

## **Algunas críticas al cálculo de la legítima, la acción de complemento; la acción de preterición y la transmisión de bienes a los legitimarios en el Código Civil y Comercial**

*Por Lidia Beatriz Hernández (\*)*

### **1.- Aspectos generales.**

El Código Civil y Comercial mantiene la institución de la legítima y los mismos legitimarios que el Código Civil, aunque disminuye las porciones y así reconoce a los descendientes dos tercios, a los ascendientes un medio y al cónyuge también un medio.

Como novedad ha introducido la mejora a favor del heredero con discapacidad, pudiendo el causante disponer, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes y ascendientes con discapacidad. Esta norma merece una crítica aparte en un trabajo posterior.

Si bien se reconoce a la legítima como porción de la que los legitimarios no pueden ser privados, surge de las nuevas normas que se la ha desprotegido, por ejemplo, en el art. 2459 que dispone la prescripción de la acción de reducción contra el donatario y contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión, o en el caso de art. 2461 que prevé un verdadero pacto sobre herencia futura de los legitimarios que podrían consentir la enajenación efectuada por el causante a uno de ellos, sea el acto oneroso o gratuito, lo que significa la posibilidad de renunciar a la colación y a la reducción en vida del causante, alterando el sistema de protección de la igualdad entre herederos y la protección de la cuota de legítima.

También la reforma muestra discordancias y, en mi opinión errores, al tratar las acciones de protección y el cálculo de la legítima, para citar algunos. No se ha solucionado la discusión doctrinaria respecto de la naturaleza de la legítima y la posibilidad de reconocer la existencia de legitimarios no herederos, a pesar de las consecuencias prácticas que derivan de seguir una u otra posición.

En este trabajo haré una comparación de las normas sobre el cálculo de la legítima en el nuevo Código con el de Vélez y trataré especialmente la acción de preterición; la acción de complemento de legítima y la transmisión de los bienes a los legitimarios.

### **2.- El cálculo de la legítima.**

Las porciones de legítima reconocidas a los legitimarios en el art. 2445 del Código Civil y Comercial deben tenerse presente para calcular la legítima global.

Asimismo, el art. 2446 expresamente establece que en caso de concurrencia de legitimarios la porción disponible se calcula según la legítima mayor. O sea, si concurren cónyuge con descendientes se aplicará para el cálculo de la legítima global los dos tercios que corresponde a los descendientes por ser la legítima mayor.

Si, en cambio, concurren sólo descendientes o solo ascendientes la porción disponible se calcula según sus respectivas legítimas, conforme el art. 2446.

Además, el art. 2445 dispone que las porciones de legítima se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición, según el estado del bien a la época de la donación.

He aquí el primer error, pues como se advierte se han tomado valores en dos tiempos distintos, el del valor líquido de la herencia al momento de la muerte y el valor de los bienes donados al de la partición.

Como sostuvimos en las Jornadas de Derecho Civil del 2013[1] la legítima debe calcularse al tiempo de la apertura de la sucesión, no de la partición, pues deben distinguirse ambas masas de cálculo.

El criterio que adopta el nuevo Código para el cálculo de legítima tomando el valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el valor de bienes donados de cada legitimario a la partición, según el estado del bien a la época de la donación, además de haber incurrido en cacofonía al redactarse el artículo, presenta la discordancia de reconocer dos momentos distintos para valuar bienes, que deben ser unificados empleando todos los valores al momento de la muerte del causante.

En general y sin efectuar el desarrollo del tema por la extensión asignada a este trabajo, cabe señalar que la formación de la masa para el cálculo de legítima deberá efectuarse atendiendo a la determinación de los bienes del causante a su fallecimiento, la deducción de las deudas y la determinación de los bienes donados por actos entre vivos. Se trata de una masa ideal integrada por los bienes que quedaron en el patrimonio del difunto al tiempo de su fallecimiento y que sean transmisibles por vía sucesoria, incluyendo los créditos que posea el causante que tuvieran valor actual a ese momento. También se computarán los frutos civiles vencidos y los naturales percibidos al tiempo del fallecimiento, excluyendo los frutos o rentas de bienes del acervo que se devenguen luego del deceso hasta la partición.[2]

El art. 2445 se refiere al “valor líquido de los bienes hereditarios” por lo que deben deducirse las deudas de la sucesión de los bienes que integran el patrimonio del causante y no corresponde hacerlo sobre las donaciones. En este aspecto el Código Civil y Comercial no ha cambiado el contenido del art. 3602 del Código Civil.

En cambio, no deben incluirse las cargas para el cálculo de la legítima, dado que éstas nacen luego del fallecimiento y solamente tienen incidencia en orden al trámite de la partición. Como es sabido se incluyen en este concepto de cargas obligaciones que nacen después del fallecimiento del causante como gastos de inventario, protocolización del testamento, honorarios de abogados, entre otras. [3]

No desconozco que algunos autores como Zannoni y Natale consideran que también deben restarse las cargas, criterio que no comparto. [4]

Maffía expresa que no deben deducirse las cargas para el cálculo de la legítima, dado que éstas nacen luego del fallecimiento, y solamente tienen incidencia en orden al trámite de partición (conf. art. 3474 C.Civ. y su nota), pero no en este cálculo aritmético destinado a determinar la legítima. En el mismo sentido se manifiesta Orlandi. [5]

Las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en Buenos Aires en setiembre de 2013, aconsejaron que la legítima debe calcularse al tiempo de la apertura de la sucesión, no de la partición. Por ello, por activo líquido se entiende el de los bienes transmitidos por sucesión menos las deudas pero no las cargas.

El error del legislador de 2013 estriba en confundir las operaciones de la legítima con las de la partición.

Belluscio sostiene que tanto para efectuar la colación como para determinar el monto de la legítima, es posible atenerse a dos diferentes criterios: el valor de los bienes donados al tiempo en que las donaciones fueron hechas, o el que esos bienes tienen al tiempo de morir el donante. Además, en materia de colación es posible tener en cuenta un tercer momento, el de la partición, inaplicable a la determinación de la legítima porque la situación de los donatarios extraños no es susceptible de ser modificada en razón del tiempo que los herederos, a su voluntad, hagan durar la indivisión hereditaria. [6]

De tal manera llevar el cálculo de la legítima al momento de la partición significaría que los acreedores posteriores a la muerte del causante, como por ejemplo los abogados deberían esperar hasta la partición para cobrar sus honorarios. [7]

Cuando el art 2445 alude al “valor líquido de la herencia”, se debe entender el contenido de la sucesión con la deducción de deudas. En el supuesto de concurrencia del cónyuge, tampoco se puede computar en la masa de cálculo los bienes gananciales de la sociedad conyugal disuelta por el fallecimiento, que corresponderá liquidar, y que se adjudican al cónyuge supérstite en calidad de socio, siguiendo las reglas respectivas.

Por último y sin pretender agotar el tema, debe destacarse que el art.2445 dispone que para el cómputo de la porción de cada descendiente sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa y para el del cónyuge las hechas después del matrimonio.

Para entender esta disposición debe comparársela con el régimen del Código Civil.

El art. 1832 inc. 1) del Código Civil legitima para pedir la acción de reducción a los legitimarios que existieran a la época de la donación, sin perjuicio de legitimar también a los descendientes que nacieran con posterioridad a la donación si existieran descendientes que tuvieran derecho a ejercer la acción.

Por otra parte, el plenario Spota, aunque referido a la colación, despejó la discusión doctrinaria respecto del cónyuge, quien debe ser legitimario al momento de la donación, por lo que no se computarán las donaciones anteriores a su matrimonio.[8]

Se advierte fácilmente que en el Código Civil debía efectuarse el cálculo de la legítima de acuerdo a la situación de cada legitimario a la fecha de la donación, salvo claro está el privilegio otorgado a los descendientes que nacieran después de acuerdo al art. 1832.

En el Código Civil y Comercial la determinación de los bienes que deben ser computados resulta del último párrafo del artículo 2445, ya referido, por lo que también en la reforma deberá efectuarse el cálculo de acuerdo a la situación del legitimario al momento de la donación, habiéndose acentuado el carácter individual de la legítima.

Como expresa Azpiri, en afirmación que comparto, es correcto que los bienes que se deben tomar en cuenta se refieran a la situación de cada legitimario puesto que puede suceder que una donación haya sido realizada cuando todavía no había sido concebido el heredero y por tal motivo, no podría perjudicarlo. El momento a partir del cual se consideran las donaciones también es adecuado porque guarda relación con el plazo máximo de duración del embarazo y de ese modo, se zanján las cuestiones que pueden presentarse respecto de una donación llevada a cabo cuando se conocía que la persona ya había sido concebida. También es pertinente tomar en cuenta ese mismo plazo respecto del ascendiente a quien se representa y con relación al cónyuge determinar el momento de la celebración de las nupcias.[9]

Asimismo, y de acuerdo al art. 2459 se deberán considerar para el cálculo de la legítima solamente las donaciones que tengan menos de 10 años de antigüedad a la muerte del causante, pues no procede la acción de reducción contra quien haya poseído la cosa durante diez años, sea el donatario o el subadquirente.

En cuanto al cálculo del valor de las donaciones el art. 2418 dispone que en todos los casos, para la colación y el cálculo de la legítima, se debe tener en cuenta el valor de los bienes al tiempo en que se hacen las donaciones, apreciado a valores constantes.

Recordemos una vez más que, de acuerdo al art. 2445, para calcular la legítima se toma el valor líquido de los bienes de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario a la época de la partición, según el estado del bien a la época de la donación.

En este último aspecto debe tenerse en cuenta el momento en que se produce la transferencia de la propiedad del bien al donatario, por lo que las disminuciones o los aumentos deben perjudicar o beneficiar a su titular.

De allí, que aun cuando resulta acertado tomar el estado del bien al momento de la donación a fin de evitar las injusticias que se advierten cuando se ha producido la variación intrínseca del valor del bien, el desacierto está, como ya lo señalamos, en no haber compatibilizado el momento de la actualización del valor de la donación y de los bienes de la herencia.

Por otra parte, cabe reiterar el error de la reforma en cuanto a los dos momentos en los que se efectúa la valuación de los bienes. Por ello, si bien resultaba necesario modificar el art. 3602 en lo que respecta al valor de las donaciones, lo cierto es que esos valores deben actualizarse al momento de la muerte para el cálculo de la legítima.

La discusión sobre el valor de las donaciones se centró en el art. 3602 del Código Civil, según texto de la ley 17711, que remitía al art. 3477, y computaba el valor de las donaciones al tiempo de la muerte.

El primitivo art. 3602 tomaba el valor de la donación al momento en que se hizo, mientras la reforma de la ley 17711 lo computaba al tiempo de la muerte. Esto último mereció críticas de la doctrina pues en la norma no se distinguían las variaciones intrínsecas y extrínsecas del valor del bien donado.

Un ejemplo de la jurisprudencia francesa, citado por Belluscio, pone de manifiesto la injusticia de tomar el valor de las donaciones al tiempo de la partición, debiendo en definitiva distinguir el valor intrínseco del extrínseco[10]. Se trata de un donatario de acciones cotizables en bolsa, que las vendió y que al momento fijado para su valuación a los fines del cálculo de la legítima habían duplicado su valor. La injusticia es notoria. Por ello, resulta más justo calcular el valor de la donación al tiempo en que se hizo, porque a la partición el valor del bien donado se incrementó por circunstancias ajenas al donatario y que éste no aprovechó.[11] También podría darse el caso inverso, del perecimiento de la cosa donada antes de la partición pero luego de un largo disfrute.

Entonces, está bien tomar el estado del bien donado a la época de la donación, pero, en cuanto al la valoración extrínseca, el cálculo de la legítima y la porción disponible debe hacerse según el poder de compra de la moneda a la muerte del causante, ya que es entonces cuando deberá apreciarse si sus donaciones excedieron la porción disponible; las ulteriores variaciones de valor de la moneda no pueden aprovechar ni perjudicar ni a legitimarios ni a donatarios, sin perjuicio de que la reducción debida por el donatario se considere obligación de valor.[12]

Como se advierte, si los bienes de la herencia se valúan al tiempo de la muerte mientras que las donaciones se tasan a la época de la partición puede suceder que entre ambos momentos se hayan producido alteraciones en dichos valores, que llevan a situaciones injustas al calcular la legítima.

Además, el artículo 2459 dispone que la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901.

La posibilidad de que sólo puedan ser objeto de reducción las donaciones que tengan menos de 10 años de antigüedad a la fecha de la muerte del causante provoca que una masa importante de bienes pueda resultar ajena a la protección legal.

Es decir, todas las donaciones que tengan más de 10 años podrían no ser afectadas por la acción de reducción, pues será posible oponer a esa pretensión la prescripción adquisitiva del bien donado. Si bien esta norma otorga mayor seguridad jurídica al donatario ya que su título queda saneado por el transcurso de los 10 años desde la fecha en que tomó posesión del bien donado, lo cierto es que implica una disminución importante sobre la integración de la masa de legítima y redundante en un perjuicio para el legitimario.[13]

### **3.- La acción de preterición de legitimarios.**

En el régimen actual el llamamiento de los legitimarios opera contra la voluntad del causante; de allí, la limitación a la libertad de testar en nuestro derecho.

El causante al testar puede omitir a sus herederos forzosos, puede hacerlo agotando sus bienes en legados sin respetar la legítima de aquéllos. En tal caso, sabemos que los legitimarios tienen la acción de reducción, con el fin de reducir los legados, evitando su cumplimiento hasta cubrir su legítima. También la tienen contra las donaciones que lesionen su legítima.

Cuando el testador teniendo legitimarios instituye herederos, el carácter universal de la institución y la vocación solidaria del heredero excluyen a los legitimarios. En tal supuesto, se les reconoce, en defensa de su legítima, la acción de preterición.

Entonces, la simple omisión de los legitimarios que existieran al otorgar el testamento o que nacieran después, no es suficiente para preterirlos es necesario además la institución de heredero. Como dice Zannoni, esa omisión debe ser de una entidad tal que excluya o cree una incompatibilidad necesaria entre la vocación que tiene su fuente en el testamento y la vocación legítima legitimaria. [14]

La institución de heredero crea una vocación al todo incompatible con la del legitimario y es en tal caso cuando se le reconoce a éste la acción de preterición.

Dispone el art. 3715, según el texto ordenado por la ley 17.711, que “la preterición de alguno o todos los herederos forzosos, sea que vivan a la fecha del testamento o que nazcan después de otorgado, no invalida la institución hereditaria; salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido”.

Con la reforma de 1968, en el texto vigente se mantiene la validez de la institución de heredero y se salva la legítima. Por ello, puede sostenerse que el precepto consagra al preterido como legitimario no heredero.

Belluscio, en posición que compartimos, afirma que a partir de la ley 17711 el testador no sólo puede destinar la porción disponible a legados o mejoras, sino que también puede instituir herederos que la recibirán después de salvada la legítima, ya sea por las propias disposiciones testamentarias o por el progreso de la acción de entrega de la legítima reconocida por el art. 3715 Cód. Civ. En consecuencia, los instituidos serán los herederos, pues de acuerdo a la norma la institución mantiene su validez, mientras los preteridos serán legitimarios no herederos.[15]

Así, ese autor ejemplifica: si se instituyen dos o más herederos y quedan uno o más legitimarios, los primeros tienen vocación expansiva, porque la renuncia o indignidad de alguno de ellos beneficia a los demás y no a los legitimarios. Si hay pluralidad de legitimarios, y alguno renuncia a la legítima o es declarado indigno, los demás acrecen aunque no sean herederos, no por efecto de la vocación universal, sino por la circunstancia de que su legítima se calcula con prescindencia de la de sus colegitimarios.

Cabe comparar la actual disposición del art. 3715 con la del Código Civil y Comercial.

En el nuevo Código se propone la acción de entrega de la legítima en el art. 2450, considerando que el legitimario preterido tiene acción para que se le entregue su porción legítima a título de heredero de cuota. También la tiene el legitimario cuando el difunto no deja bienes pero ha efectuado donaciones.

En primer lugar se advierte que se soluciona el actual problema sobre la naturaleza del título del preterido al tomar su legítima, que ahora lo hace como heredero de cuota, siguiendo la misma posición que el Proyecto de 1998.

A esta altura y a manera de aclaración debe señalarse que la reforma introduce una nueva figura, la del heredero de cuota eliminando la del legatario de cuota, advirtiendo que si bien el nuevo heredero en principio queda limitado a su cuota, en determinada circunstancia tendrá la posibilidad de acrecer, a diferencia del legatario que siempre estaba limitado a ella (art. 2488).

Empero, la nueva legislación no resuelve expresamente la naturaleza jurídica de la legítima, aunque mantiene el actual art. 3600. Por ello, y además por el cálculo individual que debe hacerse de la porción de cada legitimario al computar las donaciones, consideramos, de todas maneras que la legítima en el proyecto sigue siendo esencialmente *pars bonorum*.

No comparto la solución del artículo 2450, que parece confundir la preterición con la omisión del legitimario y, así, éste tiene la acción contra la institución de heredero y también cuando se lo omite totalmente mediante donaciones, alejándose del concepto actual de preterición y superponiéndose la solución, como veremos, con la reducción de donaciones.

Asimismo, la reforma reproduce en el art. 2451 el actual artículo 3600 legislando la acción de complemento. Ello permite interpretar que la acción de complemento se dirige para el reformador actual contra la institución de heredero universal al igual que la de preterición, aunque en la primera se ha dejado al legitimario menos que su legítima por cualquier título y en la segunda se lo ha omitido totalmente.

Por otro lado, el art. 2452 establece la reducción de las disposiciones testamentarias: instituciones de heredero de cuota y de los legados en ese orden, mientras que en el art. 2453 se propone la reducción de las donaciones hechas por el causante.

A nuestro criterio, debería diferenciarse la preterición de la reducción de donaciones.

Con mal método se han superpuesto dos acciones la de preterición y la de reducción; en efecto, la última parte del art. 2450 "entrega de la legítima" se refiere a las donaciones que agoten los bienes y el art. 2453 a la reducción de donaciones. Resulta evidente que sea que las donaciones absorban toda la legítima o solo la lesionen parcialmente siempre corresponderá la reducción hasta cubrirla.

El sistema resulta confuso si se lo relaciona con la prescripción que se propone en el art. 2459, pues cabría preguntarse si la solución sería diferente si se trata de donaciones que afectan parcialmente la legítima de las agotan todos los bienes. Parecería que el nuevo Código no hace diferencias, por lo que también en este caso no podrían computarse las donaciones previstas en la norma citada.

Se confunde la omisión del legitimario mediante donaciones y la preterición, sin percatarse que las donaciones están incluidas en la reducción.

Ello así porque frente al heredero universal solo corresponde la acción de preterición o la de complemento, pues no puede reducirse la institución de heredero, como lo demuestra Belluscio en su nota sobre la acción de complemento ya citada.

En definitiva, una buena metodología hubiera sido tratar las dos acciones separadamente, la preterición frente a la institución de heredero universal y la de reducción frente a las donaciones cualquiera sea su extensión y las disposiciones testamentarias.

Contrariamente, parece que la sola omisión implica preterición, pero siempre que esa omisión sea total por donaciones, no así si se omite al legitimario mediante disposiciones testamentarias, apareciendo aquí otra incongruencia, pues tanto donatarios como herederos de cuota y legatarios se constituyen en sujetos pasivos de la acción de reducción.

La mayoría de los autores distinguió siempre la preterición de la acción de reducción; mientras la primera tenía como sujeto pasivo al heredero instituido, la de reducción iba dirigida contra donaciones y legados cuando lesionaban la legítima.

El sistema del Código Civil ha sido dejado de lado, creemos siguiendo una mala metodología al tratar ambas instituciones.

En este sentido, la propuesta de la autora, en conjunto con otros profesores [16], en el sentido de modificar el proyecto distinguiendo la preterición de la reducción fue aprobada por mayoría por las XXIV Jornadas de Derecho Civil, Comisión de Sucesiones, con solo una abstención.

#### **4.- La acción de complemento de legítima.**

El causante no puede perjudicar la legítima de sus herederos forzosos. Si los omite totalmente mediante la institución de herederos, aquéllos tendrán la acción de preterición, mediante la cual, como hemos visto, podrán salvar su legítima.

En el supuesto que ahora estudiamos los legitimarios no fueron preteridos, sino que mediante la institución de herederos se les afectó sólo parte de su legítima, pues el resto les fue cubierto por el testador por cualquier otro título. En este caso se les reconoce la denominada acción de complemento, mediante la cual precisamente podrán completar su legítima.

En este sentido, el art. 3600 del Código Civil la define como la acción mediante la cual el legitimario a quien se le hubiere dejado por cualquier título menos de su porción legítima, únicamente tiene derecho a solicitar su complemento.

Debe recordarse que ambas acciones, la de complemento y la de preterición, tienen como sujeto pasivo al heredero instituido. Por lo que si el testador dejó legados en su testamento o durante su vida efectuó donaciones, que afecten la legítima, los legitimarios tendrán la acción de reducción.



El antecedente de la acción de preterición es la *querella inoficiosi testamenti*, mediante la cual el legitimario obtenía la nulidad del testamento que lo pretería. Pero a una solución tan radical se le puso límite de varias maneras, y así en algún momento de la evolución el tribunal de los Centumvros, a su libre arbitrio, podía conservar en todo o en parte las disposiciones testamentarias.

Pero, la trascendental limitación al ejercicio de la querella iba a estar dada por la aparición de la acción de complemento de la legítima o acción de suplemento (*actio ad supplendam legitiman, actio completoria o actio expletoria*), mediante la cual la asignación al legitimario de una porción de bienes inferior a la *debida portio* impedía la nulidad del testamento y sólo daba lugar a que se completara su porción legítima.[17]

El Proyecto de García Goyena como el Código español, son fuente directa del art. 3600 del Código Civil. En las fuentes la norma estaba ubicada a continuación de la preterición de legitimarios, porque García Goyena imaginó un orden donde, siguiendo las directivas romanas y de las Partidas, el precepto aparecía atenuando los rigurosos efectos asignados a la preterición. Dicho de otra forma, si el heredero era preterido se anulaba la institución, pero si recibía por cualquier título menos de su legítima, ya no podía impetrar la nulidad y sólo le quedaba el recurso de reclamar el complemento de aquélla.[18]

El art 3600 del Código Civil dispone *el heredero forzoso, a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, sólo podrá pedir su complemento.*

La norma dio lugar a diversas interpretaciones en la doctrina argentina, según se participa de la legítima como *pars bonorum* o *pars hereditatis*

No debe olvidarse que las fuentes del artículo siguen al derecho romano donde la legítima era esencialmente *pars bonorum*, por lo que aquéllos que niegan ese carácter a la legítima en el Código Civil realizan una interpretación deformante o derogatoria del art. 3600.

Diversamente Belluscio señala que ya las acciones de complemento y de reducción coexistían en el derecho romano y en el español antiguo, por lo que provengan de regímenes distintos no tiene incidencia como para identificarlas. Por otra parte, agrega, no resulta acertado sostener la superabundancia del art. 3600, pues Vélez cuando se refiere a disposiciones testamentarias, la utiliza para referirse a legados y no a la institución de herederos. Por lo demás, toda la doctrina cuando estudia la acción de reducción alude a la reducción de donaciones y legados y no a la institución de herederos. La impugnación de ésta solo puede hacerse por medio de la acción de complemento de la legítima y no de la reducción. El empleo de la locución "heredero forzoso" por legitimario, vicio en el cual incurre no sólo el art. 3600 sino también otras disposiciones, no es original de Vélez Sársfield, sino que fue recogido del derecho Justiniano y castellano por el proyecto español, sin advertir que era exacta cuando la legítima debía ser dejada necesariamente por institución de heredero, pero dejó de serlo al permitirse su atribución "por cualquier título"[19]

Entiende el autor citado que la interpretación correcta de los arts 3600 y 3601 es que el primero se dirige contra la institución de hereditaria que afecta la legítima y la acción de reducción contra los legados y las donaciones. Asimismo, agrega, no se concibe la reducción de la institución de herederos, dado su carácter universal que choca con la idea de reducción o disminución.

La acción de complemento es una acción personal, como la de reducción. Su objeto es que al

legitimario se le complete su cuota de legítima sobre los bienes del testador. De tal manera que será un sucesor universal del causante en su cuota de legítima y si no fue instituido heredero, por ejemplo si fue beneficiado con un legado, será un sucesor universal no heredero, similar al legitimario preterido, con la diferencia que sólo recibirá el saldo necesario para complementar su legítima computando lo ya recibido.

El Código Civil y Comercial, siguiendo la metodología del proyecto de 1998, legisla la acción de entrega de la legítima en el artículo 2450, es decir, la acción de preterición y en el siguiente la acción de complemento en estos términos: El legitimario a quien el testador le ha dejado, por cualquier título, menos de su porción legítima, sólo puede pedir su complemento.

Si bien la exposición de motivos del proyecto ahora sancionado nada refiere sobre la acción de complemento, el nuevo Código reproduce la norma vigente a continuación de la acción de preterición. Además, resulta útil acudir a su antecedente el proyecto de 1998, que en sus fundamentos dice que “cuando la legítima está afectada por la institución de herederos universal, basta con la acción de complemento para salvar derechos del legitimario, pues los herederos instituidos reciben el resto. En cambio, si se trata de herederos de una cuota determinada o de legatarios, las disposiciones deben ser reducidas para que el legitimario pueda recibir su porción.

Cabe concluir entonces que en la reforma actual la acción de complemento debe interpretarse como dirigida contra el heredero instituido, quien quedará limitado a la porción disponible, mientras el legitimario sólo se lleva su porción legítima, por lo que se concluye sobre la calidad de legitimario no heredero de este último.

Asimismo, también la ubicación de la norma, a continuación de la acción de preterición y la posibilidad de dejar la legítima por cualquier título reafirman el carácter *pars bonorum* de la legítima en el nuevo Código.

Sin perjuicio de lo que en principio sostenemos, sin pretender desarrollar el tema, Azpiri diversamente ha afirmado que en virtud de los arts. 2445 y 2450 parecería que la legítima forma parte de la herencia pues para gozar de ella hay que detentar la calidad de heredero, aunque también reconoce que la solución no resulta clara.[20]

#### **4.- Transmisión de bienes a los legitimarios.**

La reducción, a diferencia de la colación, protege la legítima frente a las disposiciones testamentarias y las donaciones inoficiosas efectuadas por el causante, otorgando a los legitimarios la posibilidad de reducir primero los legados, dejándolos sin efecto y después las donaciones.

Ambas acciones, entonces, pueden dirigirse contra las donaciones, pero para que funcione la colación no es necesario que la donación supere la porción disponible afectando la legítima, como requiere la reducción. De todas maneras, como lo destacara Borda, tanto la colación como la reducción defienden la integridad de las porciones hereditarias.

De manera excepcional, el art. 3604 del Código presume que el causante ha querido mejorar a su heredero cuando ha entregado por contrato algunos bienes al legitimario reservándose el usufructo o con cargo de renta vitalicia, enajenaciones que también presume encubren una liberalidad, sin

admitir prueba en contrario. En los dos últimos casos, el valor de la donación se imputará a la porción disponible, pues se ha dispensado de manera expresa o por presunción legal al legitimario y el exceso se imputará a la porción legítima del heredero.

Las donaciones hechas a un heredero legitimario están sujetas a colación, imputables a la porción hereditaria del heredero como valor ya recibido o a la porción disponible primero y a la legítima del heredero después cuando se lo ha dispensado de colación. Obsérvese que si en el primer caso, la donación excede la cuota de legítima del donatario, la restitución del exceso a la masa tendrá lugar mediante la reducción de esos valores. De la misma manera si mejorado el heredero, esa mejora excede la porción disponible, el exceso está sujeto a colación, imputándosele a la porción legítima del heredero como adelanto de herencia. Si esa mejora excede además la porción legítima del beneficiado, debe reducirse el exceso y traerlo a la masa.

Como se advierte, aun cuando se hable de la acción de colación, el mecanismo es el propio de la reducción. Se trata de la llamada colación del excedente que corresponde a lo que la doctrina francesa llama colación con fines de reducción, diferenciándola de la colación propiamente dicha o con fines de igualdad. Es también el supuesto previsto en el art. 3604, donde se presume la mejora, ordenando la imputación a la porción disponible y la colación del exceso.

De allí que en tales casos –lesionada la legítima- y debiendo restituir el exceso, la acción dirigida contra el legitimario es una típica acción de reducción, apartándose del mecanismo de la colación.

Como observan Ripert y Boulanger -refiriéndose al art. 918 del Código francés, fuente de nuestro art. 3604, la idea de una reducción por medio de una colación es sumamente simple en sí misma, pero se refiere a dos instituciones distintas. Cuando se habla de colación se piensa habitualmente en el procedimiento técnico destinado a restablecer la igualdad entre los coherederos. Pero aquí se trata de otra colación: la que opera la reducción de las liberalidades en favor de un sucesor que no se identifica con fines de igualdad. [21]

No debe olvidarse que el art. 3604 protege la legítima por lo que se aplicará sólo si aquélla se encuentra lesionada.

Dispone el art. 3604 vigente: Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos forzosos, cuando 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 forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima.

La principal controversia se centra actualmente en si la disposición incluye sólo a los contratos onerosos con reserva de usufructo o cargo de renta vitalicia o también a los supuestos de donaciones francas.

Las donaciones de bienes en plena propiedad con cargo de renta vitalicia se rigen por las reglas relativas a los actos a título oneroso, en cuanto a la porción de los bienes dados cuyo valor sea representado o absorbido por los cargos, según lo dispone el art. 1827 del Código Civil, en esa medida, entonces se encuentran contempladas por la disposición.

Si se tratara de la venta de un bien al legitimario y éste en el mismo contrato ha asumido además del precio, pagar una renta vitalicia en favor del vendedor, no se aplicaría la solución del art. 3604. No se tipifica en ese caso la entrega de un bien con cargo de renta vitalicia. Si la venta encubriese una donación, se podrá ejercer la acción de simulación y el valor del bien se imputará como adelanto de herencia.

Los supuestos referidos a las enajenaciones con reserva de usufructo, dan lugar a mayores dificultades. Cuando el contrato es oneroso, por ejemplo compraventa, mediante el cual el causante transmitió la nuda propiedad, reservándose el usufructo, no cabe duda, que la ley presume la simulación y los considera donaciones con dispensa de colación.

Si el causante en cambio donó la nuda propiedad de un bien, reservándose el usufructo, una posición doctrinaria considera que estos contratos, aunque gratuitos también están incluidos porque de lo contrario la maniobra del causante habría logrado prácticamente total eficacia, pues el dominio útil se consolidaría a la muerte del donante sin pasar a integrar el acervo hereditario. Al haberse donado la nuda propiedad, se dice, el valor colacionable se limitaría solamente al valor de la nuda propiedad.

Para otros autores, con esa interpretación la norma resultaría incongruente ya que la donación franca se imputará a la porción disponible, contrariando la regla del art. 1805. Además la imputación no podría ser demandada por los que hubieran consentido la enajenación violando el art. 3599.

Compartimos esa última posición. Teniendo en cuenta la fuente del art. 3604, la discusión de la doctrina francesa sobre la misma cuestión, seguramente conocida por el Codificador, y su referencia en la nota del artículo a los contratos onerosos que encubren donaciones, no nos quedan dudas de que la norma se refiere a enajenaciones onerosas con reserva de usufructo (o con cargo de renta vitalicia) a los que la ley presume donaciones disimuladas, sin admitir prueba en contrario.

Por otra parte, no debe olvidarse que la colación sólo puede renunciarse válidamente después de la muerte del causante. De todas maneras, cabe distinguir este supuesto del llamado pacto de reconocimiento de la onerosidad del acto, permitido excepcionalmente por el art. 3604 del Código Civil vigente.

En definitiva los supuestos comprendidos en la norma son: a) Enajenación en plena propiedad mediante un acto oneroso con cargo de renta vitalicia. b) Enajenación de la nuda propiedad y reserva de usufructo por un acto de carácter oneroso. c) Se admite la aplicación extensiva del art. 3604 a la enajenación onerosa de la nuda propiedad con reserva del derecho real de uso o habitación, pues al igual que el usufructo importan desmembramientos del dominio.

En todos se presume sin admitir prueba en contrario que se trata de actos gratuitos ocultos para mejorar al legitimario.

No se extiende a situaciones de hecho admitidas en algún fallo, es decir, en aquellas en las cuales en la escritura de transferencia no se ha hecho reserva expresa, aun cuando en la realidad fue así.

Tampoco se aplica la norma cuando la transferencia se ha hecho por medio de interpósita persona, pues se trata de situaciones diferentes a las cuales no cabe extender una solución excepcional que presume mejora y escapa a las normas generales. Por ello, en caso de simulación por interposición de persona, deberán aplicarse las normas sobre simulación y fraude ejerciendo las acciones respectivas.

El art. 3604 permite que los coherederos puedan pactar, renunciando a la presunción de gratuidad, aun antes de la apertura de la sucesión. Así, el último párrafo dice: la imputación y la colación no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubieran consentido la enajenación.

No cabe duda, y ya lo hemos mencionado que el reconocimiento de la sinceridad del acto oneroso por parte de los herederos forzosos implica un apartamiento del codificador a la prohibición de pactos sobre herencia futura establecida en el art. 1175.

Cabe advertir que a pesar de su redacción debe entenderse que la conformidad de los legitimarios no es necesaria para la realización del acto sino que la norma se refiere al consentimiento dado a la onerosidad de la enajenación.

La exteriorización de la voluntad de reconocer el carecer oneroso no está sujeta a forma alguna exigida por la ley, la manifestación puede ser expresa o tácita y puede operarse en el momento del acto o con posterioridad o puede ser de carecer previo, incluso no altera sus efectos que se haga a cambio de algún beneficio recibido del causante.

Respecto del cónyuge se ha sostenido que el asentimiento prestado en los casos previstos por el art. 1277 equivale al reconocimiento de onerosidad del acto. En los demás supuestos el cónyuge deberá prestar el consentimiento requerido por el art. 3604.

Cuando algunos legitimarios han celebrado el pacto de reconocimiento de onerosidad y otros no, resulta indudable que sólo resulta vinculatorio para aquellos que lo han formulado, lo que implica la posibilidad de que la masa sobre la cual se deba determinar la porción disponible del causante difiera, pues para algunos el acto será oneroso mientras que los otros podrán invocar su gratuidad.

De la misma manera, en principio, si todos los legitimarios dieron su conformidad a la onerosidad del acto, el pacto sería oponible a los herederos que nazcan después, salvo el supuesto previsto por el art. 1832.

El art. 2461 del Código Civil y Comercial que trata este tema dispone: "Si por acto entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso y habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario. Sin embargo se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado. El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación. Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea oneroso o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas".

La norma propuesta, si bien se basa en el proyecto de 1998, se aparta del mismo en cuanto ahora

se caracteriza expresamente como onerosos a los actos comprendidos en la disposición incluyendo al uso y a la habitación.

En consecuencia, y respecto de los actos a los que se refiere el artículo, se ha resuelto la controversia doctrinaria, pues ahora se incluyen únicamente los actos onerosos descartando los actos a título gratuito ostensibles.

Asimismo, también siguiendo a la doctrina mayoritaria, además de la reserva de usufructo o con la prestación de una renta vitalicia, se incluye la reserva de uso y habitación y se mejora la redacción del artículo vigente en cuanto a la contradicción del art. 3604 al referirse a la transferencia en plena propiedad de bienes con reserva de usufructo.

Al igual que lo sostenido por la interpretación que la doctrina mayoritaria hizo del art. 3604 del Código vigente, el artículo del Código Civil y Comercial expresamente presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto entre vivos a título oneroso mediante el cual el causante transmite a su legitimario la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso, habitación o con la contraprestación de una renta vitalicia.

No obstante esa presunción que no permite probar sobre la sinceridad del acto, pues no admite prueba en contrario; en forma contradictoria el párrafo siguiente del artículo obliga a deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado.

La presunción aparece limitada en cuanto se debe deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado, por lo que a pesar de lo terminante de la redacción del párrafo anterior se admite probar las sumas efectivamente pagadas por el adquirente.

El proyecto de 1998 resultaba más coherente que el ahora propuesto, pues suprimía el pacto de reconocimiento de onerosidad por considerarlo contrario a la realidad del acto y fuente de conflictos, salvando los derechos del adjudicatario de los bienes con respecto a las sumas que haya efectivamente pagado por ellos

También el art 2461 presume expresamente sin admitir prueba en contrario la intención de mejorar al beneficiario. Por ello, el donatario se llevará la porción disponible con la que fue mejorado; su legítima y el excedente deberá colacionarlo; en realidad, se trata de una reducción del exceso, siguiendo al art. 2386 del Código Civil y Comercial.

La última parte del artículo impide demandar a los legitimarios que consintieron en la enajenación sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas, es decir, con reserva de usufructo, uso o habitación o con contraprestación de renta vitalicia.

En este sentido, debe señalarse que el actual art. 3604, siguiendo a la fuente francesa, admite que los coherederos puedan pactar el llamado reconocimiento de onerosidad del acto; circunstancia criticada por la doctrina, la que considera que implica una derogación de la prohibición de pactos sobre herencia futura.

En realidad los coherederos pueden reconocer la sinceridad del acto, es decir que el enajenante ha recibido la contraprestación pertinente, y por lo tanto no podrán oponerse posteriormente impugnando el carácter oneroso del acto. Ello indudablemente resulta una excepción a la prohibición del art. 1175 del Código Civil.

Empero, el artículo 2461 propuesto por la reforma difiere del actual, alude al consentimiento otorgado a la operación, sea onerosa o gratuita, por lo que parecería que ya no se trata de consentir la onerosidad del acto, pues se incluyen los actos a título gratuito, que por lo demás han sido descartados de la aplicación de la norma en la primera parte. Como se advierte la contradicción resulta evidente.

Por ello, coincidimos con Azpiri que la prohibición de demandar a legitimarios que reconocieron la gratuidad del acto, tipifica un pacto sobre herencia futura, mucho más amplio que en el art. 3604, admitiendo la renuncia en vida del causante a las acciones de colación y reducción, lo que no puede ser admitido, empeorando en este aspecto la norma vigente.

Consideramos entonces que debería suprimirse la frase “sea onerosa o gratuita” y legislar como lo hizo el proyecto de 1998, suprimiendo el pacto de reconocimiento de onerosidad; o en todo caso mantenerlo con esa sola finalidad, como única excepción a los pactos prohibidos sobre herencia futura

En otro aspecto, el Código Civil y Comercial se aparta también del proyecto de 1998. En efecto, el art. 2340 de este último dispone: “La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensar la diferencia en dinero”. Como se advierte esta solución no efectúa diferencia alguna y considera que restituir el exceso sigue siendo un mecanismo propio de la colación.

En cambio, acertadamente, la actual reforma en el art. 2386 bajo el título “donaciones inoficiosas” dice: “La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso”.

Se soluciona así la controversia doctrinaria dando seguridad respecto de los efectos de la reducción del exceso.

En cuanto a los ascendientes, que son legitimarios pero no sujetos pasivos de la acción de colación, conforme los nuevos arts. 2444 y 2385, las donaciones que afectaran la legítima de otros herederos forzosos deberán también reducirse en proporción al exceso.

En consecuencia, son aplicables los efectos propios de la acción de reducción, los que por cierto resultan en el nuevo Código más atenuados respecto de la acción reipersecutoria, ahora limitada por los arts 2458 y 2459, en cuanto por el primero el donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota de legítima y el segundo respecto de considerarla improcedente contra el donatario o el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años a contar de la adquisición de la posesión, admitiendo la unión de posesiones con la remisión al art. 1091.

También la limitación a la reipersecución implica que los efectos que en nuestra ley actual produce la resolución de la donación en la medida del exceso y la restitución en especie del bien donado en dicha proporción, se encuentra desvirtuada desprotegiendo al heredero.

(\*)Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Profesora titular de la materia Familia y Sucesiones de la Universidad de Buenos Aires. Autora de dos libros sobre la materia: "Sucesión del cónyuge" y "Régimen Jurídico de los testamentos". Actualización del tratado de Maffía sobre Sucesiones conjuntamente con el Dr. Ugarte. Autora de varios artículos doctrinarios en revistas especializadas.

[1] Arianna Carlos, Ocampo Guillermo, Ugarte Luis A. y Hernández, Lidia B, ponencia presentada en las XXIV Jornadas de Derecho Civil, setiembre de 2013.

[2] Ugarte, Luis A. Cálculo de la legítima hereditaria e incidencia de un fallo plenario, LLey 2007-B-108.

3 Ponencia presentada en las XXIV Jornadas de Derecho Civil realizadas en Buenos Aires en setiembre de 2013, ya citada.

[4] Zannoni, Derecho de las sucesiones, T II, p. 162, núm. 943; Natale, Roberto, Para determinar la legítima deben deducirse también las cargas de la sucesión de la masa hereditaria, en RDFy P 2009, 1, p. 121, ed. La Ley y La acción de reducción, p. 159, Academia de Derecho y Ciencias sociales de Córdoba, 2008.

[5] Maffía, Jorge O, Tratado de las sucesiones, T II, p. 831, núm. 913, segunda edición actualizada por Hernández, Lidia B. y Ugarte, Luis Alejandro; Orlandi, Olga, La legítima y sus modos de protección, p. 125, Abeledo Perrot 2009; Perrino, Tratado de las sucesiones, t 2, p. 1859; Pérez Lasala, Fernando, Defensa del tráfico jurídico inmobiliario, p. 146, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2011; Hernández, Lidia B., Arianna Carlos, Ocampo Guillermo, Ugarte Luis A. ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Civil, setiembre de 2013 citada; Ugarte, Luis A. Cálculo de la legítima hereditaria e incidencia de un fallo plenario, LLey 2007-B-1082 .

[6]Belluscio, Augusto César, El valor de las donaciones a los efectos de la colación y del cálculo de la legítima en el Código Civil y en la ley 17.711, Obligaciones y Contratos, LL Doctrinas Esenciales Tomo V, 1061

[7]Nuestra ponencia ya citada.

[8] Fallo plenario CNCiv. S.E.M. c. S. A.G.M. y otro s. colación, agosto 22-2002, cuya doctrina fue la siguiente: El cónyuge supérstite no se encuentra legitimado para demandar la colación de donaciones realizadas antes de contraer matrimonio con el causante, La Ley 2002-E-456.

[9] Azpiri, Jorge O.Ob.cit. La legítima en el Anteproyecto del Código Civil.

[10] Belluscio, Augusto C, El valor de las donaciones a los efectos de la colación y del cálculo de la legítima en el Código Civil y en la ley 17.711, Obligaciones y Contratos, LL Doctrinas Esenciales Tomo V, 1061, ya citada.

[11] Belluscio, Augusto C., Cálculo de la legítima en Vocación Sucesoria, p. 111, ed Depalma, Bs.As., 1975.

[12] Belluscio, Augusto C, El valor de las donaciones a los efectos de la colación y del cálculo de la legítima en el Código Civil y en la ley 17.711, ob.cit.

[13] Azpiri, Jorge O., ob.cit. lugar citado.

[14] Zannoni, Eduardo, Derecho de las Sucesiones. T 2, p. 175, núm. 958.

[15] Belluscio, Augusto César, Vocación sucesoria, p. 137.



[16] Ponencia presentada en las XXIV Jornadas de Derecho Civil realizadas en Buenos Aires en setiembre de 2013, por la suscripta con los Dres. Arianna, Ocampo y Ugarte.

[17]Belluscio, Augusto César, Acción de complemento de la legítima, La Ley 1985-E-secc.doctrina, p. 672 y ss.

[18]Maffía, Jorge O. Tratado de la sucesiones, T II, p. 858, n° 948, actualizado por Lidia Hernández y Luis Ugarte, segunda edición.

[19]Belluscio, Augusto César, Acción de complemento de legítima, en La Ley 1985-secc. Doctrina, p. 681.

[20]Azpiri, Jorge O. La legítima en el Anteproyecto de Código Civil, en Primeras reflexiones en materia de sucesiones en el Anteproyecto de Código Civil. p.77, Jurisprudencia Argentina, Número especial, 2012-III.

[21]Ripert-Boulanger, Tratado de Derecho Civil, T X Sucesiones, vol.2, p.393, La Ley Buenos Aires 1965.

Citar: eDial DC1EC3

Publicado el: 06/04/2015

copyright © 1997 - 2015 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina