

CAPÍTULO II  
ACCIÓN DE COLACION

I. *Introducción*

108. Acepciones del término "colación" .....	123
109. Colación en sentido propio: concepto y presupuestos .....	124
110. Fin de la colación .....	126
111. Masa que sirve de base a la colación .....	127
112. Las deudas y las cargas sucesorias y la colación .....	128
113. Tipos principales de colación .....	129
114. Momentos de la colación .....	132
115. Posibilidad de colacionar en especie .....	134
116. La colación no opera de oficio .....	135
117. Las operaciones de colación y las de cálculo de la legítima .....	135
118. La colación en la sucesión testamentaria .....	138
119. Supuesto en que lo donado supera la cuota del donatario .....	139
120. Momento para determinar el valor de lo donado .....	144
121. Vicisitudes de la cosa o su valor después de efectuada la donación: principio .....	146
122. Mejoras y deterioros de la cosa donada .....	146
123. El problema de los frutos .....	147
124. Pérdida de la cosa donada .....	148
125. Enajenación de la cosa donada: imposibilidad de accionar contra terceros .....	149
126. Dispensa de colación: modos de hacerla .....	150
127. Colación de deudas: concepto .....	151
128. Diferencias con la colación propiamente dicha .....	151
129. El problema de su aplicabilidad en nuestro derecho .....	153
130. ¿Es justa la colación de deudas? .....	156

II. *Acción de colación*

131. Concepto y caracteres .....	156
132. Divisibilidad de la acción de colación .....	157
133. Juez competente .....	158
134. La colación y el proceso sucesorio .....	158
135. La acción de colación y su influencia en el proceso sucesorio .....	161

136. La acción de colación iniciada con ulterioridad a la aprobación de las operaciones particionales .....	162
137. Oportunidad del ejercicio de la acción .....	163
138. Renuncia de la acción .....	163
139. Carga de la prueba .....	164
140. Prescripción .....	164
141. Sujeto activo .....	165
142. Momento en que se debe tener el carácter de heredero forzoso ....	165
143. El caso de los acreedores y legatarios .....	167
144. Sujeto pasivo .....	169
145. Situación del cónyuge .....	171
146. Nuera viuda sin hijos .....	172
147. Deber de colacionar de los representantes .....	173
148. Donaciones a terceros .....	175
149. Liberalidades sujetas a colación .....	176
150. Donaciones nulas .....	177
151. Donaciones simuladas bajo la apariencia de actos onerosos .....	177
152. Caso del art. 3604 .....	178
153. Donaciones remuneratorias .....	179
154. Donación de gananciales .....	179
155. Seguros de vida en favor del legitimario .....	180
156. Liberalidades que no hay que colacionar .....	180
157. Campos de aplicación práctica de la acción de colación y de la acción de reducción .....	183

## CAPÍTULO II

### ACCIÓN DE COLACIÓN \*

#### I. INTRODUCCIÓN

#### 108. Acepciones del término “colación”.

La palabra “colación” deriva del verbo latino “*confero*”, que significa “llevar”; y aplicada al derecho sucesorio indica el acto de aportar o llevar a la masa hereditaria bienes o valores. Pero este acto puede tener finalidades diferentes, y así se puede hablar de colación en tres sentidos:

a) *Colación a efectos de determinar la legítima.* Esta colación se refiere a la computación de las liberalidades a los efectos de determinar la porción legítima hereditaria, y salvaguardar la legítima, si fuera afectada, por la reducción de esas liberalidades.

Nuestro Código emplea el término “colación”, en este sentido impropio, en el art. 3604, que contempla el supuesto de enajenaciones onerosas a herederos forzosos con reserva de usufructo o con cargo de renta vitalicia. Esas donaciones son imputadas a la libre disposición, y el excedente es traído a la masa hereditaria. La computación del excedente tiene por fin salvar la legítima de los herederos forzosos, y no buscar la proporcionalidad entre ellos, misión, esta última, propia de la colación en sentido técnico.

El término “colación” está empleado impropriamente también en el art. 3599, pues la norma prevé una computación a los fines de determinar la legítima. Se trata, aquí, de un heredero que pacta con el causante sobre la legítima futura, recibiendo una compensación por ello. Ese pacto no tiene valor. Por eso el heredero, muerto el causante, puede reclamar su legítima: para determinar el valor de la legítima habrá que computar lo recibido en vida del

\* Ver modelos de escritos en el Apéndice, ps. 447 a 456.

causante como si fuera una donación. La afectación de la legítima dará lugar, como en el caso anterior, a la acción de reducción.

b) *Colación de deudas.* Un sector de nuestra doctrina, llevado por la influencia francesa, admite la llamada "colación de deudas". La imputación de las deudas que el heredero tenía con el causante a su porción hereditaria es diferente de la colación propiamente dicha, tanto en sus fundamentos como en su mecanismo.

c) *Colación en sentido propio.* Supone la imputación de la liberalidad hecha por el causante a la cuota del heredero forzoso que la recibió, tomando de menos el valor de la donación en el caudal hereditario, a fin de conseguir la igualdad o proporcionalidad con los demás herederos forzosos.

Este es el significado técnico de la colación al cual se refieren los arts. 3476 y ss. del Código Civil.

#### 109. Colación en sentido propio: concepto y presupuestos.

La colación supone computar, en la masa partible, el valor de las donaciones que el causante le ha hecho en vida a un heredero forzoso que concurre con otros herederos forzosos, e imputar en su propia porción ese valor, para compensar a los demás herederos en bienes hereditarios equivalentes a los que le fueron donados al colacionante, es decir, al heredero donatario. La computación es una agregación o adición contable del valor de lo donado al caudal relicto. La imputación supone la aplicación del valor donado a la cuota hereditaria del colacionante. Por ejemplo, si un causante con dos herederos forzosos le ha donado a uno de ellos una cosa por valor de 1.000, y al morir deja 3.000, habrá que computar el valor donado en el caudal relicto, lo cual sumará un total de 4.000. A cada heredero le corresponderá 2.000, pero como uno de ellos recibió en vida 1.000, se imputará ese valor a su porción, de manera que la parte del heredero colacionante estará formada por 1.000 de los bienes correspondientes al caudal relicto y 1.000 del valor colacionado.

El Código Civil no define esta institución, pero se puede deducir el concepto de los arts. 3477, párr. 1º, y 3476. El primero de ellos dice que "los ascendientes y descendientes, sean unos y otros legítimos o naturales, que hubiesen aceptado la herencia con beneficio de inventario o sin él, deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto", en tanto que el segundo con-

sidera que "toda donación entre vivos, hecha a un heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante, sólo importará un anticipo de su porción hereditaria". De la conexión entre ambas normas surge que la colación implica computar el valor de la donación efectuada al heredero forzoso en la masa partible, e imputar dicho valor en la porción hereditaria del donatario, puesto que la donación tiene el carácter de anticipo de su porción.

La división hereditaria tiene generalmente por objeto el *relictum*, esto es, los bienes dejados a su muerte por el causante (se entiende: una vez pagadas las deudas; por eso el *relictum* es un caudal neto). Pero cuando hay varios herederos forzosos y alguno de ellos ha recibido una donación del causante sin dispensa de colación, esta última implica integrar la masa partible con el valor del *donatum*, para imputarlo en la porción hereditaria del heredero forzoso beneficiario de la donación. La integración del valor del *donatum* en la porción hereditaria no se imputa a la porción disponible, a no ser que el causante haya hecho dispensa de colación para mejorar, con esa donación, a alguno de sus herederos forzosos.

De ahí que podamos definir la colación como "la computación, en la masa partible, del valor de las donaciones que el causante hubiere hecho en vida al heredero forzoso, y la imputación a su propia porción hereditaria, con el objeto de igualar las porciones hereditarias de todos los herederos forzosos en proporción a sus cuotas, salvo que el causante hubiese hecho dispensa de colación"<sup>1</sup>.

Como consecuencia de lo dicho surgen los presupuestos de la colación, unos subjetivos y otros objetivos:

a) Los presupuestos subjetivos son los siguientes: 1) que quien colaciona sea heredero forzoso (el art. 3476 habla, en este sentido, de la donación hecha a un heredero forzoso, y el art. 3477 se refiere concretamente a los ascendientes y descendientes, sean legítimos o naturales, que son herederos forzosos); 2) que el heredero forzoso que colaciona concorra con otro u otros herederos forzosos (el art. 3478 dice, en este sentido, que la colación es debida por el heredero a su coheredero).

b) Los presupuestos objetivos son los siguientes: 1) la existencia de una donación en favor de un heredero forzoso (arts.

<sup>1</sup> José Luis de los Mozos, *La colación*, Madrid, 1965, p. 151, define la colación como "la obligación que tienen los herederos forzosos que concurren a la herencia del donante, de aportar a la masa hereditaria lo que hubieran recibido por donación de éste, con objeto de igualar sus porciones hereditarias en la partición, proporcionalmente a sus respectivas cuotas, pero únicamente tanto en cuanto sean herederos o lleguen a serlo, ya que la colación no se aplicará al legatario o al que renuncia la herencia, y siempre salvo dispensa de esta obligación hecha por el causante".

3476 y ss.); 2) la ausencia de dispensa de colación, pues para que la colación sea admisible es necesario que el causante no haya ejercido el derecho de dispensa (art. 3484).

### 110. Fin de la colación.

Nuestra doctrina, basándose en la nota al art. 3478, dice que la colación tiene por objeto mantener la igualdad entre los herederos forzosos<sup>2</sup>. La afirmación es aceptable como principio, pero no es cierta si se la lleva a sus últimas consecuencias.

En efecto: en la sucesión intestada pueden concurrir herederos que reciban partes diferentes; antes de la ley 23.264, se destacaba como caso típico la concurrencia de hijos legítimos y extramatrimoniales: los segundos recibían la mitad de los primeros (art. 8, ley 14.367). Hoy día, pueden concurrir los hijos con la nuera viuda sin hijos, la cual sólo recibe un cuarto de lo que le hubiera correspondido a su marido (art. 3576 bis); o el cónyuge con ascendientes, recibiendo estos últimos una mitad y el cónyuge la otra, tanto en los bienes propios como en los gananciales (art. 3571, ley 23.264); pero uno de los ascendientes sólo tendrá un cuarto, el otro el cuarto restante, y el cónyuge la mitad.

Cuando el causante hace donaciones a alguno de ellos —por ejemplo, a la nuera que concurre con los cuñados, o a un ascendiente viviendo el otro, que concurre con el cónyuge—, la colación no puede pretender la igualdad de esos herederos. En estos casos, en que las cuotas hereditarias son diferentes, la colación sólo busca respetar la proporcionalidad establecida por la ley, y no la igualdad. Por eso se habla de la igualdad proporcional, distinta de la igualdad matemática. Esa igualdad proporcional es el fin de la colación.

No obstante, algunas veces no se puede conseguir ese fin con el mecanismo de la colación. Pensemos en el supuesto de que el causante hubiera hecho en vida, a su heredero forzoso, donaciones colacionables o donaciones dispensadas de colación; estas últimas son imputadas a la libre disposición, provocando la mejora del heredero donatario. La colación no puede obtener aquí la igualdad proporcional. Lo mismo sucede, como veremos después, en el caso de que lo donado supere la cuota sucesoria del donatario<sup>3</sup>.

Estos casos de excepción no borran el fin normal de la colación, que es la igualdad proporcional en las cuotas hereditarias

<sup>2</sup> Fornieles, ob. cit., t. 1, n° 298.

<sup>3</sup> *Infra*, parágr. 119.

intestadas. Esa igualdad es conseguida manteniendo las distribuciones que hace la ley sobre la base de considerar las donaciones a los herederos forzosos como anticipos de herencia.

### 111. Masa que sirve de base a la colación.

La masa que sirve de base a la colación se forma con los bienes dejados por el causante, una vez deducidas las deudas (*relictum* líquido), y por las donaciones efectuadas en vida del causante a los coherederos forzosos (*donatum*).

a) El *relictum* lo forman los bienes dejados por el causante. Si la sucesión es testamentaria, para que haya colación se necesita que el testador respete la proporcionalidad de las porciones legales, como luego veremos<sup>4</sup>. Por eso, habiendo hecho el testador legados a herederos forzosos, no entra en juego la colación; pero no vemos inconveniente en que haya colación si el testador ha dispuesto legados a terceros que no excedan de la libre disposición.

El *relictum* que sirve de base a la colación es el *relictum* neto, es decir, lo que queda una vez deducidas las deudas.

La deducción de las deudas es previa a la colación. Es decir, no podemos sumar el *relictum* y el *donatum* sin haber deducido previamente las deudas del primero. El art. 3602 —que aplica las normas del art. 3477— confirma lo dicho al referirse al valor “líquido” de los bienes hereditarios, al cual se agrega el valor de las donaciones.

Si las deudas superan el activo hereditario, sean los herederos aceptantes beneficiarios o aceptantes puros y simples, no habrá colación, pues ésta sólo actúa cuando hay algo que repartir; empero, los aceptantes puros y simples responderán con sus propios bienes de las deudas hereditarias, en proporción a sus participaciones teóricas en la herencia.

b) En cuanto al *donatum*, sólo hay que tener en cuenta las donaciones efectuadas a los coherederos forzosos, según su valor al momento del fallecimiento del causante (arg. art. 3602), siempre que sean colacionables.

c) La masa que sirve de base para conseguir la igualdad proporcional de los herederos forzosos está formada, pues, por el *relictum* neto, es decir, después de deducidas las deudas hereditarias, y por el valor de las donaciones efectuadas a los herederos forzosos, denominados “colacionantes”.

<sup>4</sup> *Infra*, parágr. 118.

**112. Las deudas y las cargas sucesorias y la colación.**

Distinguiremos las deudas y las cargas sucesorias:

a) Las deudas hereditarias deben ser pagadas con los bienes relictos, y por ellas cada heredero responde en proporción a su participación teórica en la herencia, como si no hubiera colación. En efecto: como dice De los Mozos<sup>5</sup>, la colación sólo produce efectos entre los coherederos forzosos, y para nada altera, frente a terceros, la responsabilidad por las deudas de la herencia. De ahí que las donaciones colacionables estén libres "en cuanto tales" de esa responsabilidad.

Por ejemplo: Un causante deja tres hijos, *A*, *B* y *C*, y un caudal bruto de 54; deudas por un monto de 6; y ha hecho una donación a *C* por valor de 6. La cuota de cada hijo es el 33 % del caudal relictivo, y en esa proporción deberán ser pagadas las deudas hereditarias: el heredero *A* responderá por 2, el heredero *B* por 2, y el heredero *C* por 2.

Para ser más precisos: sin alterar lo dicho, corresponde distinguir entre el heredero colacionante que acepta con beneficio de inventario —que será el caso normal, por lo dispuesto en el art. 3363— y el que acepta en forma pura y simple:

1) Si el heredero acepta con beneficio de inventario, sólo responde por las deudas del causante con los bienes heredados; la responsabilidad no alcanza a sus propios bienes, entre los cuales hay que incluir las donaciones recibidas del causante; paralelamente, los acreedores del causante sólo tienen como patrimonio afectado a sus créditos el del causante, que es el caudal hereditario.

Esto surge por aplicación del principio contenido en el art. 3371, del cual se desprende que el heredero no está obligado a pagar las deudas y cargas hereditarias con los bienes colacionables. Dichos valores están fuera del caudal relictivo, y no constituirán, para los acreedores, parte del patrimonio del causante al momento de la apertura de la sucesión.

En este sentido, el art. 3372 dice que el heredero "no está obligado con los bienes que el autor de la sucesión le hubiere dado en vida, aunque debiese colacionarlos entre sus coherederos, ni con los bienes que el difunto haya dado en vida a sus coherederos y que él tenga derecho a hacer colacionar". La norma ha sido tomada de un párrafo de la obra de Demolombe, citado en la nota, que dice textualmente: "El heredero beneficiario no está, pues, obligado, frente a los acreedores y legatarios, con los bienes que

<sup>5</sup> De los Mozos, p. 310.

le hayan sido donados entre vivos y cuya colación debería a sus coherederos, si los hubiera; como tampoco con los bienes que hubiesen sido donados a sus coherederos y cuya colación le fuese debida”<sup>6</sup>.

2) Cuando el heredero acepta sin beneficio de inventario, debe responder con sus propios bienes, entre los cuales están incluidas las donaciones colacionables; pero responde con ellas no porque sean colacionables, sino porque se hallan en su patrimonio particular.

b) Las cargas no son computadas para determinar el *relictum* neto; deben ser pagadas una vez determinada la masa a efectos de la colación. Las pagan los herederos en proporción a la cuota que le corresponde a cada uno de ellos en la partición, y no en las cuotas hereditarias.

Repitamos el ejemplo anterior: Una persona deja tres hijos, A, B y C, y un caudal bruto de 54; deudas por un monto de 6 y cargas por un monto de 4; y ha hecho una donación a C por un valor de 6. El *relictum* líquido se forma con 54, restándole deudas por 6, quedando 48, lo cual, sumado a la donación, da un monto de 54. La cuota de cada heredero en esa reunión ficticia es de 18: el heredero A recibirá 18, el B 18 y el C 12 (18 menos 6 de la donación). En esa proporción responderá cada heredero de las cargas: el heredero A responderá por 1,5, el heredero B por 1,5, y el heredero C por 1.

Nos referimos a las cargas comunes, pues las cargas particulares son soportadas por quienes se ven beneficiados con ellas.

Digamos, por último, que la distinción en cuanto a las cargas comunes, según que éstas versen sobre gastos y honorarios del juicio sucesorio o sobre los gastos funerarios, conforme a lo dispuesto en el art. 3795, no es aplicable a la colación sino a la reducción, cuando la porción de que puede disponer el testador no alcanza a cubrir los legados<sup>7</sup>.

### 113. Tipos principales de colación.

Se distingue dos formas principales de colacionar, que dan lugar a otros tantos sistemas de colación: el sistema de colación en especie o *in natura* y el sistema de colación por imputación, que sólo implica el aporte del valor de los bienes donados.

<sup>6</sup> Demolombe, nota 91, p. 500.

<sup>7</sup> *Supra*, parágr. 7.

a) *Sistema de colación en especie o "in natura"*. El sistema de colación *in natura* o en especie tiene lugar cuando se presenta a la masa hereditaria el bien ya tenido en donación, proveniente del patrimonio del donatario. El colacionante pierde la propiedad de lo donado, dejando de ser donatario, en virtud de un efecto revocatorio *ex lege*, y paralelamente el bien entra en la masa hereditaria <sup>8</sup>.

Ésta fue la forma de colación aceptada por el derecho germánico. Al fallecer el causante, se producía *ipso iure* un desplazamiento dominial de lo donado a la masa partible, dando lugar en forma automática a la resolución de la donación. La colación germánica fue recibida por el *droit coutumier*, y de ahí pasó al Código de Napoleón, cuyo art. 859 exigió la colación en especie en materia de inmuebles.

El derecho francés conoció dos tipos de colación. En materia de donaciones de bienes muebles efectuadas por el causante, la colación no era realizada sino tomando de menos (art. 868, Código francés). En materia de inmuebles, en cambio, se exigía la colación en especie (art. 859), salvo que en la sucesión hubiese inmuebles de igual naturaleza, valor o bondad con que se pudiera formar lotes similares para los demás coherederos, o cuando el inmueble donado había sido enajenado por el donatario (art. 860). El sistema de colación en especie fue derogado como principio por decreto del 17/6/38, al establecer que "la colación de los inmuebles no puede exigirse en especie, a menos de una estipulación en contrario en el acto de la donación". Quiere decir, entonces, que después del decreto de 1938 la colación en especie sólo puede ser exigida si así se lo estipula en el acto de la donación.

En este grupo se puede incluir también a la legislación italiana, por cuanto permite la colación *in natura*, como una de las formas de colación. Según el art. 746 del Código Civil italiano, "la colación de un bien se hace o devolviendo el bien en especie o imputando su valor a la propia porción, a elección de quien aporta". Cuando el donatario opta por la colación en especie se produce, al igual que en el derecho francés, un desplazamiento dominial del patrimonio del donatario al caudal relicto en el momento de la muerte del causante. El donatario pierde la propiedad de la donación en virtud del efecto resolutorio, que opera *ex lege*, y el bien entra en la masa hereditaria.

Se considera, en cierto modo, como una modalidad del sistema de colación en especie la colación de carácter crediticio que se puede producir cuando el dominio de la cosa no pasa automá-

<sup>8</sup> Messineo, t. 7, p. 422.

ticamente a la masa hereditaria, sino que implica, para los herederos no donatarios, la "facultad" (derecho de crédito) de exigir la entrega del bien, y para el colacionante, la "obligación" de traer a la masa el bien donado.

En el derecho romano, la colación *in natura* no implicaba, como en el derecho germánico, el desplazamiento dominial de lo donado automáticamente al morir el causante, sino que suponía una obligación para el colacionante de aportar la cosa donada al caudal relicto. El desplazamiento —como dice Vallet<sup>9</sup>— no era real o dominial, sino crediticio, aunque el crédito que nacía en contra del colacionante se traducía, por lo general, en una deuda en especie de una cosa cierta, la cual fue donada.

El sistema romano fue aceptado en el derecho español hasta la sanción del Código Civil, en que se implantó como única forma de colación la imputación del valor de lo donado.

b) *Sistema de colación por imputación.* La colación por imputación, llamada también "colación de valor", es efectuada trayendo a la masa hereditaria *los valores* de las cosas donadas, no las cosas en sí.

Se imputa en la cuota del colacionante el equivalente del valor de lo donado, tomando de menos el equivalente en bienes hereditarios. Con la toma de menos del colacionante se produce una imputación contable por la cual éste conserva la cosa donada sin producir desplazamiento económico alguno, ni real ni crediticio. Los otros coherederos, en virtud de la adjudicación compensatoria, recibirán de más, en sus cuotas de bienes relictos, en proporción al valor de lo donado, hasta cubrir sus cuotas en la reunión ficticia del *relictum* y del *donatum*. Así se consigue la igualdad entre todos los coherederos.

El colacionante sólo está sujeto a la computación del valor de lo donado y a la imputación en su hijuela, que son operaciones contables. No tiene ninguna obligación en sentido propio que implique una prestación, con su posible secuela de cumplimiento forzoso o, subsidiariamente, de resarcimiento de daños. Paralelamente, los demás coherederos no tienen ningún derecho de crédito ante el colacionante; sólo tienen una pretensión, al dividir la masa —aumentada con el valor colacionable—, a que se calcule su cuota sobre esa reunión ficticia, pretensión que no tiene naturaleza crediticia<sup>10</sup>.

Afirmar que la colación no da lugar más que a un desplaza-

<sup>9</sup> Vallet, *Apuntes de derecho sucesorio*, Madrid, 1968, p. 582.

<sup>10</sup> Lacruz, *Derecho de sucesiones. Parte general*, p. 569.

miento contable, no significa negar el aporte de valor. El donatario aporta a la masa un valor que se imputa en el caudal relicto, y que será liquidado en la partición.

#### 114. Momentos de la colación.

La colación comprende conceptualmente dos momentos, que implican distintos desplazamientos de valor<sup>11</sup>.

A) *Desplazamiento de valor desde el patrimonio del donatario al caudal partible.* En el derecho romano, el desplazamiento era crediticio; suponía para el colacionante la obligación de aportar la cosa donada al caudal relicto. En el derecho germánico, en cambio, se producía un desplazamiento real de lo donado a la masa partible, un tránsito dominial del donatario a la comunidad de los herederos forzosos.

En nuestro derecho, este desplazamiento sólo tiene naturaleza contable, porque el valor de lo donado será computado en la masa, pero sin salir del patrimonio del donatario ni jurídica ni económicamente<sup>12</sup>. No hay aquí un desplazamiento crediticio que dé lugar a su correlativa obligación.

Cicu<sup>13</sup> distingue entre obligación y sujeción. La obligación se da cuando la persona está sometida a una prestación; la sujeción, cuando, sin intervención de su voluntad, aquélla debe sufrir un efecto que se produce por voluntad ajena o por la ley. En la colación hay una sujeción impuesta por la ley —la de sufrir la computación contable de determinados valores—, pero no hay obligación en el sentido técnico. Paralelamente, los demás coherederos no tienen, en esta etapa, un verdadero derecho de crédito ante el colacionante, sino una mera pretensión a que se compute determinados valores en el haber sucesorio.

B) *Imputación contable del valor de lo donado a la cuota del colacionante, y compensación a los demás herederos en bienes hereditarios en proporción al valor de lo donado.* Desde el punto de vista del donatario, éste tomará de menos en la masa tanto como ya hubiera recibido, si lo donado no cubre su cuota. Si la

<sup>11</sup> Vallet, p. 582.

<sup>12</sup> Calderón Neira, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", t. CXI, 2º semestre, 1907, ps. 140 y ss., ha sostenido que cuando hay bienes colacionables se forman dos comunidades: una con la herencia indivisa y otra con los valores colacionables. Idem, Messineo, p. 418. Esta posición no es compatible con la expuesta.

<sup>13</sup> Ob. cit., p. 983.

cubre no tomará nada. La cuota es la que corresponde, según el número de herederos forzosos, en la "reunión ficticia del *relictum* y del *donatum*".

La colación por imputación o toma de menos por el colacionante no implica, en última instancia, más que una compensación contable, que no lleva consigo desplazamiento económico ni jurídico, real o crediticio. Es sólo un desplazamiento contable, un mero cálculo aritmético. No hay aquí un desplazamiento crediticio que dé lugar a su correlativa obligación.

Desde el punto de vista de los demás herederos no donatarios, éstos tienen el derecho a que su cuota sea calculada también sobre el *relictum* más el *donatum*. Sobre esa base se producirá la adjudicación compensatoria, que supondrá tomar de más en las cuotas que les correspondan en los "bienes relictos" hasta cubrir su cuota en la "reunión ficticia del *relictum* y del *donatum*".

El acrecentamiento se hará visible en la partición; pero por el efecto declarativo de ésta (art. 3503), habrá que considerar que tiene lugar desde el momento de la apertura de la sucesión. Este acrecentamiento lo reciben los coherederos a título de herencia.

Pongamos un ejemplo que abarque los dos momentos: Una persona deja, al morir, bienes líquidos por 48 y tres hijos, *A*, *B* y *C*, al último de los cuales, *C*, le ha donado en vida un bien por valor de 6. La colación por imputación supone: computar al caudal relicto el *donatum*, con lo cual se formará una masa de 54, que permitirá conocer la "cuota en la reunión ficticia" de cada heredero, que será de 18. Se imputa en la cuota de *C* el valor de lo donado, que se traduce en la toma de menos en el *relictum*, con lo cual sólo recibirá bienes por valor de 12 (18 menos 6 de la donación). Los otros herederos tomarán de más en su cuota de "bienes relictos", que es de 16, correspondiéndoles la cuota en la reunión ficticia, que es de 18. Dicho en otras palabras: se dividirán por partes iguales el resto de los bienes relictos, que suman 36 (48 menos 12), quedando cada uno con 18. Por esta adjudicación compensatoria, los herederos *A* y *B* recibirán cada uno 18 en bienes hereditarios. La adjudicación será, en definitiva, así: heredero *C*, 12; heredero *A*, 18; heredero *B*, 18.

Éste es nuestro sistema legislativo, a tenor del art. 3477, párr. 1º, del Código Civil.

Es también el sistema del Código Civil español, en cuyo art. 1045 se expresa: "No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas o dadas en dote, sino el valor que tenían al tiempo de la donación o dote, aunque no se hubiese hecho entonces su justiprecio".

Es el sistema del Código Civil alemán, recogido en el art. 2055,

párr. 1º, que dice: "En la partición se imputa a cada heredero, en su porción hereditaria, el valor de la atribución que ha de traer a colación. El valor de todas las atribuciones que han de traerse a colación se adiciona al caudal relicto, en tanto que éste corresponda a los coherederos entre los que tiene lugar la colación".

También recoge este sistema el Código Civil italiano cuando el donatario opta por el método de imputación en materia de inmuebles (art. 746); y es el sistema único aceptado en materia de donación de muebles, según declara el art. 750, 1ª parte: "La colación de los muebles se hace solamente por imputación".

De la misma forma rige en el sistema francés después del decreto del 17/6/38, tanto para muebles como para inmuebles (arts. 859, reformado, y 868), aunque en materia de inmuebles se puede estipular la colación *in natura* en el acto de la donación.

#### 115. Posibilidad de colacionar en especie.

Cabe preguntarse si en nuestro derecho es posible la colación en especie o *in natura*, si todos los herederos están de acuerdo. Como las normas que regulan la colación son de carácter dispositivo y, además, tal colación consigue el fin propio de la institución, cual es la igualdad de los herederos forzosos, no vemos inconveniente en aceptarla, aunque ello represente alterar los medios que la ley establece para llegar a ese fin.

En tal supuesto, la aportación material sólo puede ser concebida como una dación en pago de la deuda de valor, que surge de la donación colacionable (art. 779). Por eso, la forma de cumplimiento requiere el consentimiento del colacionante (deudor) y de los demás herederos forzosos (acreedores).

Esta posición la comparten los autores españoles, como Marín Monroy<sup>14</sup> —quien fue el primero en admitir esta hipótesis—, Vallet<sup>15</sup>, Lacruz<sup>16</sup>, De los Mozos<sup>17</sup>.

En nuestra doctrina, Méndez Costa<sup>18</sup> admite la posibilidad de colacionar en especie. Pero —nos dice— "son imaginables desajustes, por ejemplo, en contra del donatario y a favor de sus coherederos, el mayor valor de las mejoras introducidas por aquél

<sup>14</sup> Marín Monroy, "Anales de la Academia Matritense del Notariado", t. IV, 1948, ps. 258 y ss.

<sup>15</sup> Vallet, p. 584.

<sup>16</sup> Lacruz, p. 582.

<sup>17</sup> De los Mozos, p. 291.

<sup>18</sup> María Josefa Méndez Costa, *Derechos de los herederos forzosos con respecto a las donaciones del causante a favor de un coheredero*, "J.A.", 1975, sección Doctrina Contemporánea, ps. 42 y ss.

o los gastos extraordinarios de conservación que afronta, y viceversa, la disminución del valor de la cosa por el hecho voluntario del donatario". Y agrega: "De cualquier manera, estas dificultades y las similares se resuelven más a través de la colación por imputación".

#### 116. La colación no opera de oficio.

La colación no opera de oficio, sino a pedido de parte. La doctrina es unánime al respecto<sup>19</sup>. Por eso, si los herederos no la peticionan, el mecanismo colacional no entra en juego.

En principio, la no reclamación de la colación no puede ser interpretada como renuncia al derecho de peticionarla.

#### 117. Las operaciones de colación y las de cálculo de la legítima.

Las operaciones de colación y las de cálculo de la legítima, aunque tienen lugar entre los herederos forzosos, son distintas entre sí. Veamos:

a) El cálculo de la legítima tiene por finalidad la protección de la legítima de los herederos forzosos. Hay que determinar la legítima global para conseguir la legítima individual, con el fin de que esta última quede cubierta. Distintamente, la colación está dirigida a mantener la igualdad proporcional en las porciones de los herederos forzosos.

b) La masa para calcular la legítima implica la reunión del *relictum* líquido más el *donatum*. El *relictum* líquido está formado por los bienes recibidos como herencia y como legado, y se debe deducir las deudas del causante (a cargo de herederos y de legatarios de cuota); al valor líquido de los bienes hereditarios (incluyendo los legados particulares) se agrega el que tenían las donaciones efectuadas por el causante (art. 3206); se incluye tanto las donaciones efectuadas a herederos forzosos como a herederos voluntarios. La masa, a efectos de la colación, también está formada por el *relictum* líquido y el *donatum*; pero el *relictum* no coincide con el anterior, pues en él no se incluye los legados a extraños; si se los hace a herederos forzosos no hay colación, pues en ese caso el testador no respeta la proporcionalidad de las porciones legales<sup>20</sup>. El *relictum* líquido se forma, pues,

<sup>19</sup> Rébora, t. 1, p. 397; Lafaille, t. 1, p. 337; Fornieles, t. 1, n° 307; Pérez Lasala, t. 1, p. 717.

<sup>20</sup> *Supra*, parágr. 118.

con los bienes recibidos como herencia (intestada y testamentaria, siempre que no sean modificadas las proporciones legales), previa deducción de las deudas del causante. El *donatum* tampoco coincide con el tenido en cuenta para la legítima, pues sólo abarca las donaciones colacionables efectuadas a herederos forzosos. Se excluye, pues, las donaciones no colacionables efectuadas a herederos forzosos y las efectuadas a herederos voluntarios o a terceros.

c) El cálculo de la legítima tiene lugar aun en el caso de que haya un solo legitimario. La colación requiere la coexistencia de varios herederos forzosos.

d) El cálculo de la legítima está regido por normas de carácter imperativo, que el testador no puede violar. La colación está regida por normas de carácter dispositivo, puesto que el testador la puede dejar sin efecto dispensando de colación.

e) La acción de reducción lleva como consecuencia la reducción de las porciones hereditarias, de legados y de donaciones, lo cual implica dejarlos sin efecto total o parcialmente, produciéndose simultáneamente el desplazamiento de bienes. La colación, en cambio, sólo supone un desplazamiento contable, con la consiguiente modificación de las proporciones en que es adjudicado el caudal relicto.

La colación —agregamos, parafraseando a Lacruz<sup>21</sup>—, aunque se la practique entre legitimarios, no es un instrumento de defensa de la legítima; aunque parte de una suerte de reunión ficticia del *relictum* líquido y del *donatum*, ésta sólo tiene por objeto servir de base a un nuevo reparto del caudal (o de la parte destinada a los legitimarios), y aunque se la realiza por imputación, no se trata de una operación destinada a determinar si el donatario se halla pagado de la legítima, sino de una especie de pago ficticio de la participación del donatario en la herencia: aquí no se distingue entre la legítima y la libre disposición.

Desde la perspectiva del llamamiento intestado o testamentario, cabe trazar líneas divisorias entre una y otra institución:

A) *Sucesión intestada con varios herederos forzosos:*

a) La colación conseguirá la igualdad de todos los herederos forzosos si media donación en favor de alguno de ellos, siempre que dicha donación no afecte la legítima.

b) La acción de reducción busca salvar la legítima de los herederos forzosos, porque ésta ha sido violada por donaciones a extraños o a herederos forzosos:

1) Si la donación fue hecha a extraños, la acción de reduc-

<sup>21</sup> Lacruz, p. 567.

ción salvará a la legítima de todos los herederos forzosos; por esta vía indirecta, sus porciones incrementadas seguirán siendo iguales.

2) Si la donación fue hecha a herederos forzosos, los reclamantes salvarán su legítima; por esta vía indirecta, los herederos reclamantes conseguirán entre sí la igualdad (derivada de cubrir sus porciones de legítima), pero no con respecto al heredero donatario, que obtendrá su legítima y, además, el resto de la donación, que se imputará a la libre disposición.

B) *Sucesión testada con varios herederos forzosos:*

a) Habrá colación si la institución de herederos forzosos no altera las cuotas legales de éstos y media donación en favor de alguno de ellos, siempre que dicha donación no afecte la legítima.

b) La acción de reducción busca salvar la legítima de los herederos forzosos porque, mediando testamento, ésta ha sido violada por instituciones de herederos en cuotas o bienes, o por legados que exceden de la libre disposición, ya sea en favor de extraños o de herederos forzosos, o por donaciones inoficiosas.

1) Si la institución de herederos en cuotas o bienes en exceso fue hecha en favor de herederos voluntarios, o el legado o la donación inoficiosos fueron hechos a extraños, la acción de reducción salvará la legítima de todos los herederos forzosos; por esta vía indirecta, sus porciones incrementadas seguirán siendo iguales.

2) Si la institución de herederos en cuotas o bienes en exceso, o el legado o la donación, fueron hechos en favor de algún heredero forzoso, los reclamantes salvarán su legítima; por esta vía indirecta, conseguirán entre sí la igualdad (derivada de cubrir sus iguales porciones de legítima), pero no con respecto al heredero forzoso instituido por cuotas o bienes en exceso, o al legatario o donatario inoficiosos, los cuales retendrán su legítima y, además, el resto de la institución de herederos en exceso, del legado o de la donación inoficiosa.

No obstante estas delimitaciones, numerosos autores, de una u otra forma, mezclan la colación con las instituciones destinadas a la defensa de la legítima. La jurisprudencia incurre con frecuencia en la misma falta de precisión. Las causas son complejas, aunque las atribuimos, principalmente, a la influencia de los juristas franceses que expusieron sobre la colación francesa, que a veces era efectuada con fines de reducción, en tanto que el Código Civil argentino aceptó como única forma la colación por imputación, por influencia del proyecto de García Goyena (art. 887).

### 118. La colación en la sucesión testamentaria.

En el derecho romano justiniano, la obligación de colacionar se imponía a los descendientes, abarcando tanto a quienes sucedían abintestato como a los instituidos en testamento. En el derecho germánico la colación se limitó, en principio, a la sucesión intestada.

Nuestro Código siguió la corriente francesa, al limitar la colación a la sucesión intestada, que respondía a la concepción germana de la colación como institución con más basamento legal que voluntario<sup>22</sup>.

El art. 3476 habla de la donación entre vivos hecha a un heredero forzoso que concurre a la "sucesión legítima" del donante, lo cual indica que la colación sólo se produce en la sucesión legítima. La nota al art. 3477 expresa, en el mismo sentido, que la colación no es debida sino por quien es heredero abintestato a los herederos abintestato.

No obstante lo dicho, tanto en Francia como en nuestro país se considera que el principio no tiene alcance absoluto, pues cuando el testador se ha limitado a instituir a los herederos forzosos en las mismas proporciones que determina la sucesión intestada, el heredero forzoso donatario está obligado a colacionar la liberalidad.

Nuestros autores, en general, muestran vacilaciones cuando se refieren a la colación en la sucesión testamentaria. Fornieles<sup>23</sup> expresa que la colación no procede entre personas extrañas instituidas herederas en testamento —algo lógico, porque no son herederos forzosos—; pero acepta la colación cuando en el testamento se instituye a los mismos herederos forzosos. De igual forma se expresan Lafaille y Zannoni<sup>24</sup>. Borda<sup>25</sup>, con criterio más preciso, sólo incluye a los herederos testamentarios de carácter forzoso cuando el testador se ha limitado a instituirlos, sin modificar las partes que tienen según la ley.

En nuestra opinión, cabe la colación cuando el testador ha determinado las porciones hereditarias de sus herederos forzosos en la misma relación que las porciones hereditarias fijadas en la sucesión legítima. Éste es el criterio que sigue el Código Civil

<sup>22</sup> Tal la interpretación de la mayoría de la doctrina francesa, pese a los términos amplios del art. 843 del Código francés, que no distingue entre sucesión legítima y testamentaria; así, Demolombe, t. 16, n° 173; Duranton, t. 8, n° 127; Mazeaud, parte IV, vol. IV, n° 1651.

<sup>23</sup> Fornieles, n° 321.

<sup>24</sup> Lafaille, n° 488; Zannoni, p. 752.

<sup>25</sup> Borda, n° 653.

alemán en su art. 2052, que dice: "Si el causante ha instituído como herederos a los descendientes en aquello que recibirían como herederos legítimos, o si ha determinado sus porciones hereditarias de forma que están recíprocamente en la misma relación que las porciones hereditarias legítimas, en la duda ha de entenderse que los descendientes deben estar obligados a la colación según los párrafos 2050 y 2051". No se trata de que el testador, para que haya colación, necesariamente deba instituir a sus herederos forzosos en las mismas partes que les corresponden en la sucesión legítima, sino en la misma proporcionalidad, lo cual, naturalmente, no excluye que sea en las mismas partes.

Este criterio implica que si ha mediado una donación a un heredero forzoso y en el testamento se ha instituído a los herederos forzosos en proporciones desiguales, o se ha hecho un legado (prelegado) en favor de algún heredero forzoso, no se puede colacionar la donación, pues la proporcionalidad que otorga el testador entre los herederos forzosos no es la misma proporcionalidad que establece para ellos la sucesión legítima. En cambio, si ha mediado donación a un heredero forzoso y un legado a un tercero, sin modificar las proporciones legales de los herederos forzosos, corresponde colacionar.

La jurisprudencia ha resuelto que "la colación, mientras no medie dispensa testamentaria, (...) es también de aplicación cuando la institución se limita a confirmar el llamamiento legítimo" <sup>26</sup>.

Alguna vez la jurisprudencia se inclinó por la admisión amplia de la obligación de colacionar a los herederos testamentarios <sup>27</sup>.

#### **119. Supuesto en que lo donado supera la cuota del donatario.**

Lo dicho hasta ahora presupone que la donación colacionable tiene un valor inferior a la participación del donatario en la herencia, en cuyo caso la colación produce el efecto de rebajar la parte efectiva de bienes hereditarios que se le ha de adjudicar en la partición. Si en lugar de ser inferior fuese del mismo valor, el donatario no recibirá nada de la masa hereditaria. Pero cabe una tercera posibilidad, cuando la donación representa un valor superior a lo que el donatario tendría derecho a recibir como coheredero, siempre que el valor de lo donado no afecte las legítimas de los demás herederos forzosos.

<sup>26</sup> C.N.Civ., Sala C, 2/3/77, "E.D.", 78-327.

<sup>27</sup> C.Civ. 2º Cap., 25/4/23, "J.A.", t. 10, p. 331.

Veamos un ejemplo: Una persona deja a su muerte dos hijos, *A* y *B*, y bienes por valor de 4.000. En vida, le ha donado al hijo *A* bienes por valor de 6.000. La legítima de cada hijo es de 4.000, y la libre disposición, de 2.000. En este caso, *A* colaciona la donación de 6.000, y *B* recibirá la totalidad de los bienes relictos, que suman 4.000, quedando así salvada su legítima individual. Aquí, lo donado supera la cuota hereditaria del donatario, que es de 5.000. Cabe preguntarse, entonces, si el donatario estará obligado a restituir a la masa el exceso de 1.000, para obtener así la completa igualdad con el otro heredero.

El problema ha dado lugar a opiniones contrapuestas en la doctrina española, ante el silencio de los textos legales:

Morrel y Terry<sup>28</sup>, basándose en las expresiones contenidas en el art. 1035 del Código español —“traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante en vida de éste (...) para computarlos (...) en la cuenta de partición”—, concluye: “Es lo cierto que la donación íntegra se agrega a la masa hereditaria, y teniendo por base esa suma se fija la porción correspondiente a cada heredero. Por tanto, si el donatario sólo ha de percibir la parte que le corresponde en el reparto o partición, y si sus coherederos han de tener derecho a exigir íntegra su participación, necesario es que cuando la donación exceda el importe de la cuenta hereditaria (legítima o no legítima), éste colacione materialmente el exceso, o entregue en metálico a sus coherederos la diferencia”. Modernamente, Vallet<sup>29</sup>, siguiendo las huellas de Morrel, defiende la obligación de colacionar el exceso, viendo esa obligación no como deuda de cosa específica, sino de valor.

Contrariamente, Calderón Neira<sup>30</sup> niega la colación del exceso, por entender que “para imponer la devolución del exceso precisaríamos que se declarase caduca la donación en cuanto a ese exceso, y de esa devolución o de esa caducidad no habla directamente ni indirectamente el art. 1035”. La postura de Calderón, remozada y ampliada, la comparte hoy día casi toda la doctrina española: Roca Sastre, Lacruz, De los Mozos, Puig Brutau<sup>31</sup>.

En nuestro derecho no hay texto legal alguno que se refiera

<sup>28</sup> José Morrel y Terry, *Colación especial exigida en el art. 1035 del Código Civil*, “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, Madrid, 1906, t. 108, ps. 130 y ss.

<sup>29</sup> Vallet, ps. 593 y ss.

<sup>30</sup> Calderón Neira, p. 119.

<sup>31</sup> Roca Sastre, *Anotaciones a Kipp (Sucesiones)*, t. 2, p. 60; Lacruz, p. 586; De los Mozos, p. 298; Puig Brutau, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, 1964, t. 5, p. 665.

a este supuesto. Para dilucidar el problema, estimamos conveniente recordar los aspectos básicos de la colación.

Hemos dicho que la colación se traduce en una imputación contable del valor de lo donado a la cuota del colacionante, y una compensación en bienes hereditarios a los demás herederos, para conseguir la igualdad entre ellos. En este mecanismo colacional, en el cual no hay desplazamiento real ni crediticio, el donatario tomará de menos, en la masa hereditaria, tanto como ya hubiera recibido si lo donado no cubre su cuota; si la cubre, no tomará nada.

“Como se trata de valores, y no de cosas —dice Fornieles<sup>32</sup>—, no se necesita ningún aporte material. El heredero no introduce a la sucesión, en dinero efectivo, el precio de la cosa que le fue donada, sino que la suma correspondiente se agrega en números a la masa y luego se saca por adjudicación en su hijuela. Los franceses llaman a esta colación «*en moins prenant*», o sea, tomando de menos, y es ésa la única forma vigente en nuestro derecho. Así, cuando los arts. 3477 y 3469 hablan de la reunión a la masa, se refieren a una reunión ficticia hecha en números, al solo efecto de verificar el cálculo. Es una simple operación de contabilidad, necesaria para encontrar las sumas exactas”.

Y agrega: “El carácter ficticio del ingreso se halla expresamente reconocido en la nota al art. 3441 y resulta de los términos del art. 3477, cuando dice que se colacionan los valores, es decir, ni las cosas mismas ni su equivalente en dinero”. Borda<sup>33</sup>, en el mismo sentido, afirma que constituye una simple operación de contabilidad, porque el obligado a colacionar no trae ningún bien a la masa (ni la especie donada ni su equivalente en dinero), sino que recibe de menos lo que ya recibió en vida del causante; con lo cual confirma, al igual que Fornieles, la falta de desplazamiento real o crediticio. Por su parte, Maffía<sup>34</sup> considera que el sistema aceptado por el art. 3477 es el sistema de la colación ficticia, en la cual no se produce un aporte material, pues el episodio implica una mera operación aritmética de contabilidad, en que el obligado no debe restituir a la masa el bien ni su equivalente en dinero, limitándose a descontar de su hijuela lo ya recibido.

La sujeción del colacionante a sufrir el efecto de la colación no es, propiamente, una obligación. Aunque los arts. 3481, 3478, etc., hablan de “obligación”, ello carece del sentido técnico que le otorga el Código Civil, pues el donatario no tiene ninguna prestación que realizar, con la secuela del cumplimiento forzoso

<sup>32</sup> Fornieles, n° 302.

<sup>33</sup> Borda, n° 642; “J.A.”, 1949-III, p. 331.

<sup>34</sup> Maffía, ob. cit., t. 2, p. 163.

o del deber de resarcir el daño<sup>35</sup>. En este sentido, dice Cicu<sup>36</sup> que en la colación sólo hay sujeción, que es distinta de la obligación. La obligación se da cuando una persona está sometida a una prestación; la sujeción, cuando aquélla, sin intervención de su voluntad, debe sufrir un efecto que se produce por voluntad ajena o por la ley.

La pretendida colación del exceso, cuando lo donado supera la cuota sucesoria del donatario, va en contra de los conceptos que acabamos de expresar y que acepta nuestra doctrina. Veamos:

a) El art. 3477 dice que el donatario debe reunir a la masa hereditaria los valores donados en vida por el difunto. Pero reunir o aportar valores es cosa diferente de restituir excesos. El Código Civil no ha impuesto expresamente la devolución del exceso, y faltando tal disposición —como dice Lacruz<sup>37</sup>—, no podemos presumir que el heredero se halle gravado con tan pesada carga.

b) La imputación contable del valor de lo donado a la cuota del colacionante implica traer el valor de la donación a la masa y redistribuir las cuotas “con los bienes que hay en la herencia”. Estas operaciones encuadran estrictamente dentro de desplazamientos contables. Tal mecanismo, propio de nuestra colación, nada tiene que ver con la restitución del exceso.

Si la colación produjera la facultad de exigir la restitución del exceso, esta restitución, si no tuviera un efecto real, al menos lo tendría crediticio, facultando, en este último caso, a reclamar una suma dineraria. Ello excedería de la imputación contable que es propia de la colación. Los autores citados —Fornieles, Borda, Maffia— expresan que no son restituidas a la masa, por la colación, ni las cosas mismas ni su equivalente en dinero. En el mejor de los casos, la restitución del exceso, que implica un crédito dinerario, iría contra el concepto mismo de la colación por imputación.

En efecto: como dice De los Mozos<sup>38</sup>, hay una relación íntima entre la forma de practicar la colación y el alcance de sus efectos. Cuando se admite la colación de la “cosa”, es claro que lleva implícita en sí misma la restitución del exceso. Lo propio sucede cuando la colación hace surgir un derecho de crédito, que es una variante de la anterior. Pero esa forma de colación no se da en nuestro derecho.

<sup>35</sup> Esta es la posición de la doctrina italiana: Messineo, p. 430; Lodovico Barassi, *Instituciones de derecho civil*, trad. española, Barcelona, 1955, t. 1, p. 430; Cicu, *Derecho de sucesiones. Parte general*, Bolonia, 1964, p. 982, n.º 208. Y también de la más reciente doctrina española: Lacruz, Vallet, etc.

<sup>36</sup> Ob. cit., p. 983.

<sup>37</sup> Lacruz, p. 586, nota 7; De los Mozos, p. 167.

<sup>38</sup> De los Mozos, p. 179.

c) La colación, al ser una imputación contable, representa para el donatario una toma de menos, o no tomar nada si el valor de la donación es igual a la cuota hereditaria. Tal forma de colación no faculta a tomar el exceso, pues esto último entraría en contradicción con el sistema colacional que nos rige. No se trata de que el tomar de menos, el no tomar nada o el restituir el exceso aparezcan —como equivocadamente pretende Maffía— como mecanismos propios de la colación para asegurar el fin de igualdad. La verdad es que el tomar de menos o el no tomar nada responden a nuestro sistema de colación, y el restituir el exceso es ajeno a él, por lo cual no cabe exigir la restitución —siempre, naturalmente, que no sean afectadas las legítimas—.

En síntesis, estimamos que el donatario no está obligado a restituir el exceso, ni en bienes ni en dinero (siempre, naturalmente, que no sean afectadas las legítimas de los otros coherederos, pues en ese caso entra a jugar la acción de reducción). La colación supone reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto (art. 3477), para imputarlos en la cuenta del donatario, quien deberá tomar de menos en los bienes hereditarios o no tomar nada, pero no restituir excesos. La restitución del exceso es propia —como dice De los Mozos<sup>39</sup>— de las instituciones que se configuran en defensa de la legítima, y no de la colación. Del silencio de la ley no se puede deducir la obligación de compensar el exceso. Por ello, el colacionante no tendrá nada que pagar a sus coherederos, aunque, desde luego, nada tomará del *relictum*.

Paradójicamente, Fornieles y Borda, quienes describen con toda precisión el mecanismo colacional, al referirse al supuesto en que lo donado supera la cuota sucesoria del donatario, se apartan de él, creando un derecho de crédito dinerario contra el colacionante; pero no exponen los argumentos que avalen sus posiciones. Lo propio sucede con Maffía.

Digamos, por último, que la obligación de restituir el exceso, de ser tal, aparece absolutamente inútil, puesto que el donatario puede evitarla repudiando la herencia (art. 3355) y reteniendo la donación, si ésta no excede de la porción disponible; si excede de esa porción, entonces siempre cabrá contra él la acción de reducción. Ante la posibilidad de una interpretación distinta de la que estamos sosteniendo, es evidente que al donatario puede convenirle la renuncia de la herencia, si quiere tener la seguridad de que no deberá restituir excesos.

En el Código Civil alemán se ha previsto expresamente el su-

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 298.

puesto sometido a análisis. En dicho código no existe, al igual que en nuestro derecho, la colación *in natura*, sino la colación de valor. El art. 2055 empieza diciendo: "En la partición se imputa a cada heredero, en su porción hereditaria, el *valor* de la atribución que ha de traer a colación..."; y agrega el art. 2056: "Si un coheredero, mediante la atribución, ha recibido más de lo que le correspondería en la partición, no está obligado al pago restitutorio del exceso...".

## 120. Momento para determinar el valor de lo donado.

El Código Civil no contenía un precepto expreso que indicara el momento al cual debía referirse el valor de la donación objeto de colación. En materia de legítima, en cambio, el art. 3602 establecía que para fijar la legítima, "al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones del mismo testador al tiempo en que las hizo". Esta norma fue aplicada por analogía a la colación, y, así, la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia admitieron que el valor de los bienes donados debía ser establecido al tiempo en que se había realizado la donación. Éste es el criterio que se acepta en la mayoría de los códigos civiles (Código Civil alemán, art. 2055, párr. 2º; Código Civil español, art. 818; Código Civil brasileño, art. 1792; etc.).

La solución dada por el codificador y aceptada por la doctrina y la jurisprudencia era una solución lógica en una economía estable. Pero he aquí que en los últimos años el fenómeno inflacionario llegó a alcanzar tal magnitud que distorsionó todos los valores, convirtiendo en injustos los criterios que en otros tiempos fueron instrumentos de justicia. Esto ocurría con el momento de la computación del valor en las donaciones, sobre todo si la muerte del donante se producía al cabo de un tiempo considerable.

La ley 17.711, haciéndose eco de esta necesidad de cambio, estableció en el art. 3477, párrs. 2º y 3º, que "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". Coordinadamente, el art. 3602, destinado a computar la legítima, se remitió al art. 3477 en lo relativo al momento de la computación del valor de la donación.

Se ha previsto dos situaciones distintas:

a) *Bienes donados por el causante que no son créditos o dinero.* Los valores de esos bienes deben ser computados al tiempo

de la apertura de la sucesión, porque es el momento en que se produce la transmisión. Es el criterio del derecho romano justinianeo y el que siguen el Código italiano, en el art. 747, y el Código suizo, en el art. 630.

Pensamos que si se ha fijado el valor monetario de lo donado en ese momento, dicho valor debe ser actualizado, en razón de la desvalorización monetaria, al momento de la partición; es decir, el bien donado es traducido a su valor dinerario cuando se abre la sucesión, y de ahí en más esa moneda debe ser repotenciada, para otorgarle una significación adquisitiva equivalente, al hacer la partición. Con esta interpretación queda resuelto el desajuste que puede significar que los bienes hereditarios sean valuados al momento de la partición, y las donaciones colacionables, al momento del fallecimiento del causante. Ésta es la solución aceptada por la Corte Suprema de la Nación<sup>40</sup>, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires<sup>41</sup> y otros tribunales del país<sup>42</sup>.

Consideramos que la ley 23.928, denominada "ley de convertibilidad del austral", no debe alterar esta jurisprudencia, por cuanto el instituto de la colación cae fuera de su órbita. Efectivamente: la colación busca la igualdad de los herederos forzosos, por medio de una imputación contable del valor de lo donado en la hijuela del colacionante, que se traduce en la "toma de menos" de bienes sucesorios y la consiguiente compensación a los demás herederos, que reciben de más en bienes en el acto de la partición.

Para conseguir este fin es necesario valorar el bien sujeto a colación al momento del fallecimiento del causante, y someter a reajuste esa valuación a la fecha de las operaciones particionales. Pero esta valuación y este reajuste no representan, en modo alguno, una "obligación de dar suma determinada de australes", que es la materia propia de la ley 23.928 (art. 7), y nos parece que ni siquiera implica una deuda de valor (que es ajena a la ley 23.928), por cuanto el mecanismo colacional sólo lleva consigo computaciones e imputaciones contables, sin desplazamientos dominicales o crediticios.

Si, forzando la interpretación del instituto de la colación, se viera que colacionar el bien donado implica una deuda del colacionante, ésta sería una deuda de valor y no quedaría comprendida en la ley 23.928, por lo cual el reajuste entre la fecha de la

<sup>40</sup> C.S.N., 4/7/78, "Tampieri de Cirelli, Clelia M., y otras c. Tampieri, Raúl, y otro", "E.D.", 79-488.

<sup>41</sup> S.C.B.A., 28/9/79, "E.D.", 87-715; 5/6/79, "E.D.", 84-498.

<sup>42</sup> Cám. Ap. C. C. Morón, Sala I, 23/10/80, "Cárfora, Vicente, c. Cárfora, Alberto, y otro, suc.", "E.D.", 92-200.

apertura de la sucesión y el momento de la partición podría ser realizado, a pesar de la ley de convertibilidad.

b) *Bienes donados por el causante consistentes en créditos o dinero.* En materia de créditos o sumas de dinero, el art. 3477 ha seguido un criterio elástico, al facultar a los jueces para que determinen un equitativo reajuste según las circunstancias del caso.

El criterio orientador será, sin duda, la fecha de fallecimiento del causante, pero el monto fijado a esa época deberá, a nuestro juicio, ser reajustado, conforme a lo expuesto precedentemente, al momento de la partición. Pero el juez podrá apartarse de ese criterio cuando resulte más equitativa otra solución (p. ej., crédito cobrado después de la muerte del causante).

#### **121. Vicisitudes de la cosa o su valor después de efectuada la donación: principio.**

La donación hecha a un heredero forzoso transmite la propiedad de la cosa donada, lógicamente, en el momento de la donación. El donatario se convierte en titular de la cosa a partir de ese momento. La muerte ulterior del donante y la obligación de colacionar no afectan la titularidad del donatario, pues lo que se colaciona es, precisamente, el valor de la cosa, y no la cosa en sí (art. 3477, párr. 1º). De ahí que las alteraciones que sufra la cosa donada a partir de la donación sólo beneficiarán o perjudicarán al donatario, y no a sus coherederos.

Se tiene en cuenta el estado de la cosa al momento de la donación, aunque se compute el valor que tenía la cosa donada, tal cual fue donada, al tiempo de la apertura de la sucesión (art. 3477, párr. 2º); esto, sin perjuicio de actualizar el valor al tiempo de la partición.

En nuestro sistema de colación por imputación contable, no importa que los aumentos se hayan producido por el hecho del donatario o por la naturaleza, ni que los deterioros o la pérdida hayan ocurrido por culpa del donatario o por caso fortuito. Siempre se tendrá en cuenta la cosa donada al momento de la donación, aunque su valor sea actualizado al momento de la muerte del causante y después se lo indexe.

#### **122. Mejoras y deterioros de la cosa donada.**

Aunque nuestro Código no contiene disposiciones sobre los aumentos o deterioros de la cosa donada, la solución surge indi-

rectamente del art. 3477, párr. 2º, cuando, después de decir que los valores deben ser computados al tiempo de la apertura de la sucesión, agrega: "sea que existan en poder o no del heredero". La frase muestra la falta de relevancia de las modificaciones de la cosa ulteriores a la donación. Como consecuencia, los aumentos o deterioros del bien donado, una vez efectuada la donación, serán, respectivamente, a beneficio o a cargo del donatario, quedando al margen del valor colacionable.

Lo dicho guarda relación con el mecanismo colacional, que en nuestro derecho versa sobre la imputación contable de valores, y no de cosas; por ello sólo se toma en cuenta el valor de lo donado al tiempo de la muerte del causante.

El art. 1045, párr. 2º, del Código Civil español, en el cual sólo hay colación de valores, se pronuncia en el sentido que venimos exponiendo: "El aumento o deterioro físico posterior a la donación, y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o a beneficio del donatario".

En el derecho francés, el donatario debe responder, en caso de colación *in natura*, por la disminución del valor del inmueble por obra suya o por su culpa (art. 863, ley del 3/7/71). En el mismo sentido legisla el Código Civil italiano, al expresar, en su art. 748, párr. 3º, que el donatario está obligado por los deterioros producidos por su culpa. En estos sistemas —propios de la colación originaria *in natura*— resulta coherente distinguir entre deterioros producidos por culpa del donatario y deterioros producidos por caso fortuito. Pero esta distinción no corresponde hacerla en nuestro sistema, que versa sobre la imputación de valores y no admite la colación *in natura*. De ahí que los principios contenidos en esas normas no sean de aplicación en nuestro derecho <sup>43</sup>.

### 123. El problema de los frutos.

En el caso de que el donatario reciba frutos, para saber si son o no colacionables hay que distinguir diversos supuestos:

a) *Caso en que se ha donado una cosa que produce frutos.* En este supuesto se aplica el régimen correspondiente al aumento o deterioro de la cosa donada. La donación transfirió el dominio y los accesorios, como son los frutos, que se incorporan al patrimonio del donatario. En consecuencia, sólo se colaciona el valor de la cosa donada, y no los frutos que produzca.

<sup>43</sup> Zannoni, nº 741 —quien, en nuestra opinión, no repara en esta circunstancia—, se adhiere a la solución contenida en el Código italiano.

b) *Caso en que el causante dona los frutos en propiedad al donatario, sin atribuirle ningún derecho sobre la cosa que los produce.* En este caso, la donación de los frutos constituye un acto autónomo sujeto a colación, cualquiera que sea el destino que se les dé a esos frutos.

c) *Caso en que el donante entrega a su heredero una cosa sin el fin de transferir su propiedad y esa cosa produce frutos.* Esta situación se puede presentar si se entrega en comodato o se constituye un usufructo sobre un inmueble —que produce frutos— en favor del heredero forzoso, caso que será viable en los predios rústicos. En nuestra opinión, entra aquí a jugar el art. 1791, inc. 8, y por tratarse de la entrega de cosas sin ánimo de transferir la propiedad, no están sometidas a colación. Los frutos que producen esas cosas son absorbidos y alcanzados por la norma y, por tanto, tampoco son colacionables. Nos parece que no cabe hacer la distinción entre que se entregue sólo el uso de la cosa o su uso y goce, para considerar comprendido en la norma del art. 1791, inc. 8, sólo al comodato o préstamo de uso (excluyendo de la colación sus frutos), y no al usufructo (incluyendo los frutos en la colación), pues los términos de ese artículo son claros y no se prestan a equívocos<sup>44</sup>.

La jurisprudencia francesa, ante textos similares, se ha pronunciado por la negativa a colacionar estos frutos<sup>45</sup>.

Es obvio que cuando se trata del préstamo de una cosa que no produce frutos (p. ej., cuando el causante facilita gratuitamente una casa a un heredero), nada hay que colacionar (art. 1791, inc. 8).

#### 124. Pérdida de la cosa donada.

Puede suceder que el bien donado al heredero se pierda o destruya totalmente después de efectuada la donación. El donatario está obligado a colacionar por el valor que el bien hubiera tenido al momento de la apertura de la sucesión (con actualización monetaria ulterior), sin que importe su pérdida.

Esta hipótesis se halla prevista en el art. 3477, párr. 2º, cuando expresa que los valores deben ser computados al momento de la apertura de la sucesión, “sea que existan o no en poder del heredero”.

<sup>44</sup> Fornieles hace el mencionado distingo (nº 330), lo mismo que Lafaille (nº 516). De acuerdo con nuestra opinión: Borda, nº 676.

<sup>45</sup> Aubry y Rau, p. 631, nota 47; Ripert y Boulanger, ob. cit., p. 865, nº 2901.

Es irrelevante que la pérdida de la cosa se haya producido por culpa del donatario o sin culpa de éste, conforme al mecanismo colacional, que sólo tiene en cuenta los valores de la cosa donada a efectos de su imputación contable.

El Código Civil español, en el art. 1045, párr. 2º, sigue este criterio, sin que importe que la pérdida sea casual o culpable, al decir que la "pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo del donatario".

Cosa diferente sucede en los códigos que aceptan la colación *in natura*, como el italiano y el francés. En el art. 1012 del viejo Código italiano de 1865, el donatario se liberaba de la obligación de colacionar cuando la cosa había perecido por "caso fortuito". Según el art. 744 del Código vigente, el donatario queda liberado cuando la cosa se ha perdido *sin su culpa*. Dice así: "No está sujeta a colación la cosa pericada por causa no imputable al donatario". De modo similar, el art. 855 del Código Civil francés preceptúa: "El inmueble que haya perecido por caso fortuito y sin culpa del donatario no está sujeto a colación". Estas normas son lógicas dentro de sistemas en que inicialmente se practica la colación *in natura*; de ahí el distingo entre el pericimimiento con culpa o sin culpa del donatario. Pero tales normas no son aplicables en sistemas como el español o el nuestro, en los cuales sólo hay que hacer la aportación contable del valor de lo donado, y no la aportación de la cosa misma, sin que importen, en consecuencia, las vicisitudes del bien donado ulteriores a la donación.

Contrariamente a lo expuesto, algunos autores piensan, siguiendo las pautas del art. 744 del Código italiano, que la cosa donada no está sujeta a colación si ha perecido por caso fortuito. Para llegar a tal conclusión se separan de lo preceptuado en el art. 3477 de nuestro Código, sosteniendo que la solución legal parece injusta si se la confronta con el fundamento de la obligación de colacionar<sup>46</sup>. No creemos que se pueda soslayar la aplicación del art. 3477, y menos que la solución que proponen se ajuste al fundamento de la obligación de colacionar ni al mecanismo propio de ella en nuestro derecho.

#### 125. Enajenación de la cosa donada: imposibilidad de accionar contra terceros.

La enajenación del bien donado no influye en el cómputo del valor colacionable. Se aplica también el art. 3477, párr. 2º, que

<sup>46</sup> Así, Zannoni, nº 789. De modo similar, Belluscio, *El valor de las donaciones a efectos de la colación*, "L.L.", 135-1255, nº 24.

impone la colación, sea que las cosas estén o no en poder del heredero.

En nuestro Código Civil, la colación no tiene eficacia contra los terceros adquirentes del bien que fue donado a un heredero forzoso. En consecuencia, los herederos que reclaman la colación no pueden accionar contra esos terceros adquirentes, sean o no de buena fe, sea la adquisición a título oneroso o gratuito<sup>47</sup>.

## 126. Dispensa de colación: modos de hacerla.

La dispensa de colación, que aparece insertada en el mecanismo de esta institución como pieza fundamental, marca el carácter dispositivo de las normas que regulan la colación. Si el causante no quiso, con su donación, hacer un anticipo de herencia, sino una mejora, puede dispensar al heredero de colacionar.

Ahora bien: esta institución de la dispensa está restringida, en nuestro derecho, por el rigorismo con que se exige hacerla. Según el art. 3484, "la dispensa de la colación sólo puede ser acordada por el testamento del donante, y en los límites de su porción disponible". Quiere decir, pues, que en nuestro derecho positivo sólo cabría hacer la dispensa de la colación en el testamento.

No obstante, el art. 3604 contiene, como hemos visto, una dispensa tácita de colación, que sería efectuada en el instrumento de trasferencia con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo<sup>48</sup>.

Además, el art. 1805 da pie para una interpretación más flexible. Dice así: "El padre y la madre, o ambos juntos, pueden hacer donaciones a sus hijos, de cualquier edad que éstos sean. Cuando no se expresare a qué cuenta debe imputarse la donación, entiéndese que es hecha como un adelanto de la legítima". Si el precepto ha previsto que no se exprese la cuenta a que se debe imputar la donación —en cuyo caso se la entiende como adelanto de legítima—, *a contrario sensu*, si se expresa que se la imputa a la libre disposición habrá, indirectamente, una dispensa de colación efectuada en el acto de la donación.

Pese a lo dicho precedentemente, nuestra doctrina y nuestros tribunales, con criterio muy restringido, sólo han aceptado la dispensa de colación efectuada en testamento<sup>49</sup>.

Por lo demás, la ley no exige términos sacramentales para la

<sup>47</sup> Vallet, *Estudios de derecho sucesorio*, Madrid, 1982, vol. IV, p. 546; Zannoni, n.º 46. *Infra*, parágr. 126.

<sup>48</sup> *Supra*, parágr. 46; *infra*, parágr. 126.

<sup>49</sup> Fornieles, n.º 316; Lafaille, n.º 505; Borda, n.º 684; Zannoni, n.º 777.

dispensa. Basta que conste la voluntad inequívoca del causante de mejorar a su heredero forzoso.

En el derecho comparado no se sigue el rigorismo de nuestra ley, como la entienden nuestros autores, pues la mayoría de los códigos autorizan, aparte de la dispensa hecha en testamento, la efectuada en el acto de la donación o por otro instrumento público (art. 1036, Código español; art. 2050, Código alemán; art. 737, Código italiano; art. 1789, Código brasileño; art. 776, Código peruano; etc.).

### 127. Colación de deudas: concepto.

La llamada *colación de deudas* consiste en la imputación, en la cuota del heredero deudor, del monto de la deuda que tenía frente al causante, disminuyendo su adjudicación en igual valor.

La finalidad de la imputación estriba en impedir que el coheredero deudor tome íntegramente la cuota hereditaria y no pague a los otros coherederos aquello de lo cual es deudor frente a la masa.

En nuestra opinión, esta imputación de la deuda en la cuota del heredero deudor es posible, en nuestro derecho, en la medida en que el heredero deudor no sea insolvente. Pero cuando éste es insolvente, los coherederos no deudores no pueden imponer la imputación en contra de los intereses de los acreedores del deudor, y el crédito debe ser prorrateado entre todos ellos.

Para que los coherederos no deudores pudieran imponer esa imputación en caso de insolvencia del heredero se necesitaría una norma que —pensamos— no existe en nuestro Código. Adelantamos que esta opinión no es unánime en nuestra doctrina.

### 128. Diferencias con la colación propiamente dicha.

La colación de deudas es una institución profundamente distinta de la colación de donaciones, tanto en su finalidad como en su mecanismo.

Por lo pronto, la llamada "colación de deudas" parte de una base falsa, cual es considerar que los créditos que el causante tenía con su heredero forzoso constituyen liberalidades. Entre herederos forzosos puede haber verdaderos contratos onerosos; las deudas pueden provenir de causas que no sean préstamos; éstos

pueden encerrar muchas variedades, ser onerosos o gratuitos, o ser en parte lo uno y en parte lo otro. Decir que las deudas que el hijo y el padre tienen entre sí constituyen liberalidades es algo simplemente inaceptable. Así como no se puede decir que todo contrato entre herederos forzosos es una liberalidad, tampoco se puede, y con mayor motivo, afirmar que toda deuda que el heredero forzoso tenga con su causante no sea más que una especie de donación o préstamo, que actúa a modo de anticipo de herencia.

Con la colación de deudas no se aumenta la masa hereditaria, puesto que a las deudas del coheredero frente a la masa corresponden otros tantos créditos en la masa <sup>50</sup>.

Tampoco se puede decir que la colación de deudas tiene por finalidad mantener la igualdad entre coherederos, al modo de la colación de donaciones. Si la colación de donaciones no tuviera lugar, evidentemente se produciría una desigualdad en las cuotas de los herederos forzosos, pues el donatario recibiría la donación y además su parte en el caudal hereditario; esto no ocurre, en principio, en la colación de deudas, pues si ésta no existiera los coherederos no deudores mantendrían —en la parte que les correspondiera— su crédito contra el heredero deudor, sin producirse ningún desequilibrio <sup>51</sup>.

Pero las diferencias entre una y otra institución se marcan muy especialmente al analizar su distinto mecanismo:

a) La colación de deudas no se aplica solamente a la partición, sino a toda indivisión. La colación de donaciones sólo tiene lugar en la partición hereditaria.

b) La colación de deudas se aplica no sólo a las deudas surgidas frente al causante, sino a las nacidas con posterioridad a su muerte entre los herederos, y aun a las existentes entre comuneros no herederos. La colación de donaciones sólo abarca las donaciones que el causante ha realizado en vida a su heredero forzoso (art. 3477).

c) La colación de deudas no sólo se produce entre herederos forzosos, sino entre todos los demás herederos, y aun entre comuneros no herederos. La colación de donaciones se limita a los herederos forzosos (art. 3476).

d) La renuncia de la herencia no exonera al deudor renunciante del pago de su obligación; el heredero renunciante deberá pagar su deuda según las reglas del pago (art. 3356). En cambio,

<sup>50</sup> Messineo, t. 7, p. 433.

<sup>51</sup> Sólo en el caso de insolvencia del heredero deudor la colación de deudas servirá para garantizarles a los acreedores el pago de su crédito, porque ellos tendrán una especie de privilegio frente a los acreedores del coheredero deudor.

la renuncia de la herencia exonera de la colación, de forma que el renunciante se quedará con la donación, quedando dispensado de la colación (art. 3355).

e) La dispensa de la colación de deudas no guarda ninguna semejanza con la dispensa de la colación de donaciones. Esta última presupone la validez de la donación, con la particularidad de que ésta es imputada a la libre disposición como mejora. La dispensa de la colación de deudas no supone imputación a la libre disposición: implica, simplemente, que los coherederos no deudores no podrán imputar la totalidad de la deuda a la cuota del heredero deudor, sino que mantendrán —en sus partes proporcionales— el crédito frente al deudor. Si el efecto previsto en la cláusula de dispensa fuese más amplio, en el sentido de liberar de la obligación de pagar la deuda, no habría estrictamente una dispensa de colación, sino una remisión de deuda. Este acto originaría, por sí mismo —como dice Guastavino<sup>52</sup>—, la obligación de colacionar el valor remitido, en calidad de donación o liberalidad colacionable.

Por eso, aplicar el término “colación” a las deudas no pasa de ser una metáfora, pues propiamente no hay colación de deudas, si se quiere respetar el significado tradicional del término “colación” a partir del derecho romano justiniano. Lo que hay es, simplemente, una imputación de la deuda a la cuota del heredero deudor. El Código italiano no habla de “colación de deudas”, sino de “imputación de deudas” (art. 724), que es la expresión que propugnamos para nuestro derecho.

## 129. El problema de su aplicabilidad en nuestro derecho.

Dada la falta de un texto que admita especialmente esta institución, nuestra doctrina se halla dividida en cuanto a si la colación de deudas existe o no en nuestro derecho.

a) Nosotros admitimos la colación de deudas como imputación, pero sin fuerza de privilegio. Si el heredero deudor es solvente, se imputará el total de su deuda en su hijuela; esa imputación es exigible por los coherederos cuando el deudor es solvente. En tales circunstancias, los acreedores del deudor no pueden oponerse a la imputación. El partidor siempre debe adjudicar el crédito del causante al mismo heredero deudor, descontando proporcionalmente bienes hereditarios en su hijuela (arg. arts. 3469 y 3471). En este limitado sentido, no podemos negar la existencia de esta mal llamada “colación”, considerada como imputación.

<sup>52</sup> *Colación de deudas*, Bs. As., 1964, p. 231.

El problema se presenta cuando el heredero deudor es insolvente, pues entonces cabe preguntarse si los coherederos no deudores pueden imponer esa imputación en detrimento de los intereses de los acreedores particulares de ese heredero. Allí reside la esencia de la cuestión, pues si tienen esa facultad se podrá decir que están en mejor situación que los acreedores del deudor, o sea, que están en situación de privilegio respecto de ellos. Al contrario, si carecen de esa facultad mantendrán un crédito contra el coheredero deudor —ya que no se produce la imputación, al menos la total—, el cual deberá ser prorrateado con el de los acreedores particulares del deudor.

Por ejemplo: Un causante tiene un crédito contra uno de sus herederos forzosos, *B*, de 400. A su muerte, deja dos coherederos, *B* y *C*, y un caudal de 1.000. Si el coheredero *C* tiene facultad para exigir que se impute la deuda en la hijuela de *B* en contra de los intereses de los acreedores particulares de él, a *B* le corresponderán 300, y a *C*, 700. En cambio, si los acreedores de *B* pueden oponerse a la citada imputación, a *B* y a *C* les corresponderán 500 a cada uno, y *C* tendrá un crédito contra *B* de 200, el cual deberá ser prorrateado con los créditos que puedan tener los acreedores de *B*.

Juzgamos que los coherederos, según nuestro derecho, no pueden imponer esa imputación total en contra de los intereses de los acreedores del deudor insolvente; dicho de otro modo, los acreedores del heredero insolvente podrán oponerse a que se lleve a cabo esa imputación total, quedando frente a frente sus créditos y los de los coherederos, que se cobrarán a prorrata.

Nuestra postura entronca, así, con la corriente que sostiene que la colación de deudas no es más que un procedimiento de liquidación; en vez de adjudicarle a cada heredero una parte proporcional del crédito del causante contra el heredero deudor, se lo carga íntegramente en su hijuela. Pero si el heredero deudor tiene otros acreedores a quienes perjudica la imputación, no es posible establecer un privilegio en favor de sus coherederos y en contra de esos acreedores<sup>53</sup>.

b) No obstante lo dicho, algunos autores —como Martínez Ruiz, Guastavino, Catapano<sup>54</sup>— pretenden apoyar legalmente la

<sup>53</sup> Ésta es la posición que sostiene, en Francia, Laurent, t. X, nº 638, y en Italia, Polacco, ob. cit., t. 2, p. 309; Coviello, *Delle successioni*, Napoli, 1935, t. 2, p. 513; ídem, Ricci, Pacifici-Mazzoni, etc. En la Argentina, Fornieles, nºs. 340 y ss.; Borda, nºs. 680 y ss.

<sup>54</sup> Roberto Martínez Ruiz, *La colación en el derecho sucesorio*, Bs. As., 1943, nº 222; Guastavino, ob. cit., ps. 140 y ss.; Ricardo S. Catapano, *La colación* (tesis doctoral), Mendoza, 1987, ps. 95 y ss.

colación de deudas, creando una especie de privilegio en favor de los herederos, para lo cual se basan, principalmente, en estos argumentos:

1) El art. 3477 establece que los ascendientes y descendientes "deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto". Como en la citada expresión no se distingue la clase de valores, hay que considerar incluida en ella toda entrega o dación de valores (donación, deuda, etc.).

Diferimos de esta interpretación. El art. 3476 se refiere concretamente a toda donación; el art. 3477 quiere indicar, dentro del marco de la donación, la forma en que se efectúa la colación, que es trayendo los valores, y no la cosa misma. Por eso, pensamos —con Segovia y Machado<sup>55</sup>— que la expresión "valores dados en vida por el difunto" se refiere únicamente a los valores de las cosas donadas. Pensemos, además, que las deudas pueden surgir por una vía distinta de la entrega de valores; entonces, ni siquiera aceptando los términos forzados de la interpretación de Guastavino habría manera de apoyarse en ese artículo.

2) El art. 3469 dice que "el partidador debe formar la masa de los bienes hereditarios reuniendo las cosas existentes, los créditos tanto de extraños como de los mismos herederos, a favor de la sucesión, y lo que cada uno de éstos deba colacionar a la herencia".

Esta norma, en nuestra opinión, no da apoyo legal a la colación de deudas, pues contiene una disposición general relativa a la partición que no supone referencia alguna a la colación de deudas. Es más: precisamente la mención por separado de las deudas del coheredero y de lo que cada uno de éstos debe colacionar demuestra que las deudas, en sí, no son colacionables, puesto que los créditos son tratados con independencia de "lo que cada uno (...) deba colacionar a la herencia".

3) Guastavino estima que el art. 3494 puede ser interpretado como consagradorio del elemento "imputación" de la colación de deudas. Dice así el precepto: "La deuda que uno de los herederos tuviere a favor de la sucesión, lo mismo que los créditos que tuviere contra ella, no se extinguen por confusión, sino hasta la concurrencia de su parte hereditaria". Dicho autor considera que corresponde interpretar que la última parte del artículo ("hasta la concurrencia de su parte hereditaria") está referida a la porción del heredero en la sucesión, o sea, que es sinónimo de la hijuela del heredero. De tal forma, la obligación del heredero deudor en favor del causante quedaría extinguida totalmente, siempre que la deuda cupiera dentro de su porción hereditaria.

<sup>55</sup> Segovia, t. 2, nota 49; Machado, t. 9, p. 130.

Se produciría, mediante esta interpretación, una imputación íntegra de la deuda a la parte hereditaria del coheredero deudor. Sólo cuando la deuda no entrase en la hijuela del heredero deudor, éste quedaría obligado en favor de los coherederos, a prorrata, por el saldo.

Disentimos, igualmente, de la interpretación que hace Guastavino. El art. 3494 se refiere a la porción que le corresponde al heredero en el mismo crédito, y no a la totalidad del crédito<sup>56</sup>. Lo confirman sus fuentes y se lo deduce de la naturaleza de la confusión.

### 130. ¿Es justa la colación de deudas?

Ya hemos dicho que el partidador siempre debe adjudicar el crédito del causante al mismo heredero deudor. Esta operación de imputación responde a principios prácticos intachables, perfectamente admisibles en todos los derechos positivos. En tal sentido, la mal llamada "colación de deudas" es aceptable en todos los aspectos.

El problema surge cuando el heredero deudor es insolvente. Hemos sostenido ya que los acreedores del heredero, según nuestro derecho, pueden impedir entonces la imputación, porque ella se opone a sus intereses, y sobre todo porque no hay precepto alguno que declare la preferencia de los coherederos acreedores sobre los acreedores del heredero deudor.

Pero cabe preguntarse, *de lege lata*, si los coherederos deben tener preferencia sobre los acreedores del deudor. No hallamos ningún argumento serio que nos haga inclinarse por la justicia de esa preferencia. Nos parece que lo más justo es que el crédito de los coherederos sea prorratedo con el de los acreedores del deudor: ¿por qué ha de nacer en cabeza de los herederos un privilegio que no existía en poder del causante?

## II. ACCIÓN DE COLACIÓN

### 131. Concepto y caracteres.

El medio judicial para exigir la colación es la *acción de colación*. La acción de colación —como dice De los Mozos<sup>57</sup>— es

<sup>56</sup> En el mismo sentido: Machado, t. 9, p. 165; Lafaille, t. 1, n° 518; Fornieles, n° 341; Borda, n° 681.

<sup>57</sup> De los Mozos, p. 759.

incidental de la partición, pero no con carácter previo, sino separado e independiente. En sentido similar, dice Polacco <sup>58</sup> que la colación “es un incidente de la división hereditaria y precisamente del primer momento de ella, que sabemos consiste en la formación de la masa a dividirse”. Para Binder <sup>59</sup>, a la pretensión de colación sólo puede hacérsela valer en la división, y sólo en la división puede ser cumplida y satisfecha.

Aunque los autores que se refieren al tema hablan del “incidente de la colación”, el término “incidente” indica una incidentalidad material, más que procesal, pues a la reclamación de colación se le puede dar el trámite de los incidentes o del juicio declarativo, si requiere una sustanciación más amplia.

La acción de colación es una acción personal que culmina en la sentencia con la fijación de una suma colacionable, que se hará valer en el juicio sucesorio en el acto de la partición.

La suma fijada en la sentencia no supone un derecho de crédito que el reclamante pueda exigir al colacionante, sino un valor que habrá de tener en cuenta en la partición, que se hace en el juicio sucesorio a efectos de la imputación contable en la cuota del colacionante y la adjudicación compensatoria de los herederos reclamantes. En un caso resuelto por la Cámara Civil 2ª de la Capital se le ordenó a un heredero colacionar la suma de 20.250 pesos; los otros herederos pretendieron hacer efectivo el cobro por la vía ejecutiva, a lo cual el tribunal, acertadamente, no hizo lugar <sup>60</sup>.

### 132. Divisibilidad de la acción de colación.

La acción de colación es una acción divisible, en el sentido de que es un derecho que pertenece a cada heredero, quien puede ejercerlo o renunciarlo. “Es admisible, por eso —como expresa Polacco <sup>61</sup>—, que la acción de colación sea ejercida por un solo heredero contra uno solo de los coherederos donatarios, según su propio interés”. Esto guarda relación con el principio de que la colación jamás actúa de oficio.

La independencia de cada coheredero para ejercer la acción hace que la interrupción de la prescripción efectuada por uno de ellos no aproveche a los restantes <sup>62</sup>.

<sup>58</sup> Ob. cit., p. 399.

<sup>59</sup> Julius Binder, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1953, p. 258.

<sup>60</sup> “G. F.”, 36-360.

<sup>61</sup> Ob. cit., p. 399.

<sup>62</sup> Lafaille, n° 493; Fornicles, n° 307; Borda, n° 649.

### 133. Juez competente.

La acción de colación debe ser tramitada ante el juez de la sucesión, en virtud del fuero de atracción regulado en el art. 3284 del Código Civil.

Según el art. 3284, inc. 1, ante el juez del sucesorio deben ser entabladas "las demandas concernientes a los bienes hereditarios, hasta la partición inclusive". El inc. 2 se refiere a "las demandas (...) que tiendan a la reforma o nulidad de la partición".

Si la acción de colación es ejercida antes de haber tenido lugar la partición, se aplicará el inc. 1; si se la ejerce después de la partición, la acción llevará consigo, además de la condena a colacionar, la nulidad o reforma de la partición, por lo cual será de aplicación el inc. 2.

La doctrina y la jurisprudencia son unánimes en cuanto al fuero de atracción de la acción de colación<sup>63</sup>.

### 134. La colación y el proceso sucesorio.

Cuando no media acción judicial, estimamos que la colación puede ser realizada directamente en el proceso en dos supuestos:

A) *Reconocimiento de la donación por parte de todos los herederos.* Es el caso en que todos los herederos, incluyendo al heredero donatario, reconozcan la existencia de una donación colacionable, con independencia del valor que ulteriormente se le asigne. La falta de reconocimiento por parte del heredero donatario impide colacionar en el juicio sucesorio; se necesita, entonces, una sentencia previa dictada en proceso contencioso que ordene la colación.

En nuestra opinión, ese reconocimiento debe ser previo o, al menos, simultáneo a las operaciones de inventario y avalúo, y se lo debe hacer constar en el expediente sucesorio, ya porque los herederos, incluso el colacionante, se presenten haciendo la manifestación de la donación, ya porque del denunciado de bienes hecho por los herederos no donatarios se le corra vista al colacionante y éste lo acepte o no conteste la vista (igualmente puede hacer el denunciado el administrador, corriendo vista a los demás herederos, incluyendo al colacionante).

Sólo entonces el inventariador estará en condiciones de in-

<sup>63</sup> Borda, n° 58; Lafaille, n° 82, etc. C.S.N., 17/10/38, "J.A.", 64-28; C.Civ. 2°, 16/11/31, "J.A.", 36-1778.

cluir la donación como valor en el inventario, y el perito tasador, de hacer su estimación de valor, ya que la colación no opera de oficio <sup>64</sup>.

El inventariador tendrá que hacer el inventario de los bienes de la herencia, al cual agregará la donación (como valor) efectuada al coheredero forzoso. El avalúo deberá contener el valor de ambos. Al poner las operaciones de manifiesto en secretaría por cinco días, se deberá notificar a las partes (art. 724, párr. 1º, Cód. Proc. Nac.). La notificación debe comprender a todos los interesados, incluyendo al heredero donatario.

Las reclamaciones podrán ser efectuadas siguiendo el trámite fijado en el art. 725. Al final se producirá la aprobación de esas operaciones.

El partidor tendrá que realizar las operaciones de partición sobre la base del inventario y avalúo aprobado judicialmente. En esas operaciones deberá tener en cuenta el valor de las donaciones colacionables: el art. 3441 se refiere indirectamente a los bienes que el heredero debe colacionar en la partición. El art. 3469 expresa que "el partidor debe formar la masa de los bienes hereditarios reuniendo las cosas existentes (...) y lo que cada uno de éstos [los herederos] deba colacionar a la herencia". Estas normas deben ser entendidas en el sentido de que el partidor sólo puede considerar las donaciones colacionables cuando ya constan en el inventario, lo cual presupone el reconocimiento de la donación por todos los herederos, pues —como hemos dicho— la colación no actúa de oficio.

Será misión del partidor, antes de formar la masa a efectos de la colación, deducir las deudas hereditarias y así quedar con el *relictum* líquido, al cual agregará la donación colacionable. Imputará el valor de lo donado a la cuota del colacionante, quien tomará de menos el valor de lo recibido por donación, y compensará a los demás herederos en bienes hereditarios. De esta forma conseguirá la igualdad de los valores de las hijuelas adjudicadas a cada heredero.

Las operaciones serán puestas de manifiesto en la secretaría por diez días (art. 731). El trámite de la oposición está previsto en el art. 732. Al final serán aprobadas las operaciones particionales.

Tratándose de la partición extrajudicial hecha en escritura pública por unanimidad entre todos los herederos presentes y capaces (art. 3462), se puede incluir en ella las donaciones colacionables y hacer jugar el instituto de la colación. En ese caso,

<sup>64</sup> *Supra*, parágr. 116.

en el cual todos los herederos intervienen en la partición, obviamente, la colación comprenderá a todos, llegándose al reparto igualitario en las hijuelas. No hay inconveniente en que, aun haciendo valer la colación, no se llegue a la igualdad de lotes por así estipularlo los herederos. Ya veremos, al analizar la acción de nulidad de la partición, que en la partición extrajudicial los herederos pueden convenir en realizar lotes desiguales, sin que se pueda invocar la nulidad de la partición. Esta partición es efectuada fuera del proceso sucesorio. Nos hemos referido a ella por su conexión teórica con la partición mixta, que sí se produce en el proceso sucesorio.

Tratándose de la partición mixta (el art. 726 del Código Procesal la llama "partición privada"), en la cual todos los herederos capaces estén de acuerdo y la presenten al juez para su aprobación, sucederá lo mismo. Los herederos podrán incluir las donaciones colacionables y hacer jugar la colación en el reparto de las hijuelas.

B) *Caso de renuncia de la colación por algún heredero y reconocimiento por los demás —incluido el colacionante— de la donación a efectos de hacer valer la colación.* En este caso, como en el anterior, el reconocimiento por parte de todos los herederos, excluyendo al renunciante de la colación, debe constar en el expediente sucesorio.

El perito partidador, una vez liquidado el *relictum*, deberá hacer dos masas: una, con la agregación de los valores colacionables, para extraer de ella la hijuela del heredero reclamante (la hijuela del colacionante se verá disminuída tan sólo en la parte en que reciba aumento la del reclamante); otra, sin la agregación del *donatum*, para extraer de ella el monto que corresponde a los demás <sup>65</sup>.

Por ejemplo: Una persona, al morir, deja bienes por 48 y tres hijos, A, B y C, habiendo donado al hijo C un bien por valor de 6. El hijo A reclama la colación, pues el hijo B renunció a ella. El mecanismo colacional se produce así:

Primera masa, a efectos de extraer la hijuela del heredero reclamante: *Relictum*, 48, más *donatum*, 6, lo cual es igual a 54. Como hay tres herederos, la cuota del heredero A es de 18. Sobre la base de esa cuota, el partidador formulará la hijuela del heredero reclamante.

Segunda masa, a efectos de extraer la hijuela de los demás: *Relictum*, 48. Como hay tres herederos, la cuota del heredero B es de 16. Sobre la base de esa cuota, el partidador formará la hi-

<sup>65</sup> Fornieles, p. 307, letra d.

juela del heredero no reclamante. Como consecuencia de lo dicho, la cuota del colacionante (heredero C) se verá disminuída tan sólo en la parte que reciba aumento la del reclamante. La cuota en los bienes hereditarios del colacionante es 16, que se verá disminuída en 2, que es el aumento de la cuota del reclamante. El colacionante, pues, recibirá 14.

En nuestra opinión, cabe respetar el mecanismo colacional, en este caso, sin necesidad de hacer dos masas, sino una sola, con los valores colacionables: el *relictum* más el *donatum* (48 más 6 es igual a 54). Las cuotas de cada heredero serán determinadas en la reunión del *relictum*, que es de 16. El reclamante recibirá 18 (cuota con colación); el no reclamante recibirá 16 (cuota sin colación), y el colacionante disminuirá su cuota en el *relictum* (que es de 16) en 2, que corresponderá al aumento del reclamante. Quedará, pues, con 14.

### 135. La acción de colación y su influencia en el proceso sucesorio.

Cuando no se dan las hipótesis indicadas precedentemente, sólo cabe conseguir los efectos de la colación mediante el ejercicio de la acción. Para analizar su influencia en el proceso sucesorio hay que hacer, a nuestro juicio, las siguientes distinciones:

1. *Todos los herederos no donatarios denuncian la donación a efectos de la colación, y el donatario la niega.* En la práctica, esto último se producirá, sobre todo, cuando la donación esté encubierta, simulando una venta.

Habrá que iniciar el juicio de colación, al final del cual el juez dictará una sentencia que condenará al demandado a someterse a la colación, estableciendo el monto del valor colacionable. En el juicio contencioso no se hace la partición, pues corresponde hacerla en el juicio sucesorio.

Sobre la base de esa sentencia, el perito formará la masa para colacionar, que incluirá el *relictum* líquido más el valor del *donatum*, establecido, este último, en el juicio contencioso, procediendo en la forma indicada en el punto A del párrafo anterior.

2. *Unos herederos solicitan la colación y otros no, sin que respecto de estos últimos haya mediado renuncia de la colación.* En este caso, consideramos conveniente que el actor o el juez, de oficio, para evitar ulteriores nulidades, hagan conocer la demanda a los demás herederos no donatarios. Esta notificación servirá

de base para considerarlos renunciantes de la colación. Lo dicho es independiente del derecho que les asiste a los coherederos no reclamantes de la colación de presentarse en cualquier etapa del proceso, adhiriéndose voluntariamente a la petición de colación (art. 90, Cód. Proc. Nac.).

Si se adhieren a la acción de colación, estaremos en la hipótesis anterior.

Si no se adhieren, la sentencia ordenará la colación, estableciendo el monto para que el perito establezca en el juicio sucesorio la proporción en que debe ser afectado el colacionante; el juez del contencioso podrá establecer directamente el monto del valor colacionable, ya disminuído en razón del interés del reclamante.

En el juicio sucesorio, sobre la base de la sentencia que ordena la colación, el perito procederá como se ha indicado en el punto B del párrafo anterior.

En ambos supuestos se debe suspender la partición, aunque no hay inconveniente alguno en que sean realizadas las operaciones de inventario y avalúo; en tal caso, luego habrá que agregar el valor de lo donado.

### **136. La acción de colación iniciada con ulterioridad a la aprobación de las operaciones particionales.**

Puede suceder que todos los herederos no donatarios, o alguno de ellos, no hayan conocido la donación y hayan prestado acuerdo a las operaciones particionales. Enterados con ulterioridad de la donación, en la medida en que su acción no haya prescrito, podrán iniciar la acción de colación.

En ese caso, los reclamantes podrán petitionar, junto con la acción de colación, la nulidad de la partición o un reajuste de ella. Si por el monto de la donación se considerase que la nulidad es excesiva (abuso de derecho), el juez podrá ordenar el reajuste de la partición.

En el caso de nulidad de la partición, la sentencia, además de indicar el monto colacionable, debe declarar expresamente aquélla. En tal supuesto, el perito tiene que efectuar una nueva partición, siguiendo las pautas indicadas según la hipótesis en que se halle.

En el caso de reajuste de la partición, la sentencia debe ordenar una partición complementaria sobre la base de los valores que se ha ordenado colacionar. En tal caso, sirviéndonos de un ejemplo, el perito debe proceder de la siguiente forma:

Una persona deja, al morir, bienes por 48 y tres hijos, *A*, *B* y

C. El caudal hereditario se forma sólo por el *relictum*. La partición dio a cada uno bienes por 16. Después se descubre la donación de C por 6, y A y B reclaman la colación. El perito, para hacer la partición complementaria, tendrá en cuenta los valores colacionables, formando una masa de 48 más 6, es decir, 54. La cuota de cada heredero en esa masa es de 18. El perito asignará a los reclamantes el complemento de 2 para cada heredero, y descontará 4 al colacionante. Los reclamantes tomarán su cuota complementaria de 2 en los bienes que correspondieron al colacionante en la primera partición.

### 137. Oportunidad del ejercicio de la acción.

La acción de colación no puede ser ejercida antes de la muerte del causante, ya que se origina con la apertura de la sucesión: responde a las llamadas "posiciones originarias", que nacen por la muerte del causante.

Muerto el causante, no se la puede ejercer antes de iniciado el proceso sucesorio, ni incluso antes de la declaratoria de herederos (o de la aprobación de testamento, cuando cabe la colación en la sucesión testamentaria), pues el carácter incidental que la colación tiene respecto de la partición presupone la existencia de esa declaratoria de herederos (o de la aprobación de testamento).

El heredero no donatario puede ejercer la acción antes de la realización de las operaciones de inventario y avalúo, y aun después de haber tenido lugar la partición hereditaria.

El límite temporal de la acción será el de su prescripción, es decir, diez años, a contar de la muerte del causante. Esto, naturalmente, siempre que no se haya renunciado a la acción.

### 138. Renuncia de la acción.

La acción de colación puede ser renunciada después de la muerte del causante, en forma expresa o tácita.

La renuncia expresa implica una declaración de voluntad en ese sentido. La tácita surge de la realización, por parte del heredero no donatario, de determinados actos que signifiquen la voluntad de renunciar.

Así, cabe afirmar que la realización de las operaciones de inventario, avalúo y partición sin contar con la donación colacionable no supone renuncia de la acción si se desconoce la donación, Pensemos que se trata de un acto *inter vivos* cuyo objeto es

ajeno al caudal hereditario. A *contrario sensu*, si se conoce la donación y se consiente en las operaciones de partición en las cuales no se ha incluido el valor colacionable, tal actitud debe ser entendida como renuncia de la colación.

También hay renuncia tácita cuando la partición es realizada por los propios herederos, en forma extrajudicial o sometiéndola al juez para su aprobación, denunciando en ella la donación si, no obstante, no se tiene en cuenta su valor en el reparto; en nuestra opinión, en este caso hay renuncia tácita de la acción de colación.

### 139. Carga de la prueba.

El heredero reclamante deberá probar la existencia de la donación efectuada por el causante. Cuando ésta se refiera a inmuebles, la prueba consistirá en la escritura correspondiente.

La prueba de la donación se complicará si media un acto simulado con la apariencia de oneroso. El demandante deberá probar la simulación por todos los medios que la ley reconoce, mostrando que el negocio real es una donación. En ese caso, hay que acumular la acción de colación y la acción de simulación.

El reclamante deberá probar, aparte de la existencia de la donación, su valor pecuniario al tiempo de la muerte del causante, para lo cual se servirá de los medios probatorios establecidos en la ley.

No necesitará probar el valor de los bienes relictos, cuestión ajena a la acción de colación. El valor de esos bienes será determinado en el proceso sucesorio.

La sentencia en que culmina el proceso de colación se limitará a ordenar la colación y a establecer el monto de la donación, para que se lo haga valer en el juicio sucesorio en la pertinente partición.

Sólo cuando se interpone la acción de colación y, en subsidio, la de reducción es cuando el reclamante debe probar el valor de la donación colacionable y el valor de los demás bienes relictos, para el supuesto de que no prospere la primera por haber sido violadas las legítimas <sup>66</sup>.

### 140. Prescripción.

La acción de colación es una acción personal cuyo término de prescripción no está especialmente contemplado en el Código

<sup>66</sup> *Supra*, parágr. 27.

Civil. De ahí que resulte de aplicación el término de diez años establecido en el art. 4023. Al plazo se lo cuenta desde el momento de la muerte del causante <sup>67</sup>.

La prescripción interrumpida por uno de los herederos que demandase la colación a su coheredero no aprovecharía a los herederos que se hubiesen abstenido de reclamarla <sup>68</sup>.

#### 141. Sujeto activo.

El principio general es que pueden reclamar la colación las mismas personas que están obligadas a colacionar. Se trata, pues, de un derecho y de una obligación de carácter recíproco, que sólo funciona entre herederos forzosos <sup>69</sup>.

Este principio surge del art. 3478, 1ª parte, que dice: "La colación es debida por el coheredero a su coheredero"; y especialmente del art. 3483, 1ª parte: "Todo heredero legítimo puede demandar la colación del heredero que debiese hacerla". Este último artículo, al hablar de heredero "legítimo", concordaba con la primitiva redacción del art. 3476, que obligaba a colacionar a esos herederos. Cuando la ley de fe de erratas circunscribió el deber de colacionar a los herederos forzosos, quedó sin coordinar con la nueva orientación. Por eso, pese a la expresión empleada, debe ser entendida como si dijera "todo heredero forzoso".

#### 142. Momento en que se debe tener el carácter de heredero forzoso.

Hay que determinar en qué momento deben tener la calidad de herederos forzosos los reclamantes de la colación.

En nuestra opinión, la solución no está prevista por el legislador y debe surgir de la aplicación analógica del art. 1832, inc. 1, referente a la acción de reducción. Según este precepto, la reducción de las donaciones sólo puede ser demandada "por los herederos forzosos que existían en la época de la donación; empero, si existiesen descendientes que tuviesen derecho a ejercer la acción, también competirá el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación".

La aplicación de este precepto implica que el carácter de heredero forzoso debe tenérselo al momento de la donación, y per-

<sup>67</sup> C.Civ. 1º Cap., 7/5/28, "J.A.", 27-730.

<sup>68</sup> Fornieles, nº 307; Borda, nº 649.

<sup>69</sup> Lafaille, nº 495; Borda, nº 662; Fornieles, nº 325.

durar hasta el momento del fallecimiento del causante. La única excepción se da cuando existiendo un hijo o descendiente a quien se le hace la donación, nacen después otros hijos o descendientes; estos otros hijos o descendientes, pese a no haber existido al momento de la donación, tienen derecho a reclamar la colación al donatario <sup>70</sup>.

La necesidad de existir como heredero forzoso al momento de la donación del causante ha dado lugar a una importante polémica doctrinal en lo relativo al cónyuge que no era tal al momento de la donación. Por ejemplo, si una madre viuda hace una donación a su hijo y luego contrae nuevas nupcias, cabe preguntarse si a su muerte el nuevo cónyuge estaría legitimado para pedir la colación. Fornieles <sup>71</sup> sostiene —aplicando el art. 3478— que el cónyuge puede exigir que se colacione en su favor el valor de lo donado. En cambio, Borda <sup>72</sup>, en su incansable búsqueda de la justicia, entiende que este supuesto no fue considerado al redactar en términos tan generales el art. 3478; aplicarlo con lógica inflexible en todas sus eventuales consecuencias significaría hacer caer bajo el imperio de la norma, ciegamente, situaciones que no fueron tenidas en cuenta al dictarla.

Para no incurrir en errores, hay que aclarar, al respecto, que la divergencia de posiciones sólo cabe cuando la donación hecha al hijo no afecta la legítima del cónyuge, pues de lo contrario, por tratarse de una donación inoficiosa, el cónyuge carece de la acción de reducción, por no existir como tal al momento de la donación (art. 1832, inc. 1). El problema se circunscribe, pues, al supuesto en que la donación no afecte la legítima del cónyuge, y en lo que no exceda de la porción hereditaria del donatario.

Pensemos, con Borda, que el supuesto no fue previsto por el legislador. El art. 3478 sienta el principio de que la colación es debida por el coheredero a su coheredero, y el art. 3483, de modo similar, dice que todo heredero legítimo puede demandar la colación. Estos preceptos, aparte de no ser exactos —puesto que ninguno de los dos se circunscribe a los herederos forzosos, que son los únicos que pueden demandar la colación—, tienen por fin delimitar qué personas pueden colacionar y cuáles no pueden hacerlo; pero en modo alguno su fin es la determinación del momento en que las personas con derecho a colación deben reunir la calidad de herederos forzosos. Ante esta laguna legislativa, no dudamos de que debemos aplicar por analogía lo dis-

<sup>70</sup> C.Civ. 1.º Cap., 11/10/43, "J.A.", 1943-IV, p. 437; Fornieles, n.º 322; Borda, n.º 662.

<sup>71</sup> Fornieles, n.º 324 bis.

<sup>72</sup> Borda, n.º 662.

puesto en el art. 1832, inc. 1 (art. 16, Cód. Civil), el cual establece que la reducción de las donaciones sólo puede ser demandada por los herederos forzosos que existían en la época de la donación, con excepción de los descendientes nacidos después de la liberalidad, que también pueden demandarla. Por lo demás, y en apoyo de lo dicho, no es lógico que la ley niegue la acción de reducción al cónyuge que no lo era al tiempo de la donación para reducir esa donación que afecta su legítima —que es una institución de orden público—, y le otorgue la acción de colación para conseguir la proporcionalidad de las cuotas hereditarias, que es un problema en donde no juega el orden público.

La jurisprudencia se inclinó por la solución que defendemos en un caso que mereció el comentario de los autores<sup>73</sup>. Se trataba de una señora viuda que había donado a su único hijo de su primer matrimonio una cantidad importante de dinero. Se volvió a casar, y una vez fallecida el segundo marido reclamó de aquel hijo la colación de la suma recibida. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda basándose en el art. 3478, pero la cámara revocó el fallo. El Dr. Casares desarrolló en ese fallo una teoría que llamó "teoría del ciclo sucesorio", según la cual sólo tiene acción para exigir que se colacione en su favor el valor de lo donado quien pertenece al estado civil o de familia dentro del cual se hizo la donación. El Dr. Casares —sin decirlo expresamente— no hizo más que aplicar análogicamente el art. 1832, inc. 1. El Dr. Barraquero llegó al mismo resultado por otro camino inaceptable: consideró que el bien donado no pudo ser llevado por la mujer al matrimonio como bien propio, puesto que había salido de su patrimonio. De ahí concluyó, erróneamente, que por eso no estaba sometido a la colación.

#### 143. El caso de los acreedores y legatarios.

Los acreedores y legatarios no tienen, en principio, el derecho de exigir la colación, por no ser herederos forzosos. El art. 3478, 2ª parte, dice que la colación "no es debida ni a los legatarios ni a los acreedores de la sucesión". Analicemos por separado ambos supuestos:

a) El art. 3478 se refiere a los acreedores de la sucesión, los cuales no pueden, en principio, pedir la colación. A pesar de esta norma genérica, el art. 3483, 2ª parte, los legitima para demandar la colación "cuando el heredero, a quien la colación es debida, ha aceptado la sucesión pura y simplemente". En ese caso se con-

<sup>73</sup> C.Civ. 1ª Cap., 11/10/43, "J.A.", 1943-IV, p. 437.

funde el patrimonio del causante con el del heredero, y los acreedores del causante se convierten en acreedores del heredero. Es como acreedores del heredero que pueden ejercer, en nombre de éste, la acción de colación. Reclaman la colación por vía de la acción oblicua, no por derecho propio. Su interés residirá en el acrecentamiento de la hijuela de su deudor como consecuencia de la colación.

El art. 3483 no se refiere a los acreedores del heredero, pero es evidente que éstos pueden reclamar la colación en nombre de su deudor, por vía de la acción subrogatoria. El interés estará igualmente en el acrecentamiento de la hijuela de su deudor.

En síntesis, el principio es que los acreedores de la sucesión y los del heredero no pueden demandar la colación. Ahora bien: colocándose en el lugar de su deudor, pueden reclamar en todo momento los acreedores del heredero, y cuando no hay aceptación beneficiaria, los acreedores del causante<sup>74</sup>.

b) Respecto de los legatarios la situación es distinta, pues en ningún caso, ni por sí ni por la vía de la acción subrogatoria, podrían exigir la colación a los herederos (arg. art. 3478).

El problema se plantea cuando los bienes hereditarios no alcanzan para pagar el legado, aunque dicho legado quepa dentro de la parte disponible. Los legados son sacados del caudal hereditario; es decir, los herederos están obligados a pagar los legados con el caudal hereditario. Si los bienes sucesorios no alcanzan para pagarlos, se reducirán los legados. Aquí no cabe acudir al recurso de la acción subrogatoria, en la cual el legatario se subrogaría en la posición del heredero para exigir la colación, porque aun cuando al legatario se lo considere como un acreedor del heredero, su situación es diferente. El título de legatario nace con la muerte del causante y sobre la base del patrimonio que queda en ese momento. Por eso, el legatario no puede pretender que al patrimonio hereditario le sean agregadas las donaciones, pues los valores colacionables no forman parte del contenido de la herencia<sup>75</sup>. De ahí que el art. 3478 debe prevalecer en forma absoluta sobre el art. 3483 en lo referente a los legatarios.

<sup>74</sup> En el mismo sentido: Zannoni, n° 760; Fornieles, n° 309; Borda, n° 663.

<sup>75</sup> Zannoni (n° 761), siguiendo a Lafaille, opina que "si los bienes quedados a la muerte del testador no alcanzasen a cubrir el legado, y el heredero ha aceptado puramente —ya que en este caso está obligado personalmente al pago del legado en proporción de su parte hereditaria (art. 3776)—, el legatario, como acreedor de la manda, podrá demandar la colación, en caso de inactividad del heredero, ejerciendo la acción subrogatoria". Esta posición, a nuestro modo de ver, es equivocada, pues no contempla la diferente situación del acreedor y del legatario. El acreedor tiene un título anterior a la muerte del causante; el legatario es tal a partir del deceso del causante. El acree-

Cuando el legado es de parte alícuota, la porción es calculada igualmente —si el testador no dispone otra cosa— sobre los bienes hallados a la muerte del causante, sin incluir las donaciones hechas en vida <sup>76</sup>.

Los legatarios no sólo no pueden pedir la colación —como dicen Ripert y Boulanger <sup>77</sup>—, sino que ni siquiera tienen derecho a aprovecharse de ella cuando ha sido efectuada a pedido de los herederos. Esto significa —agregan— que los legados no pueden ser cumplidos más que con el monto de los bienes pertenecientes al testador al día de su fallecimiento, y no sobre el monto de lo que hubiese donado en vida a uno de sus sucesores y que fueran colacionados por este último.

Esta idea ha sido recogida en la nota al art. 3478: “El legatario del quinto tendrá lo que éste importe sin agregarle la donación hecha al hijo en vida. Aunque el legado del quinto fuese hecho a uno de los herederos abintestato, su legado no debe formar parte de los valores que son colacionados a la sucesión por sus coherederos donatarios, pues que sólo por su calidad de heredero puede tomar su porción viril en los valores colacionados; y tal heredero debe reducirse en su calidad de legatario a tomar el quinto de la sucesión, sin comprender los valores colacionados”.

#### 144. Sujeto pasivo.

Según nuestro Código, sólo están obligados a colacionar los herederos forzosos. El art. 3476 dice, en este sentido, que toda donación entre vivos hecha a “herederos forzosos” sólo importa una anticipación de su porción hereditaria. En el mismo sentido, el art. 3477, párr. 1º, se refiere a los ascendientes y descendientes, sean legítimos o naturales, como las personas que deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto: son precisamente las personas que tienen el carácter de herederos forzosos, si bien queda fuera de la enunciación el

---

dor tiene como garantía de su crédito los bienes de su deudor, cualquiera que sea su origen. El legado es extraído del caudal hereditario tal como fue hallado al morir el causante. Juzgamos que la tesis de Zannoni no puede ser sostenida ni aun en el supuesto de que el heredero haya aceptado puramente, en cuyo caso —según Zannoni— está obligado personalmente, pues el principio de que el legado debe ser extraído del caudal relicto, que es el existente a la muerte del testador, se aplica con independencia de que la aceptación sea con beneficio de inventario o sin él. Además, hay que consignar que el heredero siempre responde personalmente; cuando hay beneficio de inventario, esa responsabilidad se limita en el cuántum, pero no en la calidad.

<sup>76</sup> Conf.: Fornieles, nº 310.

<sup>77</sup> Ob. cit., ps. 345 y 346.

cónyuge. Corresponde recordar que el texto primitivo del art. 3476 imponía la colación a los herederos legítimos<sup>78</sup>, y que los demás artículos y notas están en armonía con tal criterio. La ley de fe de erratas modificó su texto, limitando la colación a los herederos forzosos.

La solución que rige actualmente en el Código se aparta del derecho romano y del derecho francés, siguiendo el temperamento intermedio que inspiró el proyecto de Código Civil para España de García Goyena (art. 879, proy. español), solución incorporada luego al Código español (art. 1035). En el derecho romano justinianeo, sólo estaban obligados a colacionar los descendientes, lo mismo que en el derecho histórico germánico (arts. 300 y 301, Costumbres de París). El Código francés, apartándose de sus propios precedentes, amplió el circuito de las personas obligadas a colacionar, pues comprendió a todos los sucesores abintestato. Quiere decir, pues, que la colación es obligatoria tanto en la línea directa como en la colateral (art. 843, Código francés).

En nuestro derecho, por ende, sólo las donaciones hechas a los herederos forzosos están sujetas a colación. A la donación hecha en vida por el causante a un heredero legítimo no forzoso se la presume una mejora no colacionable.

La ley de fe de erratas corrigió —como hemos dicho— el texto primitivo del art. 3476; pero, a nuestro juicio, se quedó a mitad de camino, pues mucho mejor hubiera sido limitar la colación a los descendientes, solución aceptada por el derecho romano justinianeo y que es, por otra parte, la que mejor se adapta al fundamento de la institución. Ese fundamento —llevado al articulado por el propio codificador— de la presunción de que el causante, al hacer la donación, ha querido realizar un anticipo de la herencia, se lo comprende muy bien cuando se trata de donaciones a descendientes; en cambio, es sumamente dudoso en las donaciones a los ascendientes.

Las tres soluciones indicadas han tenido aplicación en el derecho comparado. Así, el sistema ideado por el codificador, en cuanto a imponer la colación a los herederos legítimos, aparte del derecho francés, lo sigue el Código Civil suizo (art. 626, párr. 1º). El sistema que limita la colación a los herederos forzosos, aparte de nuestro Código, lo siguen el Código español (art. 1035), el uruguayo (art. 1100), el colombiano (art. 1256), el chileno (art. 1198). Aceptan el sistema que sólo impone la colación a los descendientes el Código Civil alemán (art. 2050), el italiano (art. 737), el por-

<sup>78</sup> El art. 3476, en su redacción primitiva, decía así: "La donación entre vivos hecha a una persona que concurre a la sucesión legítima del donante, sólo importa una anticipación de la porción hereditaria de esa persona".

tugués (art. 2104), el brasileño (art. 1786), el venezolano (art. 1007), etc.

Por lo demás, el donatario debe tener la calidad de futuro heredero forzoso en el momento de la donación, pues de lo contrario no cabe suponer que media un anticipo de herencia<sup>79</sup>. Así, la donación hecha a un nieto cuando vivía su padre no es colacionable, pues en ese momento no era heredero. Al contrario, si la donación fue hecha al nieto cuando ya había fallecido su padre debe ser colacionada, pues el nieto es heredero (hereda por representación) al momento de la donación<sup>80</sup>.

No tienen la calidad de herederos y, por tanto, no están obligados a colacionar: 1) el heredero renunciante: lo dice expresamente el art. 3355, en perfecta armonía con el art. 3353, que juzga al renunciante como si nunca hubiera sido heredero; 2) los indignos y desheredados, como que no son herederos<sup>81</sup>; 3) los donatarios terceros, aunque sean parientes del heredero forzoso (art. 3481).

#### 145. Situación del cónyuge.

Se ha discutido si el cónyuge está o no obligado a colacionar. Si bien el art. 3476 habla en términos generales de "herederos forzosos", el art. 3477 menciona únicamente a los ascendientes y descendientes, legítimos o naturales. ¿Se debe considerar excluido el cónyuge, al no estar contemplado en el segundo artículo, o debe considerárselo obligado a colacionar, en virtud de la expresión amplia del primero? Se ha defendido ambas posiciones:

a) Algunos autores<sup>82</sup> han sostenido que los cónyuges no están obligados a colacionar, no obstante ser herederos forzosos: 1) porque el art. 3477 enumera, entre los herederos forzosos, sólo a los ascendientes y descendientes, omitiendo a los cónyuges; 2) porque, además, el cónyuge no puede colacionar, pues no puede recibir donaciones durante el matrimonio, y las que recibe en las convenciones prematrimoniales, como aún no es cónyuge, no está obligado a colacionarlas, por no ser heredero forzoso.

b) Otros autores<sup>83</sup> piensan que los cónyuges están obligados a colacionar: 1) porque el art. 3476 se refiere a todos los herederos

<sup>79</sup> Borda, n° 651.

<sup>80</sup> Fornieles, n° 314; Machado, t. 9, p. 133; "G. F.", 23-74.

<sup>81</sup> Segovia, t. 2, art. 3478 de su enumeración; Machado, p. 123; Borda, n° 657; etc.

<sup>82</sup> Machado, p. 127; Prayones, n° 74.

<sup>83</sup> Segovia, t. 2, art. 3478 de su enumeración; Llerena, t. 9, art. 3477; Lafaille, n° 499; Fornieles, n° 320; Borda, n° 652.

ros forzosos sin excepción; la omisión del cónyuge en el art. 3477 obedece a una inadvertencia carente de gravitación jurídica; 2) porque si bien es verdad que los cónyuges no pueden hacerse donaciones durante el matrimonio, son válidas las realizadas en las convenciones matrimoniales; no se puede decir que estas donaciones sean anteriores al matrimonio, porque se trata de liberalidades subordinadas a la condición suspensiva de su celebración (art. 1238).

Nos parece más convincente la segunda tesis. Si bien los esposos no pueden celebrar entre sí contratos de donación, por estar ello prohibido por el art. 1807, inc. 1, las donaciones que se efectúen en las convenciones matrimoniales están condicionadas, para su validez, a la celebración del matrimonio (art. 1238); esas donaciones quedan consolidadas, precisamente, cuando los cónyuges asumen por el matrimonio la calidad de herederos legítimos entre sí. El cónyuge supérstite, beneficiario de estas donaciones, deberá colacionar su valor en concurrencia con los demás herederos forzosos.

En este supuesto, no vemos inconveniente en considerar la donación como un anticipo de herencia imputable a la legítima. Con todo, pensamos que esta obligación de colacionar no se da en beneficio de los cónyuges, sino en beneficio de los otros herederos forzosos con quienes concurren; de ahí que cuando esa concurrencia se da con ascendientes dudemos de la justicia de la solución, cosa que no sucede cuando concurren con descendientes. Si los cónyuges no estuvieran obligados a colacionar, estas donaciones serían consideradas como mejoras y, por tanto, imputables a la cuota de libre disposición. Los cónyuges quedarían, así, beneficiados con la consiguiente merma ulterior de la cuota de los otros herederos forzosos con quienes concurrirían.

#### 146. Nuera viuda sin hijos.

El art. 3576 bis ha creado en nuestro derecho un nuevo heredero, la nuera viuda sin hijos, que recibe una cuarta parte de los bienes que le hubiesen correspondido al marido.

Conforme a la posición que hemos sostenido, en cuanto a considerarla como una heredera<sup>84</sup>, admitimos su obligación de colacionar. Ahora bien: para que sobre ella pese esa obligación, debe ser heredera en el momento de la donación. Esto significa que al recibir la donación de sus suegros debe haber muerto el

<sup>84</sup> Pérez Lasala, *Derecho de sucesiones*, t. 2, ps. 157 y ss.

marido. Si al momento de la muerte del causante ella se conservara viuda y cumpliera las demás exigencias del art. 3576 bis, estará obligada a colacionar esa donación, al concurrir con otros herederos forzosos, en proporción a su cuota. Éste es un caso claro en que la colación no puede pretender la igualdad entre los herederos forzosos.

#### 147. Deber de colacionar de los representantes.

Los representantes deben colacionar lo que sus representados hubieran recibido por donación del causante. Este deber de colación aparece como una consecuencia del efecto esencial del derecho de representación, por el cual el representante asume plenamente la posición jurídica que le hubiese correspondido al representado en la herencia del causante, adquiriendo los mismos derechos y obligaciones que hubiera tenido el representado.

La colación se da en los presupuestos objetivos que ponen en movimiento el derecho de representación, es decir, la premoriencia, la renuncia y la indignidad; pero no en la desheredación del representado, como veremos seguidamente <sup>85</sup>.

El art. 3482 contempla el presupuesto de la premoriencia: "Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos y primos, deben traer a colación todo lo que debía traer el padre si viviera, aunque no lo hubiesen heredado". Éste es el único supuesto que se contempla especialmente en el capítulo de la colación. La referencia a la premoriencia surge de la expresión "si viviera", con lo cual se está dando a entender la muerte del representado.

El art. 3564, situado en el capítulo de la representación, se refiere al supuesto de la renuncia del representado. Dice así: "Cuando los hijos vengan a la sucesión por representación, deben colacionar a la herencia lo que el difunto ha dado en vida a sus padres, aunque éstos hubiesen repudiado la sucesión".

Con referencia a este presupuesto de renuncia, la doctrina discute, cuando existen varios representantes y uno de ellos renuncia a la herencia, si los otros representantes (aceptantes) deben colacionar el valor total de la donación, incluyendo la parte que le hubiera correspondido a quien renunció, o sólo una parte de ese valor en proporción a sus cuotas hereditarias. Fornieles <sup>86</sup> sostiene que los representantes que han aceptado la

<sup>85</sup> *Ibidem*, t. 1, n° 205.

<sup>86</sup> Fornieles, n° 307.

herencia no están obligados a colacionar el valor total de la donación, sino en proporción a sus partes hereditarias. Por la invocación que hace del art. 675 del Código Civil, parecería que el apoyo de su tesis estriba en la divisibilidad de la obligación de colacionar.

Consideramos que es inaceptable esta posición, que olvida los principios esenciales del derecho de representación. Los representantes asumen integralmente las obligaciones del representado, sin que pueda importar que entre tales representantes haya o no renunciante. Al renunciante se lo tendrá como si nunca hubiese sido heredero, y la obligación de colacionar seguirá pesando integralmente sobre los demás representantes<sup>87</sup>.

El art. 3301 prevé el supuesto de la indignidad, al decir: "Los hijos del indigno vienen a la sucesión por derecho de representación, pero el indigno no puede, en ningún caso, reclamar sobre los bienes de la sucesión el usufructo y administración que la ley acuerda a los padres sobre los bienes de sus hijos". El precepto, en la redacción dada por la ley 17.711, resolvió definitivamente la cuestión de si los hijos del indigno vienen a la sucesión del abuelo por derecho propio o por derecho de representación, aceptando este último temperamento.

Como representantes, están obligados a colacionar lo recibido por el indigno. Puede suceder que el indigno conserve en su poder los bienes donados por el causante: sus descendientes tendrán que colacionar lo que aquél está gozando. La solución, que podría aparecer injusta respecto de los representantes, no lo es con referencia a los coherederos, en cuyo beneficio se ha legislado la institución.

Por último, el art. 3749 contempla el supuesto de la desheredación: "Los descendientes del desheredado heredan por representación y tienen derecho a la legítima que éste hubiera tenido de no haber sido excluido. Pero el desheredado no tendrá derecho al usufructo y administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes".

Este supuesto merece consideración especial. No se puede olvidar que estamos ante una sucesión testamentaria en que el testador no se ha limitado a instituir a todos los herederos forzosos sin hacer diferencias (puesto que hay una desheredación), lo cual es el supuesto para que la colación actúe en esta sucesión. De ahí la consecuencia de que los representantes del desheredado no están obligados a colacionar, puesto que la obligación no existió en cabeza del padre desheredado. Si mediara

<sup>87</sup> Conf.: Borda, n° 661; Martínez Ruiz, n° 137.

colación, habría que buscar la igualdad de los herederos forzosos (herederos directos y representantes en su estirpe), y eso no es legal, pues el art. 3749 sólo les da a los representantes el derecho de exigir la legítima que hubiera tenido el representado de no haber sido excluido.

Lo que se plantea aquí es un problema de defensa de legítima, con su secuela de reducción. Para determinar la legítima hay que establecer el *relictum* líquido y agregar a él la donación efectuada al desheredado, para saber el monto de la legítima que le hubiera correspondido a este último. Los representantes, según el art. 3749, no van a recibir más que la legítima, y eso no lo podrán conseguir sino por la reducción de lo atribuido a los herederos testamentarios.

#### 148. Donaciones a terceros.

El deber de colacionar pesa sobre los herederos forzosos que han recibido la donación en vida del causante. Naturalmente, el heredero forzoso no está obligado a colacionar si la donación no la ha recibido él sino un pariente suyo, como puede ser su hijo o su cónyuge. El art. 3481 dice, en este sentido: "Los padres no están obligados a colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado a un hijo por aquéllos, ni el esposo o la esposa lo donado a su consorte por el suegro o suegra, aunque el donante disponga expresamente lo contrario". El precepto, pues, establece que el heredero forzoso no está obligado a colacionar una donación que no ha recibido, aunque el destinatario de ella sea su hijo o cónyuge.

La disposición es totalmente innecesaria. Es evidente que sólo están obligados a colacionar los herederos forzosos que han recibido alguna donación de su causante; si en vez de ellos la reciben otros parientes, es una cuestión totalmente ajena al instituto de la colación.

Esta norma tiene su explicación remota en el derecho histórico francés. Las llamadas "costumbres de simple igualdad", que eran las más numerosas, prohibían al donante dispensar al heredero de la colación (el heredero podía conservar la donación renunciando a la herencia). Ante el temor de que se eludiera la prohibición de dispensa efectuando donaciones a personas interpuestas, ostensiblemente allegadas al sucesor, las costumbres decidieron que el heredero debía colacionar lo que había sido dado a sus padres, a sus hijos o a su cónyuge (art. 306, Costumbres de París, y art. 308, Costumbres de Orleáns). Para desbara-

tar el fraude, la ley presumía que esos parientes eran personas interpuestas y obligaban al heredero a colacionar, como si la donación la hubiera recibido él. Los franceses llamaron a esto "colación por otro".

El Código francés dejó sin sentido todas estas prevenciones, al preceptuar que el heredero puede dispensar la colación. En este sentido, siguió las costumbres de mejora. Ya no se presumió a estos allegados como personas interpuestas, y el heredero sólo quedó obligado a colacionar lo que a él se le hubiese donado "personalmente". El heredero no debe jamás colacionar la donación que recibió su hijo, ni la que recibió su cónyuge<sup>88</sup>.

No dudamos de que hubiera sido mejor la supresión de esta norma anacrónica, explicable sólo ante un derecho histórico extranjero, hoy superado.

#### 149. Liberalidades sujetas a colación.

Según el art. 3476, la colación se refiere a "toda donación entre vivos", que se da, según el art. 1789, "cuando una persona, por acto entre vivos, transfiera de su libre voluntad, gratuitamente, a otra la propiedad de una cosa". Lo confirma el art. 3479: "Las otras liberalidades enumeradas en el art. 1791, que el difunto hubiese hecho en vida a los que tengan una parte legítima en la sucesión, no están sujetas a ser colacionadas".

La concepción es clara: deben ser reintegrados a la masa los valores de las donaciones, pero se ha excluído aquellos supuestos en que el causante hubiese favorecido a sus herederos forzosos sin desprenderse de la propiedad. Sería, principalmente, el caso de las renunciaciones u omisiones que se traducen indirectamente en ventaja para determinada persona; el del servicio personal desinteresado, y, en general, el de todos aquellos actos por los cuales las cosas son entregadas gratuitamente, sin el fin de transferir el dominio (art. 1791).

Se ha buscado, así, restringir la colación al supuesto más típico y fácil de establecer, que es la donación misma. De haberse extendido a los demás casos —como dice Lafaille<sup>89</sup>—, se habrían multiplicado los litigios y dificultado extremadamente la determinación de las sumas a integrar: ya no sería el importe recibido en un momento dado, sino que se trataría de apreciar judicialmente el lucro del beneficio.

<sup>88</sup> Ripert y Boulanger, ob. cit., ps. 341 y ss.

<sup>89</sup> Ob. cit., n.º 506.

En todo caso, las dificultades que podrían presentarse en la calificación de supuestos de liberalidad dudosos hay que resolverlas por las reglas que se expone en el título "De las donaciones".

A pesar de la aparente simplicidad del sistema, conviene puntualizar algunos supuestos. Son colacionables:

a) las sumas de dinero (donadas) que no comprendan los regalos de costumbre; su colación ha sido prevista especialmente en el art. 3477, modificado por ley 17.711;

b) los créditos que el causante haya cedido gratuitamente a un coheredero forzoso, que los haya percibido;

c) igualmente, las sumas o valores que el causante haya donado en vida como rentas de su capital.

En cambio, no están sujetos a colación, entre otros, estos supuestos:

a) los préstamos de dinero, aunque cabe su imputación en la partida del heredero deudor, como veremos al analizar la colación de deudas;

b) los intereses del dinero<sup>90</sup>.

#### 150. Donaciones nulas.

Las donaciones nulas —tanto de nulidad absoluta (sobre todo cuando ésta no aparece manifiesta en el acto) como de nulidad relativa— son colacionables, siempre que no se haga valer su nulidad. La donación existe mientras no se ha declarado su nulidad, como consecuencia del ejercicio de la acción correspondiente.

El fundamento estriba en estas consideraciones: 1) al coheredero del donatario puede resultarle más fácil ejercer su derecho por vía de colación que acudir a la acción de nulidad, o ignorar la nulidad; 2) además, si se excluyese de la colación las donaciones afectadas de nulidad relativa, una vez prescrita la acción, el donatario quedaría en mejor condición que si recibiera una donación válida, pues esta última estaría sometida a colación, en tanto se excluiría la donación nula.

#### 151. Donaciones simuladas bajo la apariencia de actos onerosos.

Si la simulación es absoluta, es decir, si no encubre ningún acto jurídico, se aplica lo dicho respecto de las donaciones nulas.

<sup>90</sup> C.Civ. 1º Cap., 10/9/68, "E.D.", 24-701.

En cambio, si se trata de una simulación relativa, es decir, si encubre otro negocio jurídico, el problema adquiere mayor interés.

Al simular la donación bajo un acto a título oneroso, cabe preguntarse si el donante ha querido otorgar a uno de sus sucesores una ventaja a título de mejora. El planteo ha adquirido especial relieve en el derecho francés, en torno del alcance que quepa atribuir a la dispensa de colación y la consiguiente posibilidad de hacerla tácitamente. La doctrina y la jurisprudencia francesas han adoptado puntos de vista diferentes:

a) Aubry y Rau<sup>91</sup> sostuvieron que la simulación implica, por sí misma, una dispensa de colación. Juzgamos equivocada esta tesis, pues el donante ha podido tener las intenciones más diversas; con frecuencia se elude la forma gratuita de transmisión, por los mayores impuestos.

b) En sentido contrario, buena parte de la doctrina francesa adopta una postura rígida, entendiendo que la dispensa de colación debe ser expresa<sup>92</sup>.

c) Una tesis intermedia sostiene que hay que tener en cuenta los hechos propios de cada caso, para poder deducir si hay o no voluntad de mejorar<sup>93</sup>.

Estos planteos franceses carecen de aplicación en nuestro derecho, porque el art. 3484 sólo permite la dispensa de colación hecha en testamento; es decir, sólo cabe la colación expresa y realizada en testamento. Por eso, las donaciones simuladas bajo la apariencia de actos onerosos, una vez declarada la simulación, no eximen de dispensa de colación, pues la ley no presume la intención de mejorar: ésta debe ser manifestada expresamente en el testamento (art. 3484), y pensamos que también cabe realizarla en la escritura de donación, según fundamentamos en su oportunidad<sup>94</sup>. Una vez probada la simulación, el acto será considerado colacionable aunque hubiera podido mediar intención de mejora.

## 152. Caso del art. 3604.

Una importante excepción a lo dicho precedentemente viene dada por el art. 3604, cuando el causante ha entregado por contrato algunos bienes a uno de los herederos forzosos, con cargo

<sup>91</sup> Aubry y Rau, t. 10, p. 632, texto y nota 17.

<sup>92</sup> Demolombe, n° 250; Laurent, n° 581; Colin y Capitant, *Curso elemental de derecho civil*, Madrid, 1949, t. 7, ps. 274 y 273.

<sup>93</sup> Ripert y Boulanger, p. 355.

<sup>94</sup> *Supra*, parágr. 126.

de una renta vitalicia o con reserva de usufructo. En ese caso, el valor de los bienes será imputado a la libre disposición, lo cual representa una dispensa tácita de colación.

Cuando los bienes recibidos por el heredero en vida del causante excedan de la libre disposición, los demás coherederos podrán defender su legítima ejerciendo la acción de reducción en cuanto al exceso<sup>95</sup>.

### 153. Donaciones remuneratorias.

Según el art. 1822, "las donaciones remuneratorias son aquellas que se hacen en recompensa de servicios prestados al donante por el donatario, estimables en dinero, y por los cuales éste podía pedir judicialmente el pago al donante". El art. 1825 agrega: "Las donaciones remuneratorias deben considerarse como actos a título oneroso, mientras no excedan una equitativa remuneración de servicios recibidos".

Conforme a estas normas, el principio general es que las donaciones remuneratorias constituyen un acto a título oneroso; por esa razón no son colacionables. Ahora bien: este principio admite prueba en contra, y por eso los coherederos podrán investigar si hubo exceso en la remuneración del servicio, pues pensamos que ese exceso es colacionable. La jurisprudencia se ha pronunciado en ese sentido<sup>96</sup>.

### 154. Donación de gananciales.

Los gananciales que el padre o la madre donen a un legitimario deberán ser íntegramente colacionados por el beneficiario en la sucesión del donante<sup>97</sup>.

Durante la vigencia de la sociedad conyugal, cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de los gananciales por él adquiridos (art. 1276), con la salvedad de que respecto de los actos de disposición de los inmuebles y de los muebles registrables necesita el consentimiento del otro cónyuge (art. 1277). Por eso la donación de un bien ganancial efectuada por el cónyuge que tiene su administración es un acto perfectamente válido por el total, sin que pueda interferir el problema de la comunidad conyugal, ya que propiamente esta comunidad está diferida al momento de la muerte de uno de los cónyuges. Las condiciones de

<sup>95</sup> El análisis del artículo lo realizamos *in extenso* en el parágrafo 46.

<sup>96</sup> C.N.Civ., Sala E, 9/5/62, "L.L.", 108-123.

<sup>97</sup> Conf.: Zannoni, n° 746.

ganancialidad en el matrimonio —como dice Guaglianone<sup>98</sup>— no son derechos en vigor actual. La participación por mitades en la masa de valores gananciales nos mostrará la vigencia de la comunidad en tanto y en cuanto esos valores subsistan en el patrimonio conyugal al tiempo de extinguirse la sociedad.

Esta solución concuerda con la establecida en el art. 3753 respecto del legado de un bien ganancial. “El legado de cosa que se tiene en comunidad con otro —dice el precepto— vale sólo por la parte de que es propietario el testador, con excepción del caso en que algún cónyuge legue algún bien ganancial cuya administración le esté reservada. La parte del otro cónyuge será salvada en la cuenta de división de la sociedad”.

### 155. Seguros de vida en favor del legitimario.

Hay que distinguir, al respecto, entre la indemnización y las primas del seguro. La indemnización del seguro de vida hecho por el causante en favor de uno de los herederos forzosos no está sujeta a colación; pero sí lo están las primas pagadas por el asegurado a la compañía. En este sentido, el art. 144 de la ley 17.418 dice: “Los herederos legítimos del asegurado tienen derecho a la colación o reducción por el monto de las primas pagadas”. El precepto habla de herederos “legítimos”, en vez de referirse a los herederos “forzosos”, que sin duda es lo que quiso decir el legislador.

Entendemos que este principio no es aplicable cuando la suma de las primas es superior al capital asegurado, pues en ese caso el heredero no deberá quedar obligado a colacionar más que el importe del premio<sup>99</sup>.

La jurisprudencia ha resuelto que el heredero debe colacionar todas las primas pagadas por el causante, aun las anteriores a su designación, pues todas las primas han contribuido a mantener la vigencia del seguro desde el momento de constitución<sup>100</sup>.

### 156. Liberalidades que no hay que colacionar.

El Código Civil ha seguido un criterio restringido en materia de colación. No ha incluido todas las liberalidades, sino aquellas

<sup>98</sup> Guaglianone, *Régimen patrimonial del matrimonio*, Bs. As., 1968, p. 171.

<sup>99</sup> C.Civ. 1° Cap., 2/10/39, “J.A.”, 68-95; Martínez Ruiz, n° 208; Borda, n° 675.

<sup>100</sup> “J.A.”, 68-95.

que constituyen donaciones. Por otra parte, ha excluído una serie de gastos que, aunque sean donaciones, entran, por sus características, en la órbita de las obligaciones que nacen de los deberes familiares. Siguiendo las prescripciones del Código, no están sujetas a colación las siguientes liberalidades:

a) *Las enumeradas en el art. 1791.* Según el art. 3479, "las otras liberalidades enumeradas en el art. 1791, que el difunto hubiese hecho en vida a los que tengan una parte legítima en la sucesión, no están sujetas a ser colacionadas". El art. 1791 contemplaba una serie de supuestos que no eran donaciones. La ley 17.711 suprimió los incs. 1 y 6, que doctrinalmente constituían verdaderas donaciones. Dicho artículo dice así: "No son donaciones: 1) la repudiación de una herencia o legado, con miras a beneficiar a un tercero [derogado]; 2) la renuncia de una hipoteca, o la fianza de una deuda no pagada, aunque el deudor esté insolvente; 3) el dejar de cumplir una condición a que esté subordinado un derecho eventual, aunque en la omisión se tenga la mira de beneficiar a alguno; 4) la omisión voluntaria para dejar perder una servidumbre por el no uso de ella; 5) el dejar de interrumpir una prescripción para favorecer al propietario; 6) el pago de lo que no se debe, con miras de beneficios al que se llame acreedor [derogado]; 7) el servicio personal gratuito, por el cual el que lo hace acostumbra pedir un precio; 8) todos aquellos actos por los que las cosas se entregan o se reciben gratuitamente; pero no con el fin de trasferir o de adquirir el dominio de ellas".

b) *Los gastos de alimentos y curación.* Según el art. 3480, 1ª parte, "no están sujetos a ser colacionados los gastos de alimentos, curación, por extraordinarios que sean". La última expresión hay que referirla a los gastos por curación.

El concepto de alimentos tiene, en nuestro derecho, una significación precisa. Por eso, cuando esos alimentos exceden del marco de las necesidades del beneficiario, dejan de ser alimentos para transformarse en donaciones, que como tales serán sometidas a colación. Así, las mensualidades otorgadas a un heredero forzoso mayor de edad, que cuenta con recursos suficientes para vivir, son donaciones, y no alimentos <sup>101</sup>.

Algunos autores <sup>102</sup> han sostenido que la frase "por extraordinarios que sean" se refiere no sólo a los gastos de curación, sino a los de alimentos. La mayoría, en cambio, circunscribe esa

<sup>101</sup> Acuña Anzorena, *La dispensa de colación de los gastos de alimentos*, "J.A.", 68-743.

<sup>102</sup> Machado, t. 9, p. 130; Lafaille, n° 510.

expresión a los gastos de curación<sup>103</sup>. Pensamos, de conformidad con el criterio de la mayoría, que en los alimentos no se concibe gastos extraordinarios, es decir, gastos que excedan de las exigencias normales. En cambio, tratándose de gastos de enfermedad no se puede establecer un límite *a priori* como normal, por ser un factor imprevisible (p. ej., los gastos de internaciones, de operaciones quirúrgicas). Esos gastos, por extraordinarios que sean, deben ser excluidos de la colación, pues se trata del cumplimiento de deberes familiares, ajenos a toda idea de anticipo de herencia.

c) *Los gastos de educación y estudio*. El art. 3480 excluye de la colación los gastos de educación, como también los que los padres hacen para dar estudio a sus hijos o prepararlos para el ejercicio de algún arte. Los gastos que los padres hagan para proporcionar estudio a sus hijos, o prepararlos para ejercer un oficio, responden a un deber paterno ajeno a la idea de donación colacionable. En estos gastos predomina la idea de formación o superación personales sobre el factor económico de su costo, y por eso no se puede ver en ellos un anticipo de herencia.

La jurisprudencia, teniendo presentes estas consideraciones, ha declarado que no encuadran dentro del concepto de gastos de educación los realizados por el padre para establecer independientemente a los hijos con un negocio, sociedad o explotación económica<sup>104</sup>.

d) *Los regalos de costumbre*. El art. 3480 también declara que no son colacionables los regalos de costumbre. Estos regalos son los que guardan relación con las circunstancias y la posición económica del causante a la época en que se los realizó; por ejemplo, los regalos hechos con motivo del matrimonio de un hijo, del cumpleaños, etc.

Aunque el art. 3480 se refiere, además, a los objetos muebles que sean regalos de uso o de amistad, está desarrollando la misma idea. Es reiterativo hablar de los regalos de costumbre y también de los de uso, por tratarse de lo mismo; y no es afortunada la referencia a los regalos de amistad, pues entre herederos forzosos —comúnmente, padres e hijos— el término “amistad” no es el más adecuado. Por lo demás, la expresión “objetos muebles” es aclarativa, pues circunscribe estos regalos a los muebles. Los inmuebles, por grande que sea la fortuna del causante, siempre serán colacionables.

<sup>103</sup> Fornieles, n° 337; Acuña Anzorena, ob. cit., p. 743; Borda, n° 671; etc.

<sup>104</sup> S.C.B.A., 2/5/45, “J.A.”, 1945-III, p. 209.

La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que los regalos que exceden de los límites normales están sujetos a colación <sup>105</sup>.

e) *El pago de las deudas de los ascendientes y descendientes.* El art. 3480 declara, por último, que no está sujeto a colación el pago de las deudas de los ascendientes y descendientes. Aunque el precepto, literalmente, no pone límite a la cuantía de las deudas, no cabe pensar que el pago de cualquier deuda, por grande que sea, quede excluido de la colación. Hay que interpretar la norma circunscribiéndola —como dice Fornieles <sup>106</sup>— a las pequeñas deudas que no afectan ni perjudican los derechos de las demás partes, y cuyo monto está en consonancia con la relativa exigüidad de los otros valores que el mismo artículo contempla. Al pago de estas deudas se lo asimila a los gastos ordinarios de familia, y por eso no es colacionable. En cambio, el pago de una deuda que excede de esos límites implica la subrogación del causante en los derechos del acreedor para exigir al heredero forzoso —comúnmente, el hijo— el pago de la deuda. El derecho del padre a cobrar la deuda al hijo, como subrogante de su primitivo acreedor, no implica la colación de la deuda, sino simplemente su exigibilidad.

La doctrina se ha pronunciado unánimemente excluyendo de la colación el pago de las pequeñas deudas <sup>107</sup>, y también la jurisprudencia <sup>108</sup>.

### 157. Campos de aplicación práctica de la acción de colación y de la acción de reducción.

El principio diferenciador entre una y otra acción es simple: la acción de colación entra en juego, para buscar la igualdad entre los herederos forzosos, cuando no son afectadas sus legítimas. Si éstas son violadas corresponde ejercer la acción de reducción, para dejarlas a salvo.

La acción de colación requiere la donación, en favor de algún heredero forzoso, que no afecte la legítima.

Cuando hay donación a un extraño, sólo cabe la acción de reducción si se ha violado la legítima de los herederos forzosos.

La acción de reducción supone la violación de la legítima por donaciones a herederos forzosos o a extraños, o por instituciones

<sup>105</sup> C.Civ. 1º Cap., 16/11/32, "J.A.", 40-116.

<sup>106</sup> Fornieles, nº 338.

<sup>107</sup> Lafaille, nº 513; Martínez Ruiz, nº 205.

<sup>108</sup> C.Civ. 2º Cap., 25/4/23, "J.A.", 10-304.

de herederos en cuotas o en bienes que excedan de la libre disposición, o por legados inoficiosos.

A veces puede resultar incierto el campo diferenciador con anterioridad a la producción de la prueba, si es dudosa la violación de la legítima. Esto sólo podrá darse en los casos de sucesión intestada o testamentaria (siempre que no sean alteradas las porciones legales) en que medien donaciones a los propios herederos forzosos. En tal supuesto, puede resultar conveniente interponer la acción de colación y, en subsidio, la de reducción.

Plasmaremos estos principios por medio de ejemplos en los cuales es de aplicación una u otra acción.

*a) Cabe la colación en estos ejemplos:*

1. *Caso en que la donación colacionable tiene valor inferior a la participación del heredero en la herencia.* Un causante muere intestado, dejando a sus dos hijos, *A* y *B*, un caudal relicto de 500, habiendo hecho a *B* una donación colacionable de 300. Corresponde colacionar, pues en el caudal hereditario hay bienes suficientes para compensar contablemente y conseguir la igualdad de los herederos forzosos. El *relictum* más el *donatum* suman 800. El reclamante conseguirá la igualdad tomando 400 del caudal hereditario. Queda salvada su legítima individual, que es de 320 (legítima global: 640; libre disposición: 160), por lo cual no cabe la acción de reducción.

2. *Caso en que la donación colacionable tiene igual valor que la participación del donatario en la herencia.* Un causante muere intestado, dejando a sus dos hijos, *A* y *B*, un caudal relicto de 400, habiendo hecho a *B* una donación colacionable de 400. Corresponde colacionar, pues en el caudal hereditario hay bienes suficientes para conseguir la igualdad de los dos herederos. El *relictum* más el *donatum* suman 800. El reclamante conseguiría la igualdad tomando 400 del caudal, sin que a *B* le quede nada del caudal hereditario. Resulta salvada su legítima individual, que es de 320, por lo cual no corresponde la acción de reducción.

3. *Caso en que la donación colacionable tiene valor superior a la participación del donatario en la herencia, sin afectar la legítima del otro coheredero.* Un causante muere intestado, dejando a sus hijos, *A* y *B*, un caudal relicto de 400, habiendo hecho a *B* una donación colacionable de 600. Corresponde colacionar, pues la legítima individual de *A* es de 400, que se cubre con el caudal hereditario. El *relictum* más el *donatum* suman 1.000. El reclamante tomará los 400 del caudal hereditario, pero no conseguirá la igualdad con *B*, pues para conseguir esa igualdad tendría que

reducir 100 de la donación, operación que es ajena a la colación. No cabe la reducción, porque su legítima individual es de 400, y ésta ha quedado cubierta con el caudal relicto<sup>109</sup>.

4. *Caso de sucesión testamentaria sin modificar la proporcionalidad de las cuotas intestadas.* Se puede repetir los ejemplos dados cuando se trata de una sucesión testamentaria en la cual el testador se ha limitado a instituir sin modificar las partes proporcionales que corresponden en la sucesión intestada.

b) *Cabe la reducción, sin posibilidad de ejercer la acción de colación, en los siguientes ejemplos:*

1. *Caso en el cual, no habiendo donaciones, el testador ha instituído herederos dándole a uno de ellos una porción inferior a la que por legítima le corresponde, y entregándole a otro más de su legítima.* La acción de reducción será dirigida contra el coheredero. Cabe aclarar que la doctrina argentina, en general, admite la existencia de herederos por cuotas, en cuyo caso la acción de reducción será dirigida contra los coherederos. Lo mismo ocurrirá cuando un legitimario haya sido preterido o desheredado injustamente. Ejemplo: Un causante con un caudal relicto de 1.000 le deja al hijo A un cuarto de la herencia (250), y al hijo B, tres cuartos (750). A podrá ejercer la acción de reducción contra B para salvar su legítima, que es de 400. Si fueran legatarios de cuota, la acción sería dirigida contra ellos como legatarios.

2. *Caso en que hay un legado a un tercero.* Si el legado excede de la libre disposición, cabe la reducción. Ejemplo: Un causante ha dejado en herencia a sus dos hijos, A y B, la suma de 300, y ha efectuado un legado de 700 a un tercero. La legítima individual de cada hijo es de 400. Los hijos tomarán del caudal hereditario 150 cada uno, y podrán ejercer la acción de reducción contra el legatario por 250 cada uno.

3. *Caso en que hay un legado a un heredero forzoso (prelegado).* Si el legado excede de la libre disposición más la cuota del heredero legatario, se reducirá en favor del otro heredero hasta salvar la legítima. Por ejemplo: Un causante ha dejado en herencia a sus dos hijos, A y B, 200, y un legado en favor de B de 800. El heredero A podrá reducir del caudal hereditario, primero, el total de lo que le corresponde a B, es decir, 100, y después, 300 de lo que le corresponde en el legado, cubriendo así su legítima de 400.

<sup>109</sup> *Supra*, parágr. 119.

4. *Caso en que hay donaciones a terceros, es decir, a personas que no sean legitimarios.* En estos casos, si la donación es inoficiosa, se reducirá hasta cubrir la legítima del afectado. Ejemplo: Un causante ha dejado un caudal relicto de 300 a sus dos hijos, y ha efectuado una donación de 700 a un tercero. La legítima individual de cada hijo es de 400. En este caso, cualquiera de los hijos, tomando su parte del caudal hereditario, es decir, 150, podrá ejercer la acción de reducción por 250 contra el tercero.

5. *También hay reducción cuando median donaciones a herederos forzosos que afectan la legítima de otros herederos forzosos.* Ejemplo: Un causante deja a sus dos hijos, *A* y *B*, un caudal relicto de 300, habiendo hecho a *B* una donación de 700. Como la legítima individual es de 400, el hijo *A* se quedará íntegramente con el caudal relicto de 300, y, además, reducirá en 100 la donación del otro heredero forzoso.