin afectar sus derechos. Sin embargo, motivó el fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil del 10 de agosto de 1953 (La Ley, 71-634, Jur. Arg., 568-IV-15), dictado en la sucesión de Francisco de Asís Cambó. El causante había instituido heredera a su hija y dejado un legado de cantidad a su esposa; ésta reclamó que se la declarase heredera y el tribunal, por 9 votos contra 3, declaró que "quien es titular de la porción legítima de una sucesión lo es en su calidad de heredero del causante y tiene derecho que se le declare tal si fuere omitido por este último, en su testamento".

La posición de la mayoría fue expuesta por los Dres. Agustín Alsina, Méndez Chavarría — a quienes adhirió el Dr. Pedetti, Baldrich, Razo, Chute, Antonio Alsina y Coronas — y Funes. En realidad, es difícil extraer una doctrina concreta de los votos mencionados, que entremezclan argumentos confusos y contradictorios, y hasta uno de ellos alcanza a efectuar consideraciones políticas de

adhesión a la situación entonces imperante que evidentemente nos enseñan que hacer con el problema estrictamente jurídico en discusión. En general, se trató de eludir el problema de si la legítima era *pars hereditatis* o *pars bonorum* por considerar que su solución resultaba extraña al problema planteado. Sin embargo, se partió de la base de que los herederos forzosos son herederos porque tienen vocación universal y garantía legal de un mínimo de herencia, por lo que se estimó que no sólo tienen derecho de ser declarados herederos sino que también tal declaratoria es jurídicamente necesaria para el ejercicio de los derechos que la ley les concede y para la inscripción en los registros del dominio de los inmuebles. Ni siquiera se vio obstáculo a esa decisión en la norma del art. 3354, pues se dijo que el carácter de heredero del legitimario era tan fuerte que subsistía a pesar de su renuncia a la herencia, ya que no tendría sentido el reclamo de la legítima que tal artículo autorizaba si no fuese en virtud del título hereditario.

La minoría quedó integrada por los Dres. Bargalló —a cuyo voto adhirió el Dr. Arias Castex— y Sánchez de Bustamante.

Consensó el Dr. Bargalló por señalar que la expresión *herederos forzosos* que el código utiliza para aludir a los legitimarios no era decisiva. En efecto, en nuestro sistema legal el heredero queda definido a través de dos caracteres fundamentales: la sucesión a título universal en los derechos y obligaciones del causante, y la vocación a la universalidad del patrimonio. El carácter de heredero puede provenir de la ley o de la voluntad del causante expresada en el testamento, pero ningún autor nacional admitía expresamente la posibilidad de que a una misma sucesión concurren herederos testamentarios y ab intestato.

Planteó luego el problema de si en nuestro derecho la legítima es un derecho ajeno al carácter de ciertos herederos, que supone el título o la calidad hereditaria (parte de la herencia) o bien un derecho independiente de tal calidad, emergente del parentesco (parte de los bienes), cuestión que —entendióse planteaba en las sucesiones testamentarias, ya que en las intestadas no existía duda de que los legitimarios que concurrían eran a la vez herederos. Señaló la contraposición entre la definición de legítima del art. 3531 y la de legitimarios del art. 3714, pero sostuvo que la ciencia de las figuras legales no debía ser juzgada por las palabras con que se las designase sino por lo que resultara efectivamente del complejo de las disposiciones legales que las regl-

mentan; así, la denominación de "herederos forzosos" utilizada en el proyecto español de 1831 y en el código de ese país no impide que García Goyena haya considerado a la legítima como *pars honorum* y que la misma sea la solución de la doctrina española mayoritaria.

Tras estudiar los antecedentes históricos y el derecho comparado, basó su posición en los siguientes argumentos: 1º) En la forma como la legítima se calcula, de la que resulta que es un derecho a suceder sobre una cuota parte de los bienes, aun contra la voluntad del causante y siempre que no medie desheredación; se parte de su cálculo como derecho del legitimario y no —como en las legislaciones que la reglamentan como parte de la herencia— del de la porción disponible como facultad del testador. 2º) En la posibilidad de que el legitimario, sin dejar de serlo, renuncie a la herencia. 3º) En que el derecho del legitimario que sin ser preterido recibe a otro título que el de heredero menos de lo que por ley le corresponde se limita a reclamar el complemento de la legítima. En definitiva, sostuvo que el legitimario, sólo por serlo no era forzoso ni necesariamente heredero del causante y no tenía derecho a exigir que se lo declarase judicialmente tal, frente a un testamento que no lo mencionaba en su institución de heredero no anulada.

El Dr. Sánchez de Bustamante, fuera de adherir al voto anteriormente reseñado, afirmó la imposibilidad de que, subsistiendo la institución testamentaria, se dictase declaratoria de herederos en favor de otra persona, por falta de base legal para que la sucesión fuese testamentaria respecto de unos herederos y ab intestato respecto de otros. En el caso particular del cónyuge señaló que, conforme con los arts. 3715 y 3600, si era preterido sólo podía reclamar su legítima y si se le asignaba menos que ésta, únicamente su complemento. Afirmó también que la definición del art. 3591 cedía frente a las normas concretas de los arts. 3354 y 3600.

La solución de la mayoría del tribunal —que triunfó por cantidad mas no por calidad de los votos— fue eficazmente criticada por Laje*, quien sostuvo que alteraba la voluntad del causante y conagraba la existencia, en una misma sucesión, de herederos testamentarios y legítimos, no obstante el principio de que los primeros excluyen a los segundos y las diferencias que los separan en cuanto a fundamentos, origen y disposiciones efectivas que los rigen. A su juicio, la facultad

* Op. cit. en nota 5.

del causante de disponer de su cuota libre importa la de instituir herederos con exclusión de los legitimarios, y sin posibilidad de que se agreguen otros por muy forzosa que se considere su condición; de lo contrario habría que admitir que no hay plena disposición de la cuota libre o que la herencia es dual en presencia de legitimarios, y no única e indivisible. Consideró que la mayoría no había demostrado la condición hereditaria forzosa de los legitimarios, a la que se oponían los arts. 3354, 3600 y 3715 de los que resultaba el carácter de pure honoraria, ya que el derecho del legitimario se limita a los bienes que integran su cuota, con abstracción del carácter de heredero cuando no quiere o no puede tenerlo. En cuanto al problema formal que influyó sobre la decisión, afirmé que no se alegó ni justificó la conclusión de que el único medio adecuado para que el legitimario hiciera valer sus derechos consistiese en incorporarlo a una declaratoria de herederos, pues igual valor tendría un certificado judicial en el que constase su calidad y la cuota que le corresponde, y que en la sucesión correspondiente no ha sido declarado indigno ni desheredado válidamente.

III) LA CUOTA DESPUÉS DE LA LEY 17.711

10. Doctrina que estima confirmado el carácter de parte de la herencia. — La ley 17.711 dispuso la supresión del art. 3354 del Código Civil. Es claro que para quienes pensaban que dicho artículo estaba en contradicción con el resto de las normas del Código la situación resulta ahora muy clara: eliminada la disposición en la cual entendían que fincaba el único argumento adverso a su tesis, la legítima sería indudablemente *pure hereditaria*. Así lo entienden Guastavino, Borda, Maffía y Guillermo R. Garbino³. Sin embargo, en tanto Garbino afirma que ha quedado desterrada de nuestro sistema legal la "figura extraña" del legitimario no heredero, Maffía considera que no obstante la intención de los reformadores de suprimirla, ella aparece de nuevo, "de rodón" con la atribución de derecho sucesorio a la nueva viuda.

³ ELIAS F. GUASTAVINO, *Interpretación del art. 3377 bis del Código Civil*, L. L. del 9-12-70 (t. 146), cap. IV; BORDA, *op. cit.*, 3ª ed., t. I, n.º 275 y t. II, n.º 911; *La Reforma del Código Civil - La Legítima*, t. 34, p. 885; JOSEPH G. MAFFÍA, *El derecho sucesorio en la reforma del Código Civil*, La Plata, 1969, cap. II, n.º 4; GUILLERMO R. GARBINO, *Protección de herederos forzosa*, Buenos Aires, 1970, p. 51.

11. *Doctrina según la cual la legítima continúa siendo "pars bonorum".* — Por el contrario, Guaglione afirma que si bien existió el propósito de hacer de la legítima parte de la herencia, al suprimirse el art. 3354, otros textos admiten la existencia de legitimarios que no son herederos: la nueva viuda, el descendiente del desheredado y el legitimario preterido. Se produce también la manifiesta desarmonía de que, no obstante la derogación del mencionado artículo, la legítima pueda quedar integrada sólo con donaciones —cuando no hay herencia y los legitimarios reivindican su porción sin título de herederos— y además subsisten o se crean otros legitimarios que no son herederos².

Parcialmente coincidente es la opinión de Héctor R. Goyena Coppello, quien estima que la derogación del art. 3354 habría dado una tónica uniforme al Código; pero que, sin embargo, el nuevo art. 3715 introduce la figura del legitimario no heredero. Estima que si el legitimario puede ser desheredado sin justa causa y entonces no retoma su carácter de heredero sino sólo el de legitimario, también puede desproveerse a sí mismo del carácter de heredero y mantener el de legitimario; por lo tanto, a pesar de la derogación del art. 3354 subsistiría la posibilidad de renunciar a la herencia y tomar la legítima³.

12. *Opinión del autor.* — A mi juicio, toda la confusión existente alrededor de este tema proviene de un error fundamental, el de reducir la cuestión a la determinación de la posibilidad de renunciar a la herencia y recoger la legítima, caracterizando a ésta como *pars bonorum* si esa posibilidad existe y como *pars hereditatis* en caso contrario. El error comenzó con una tesis de principios de siglo, cuyo autor no entendió el problema y afirmó el diálogo de que el art. 3354 era un conjunto de palabras vacías de sentido, inasusceptible de aplicación; continuó con el descabido criterio interpretativo de Fornéles y Borda, que encontraban contradictorio el artículo con el resto de las disposiciones del Código y proponían tenerlo *per se* abrogado; y concluyó con la jurisprudencia plenaria de la Capital Federal, que no encontró otra forma de reconocer el carácter de legitimario de quien no había sido instituido heredero que la de declararlo tal.

Lo cierto es que el carácter de la legítima no puede ser determinado por la existencia o inexistencia de la norma del art. 3354 sino

² AQUILLES H. GUAGLIONE, *La reforma del derecho sucesorio*, en *Rev. del Metabolismo*, año LXXIII, n.º 703, oct./feb., 1969, p. 22, n.º 2.

³ HÉCTOR R. GOYENA COPPELLO, *La derogación del art. 3354 del Código Civil y la creación del nuevo art. 3715*, El Derecho 23-848.

por lo que resulta del conjunto de normas que la reglamentan. Si del complejo de esas disposiciones resulta que es un derecho derivado de la calidad de heredero será parte de la herencia; si, por el contrario, surge que es un derecho distinto e independiente de tal calidad, será parte de los bienes. Y la posibilidad de renunciar a la herencia y tomar la legítima no resulta así el punto que determina la distinción sino una consecuencia del régimen general adoptado: evidentemente, si la legítima es un mínimo de herencia, la renuncia de ésta implica también la de aquella, pero si son figuras jurídicas diferentes no existe obstáculo legal para que se rechace una y se asuma la otra.

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

Dentro de las actuales textos del Código Civil, entiendo que la legítima es esencialmente *pars honorum*, y queda así caracterizada por las siguientes circunstancias:

1.º) *Por la posibilidad de ser legitimario sin ser heredero.* Dicha posibilidad se da en los siguientes casos, algunos de ellos derivados del Código Civil y otras de la ley de reformas 17.711:

a) *Legitimario legatario.* — Es posible que el testador deje al legitimario uno o más legados —de cuota o particulares— que coin-

cidan con su legítima o la supere, e instituya heredero a un extraño o disponga del resto de sus bienes de cualquier modo. En tal caso, el legítimario nada tiene que reclamar del heredero, ni de los demás beneficiarios, ya que el derecho del cual no puede ser privado queda cubierta y puede serle atribuido por cualquier título (art. 3600 del Cód. Civil); si al legado, en tanto cubre la legítima, el testador hubiera impuesto cualquier gravamen o condición, éstos serían nulos (art. 3598 del Cód. Civil).

Igual situación se produce en el caso en que el testador se limita a reconocer la existencia de uno o varios legítimarios y manifiesta que les atribuye lo que en tal concepto les correspondía, instituyendo herederos a uno o más extraños o agotando sus bienes con otras disposiciones. Esta situación equivale a un legado de la cuota legítimaria, y los legítimarios nada tendrían tampoco que reclamar de los herederos u otros beneficiarios.

Puede ocurrir que el legado no alcance a cubrir la legítima. En tal supuesto, el art. 3600 del Código Civil establece en forma expresa que el legítimario sólo podrá pedir el complemento de su legítima, es decir, la porción de bienes que sea necesaria para dejar cubierta su cuota.

En todos estos casos el legítimario no es heredero. La calidad de heredero supone, en nuestro derecho, la reunión de dos características: la de sucesor universal, es decir, en el todo o en una parte alicuota del patrimonio (art. 3263 del Cód. Civil) y la vocación universal, esto es, la eventual posibilidad de recoger la totalidad de la herencia por desaseamiento de la vocación de los otros sucesores universales. El primero de los requisitos se da en los casos indicados, salvo en el de que se le haya hecho solamente uno o más legados particulares; pero el segundo no se presenta, y de ahí que no sea heredero.

Esa situación puede verse claramente cuando frente al legítimario o a los legítimarios hay dos o más herederos instituidos; si uno de éstos renuncia a la herencia o es declarado indigno, su parte acrece a la de los coherederos más no a la de los legítimarios no herederos, cuyas cuotas permanecen invariables. Y si se produjese la renuncia o indignidad de todos los herederos instituidos, los legítimarios recibirían la porción disponible no por efecto de la vocación universal derivada de su carácter de legítimarios, que no existe, sino porque entonces se abriría la sucesión intestada y aparecería la calidad de

herederos de la cual estaban privados porque la existencia de herederos testamentarios obstaba a ella.

También se aprecia con claridad la situación cuando además del legado en favor del legitimario y de la institución de heredero, el testador ha hecho otros legados; si éstos son renunciados o caducan, los bienes que fueran objeto de ellos son recogidos por los herederos, en virtud de su vocación universal, y no por el legitimario que tiene ya satisfecha su legítima.

b) *Legitimario beneficiario de cargo.* — El testador puede instituir herederos extraños, con cargo de hacer entrega al o los legitimarios de su porción legítima, sea en bienes de la herencia, sea en dinero —aunque no lo haya en ella—, sea en bienes de los propios herederos. Si de ese modo la legítima queda cubierta, el legitimario nada puede reclamar del heredero, ya que —como expresa el art. 3600— la legítima puede ser recibida por cualquier título, y si el cargo fuese insuficiente sólo cabría, de acuerdo con la misma disposición, la acción de complemento de la legítima.

La situación es bastante similar a la del legitimario-legatario, que no es heredero aunque pueda llegar a serlo en caso de que dejen de concurrir a la herencia la totalidad de los herederos instituidos.

c) *Legitimario donatario.* — El testador puede haber efectuado en vida donaciones en favor del legitimario que cubran su legítima, y en el testamento manifestar que ésta ha quedado cubierta con las donaciones o simplemente guardar silencio, distribuyendo la totalidad de sus bienes. En este caso, el legitimario tampoco puede reclamar nada de los beneficiarios del testamento, ni aun en el caso de que se hubiese dispuesto de todos los bienes sin instituir herederos, pues su derecho está a salvo.

Si las donaciones no cubriesen la legítima, sólo podría pedir lo necesario para completarla, sea que el testador hubiese considerado erróneamente en el testamento que su derecho estaba a salvo con las donaciones, por aplicación del art. 3600, o que lo hubiese omitido totalmente, pues aun cuando se considerase que en tal caso hay preterición, de acuerdo con el nuevo texto del art. 3715 el legitimario sólo puede pedir su legítima.

En todas estas situaciones, el legitimario no es heredero pues carece de vocación universal; su calidad de heredero sólo podría aparecer

si por no estar distribuidos todos los bienes en el testamento tuviese lugar la sucesión ab intestato.

d) *Legitimario preterido*.— De acuerdo con el nuevo texto del art. 3715, el legitimario preterido sólo puede reclamar su legítima, pero subsiste la institución de herederos. Por consiguiente, también es un legitimario no heredero.

Se vincula este problema con la posibilidad de concurrencia de herederos legitimarios con herederos instituidos no legitimarios. Tal posibilidad ha sido negada por Ribera, que no concibe que haya herederos sujetos a regímenes diferentes en cuanto a acrecimiento, colación, reducción, responsabilidad por el pago de legados, etc.²⁰, pero la admite Passal, en especial después de la nueva redacción del art. 3715, ya que entiende que nuestro ordenamiento jurídico no impone la misma situación jurídica a todos los herederos²¹.

Por el contrario, entiendo que el legitimario preterido no es heredero. Lo mismo que en el caso del legitimario legatario, la renuncia o indignidad de alguno de los herederos instituidos no motiva el acrecimiento de su porción sino de la de los otros herederos instituidos; y si renuncia o es declarado indigno el heredero instituido único o todos los herederos instituidos, el legitimario no recibe la porción disponible por acrecimiento o vocación universal derivada de su calidad de tal sino porque la sucesión intestada reemplaza a la institución testamentaria.

e) *Legitimario desheredado sin justa causa*.— Nuestro código no contempla expresamente el supuesto de desheredación sin justa causa o cuya causa no haya podido ser probada, a diferencia del código español, que en tal caso establece la nulidad parcial de la institución de heredero —en tanto perjudique al desheredado— y la validez de las demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a la legítima (art. 851). Mas la solución no me parece dudosa: si la justa causa de desheredación es necesaria para privar de la legítima (art. 3714 del Cód. Civil), la falta de justa causa no es óbice para que el testador prive al legitimario de la porción disponible; por lo tanto, análogamente al supuesto de preterición, el legitimario desheredado

²⁰ RIBERA, t. II, § 324, texto y notas 2037 a 2042.

²¹ SANTIAGO C. PASSAL, *Tratado de los testamentos*, t. I, Buenos Aires, 1970, nos. 618/23 y 642; *La preterición de herederos forzosos en la reforma del Código Civil*, El Derecho, 22-248, n.º 24.

sin justa causa sólo puede reclamar su legítima. La solución es, pues, la misma que en el caso de preterición.

f) *Nueva viuda.* — En el trabajo publicado en el n.º 40/41 de esta revista, con el título "La sucesión intestada en la reforma del Código Civil", segunda parte, n.º 23, tengo expresos los fundamentos de las diferentes teorías acerca de la naturaleza del derecho que el art. 3576 bis del Cód. Civil acuerda a la nueva viuda sin hijos. Expresé allí que la nueva viuda es legitimaria mas no heredera, pero que existe una diferencia esencial con el típico legitimario no heredero, la de que en tanto éste puede llegar a ser heredero, aquella jamás puede llegar a serlo, ya que su derecho se detiene en el límite máximo que resulta de la ley, el cuarto de la herencia.

En todos los supuestos anteriormente enunciados, los legitimarios pueden hacerse herederos si la herencia se distribuye ab intestato porque los instituidos repudian la herencia o son declarados indignos, o porque el testador no ha distribuido la totalidad de los bienes. La nueva viuda, en cambio, no puede de ningún modo ser heredera pero es legitimaria. Lo que confirma con mayor fuerza aun que su legítima no es parte de la herencia.

g) *Porque la legítima es individual y no global.* — En la reserva para hereditatis del derecho francés, el cálculo es global para todos los reservatarios. Sobre el haber formado por el caudal hereditario y las donaciones hechas por el causante, se calcula la porción disponible sin distinción de la data de las donaciones y la reserva es una masa que se distribuye entre los reservatarios.

-- En el régimen del Código Civil, en cambio, la masa a tomar en consideración cuando hay donaciones puede ser distinta para cada legitimario, pues se tienen en cuenta sólo las hechas después del momento en que cada uno de ellos adquirió ese carácter; así resulta del art. 1332 loc. 1.º, que requiere, para el ejercicio de la acción de reducción, la existencia del legitimario al tiempo en que la donación fue hecha.

Si bien ese inciso fue modificado por la ley 17.711, que habilita también a los descendientes nacidos después de la donación a pedir la reducción de ésta cuando hay otras nacidas antes, ello importará la equiparación de la masa de cálculo entre los descendientes, mas subsisten las diferencias cuando ellos concurren con otros legitimarios. Así, por ejemplo, si concurren hijos nacidos antes de la donación y cónyuge que contrajo matrimonio después de ella, la donación se

computará para establecer la legítima de los hijos mas no la del cónyuge; si concurren padres legítimos e hijos extramatrimoniales nacidos después de la donación, la legítima de los padres se calcula computando la donación pero la de los hijos excluyéndola.

3º) Porque no es necesario que la legítima se transmita por vía de sucesión mortis causa. — En el supuesto de legitimario-donatario y en el de no dejar el causante bienes a su muerte, habiendo hecho donaciones, la legítima no se transmite por vía de sucesión mortis causa. En el primer caso, se transmitió por donaciones; en el segundo, por la reducción de las donaciones hechas por el causante, es decir, por transmisión del donatario o del tercer adquirente al legitimario.

4º) Porque no siempre la legítima se integra con bienes hereditarios. — Si se admite, como la mayor parte de la doctrina nacional, que cuando la acción de reducción se entabla contra el donatario ella es personal, el donatario estaría facultado para detenerla pagando la legítima con dinero propio. Cuando se instituye heredero y se hace al legitimario un legado de cosa ajena que el heredero debe adquirir (art. 3754), o de cosa fungible cuya cantidad se determina pero que no existe en la herencia (art. 3760), si esos legados cubren la legítima, el legitimario no recibe bien alguno de la herencia. Por consiguiente, es perfectamente posible que el legitimario vea satisfecha su porción sin recibir bien alguno que perteneciese al causante.

Estas consideraciones me inclinan a estimar que la legítima sigue siendo *pars bonorum* a pesar de la supresión del art. 3354. El único problema por resolver sería si la voluntad del legislador claramente expresada importa que ya el legitimario no puede renunciar a la herencia y tomar la legítima, o si, en cambio, por ser figuras jurídicas distintas y no existir prohibición expresa, esa posibilidad continúa existiendo. Creo que también hay razones para inclinarse por la segunda solución; aunque el asunto dista mucho de ser claro, cabe recordar que en opinión de García Goyena la disposición similar al artículo derogado que contenía el proyecto español era superflua.

Como consecuencia del carácter jurídico de la legítima en nuestro derecho, existen legitimarios no herederos, que pueden ser sucesores universales del causante (legitimario-legatario de cuota, legitimario preterido, legitimario desheredado sin justa causa, nueva viuda), sucesores particulares de él (legitimario-legatario particular, legitimario-donatario) o aun no ser sucesores del causante sino recibir su legítima

de terceros (legitimario-beneficiario de carga cumplida con bienes que no pertenecen a la herencia, legitimario legatario de cosa ajena o de cosas fungibles que no se hallan en la sucesión, legitimario que recibe la legítima por vía de reducción de donaciones). En cualquier caso, el legitimario no heredero carece de vocación al todo —aun cuando el monto de su derecho puede acrecer en caso de colegitimarios indignos o que renuncien a su legítima sin dejar descendientes que los representen— y de responsabilidad ultra vires aun cuando ejerciese actos vedados al heredero beneficiario.

SEGUNDA PARTE

CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA

13. Régimen del Código Civil. — Dispone el art. 3602 del Código Civil, en su 1º y 2º parte: "*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.*"

El sistema de calcular el valor de los bienes donados al tiempo en que las donaciones habían sido hechas se fundaba en que era en ese momento en que se producía la transferencia definitiva de la propiedad del bien del donatario y el empobrecimiento del patrimonio del donante derivados de la donación, por lo que las alternativas ulteriores debían estar a cargo del titular de la propiedad; en que si el ocupante hubiese vendido el bien en lugar de haberlo donado, lo conservado en su patrimonio sería el valor al tiempo de la venta; en que favorece la buena explotación del bien donado, pues es el donatario el que se beneficia o perjudica por los aumentos o disminuciones ulteriores del valor; y, desde el punto de vista práctico, en que reduce los problemas derivados de la tasación y elimina los que crean los aumentos, mejoras, deterioro o perecimiento del bien donado. Su fuente era el art. 648 del proyecto español de 1851, que como el código argentino adoptaba el sistema de computar el valor de las donaciones al tiempo de su realización, tanto de las hechas a legitimarios que deben ser relacionadas, cuanto las hechas a ellos o a otras personas que deben ser tenidas en consideración para el cálculo de la legítima.

Ese régimen había sido criticado por Borda, quien afirmaba que si bien se trataba de una solución justa, en tiempos de estabilidad eco-

nómica, no lo era en los de inflación, ya que la computación del valor del bien al tiempo de la donación en una moneda anteriormente depreciada conduce a que no puedan reducirse donaciones hechas tiempo atrás que no excederían la porción disponible de tenerse en cuenta aquel valor pero sí al calculársele según el que tuviese la moneda a la muerte del causante¹².

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia hallaron la corrección de tales dificultades a partir del momento en que se generalizó la distinción entre las obligaciones de dinero y las de valor. Primero estuvo Casella que el criterio de las deudas de valor debía ser aplicado para solucionar los problemas derivados de la colación y la reducción. Luego, Colombo señaló que entre los casos que debían ser contemplados estaba la determinación de la legítima. Pero quien examinó la cuestión con mayor detenimiento fue Guastavino, quien entendía que la locución legal incluida en el art. 3602 debía ser entendida en su sentido propio, diferenciando las variaciones intrínsecas y extrínsecas del valor. La variación intrínseca se produce cuando se alteran circunstancias concretas y particulares que configuran el contorno de la cosa y permiten su correlación con el valor de los restantes bienes; la variación extrínseca ocurre cuando la cosa permanece idéntica a sí misma, en sus elementos constitutivos y en las circunstancias que configuran su contorno, pero sufre las consecuencias de las fluctuaciones del poder adquisitivo del dinero, que afectan por igual a todos los bienes. Y el art. 3602 desechaba sólo las variaciones intrínsecas, con el fin de que el donatario asumiese los riesgos de la cosa donada, beneficiándose con su aumento de valor o perjudicándose con su depreciación, de modo de premiar su empeño o castigar su descuido. En cambio, en las alteraciones extrínsecas no hay una real alteración de la cosa, sino sólo contable o aritmética, como consecuencia de la modificación de la unidad de medida del valor¹³.

En el campo jurisprudencial, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala U, resolvió el 22 de febrero de 1986 que "el juego armónico de las normas del Código Civil relativas a la legítima resultaba que la obligación de responder al cumplimiento de la ordenado

¹² BORDA, op. cit., 1ª y 2ª eda., t. II, n° 958.

¹³ JUAN J. CASSELLA, *La deuda de valor*, LL, 304-357, esp. VII; LEONARDO A. COLOMBO, *La depreciación de la moneda y las "deudas de dinero" y las "deudas de valor"*, Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones, t. I, p. 161, n° 4; ELLAS P. GUASTAVINO, *El derecho civil ante la inflación*, LL, 110-1080, esp. XVI, B, 1.

en la sentencia dictada en el proceso sobre reducción constituye una deuda de valor¹⁴.

14. *Régimen de la ley 17711*.—La ley 17711, al modificar el art. 3402 del Código Civil, reemplazó su segunda parte por la siguiente: "Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones, aplicando las normas del art. 3477". A su vez, los dos últimos párrafos del art. 3477, introducidos por la mencionada ley, dicen: "Dichos valores deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión, sea que existan o no en poder del heredero. Tratándose de créditos o sumas de dinero, los jueces pueden determinar un equitativo reajuste según las circunstancias del caso".

La modificación introducida consiste, pues, en sustancia, en reemplazar el sistema de valuación de los bienes donados al tiempo de hacerse las donaciones por el que atiende al tiempo de la apertura de la sucesión. Es evidente que se inspira en las ideas de Berda, ya que coincide con su posición y es aprobada por dicho autor. En cambio, no se ajusta a la orientación del resto de la doctrina, ya que en lugar de disponer la actualización del valor de los bienes donados según la depreciación monetaria habida desde la fecha de la donación hasta la muerte del causante-donatario, establece la valuación al tiempo de la muerte.

Me parece una modificación inconveniente, pues aun cuando se halla sanamente inspirada en el propósito de evitar injusticias derivadas de la inflación, no ha advertido la antes apuntada diferencia entre la variación intrínseca y la variación extrínseca del valor de los bienes, ni tampoco la necesidad y posibilidad de que la legislación de fondo arbitre fórmulas que conduzcan a resultados justos tanto en épocas de estabilidad como en las de inflación o aun en las de deflación. Por otra parte, se dejan sin solución los problemas derivados de la pérdida, el deterioro, los aumentos materiales y mejoras que pueden haber ocurrido en el bien donado entre el momento de la donación y el de la apertura de la sucesión.

El nuevo sistema puede dar lugar a graves injusticias. Supóngase el caso —tomado de la jurisprudencia francesa— en que el causante haya donado acciones cotizables en bolsa, que el donatario de inmediato haya vendido; en el citado supuesto, como consecuencia

¹⁴ L.L. 120-117.

de la evolución económica de la sociedad a que pertenecían, las acciones habían decuplicado su valor al tiempo de la muerte del causante. De aplicarse en tal situación la norma del Código Civil adecuada por la doctrina, la legítima se computaría sobre el valor de las acciones al tiempo de la donación corregido según la depreciación monetaria; de aplicarse la de la ley de reformas, debe tenerse en consideración el valor de las donaciones al tiempo de la muerte. Como ese valor se ha incrementado por circunstancias ajenas al donatario y que él no ha aprovechado, en el caso extremo de no dejar bienes el causante a su fallecimiento, aquél sufrirá el serio perjuicio de responder por la legítima según un valor 10 veces superior al recibido.

No menos infuso puede ser el resultado si se trata de inmuebles valorizados intrínsecamente después de haber sido vendidos por el donatario; y todavía mucho más cuando la valorización proviene de la obra del propio donatario, que puede haber mejorado los bienes o, en el caso de las acciones, haber producido él mismo la valorización con su actuación en la dirección de la sociedad.

Respecto de la donación de créditos y sumas de dinero, opino —como Llambías— que no es satisfactoria la fluidez del criterio del nuevo párrafo 3º del art. 3477, que al autorizar a los jueces a determinar un equitativo reajuste según las circunstancias del caso exagera la discrecionalidad del juez²⁸. Ese poder de apreciación se justifica en cuestiones susceptibles de recibir diferentes soluciones según las particulares circunstancias de cada caso, más no en las que pueden resolverse en términos puramente matemáticos, como es la actualización de valores de acuerdo con la depreciación de la moneda.

15. *Condiciones que derivan del nuevo régimen.* — La apreciación del valor de los bienes donados al tiempo de la apertura de la sucesión plantea las siguientes cuestiones que requieren solución:

a) *Enajenación.* Si el bien donado ha sido enajenado, debe computarse su valor al tiempo de la apertura de la sucesión; así resulta del nuevo art. 3477, párr. 3º, *in fine* (sea que exista o no en poder del heredero; en el caso, del donatario). La misma debe ser la solución en caso de enajenación forzada (por expropiación o ejecución), cualquiera sea el precio o indemnización obtenidos.

²⁸ JORGE J. LLAMBIAS, *Ley 17.211: reforma del Código Civil, t. A., 1966*, Doct., pág. 138, tomo, nota 428 y sus variantes.

b) *Pérdida*. Si el bien donado peca, se plantea el problema de si la solución será la misma que en caso de enajenación o si, en cambio, las palabras “*existe o no en poder del heredero*” —en el caso, del donatario— que incluye el art. 3677 significan que debe ser incluido en el cómputo aunque haya perdido. La segunda parece ser la solución más justa, ya que aunque se haya producido el percimiento hubo un valor salido del patrimonio del causante sin contraprestación; no es, sin embargo, la que más se adecua a la regla del cómputo al tiempo del fallecimiento, ya que no es fácil fijar el valor que tendría una cosa que ya no existe.

c) *Mejoras*. Si el donatario o los sucesivos propietarios introdujeron mejoras en el bien, el mayor valor que ellas le confieran debe ser descontado del importe de la tasación, ya que no se trata de un valor salido del patrimonio del causante; no así los aumentos naturales (aluvión o avulsión) porque igualmente habrían ocurrido si el bien hubiera permanecido en el patrimonio del causante.

d) *Deterioros*. Los deterioros causados por culpa del donatario o ulterior adquirente deberían tenerse en consideración a fin de tasar el bien como si ellos no se hubiesen producido, ya que importan disminuciones de valor imputables a los propietarios que no tienen por qué redundar en disminución de la porción de los legitimarios¹⁸.

TERCERA PARTE

PRETERICION DE LEGITIMARIOS

I. PERICIONES SUSTANCIALES

18. *Derecho romano*. — Como expliqué más arriba (nº 1), la libertad de testar quedó, en el derecho romano, limitada muy pronto por la necesidad de desheredación expresa de los *sui heredes*, pero se trataba sólo de una limitación de orden formal, ya que no era necesario que esa desheredación fuese fundada. Sin embargo la preterición u omisión total de los hijos, sin instituirlos ni desheredarlos, ocasionaba la nulidad del testamento, y la de otros parientes, la concurrencia de ellos con los instituidos.

¹⁸ Un desarrollo más extenso de este tema puede verse en mi artículo “El valor de las donaciones y los efectos de la calúnia y del cálculo de la legítima en el Código Civil y en la ley 17.311”, publicado en *La Ley*, 615-1261.

Justiniano, en la Novela 113, limitó los efectos de la sanción pero extendió el número de quienes podían requerirla. En este nuevo régimen, tanto la preterición como la desheredación sin justa causa de ascendientes o descendientes provoca la nulidad de la institución de herederos, pero se mantiene la validez de las demás disposiciones testamentarias.

17. *Derecho español.* — Las Partidas concedieron a los descendientes y ascendientes preteridos la acción de nulidad del testamento (Partida VI, tit. VIII, ley 1), pero la ley 24 de Toro, que pasó a ser la ley 8, tit. VI, L^a X, de la Novísima Recopilación, se apartó de solución tan extrema y admitió en tal caso la validez de las mejoras.

El proyecto de 1851 recogió la solución justinianea en los siguientes términos: “La preterición de alguno o de todas las herederos forzosa en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o nazcan después, aun muerto el testador, anula la institución de heredero: pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas” (art. 444, primer párrafo). La norma pasó —con la supresión de la frase “sea que vivan al otorgarse el testamento o que nazcan después, aun muerto el testador”— a ser el primer párrafo del art. 814 del código español.

II. RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL.

18. *El art. 8715.* — Decía el art. 3715 del Código de Vélez Sarsfield: “La preterición de alguno o de todas las herederos forzosa 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”.

Como puede apreciarse, es la fórmula del proyecto español transcrita casi literalmente. La única diferencia estriba en haberse modificado la cláusula central (“sea que vivan al otorgarse el testamento o nazcan después, aun muerto el testador”), suprimiendo las palabras después y aun. Evidentemente la modificación fue errónea, pues si el artículo se hubiese interpretado literalmente habrían quedado privadas de acción las nacidas entre el otorgamiento del testamento y la muerte del causante; sin embargo, nadie dudó de que también ellos estaban incluidos, pues la distinción carecería de todo fundamento. Inclusive se decidió que había preterición si el legitimario tenía ese carácter al morir el testador aunque no la hubiese tenido al testar,

como en el caso de los hijos antes denominados adulterinos e incestuosos, a los cuales, antes del fallecimiento del testante, había conferido esa calidad la ley 14367¹⁷. Pero no la había si el legítimo, existente al tiempo de testar, fallecía antes que el testador¹⁸.

19. *Las diversas interpretaciones.* — A pesar de su claridad, la norma dio lugar a tres interpretaciones diversas, a saber:

1º) *Nullidad de la institución.* — La doctrina y la jurisprudencia tradicionales sostuvieron que la nulidad de la institución era total y absoluta, de modo tal que el instituido quedaba privado de toda participación en la herencia. Así lo afirmaron Machado, Llerena, Frayones, Lafaille, Rêbora, De Gasperi, Salvat, Díaz de Guisjarro, Coloma y Fassi, sin perjuicio de que señalase Lafaille que a su criterio otra solución debía prevalecer en el caso de una reforma¹⁹. Tal opinión rigió hasta hace algunos años en la jurisprudencia de la Capital Federal y persistió aun después de ser abandonada en tal jurisdicción en la de la Suprema Corte de Buenos Aires²⁰.

Los principales argumentos que abonaban esta interpretación eran los siguientes: a) los antecedentes históricos de la norma; b) la consideración de que la nulidad de la institución no era sólo un medio de defensa de la legítima sino también una sanción para el testador que omite al legítimo, manifestando así su desprecio por la ley y por el afrecho debido a éste; y de que en caso de que no conociera

¹⁷ Cóm. Nac. Civ., Sala C, 28-12-55, LL. 82-248.

¹⁸ Cóm. Nac. Civ., Sala C, 28-10-55, LL. 81-326.

¹⁹ JOSE G. MACHADO, *Exposición y comentario del Cód. Civil Argentino*, t. X, p. 371; BALDOMERO LLERENA, *Compendio de y comentario del Cód. Civil argentino*, t. X, nota al art. 3713; HECTOR LAFAILLE, *Sucessiones*, t. II, n.º 454/25; FRAYONES, págs. 285/86; RÊBORA, t. II, n.º 527; DE GASPERI, t. III, n.º 532; SALVAT, nota en el fallo de la Cóm. Civ. 2.º 22-1-38, J. A. 19-463. E. DIAZ DE GUIJARRO, *La nulidad del testamento por privación de herederos forzosos: principios básicos*, J. A. 73-623; LEONARDO A. COLOMBO, *Efectos de la privación testamentaria del heredero forzoso*, L. L. 78-781; SANTIAGO C. FASSI, *El derecho hereditario del cónyuge que ha disuelto su matrimonio con el conyuge mediante divorcio vincular en el extranjero (privación del viudo o viuda)*, L. L. 105-276; *Tratado de los testamentos*, n.ºs 628 y ss.

²⁰ Cóm. Civ. 1.º, 11/9/44, G. F. 173-241; 8-1-47, L. L. 46-265; Cóm. Civ. 2.º, 17-3-56, J. A. 19-440; 22-3-55, J. A. 19-463; 13-8-63, G. F. 164-257; Sup. Corte de Bs. As. 21-4-57, J. A. 528-II-27; 5-7-66, L. L. 29-224; 13-8-66, L. L. 191-97, J. A. 593-IV-82 (este tribunal había admitido otra solución en el fallo del 29-8-55, L. L. 81-178, J. A. 536-II-38); Cóm. 3.º civ. y com. La Plata, Sala II, 13-5-42, L. L. 26-628 Sup. Trib. de Santo Fe, sala I civ. y com. 21-12-57, Digesto Jurídico, t. I, vax "sucesión", com. 2456. Sup. Trib. Entre Ríos, 27-5-48, id., id., com. 2456; Cóm. Nac. Civ., Sala C, 28-12-55, L. L. 82-238.

la existencia del legitimario o su concepción al tiempo de fallecer, resultaba de la existencia de falsa causa en la disposición (art. 2832 del Cód. Civil); e) el carácter total de la nulidad estatuida en el art. 3715 con respecto a la institución, de modo que las mandas y mejoras eran válidas por ser independiente de ella, sin que la institución pudiese ser nula como tal y valer como manda o mejora.

2º) Válidas como mejora si el instituido es legitimario. — Segovia y Prayonnes entendían, en cambio, que si el instituido era a la vez legitimario podía recoger la porción disponible como mejora, pues tal solución permitía el cumplimiento de la voluntad del testador en lo posible; de tal modo, en ese caso la institución no se anulaba sino que se ampliaba para dar cabida a los excluidos²¹.

3º) Válidas como mejora o como legado de la porción disponible. — En los últimos tiempos surgió la tesis de que la institución, nula como tal, valía como mejora o como legado de cuota en la porción disponible, según que el instituido fuese o no legitimario, respectivamente. La sostuvieron Llanblanas y Bendersky; se plegó a ella Ferniñes, después de haber sostenido la solución tradicional, y la propiciaba Borda²². En el campo jurisprudencial fue sostenida primero por la jurisprudencia rosarina y luego obtuvo amplia acogida en la de la Capital Federal²³.

Sus principales argumentos eran: a) que respetaba la voluntad del causante en la medida en que la ley asegura su respeto; b) que la nulidad, como sanción, debe ser de interpretación restrictiva; c) que la falla del acto no está en haber dispuesto sin mentar a los legitimarios sino en haber dispuesto también de la parte intangible de éstos; d) que cuando la ley invalida una transmisión de derechos

²¹ LILANDRÓ SGOVIA, *El Cód. Civ. de la Rep. Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. II, p. 638, nota 19 al art. 3715 de su numeración; PRAYONNES, p. 386.

²² JOSEPH J. LLANBLANAS, *La preferencia de herederos forzoso y la nulidad de la institución hereditaria*, J. A. 323-IV-626. MAURO J. BENDERSKY, *Ineficacia del negocio jurídico cuando causa por preferencia de legitimarios*, L. L. 102-268. BORDA, *op. cit.* 1ª y 2ª ed., t. II, n° 1362. FERNIÑES, *op. cit.*, 4ª ed., n° 236 bis.

²³ Cám. Rosarina 4-11-26, J. A. 32-268; S.L. sala III, 3-12-43, J. A. 76-828. Cám. Civ. 1ª, 20-12-41, L.L. 22-373, J. A. 842-I-736. Cám. Mac. Civ. Sala A. 23-3-46, L. L. 102-268, J. A. 942-IV-261, E. D. 2-398; 4-11-46, L. L. 122-782. Sala D, 16-10-61, L. L. 104-131, J. A. 902-II-540, E. D. 2-362, 17-6-62, L. L. 112-242, J. A. 962-VI-343, Sala E, 22-12-66, L. L. 102-427, E. D. 2-583. Cámara Mac. Resistencia, 28-6-53, L. L. 74-782, J. A. 943-IV-427.

en razón de la magnitud de su objeto, debe estimarse que esa la sanción respecto de la parte menor que la ley autoriza; e) que no es razonable respetar la voluntad del causante en la medida de su porción disponible si se trata de legados y no si instituye herederos; f) que la teoría de la conversión de los actos jurídicos inválidos autoriza a considerar la institución, nula como tal, válida como legado de cuota en favor del instituido; g) que igual relevancia tienen o idéntica tutela jurídica merecen la porción legítima y la de libre disponibilidad.

A pesar del esfuerzo de los partidarios de esta tesis por fundar una solución que estimaban más justa, y del éxito que obtuvo en la jurisprudencia, estimo que era manifiestamente contraria al texto de la ley y a los fundamentos que la inspiraban; uno y otros sólo conducían a la invalidez total de la institución.

En cuanto a los proyectos de reforma, el de 1936 suprimía la norma del Código dejando que la situación se rigiese por los principios generales. El art. 762 del anteproyecto de 1954 propuso la siguiente norma: "*La preferencia de algunos o varios herederos forzosa que exista o estén concebidos en el momento de la apertura de la sucesión no perjudica la eficacia del testamento sino en la medida que resulten afectadas las porciones legítimas de los herederos omitidos*".

20. *Preferencia del cónyuge.*— La situación del cónyuge preferido dio lugar a opiniones encontradas. Para Segovia, Prayonca, Lafaille, De Gasperi, Ribera y Colombo, la solución del art. 8715 debía ser extendida a él²⁴.

Pero en la jurisprudencia prevaleció el criterio sustentado por Machado, Fornieles, Borda, Fassi y Díaz de Guzmán, según el cual el cónyuge preferido sólo podía reclamar la entrega de su legítima y la institución valía en cuanto no afectaba a ésta, ya que en tal caso estaba excluida la sanción del art. 8715, que contemplaba sólo a los legítimos en línea recta, es decir a los ascendientes y descendientes²⁵.

²⁴ SEGOVIA, t. II, p. 445, nota 18 al art. 8717 de su numeración; PRAYONCA, p. 294; LAFAILLE, t. II, n.º 483; DE GASPERI, t. III, n.º 333; RIBERA, t. II, n.º 327, nota 382; COLOMBO, op. cit., n.º 6.

²⁵ MACHADO, t. X, p. 28; FORNIELES, t. II, n.º 216; BORDA, t. II, n.º 1302; FASSI, *El derecho hereditario del cónyuge...* cit. en nota 18. Cfr.

Para la generalidad de la doctrina la exclusión del cónyuge del texto del art. 3715 se debía a una inadvertencia del codificador, que habría transcrito a la letra el art. 644 del proyecto español, en el cual no tenía la calidad de legitimario. En cambio, Fassi negaba la existencia de tal error o inadvertencia, pues consideraba perfectamente posible que Vélaz Saratfield hubiese llevado más allá la protección de los descendientes y ascendientes que la del cónyuge, asegurando a éste sólo la integridad de su legítima pero permitiendo a aquéllos obtener la nulidad de la institución; tal fue, por otra parte, la solución que admitió más tarde el art. 814 del Código español, que niega al viudo o viuda la acción de nulidad de la institución sin perjuicio de las conferidas para mantener la integridad de su legítima. Esta explicación justifica cabalmente la solución aceptada por la jurisprudencia.

III. RÉSUMEN DE LA LEY 17.711

21. *Sentido de la nueva norma.*— El nuevo texto del art. 3715 dice así: “La preferencia de alguno o de todas las herederas forzosas, sea que vivan a la fecha del testamento o que nazcan después de otorgado, no invalida la institución hereditaria; además que sea la legítima y pagada los mandos, el resto debe entregarse al heredero instituido.”

La solución no es la misma que la de la jurisprudencia de los últimos años. Para ésta, la institución —sola como tal— valía como mejora si se instituta a un legitimario y como legado de la porción disponible si favorecía a otra persona, y los legitimarios asumían el carácter de herederos. Para la reforma, en cambio, son los instituidos quienes tienen el carácter de herederos, extendiéndose así a todos los casos el criterio antes vigente en la jurisprudencia respecto de la preferencia del cónyuge. Por consiguiente, a mi juicio —coincidente con el de Guaglianone y Gayena Copello²⁰— el legitimario preterido

Civ. 1°, 11-3-22, J.A. 28-180, Cám. Civ. 2°, 6-7-29, L.L. 16-7, J.A. 87-284; 12-4-47, L.L. 46-309; 28-3-49, L.L. 84-614, J.A. 949-111-81, Cám. Nac. Civ. Sala II, 28-2-55, L.L. 79-241, J.A. 263-II-30; 17-9-68, L.L. 112-145, J.A. 243-VI-263, Rep. Corte de Ba. As. 28-11-62, J.A. 263-II-434, Cám. 2° civ. y com. La Plata, Sala II, 13-1-62, L.L. 109-121.

²⁰ GUAGLIANONE, op. cit. en nota 8, n° 4; La preferencia de legitimario antes y después de la reforma civil, Buenos Aires, 1971, t.º 33 y ss.; GAYENA COPELLO, op. cit. en nota 8.

es un legítimo no heredero (supra, n.º 13, 1.º, d); otra es la opinión de Fassi y Garbino, quienes entienden que coexiste la calidad de herederos de instituidos y preteridos²², en tanto Guastavino estima que a pesar de los términos de la ley el instituido se comporta como heredero mejorado si es legítimo y como legatario de cuota si no lo es, en razón de que la falta de vocación universal queda demostrada en caso de renuncia de uno de los legítimos, caso en el cual su porción sirve a la de los otros legítimos y no a la del instituido²³.

Difiente, por lo tanto, con la opinión de Fassi de que la pretensión ha sido despejada de efectos jurídicos; aún los tiene, aunque distintos de los anteriores a la reforma. Consisten en que el legítimo queda desprovisto de la calidad de heredero, la cual es atribuida al instituido; éste es un verdadero heredero, pues su vocación universal se pone de manifiesto tanto en el caso de dejar de concurrir alguno de los herederos cuando en el de suceder lo mismo con todos los legítimos. En cuanto a éstos, si reciben la porción disponible en caso de faltar todos los herederos no es porque el solo título de legítimos les acuerde vocación universal sino porque al fallar la institución —que les impedía asumir el carácter de herederos por no poder coexistir en una misma sucesión herederos testamentarios y abintestato— desaparece el obstáculo que impedía la distribución de la herencia según las reglas de la sucesión intestada.

En el aspecto formal, la nueva norma incluye en forma expresa a los hijos nacidos después del testamento y antes de la muerte del testador, corrigiendo así el error de transcripción del codificador.

22. *Supermasculencia a existencia desconocida de descendientes.* — Los descendientes nacidos después del testamento, son los póstumos, y aquéllos cuya existencia era desconocida al tiempo de testar, sólo podrán reclamar su legítima, de acuerdo con la nueva norma.

Tal disposición implica una desigualdad entre los instituidos y los preteridos, pues los primeros concurrirán en legítima y porción disponible y los segundos sólo en aquélla. Sin embargo, en tales casos puede arribarse a la igualdad mediante la nulidad de la institución por otro motivo: la falsa causa, a que alude el art. 3832, cuya apli-

²² FASSI, *Festudo*... 641/42; GARBINO, *op. cit.* en nota 7, págs. 44/53.

²³ GUASTAVINO, *op. cit.* en nota 7, cap. IV, n.º 2.

cción postulan Maffia y Boeda²⁹, y sólo para el caso de hijo desconocido o póstumo, Garbino³⁰.

A este respecto, juzgo —de acuerdo con Llambías— que la institución puede ser anulada por falsa causa siempre que el testador desconociera la existencia de los preteridos, como en caso de haber descendientes y no haberlo al tiempo de testar ni advertirlo antes de fallecer, o de nacer después de fallecido el testador cuando éste ignoraba la concepción; en tales casos, resulta admisible que la preterición derive del error del causante³¹. Pero si llegó a conocer la existencia antes de fallecer o sabía del embarazo, lo mismo que si el descendiente nace después de hecho el testamento y antes de la muerte, la preterición resulta hecha voluntariamente y con conocimiento de la realidad, por lo que produce los efectos que le asigna el art. 3715, favoreciendo a los instituidos con menzura de los preteridos. He aquí una inequitativa solución derivada del nuevo texto; para remediarla se ha propuesto adoptar una norma que disponga la revocación del testamento o de la institución por supervenencia de descendientes o desconocimiento de su existencia, como en el art. 687 del código italiano y el 752 inc. 1º del peruano³².

CUARTA PARTE

DONACIONES ENCUBIERTAS

22. *Antecedentes franceses.*—Uno de los propósitos de la Revolución Francesa fue el de abolir todas las desigualdades establecidas en la legislación anterior, no sólo en el orden político sino también en el civil. Con el fin de asegurar tal igualdad entre los coherederos dispuso el art. 26 de la ley del 17 de Nivoso del año II:

“*Todas las donaciones con cargo de una renta vitalicia o rentas ‘a fonds perdu’, en línea directa o colateral a uno de los herederos promitidos 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.*”

²⁹ MAFFIA, op. cit. en nota 1, n.º 21, p. 114. BOEDA, *Reforma del Código Civil. La legítima*, El Derecho del 11-12-30, n.º 8.

³⁰ GARBINO, op. cit., p. 13/33.

³¹ JOSÉ J. LLAMBIAS, *Ley 27.711. Reforma del Código Civil*, J. A. 1940, Doctrina, p. 127/28, texto y nota 223.

³² MAFFIA, op. y loc. cit., GARBINO, op. cit., p. 64.

Todas las que hubiesen sido hechas desde el 14 de julio de 1793 inclusive, a las personas de la calidad arriba indicada, con anulación, salvo el derecho del adquirente de hacerse devolutor por el donante o vendedor o por sus herederos todo lo que justificare haber pagado por encima de la justa renta de la casa enajenada, y todo sin perjuicio de las costumbres o usos que hubiesen invalidado actas análogas otorgadas aún antes del 14 de julio de 1793²⁸.

Con dicho precepto se impedía que mediante una enajenación "a fonds perdu" el causante violase la igualdad establecida forzadamente entre sus herederos presuntos. Pero el Código Napoleón admitió la dispensa de colación; por lo tanto, ya la prohibición no habría tenido sentido. Sin embargo, como las ventas hechas "a fonds perdu" o con reserva de usufructo generalmente encubren donaciones, arbitró la solución de presunciones así —presunción que la jurisprudencia consideró *juris et de jure*— pero establecer a su respecto la dispensa tácita de la colación.

En tal sentido dispuso el art. 918 de dicho código: "El valor en plena propiedad de los bienes enajenados, sea con cargo de renta vitalicia, sea 'a fonds perdu', o con reserva de usufructo, a uno de los herederos en línea recta, será imputado a la porción disponible; y el excedente, si lo hubiere, será colacionado a la masa. Esa imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los demás herederos en línea recta que hubieran consentido las enajenaciones, y en ningún caso por los herederos en línea colateral" ("Le valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit, à l'un des successibles en ligne directe, sera imputée sur la portion disponible; et l'excédant, s'il y en a, sera rapporté à la masse. Cette imputation et ce rapport ne pourront être demandés par ceux des autres successibles en ligne directe qui auraient consenti à ces aliénations, ni, dans aucun cas, par les successibles en ligne collatérale").

²⁸ "A fonds perdu" es una expresión francesa que repone en su forma original porque no tiene un equivalente exacto en idioma español: Machada y Bibiloni la traducen por "a fondo perdido"; Elibora y De Guzmán por "a capital perdido". Significa que el precio de la enajenación no consiste en una suma fija sino en prestaciones periódicas y vitales, tales como una prestación alimentaria o una renta vitalicia, de modo que a la muerte del enajenante los herederos no encuentran en su patrimonio ningún capital en reemplazo del bien enajenado, ya que por lo común las prestaciones periódicas recibidas se habían consumido en vida del causante.

24. *El art. 3604 del Código de Vélez Sarsfield.* — Sobre la base del art. 918 del código francés, redactó Vélez Sarsfield el art. 3604 del código argentino, en los siguientes términos: "Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uso 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".

En general, el sentido de la norma es el de establecer dos presunciones combinadas. La primera consiste en considerar que ciertas enajenaciones aparentemente onerosas efectuadas por el causante en favor de sus presuntos legitimarios no son tales sino en realidad donaciones; a mi juicio, coincidente con la opinión expresada por Vélez Sarsfield en la nota al art. 3604, con la jurisprudencia francesa y con la opinión de la mayor parte de la doctrina nacional, ésta es una presunción que no admite prueba en contrario. La segunda es la de que por vía de la donación encubierta bajo la forma de un acto a título oneroso, el causante ha tenido la intención de mejorar al heredero; por lo tanto, apartándose del principio del art. 3484 que impone a la dispensa de colación la forma testamentaria, lo que supone que sea expresa, establece un supuesto de mejora presumido por la ley. De tal modo, mientras las donaciones declaradas deben ser colacionadas íntegramente por los legitimarios donatarios, las encubiertas bajo la forma de enajenaciones onerosas con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo sólo deben ser colacionadas en lo que exceden de la porción disponible. Finalmente, admite que los otros legitimarios reconozcan la onerosidad de la enajenación por pacto entre ellos y las partes de ésta, caso en el cual no rige la presunción de tratarse de una donación.

Pero la redacción del artículo fue muy poco feliz, ya que al modificar la redacción de la fuente incurrió en varios errores formales. Son ellos: 1º) El uso de la palabra "testador" en lugar de "causante", puesto que la disposición rige tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada; 2º) La antinomia de considerar posible la entrega "en plena propiedad" pero "con reserva de usufructo", cuando precisamente la existencia del derecho real de usu-

fructo hace a la propiedad menos plena (art. 2507). Nótese que el código francés no habla de transmisión de la plena propiedad del bien sino de imputar y colacionar el valor en plena propiedad, es decir, el valor de la propiedad plena o no gravada; 3º) La alusión en dos oportunidades a "herederos legítimos", cuando de lo que aquí se trata es de los legítimarios o "herederos forzosos"; 4º) La inutilidad de la frase final que prohíbe entablar la acción autorizada por el artículo a quienes no tienen asignada (aquí, además dice "designada" por "asignada") porción legítima.

Pero todos esos defectos podían ser salvados. Existía, sin embargo, otro que dio lugar a una honda controversia. Consistía en que, donde la fuente decía "sea con cargo de renta vitalicia, sea 'a fonds perdus', o con reserva de usufructo", el codificador escribió "aunque sea con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo". De la interpretación de esa frase, fuere literal o fundada en la fuente, derivaron dos posiciones: la primera, que entendió comprendidas en la norma todas las enajenaciones onerosas hechas a los legítimarios; la segunda, que estimó que sólo alcanzaba, como en el código francés, a las ventas con cargo de renta vitalicia o reserva de usufructo.

La discrepancia tenía lugar en razón de que la mala redacción del artículo dejaba en la incógnita la intención del legislador. En efecto, si su propósito hubiese sido comprender todas las enajenaciones onerosas, lógico hubiese sido que dijese "aunque no sea con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo", o que simplemente suprimiese este período; no tiene sentido expresar "aunque sea con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo" cuando no es en esos casos en que puede darse la duda sobre la aplicación del precepto sino precisamente en los demás. En sentido inverso, si el codificador quería comprender los mismos actos que la fuente, no tenía por qué utilizar la palabra "aunque".

Las posiciones quedaron fijadas ya en el debate suscitado en el Senado Nacional con motivo del tratamiento del proyecto que luego fue ley de fe de erratas del Código Civil. Allí, el senador Benjamín Paz—autor del proyecto— sostuvo la interpretación limitada, en tanto Gerónimo Cortés se pronunció por la interpretación amplia, esto es, porque la norma comprendía todas las enajenaciones hechas a los legítimarios.

Esta última posición fue compartida en la doctrina por Llerena, Fornicela, Cammarota, Arias, Laje, Horacio Povina y Argañarás, y a

poner de ser minoritaria en doctrina fue la aceptada por la jurisprudencia sin discrepancias hasta la década del 30. En sustancia, sus argumentos eran los siguientes: 1°) Que el empleo de la palabra "nunque" por el codificador amplía claramente el ámbito de aplicación que tenía el antecedente francés, y no constituyó un error de traducción sino una modificación deliberada; 2°) Que la nota al art. 3604 pone en claro el propósito de Vélez Sarsfield, pues alude a contratos onerosos que constituyen donaciones disfrazadas, sin distinciones; 3°) Que si la disposición se aplicase únicamente a las ventas con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo, bastaría una venta a vil precio para impedir su aplicación; 4°) Que de no aplicarse a todas las enajenaciones hechas a los legitimarios se impondría a éstos, en los demás casos, recurrir a la promoción de la acción de simulación, remedio complicado y difícil, que no satisface; 5°) Que la interpretación restrictiva tendría sentido en Francia, donde las enajenaciones con cargo de renta vitalicia o reserva de usufructo eran comunes, mas no en nuestro país, donde muy rara vez se efectúan. Cabe advertir que los autores que en los últimos tiempos sostuvieron esta posición atenuaron sus inconvenientes al sostener que la primera presunción emergente del artículo era *in rebus tantum* y no *in re et de iure*, de modo que si bien comprendía todas las enajenaciones onerosas hechas a los legitimarios, éstos podían probar la realidad del acto²⁴.

La tesis según la cual el artículo, conforme con su antecedente francés, sólo era aplicable a las ventas con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo, fue sostenida por Segovia, Machado, Fraynes, Lafaille, Bilibiani, Bébara, Borda, De Gasperi y Orszjevich. En el campo jurisprudencial, la sostuvo primero Colma, en un voto disidente, y en los últimos años habiéndose sido aceptada por varios tribunales nacionales y de las provincias de Buenos Aires y Santa Fe. Se

²⁴ LLERENA, t. IX, art. 3604, n° 1, p. 523/22; FORNTELES, t. II, n° 133; ANTONIO CARRAROTTA, *La colación y el art. 3604*, Buenos Aires 1934, p. 36; JOSE ARELAS, *Derecho sucesorio*, 3° ed., Buenos Aires 1950, p. 123; EDUARDO J. LAJE, *La transmisión onerosa de bienes a los legitimarios*, La Ley 37-910; HORACIO POTIERA, *Contratos onerosos celebrados entre el causante y uno de sus herederos legitimarios*, Rev. de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, Año XII, n° 44/45, 1950, p. 25; MANUEL J. ANSARABAN, *Las enajenaciones de bienes al heredero forzoso y el art. 3604 del Cód. Civil*, La Ley 46-72, Cámara Civil, 18-7-1952, Jus. Civil 1-474; 21-7-1956, Jus. Civil 815, voto del Dr. Malloa Civil, 22-7-1952, Cámara Civil 15, 22-4-18, Jurisprudencia Argentina 3-229; 26-6-53, Arrocas, p. 23, Cámara Civil 15, 22-4-18, Jurisprudencia Argentina 3-229; 26-6-53, Jurisprudencia Argentina 49-714, Cámara Civil 15, 6-4-57, Jurisprudencia Argentina 6-318, 27-7-55, Jurisprudencia Argentina 58-2170, ambos manuscritos por Balvat.

fundaba en los siguientes argumentos: 1º) Que el uso de la palabra "aunque" representaba una mala traducción del texto francés, pues en lugar de traducir "ait" por "sea", el codificador escribió "aunque sea"; 2º) Que la aplicación del artículo a todas las ventas hechas a los legitimarios importaría una incapacidad de derecho para enajenar de padres a hijos, que no habría sido razonable que resultara por implicancia de este artículo y no hubiera sido establecida en las normas que rigen la capacidad para comprar y vender; 3º) Que la presunción de gratuidad tiene sentido en las ventas con cargo de renta vitalicia o reserva de usufructo, en las que a la muerte del causante nada queda en su patrimonio, mas no en los demás casos, los que quedan sujetos a impugnación de acuerdo con las normas generales en materia de simulación, ya que de existir ésta no hay inconvenientes insalvables para acreditarla, máxime cuando el propio parentesco próximo entre las contratantes representa un indicio de su existencia; 4º) Que no se concibe que el codificador hubiese introducido una solución de tal modo innovatoria que no reconocía ningún precedente legislativo sin manifestarlo expresamente en la nota, la cual cita el antecedente del código francés; 5º) Que si el propósito hubiese sido aplicar la disposición a todo contrato oneroso, no existía necesidad alguna de mencionar los casos particulares enunciados en artículo; 6º) Que la aplicación amplia importaría injusticias notorias en los casos en que la reciprocidad de prestaciones es evidente, tal como en la permuta ó en la compraventa en que el precio debe pagarse a la muerte del enajenante, supuestos en los que no obstante ingresar la contraprestación en el haber hereditario se impondría la colación; 7º) Que la palabra "aunque" carente de sentido porque interpretado literalmente el precepto hace inútil el agregado; ya que éste sólo había tenido razón de ser si hubiese limitado el principio; 8º) Que la inconveniencia de la interpretación gramatical impone acudir a la interpretación lógica; 9º) Que es inconcebible que si el propósito del codificador hubiera sido el de comprender todas las enajenaciones onerosas, hubiese dicho en la nota que la presunción era *iuris et de iure*; 10º) Que la nota del codificador se refiere a contratos onerosos que no son sino donaciones disfrazadas, pero no dice que todos lo sean⁶⁸.

⁶⁸ SAGOVIA, t. II, p. 533, nota 32 al art. 3606; MACILADO, t. IX, nota al art. 3604, p. 485/51; PRATONER, op. cit., p. 247/53; LAFAILLE t. II, § 12, n.ºs. 12 y 13; JUAN ANTONIO BIRLOTTI, *Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino*, t. IV, p. 415/19; RESORA, t. II, p. 390; BORDA, 1º y 2º

25. *Reforma de la ley 17.711.* — La ley 17.711 modificó el art. 3604 cambiando la palabra "suave" por "casado". Consagró así la interpretación de la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia más moderna, acorde con el precedente francés y que —a mi juicio— era la más razonable. Además corrigió la expresión "herederos legítimos" cambiándola por "herederos forzados" en los dos apartados en que el artículo, erróneamente, utilizaba la primera.

Se le han criticado, sin embargo, los siguientes aspectos: 1º) La persistencia de la palabra "testador" en lugar de "causante", pues el artículo es de aplicación en toda clase de sucesiones, no sólo en las testamentarias; 2º) La subsistencia de la antinomia conceptual entre la referencia a la entrega de los bienes por el causante "en plena propiedad" y la "reserva de usufructo"; se ha señalado la mayor concisión del precepto francés, donde "plena propiedad" alude al valor del bien que debe ser impuesto y colacionado, y no a lo entregado al legitimario beneficiado; 3º) La falta de supresión de la frase final "y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima", que resulta inútil frente a la aclaración de que son sólo los legitimarios quienes pueden ejercer la acción del artículo²⁶.

QUINTA PARTE

LEGITIMACION ACTIVA EN LA ACCIÓN DE REDUCCION DE DONACIONES INOFICIOSAS

26. *Séptimo del Código Civil.* — Dispensa el art. 1832 inc. 1º del Cód. Civil que la reducción de las donaciones inoficiosas sólo podía

ed., t. II, nº 423; DE GASPERI, t. II, nº 184; OYBSEJEVICH, en *Enciclopedia Jurídica Omba*, t. XVIII, p. 181/2. Dificultad de Colón en el fallo de la Cám. Civ. 1ª, 27-2-36, J. A. 12-122. Cám. 2ª Rosario, 20-12-37, J. A. 62-252; Corte Suprema, 23-3-44, Fallos 198-123, L. L. 34-237, con disidencia de Sagarna. Cám. 1ª Cív. y com. La Plata, 6-11-45, J. A. 947-I-255 con voto del Dr. Bafallón; Cám. Civ. 2ª, 21-12-46, L. L. 46-72, J. A. 947-II-30; Cám. Nac. Civ., Sala A, 24-3-56, L. L. 83-511, J. A. 954-III-371 con votos de los Dres. Fiorini y Díaz de Guzmán; Sup. Trib. Santa Fe, sala 1ª cív. y com., 29-4-68, J. A. 941-III-46, con voto del Dr. Rodríguez Sager.

²⁶ Ver, en este sentido: MAFFIA, op. cit. en nota 7, p. 102; BORDA, 3º ed., t. II, nº 423, y *La reforma del Código Civil, La Legítima*, en E. D. del 21/12/79 (t. 24), cap. III; MARTÍN LUIS ERDOSEAN, *El art. 3604 del Cód. Civil; sus antecedentes y su reforma*, J. A. t. 1979, doctrina, p. 465; BOQUE GARIBO y LUIS ANDORRÓ, *Reforma del Código Civil*, Buenos Aires 1969, p. 141/42.

ser demandada "por los herederos descendientes o ascendientes del donante, que ya existían al tiempo de la donación".

Esta norma, tomada del art. 2174 inc. 2º del proyecto de Freitas, contenía un error, el de referirse sólo a los ascendientes y descendientes del donante, dejando aparentemente desprotegido al cónyuge. Sin embargo, la calidad de legitimario de éste hizo que la doctrina unánimemente admitiera la acción de reducción de donaciones por él entablada, con tal que ellas hubiesen sido hechas después de la celebración del matrimonio.

En cuanto al requisito de la existencia al tiempo de la donación—obviamente referido sólo a los descendientes, pues no se conciben ascendientes nacidos después que su descendiente, y aplicable en forma antes indicada al cónyuge— era el que definía el carácter individual de la legítima, estableciendo así su cálculo independiente para cada uno de los legitimarios sobre la masa formada por el haber hereditario líquido más las donaciones realizadas por el causante a partir del momento en que había comenzado su existencia o había contraído matrimonio con el causante. Claro está que ello era así para descendientes y cónyuge, pues para los ascendientes la situación debía necesariamente ser uniforme.

Esta solución había sido aprobada por Borda sobre la base de que no habría sido lógico imponer limitaciones al derecho de disponer a título gratuito de sus bienes a quien carece actualmente de legitimarios²¹. La criticaban, sin embargo, Salvat y Acuña Anzorrena, que la consideraban inconciliable con el sistema de legítima adoptado por nuestro derecho, especialmente con el art. 3602, según el cual deben computarse todas las donaciones²². Pero la crítica no era justa pues, como ya lo había señalado Machado, una y otra disposición debían combinarse, entendiéndose que el 3602 se refería a las donaciones hechas cuando el donante tenía ya legitimarios²³.

27. *Reforma de la ley 17.711.*— La ley 17.711 modificó el texto del art. 1832 inc. 1º. En primer lugar establece que la reducción puede ser demandada "por los herederos forzosos que existían en la época de la donación". Queda así salvada la falla formal de omitir al cónyuge.

²¹ BORDA, *Successor*, t. II, pº 574.

²² SALVAT-ACUÑA ANZORRENA, *Fuente de las obligaciones*, t. III, nº 1849 y nota 128 a.

²³ MACHADO, t. V, pág. 94, nota al art. 1832, inc. 1º.

Además agrega lo siguiente: "...empere, si existieren descendientes que tuvieran derecho a ejercer la acción, también competirá el derecho de obtener su reducción a los descendientes nacidos después de la donación".

Se crea así una excepción al principio del Código, por la cual si existen descendientes nacidos antes y después de la donación no sólo pueden ejercer la acción de reducción los primeros sino también los segundos. En cambio, si todos hubieran nacido después, ninguno de ellos tendría acción.

Consecuencia de esta modificación es que la legítima deba calcularse uniformemente entre todos los descendientes. En cambio, la masa de cálculo continuará siendo diferente cuando concurren legitimarios de distintos órdenes (descendientes y cónyuge; ascendientes y cónyuge; ascendientes legítimos e hijos extramatrimoniales; ascendientes legítimos, hijos extramatrimoniales y cónyuge), pues para el cónyuge deberán tenerse en consideración las donaciones hechas por el causante después del matrimonio y para los descendientes las realizadas después del nacimiento del mayor de ellos.

- -