

II. Acciones de complemento de legítima

17. Concepto y terminología	32
18. Vías procesales para ejercer la defensa de la legítima	32
19. Juez competente	32
20. Sujeto activo	33
21. Sujeto pasivo	35
22. La reducción y el proceso sucesorio	37
23. La acción de reducción y su influencia en el proceso sucesorio	39
24. La acción de reducción iniciada con ulterioridad a la aprobación de las operaciones particionales	40
25. Oportunidad del ejercicio de la acción	40
26. Renuncia de la acción	41
27. Carga de la prueba	42
28. Prescripción	43
29. Actos que caen bajo la acción de reducción	43
30. A) Afectación de la legítima por disposiciones testamentarias: enun- ciación	43
31. a) Reducción de la institución de herederos	44
32. b) Reducción de los legados	46
33. B) Afectación de la legítima por donaciones: inoficiosidad	47
34. Reducción de las donaciones inoficiosas	48
35. Insolvencia de uno de los donatarios	50
36. Donaciones objeto de la reducción	52
37. C) Afectación de la legítima por actos onerosos entre vivos: enun- ciación	53
38. Actos simulados: clases	54
39. Simulación absoluta: concepto y efectos	54
40. Simulación relativa: concepto y efectos	55
41. Precedentes jurisprudenciales	57
42. Actos en fraude de la legítima en sentido estricto: requisitos	59
43. Efectos de la acción revocatoria	61
44. Afectación de la legítima en las sociedades de familia	61
45. La jurisprudencia y las sociedades de familia	67
46. Caso especial de transferencia de dominio por contrato, con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo: art. 3604	70
47. El consentimiento de los coherederos	73
48. Naturaleza jurídica de la acción de reducción	75
49. Efectos de la acción de reducción: restitución en especie	78
50. A) Relaciones entre las partes	78
51. B) Relaciones frente a terceros: principio	83
52. a) Relaciones frente a terceros en las disposiciones testamentarias que exceden de la legítima	83
53. b) Relaciones frente a terceros en las donaciones: distinción	84
54. Gravámenes constituidos por el donatario en favor de terceros	88
55. Excepciones al principio de restitución en especie	88
56. ¿Es previa la excusión de los bienes del donatario?	89
57. Problemas conexos con la obligación de restituir: principio	90
58. Aumentos y mejoras	90
59. Pérdida o destrucción de la cosa	91
60. Deterioro de la cosa	91
61. Frutos	92

II. ACCIONES DE COMPLEMENTO DE LEGÍTIMA

17. Concepto y terminología.

Las acciones de complemento tienen por fin obtener el complemento faltante de legítima, y se las puede dirigir contra herederos, legatarios y donatarios. Protegen la legítima contra las violaciones de que han sido objeto, como consecuencia de disposiciones testamentarias excesivas o de donaciones inoficiosas.

Aunque históricamente se ha denominado *acción de suplemento* a la dirigida contra los herederos cuyas porciones violaran la legítima de otros herederos, y *de reducción* a la dirigida contra legatarios y donatarios, las tres se sirven de la reducción de lo que recibe de más el demandado para obtener el complemento de la legítima violada. Por eso se las denomina también *acciones de reducción*.

En realidad, en estas acciones la consecución del complemento faltante aparece como el fin, y la reducción, como el medio para llegar a él.

18. Vías procesales para ejercer la defensa de la legítima.

La defensa de la legítima es ejercida comúnmente por la vía de la acción, pero a veces se impone la vía de la excepción.

Se ejerce la acción para obtener el complemento de bienes en poder de los beneficiarios, ya sean herederos o legatarios de cuotas con porciones que exceden de la libre disposición, ya sean legatarios particulares cuyos legados afecten la legítima, ya donatarios de donaciones inoficiosas. En cambio, se utiliza la vía de la excepción cuando el heredero legitimario se opone a la entrega a los legatarios de bienes que afecten su legítima.

19. Juez competente.

El juez competente es el mismo juez del sucesorio, cuya competencia, a su vez, la determinará el último domicilio del causante (art. 3284, 1ª parte).

La acción de complemento de legítima debe ser tramitada ante el juez del sucesorio, en virtud del fuero de atracción regulado en el art. 3284 del Código Civil.

A la acción de reducción se la considera comprendida en el supuesto previsto en el art. 3482, inc. 1, en virtud del cual deben ser tramitadas ante el juez del sucesorio "las demandas concernientes a los bienes hereditarios, hasta la partición inclusive". Si la acción de reducción es ejercida después de efectuada la partición, ésta, aparte de la reducción, llevará consigo la nulidad o reforma de la partición, supuesto previsto en el art. 3482, inc. 2.

La jurisprudencia acepta el fuero de atracción en la acción de reducción³⁰.

20. Sujeto activo.

Los sujetos que pueden ejercer la acción de reducción son los legitimarios y los acreedores de ellos. Veamos:

A) *Legitimarios*. Distinguiremos, a los efectos de la exposición, el principio general y las normas particulares referentes a las disposiciones testamentarias y a las donaciones:

a) *Principio general*. Están legitimados activamente para ejercer la acción de reducción los legitimarios que han sido lesionados en su legítima por una disposición testamentaria o por una donación.

La ley 17.711 salvó el inconveniente que surgía de confrontar los arts. 3601 y 1832, inc. 1, pues en tanto que el primero concedía la acción de reducción a todos los herederos forzosos (legitimarios), el segundo, en su redacción anterior, sólo la otorgaba a los ascendientes y a los descendientes, lo cual implicaba excluir al cónyuge. La doctrina³¹ y la jurisprudencia³² consideraron que se trataba de una simple inadvertencia del codificador. Por eso, la ley 17.711 sustituyó la expresión del art. 1832, inc. 1, "descendientes o ascendientes" por la de "herederos forzosos" (legitimarios), con lo cual quedó zanjada toda posible divergencia.

b) *Afectación de la legítima por disposiciones testamentarias*. Están legitimados activamente los legitimarios cuya legítima ha sido menguada por una disposición testamentaria (art. 3601). Los legitimarios que pueden ejercer la acción son los existentes —concebidos o nacidos— al momento de la apertura de la sucesión,

³⁰ Zannoni, t. 1, n° 101. C.S.N., 17/10/38, "J.A.", 64-28; C. Civ. 2° Cap., 16/11/31, "J.A.", 36-1778; C.N.Civ., Sala A, 25/11/58, "L.L.", 94-23, etc.

³¹ Segovia, t. 1, p. 520, nota 79; Machado, t. 5, p. 94; Llerena, t. 6, art. 1832; Fornieles, n° 113; Borda, n° 973; Laje, n° 117.

³² "J.A.", 1943-III, p. 912.

conforme al principio recogido en el art. 3287, en función del art. 70 del Código Civil.

c) *Afectación de la legítima por donaciones.* En principio, sólo están legitimados activamente los legitimarios que existían al tiempo de ser efectuada la donación. El art. 1832, inc. 1, dice al respecto: "La reducción de las donaciones sólo puede ser demandada: 1) por los herederos forzosos que existían en la época de la donación; empero, si existieren descendientes que tuvieran derecho a ejercer la acción, también competará el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación". Es indispensable, para ejercer la acción, acreditar la existencia del legitimario al tiempo de la donación.

La solución es justa, ya que la persona soltera que no tiene legitimarios no debe ser obstaculizada por la ley para realizar donaciones, puesto que a nadie perjudica con ello³³. La solución adoptada concuerda con el art. 1868, al disponer que "las donaciones no pueden ser revocadas por supernacencia de hijos al donante después de la donación, si expresamente no estuviese estipulada esta condición".

Entre los legitimarios que existieren al tiempo de la donación se hallan los descendientes y ascendientes. Respecto de los hijos extramatrimoniales, el problema se plantea en el supuesto de que hayan nacido con anterioridad a la donación pero se los haya reconocido con posterioridad. Esos hijos existían al momento de la donación: su reconocimiento es declarativo de estado; por eso están legitimados activamente para el ejercicio de la acción. La doctrina, en general, se inclina por reconocer la acción de reducción³⁴. Pensamos que la misma solución cabe en el supuesto de los padres cuya relación de parentesco haya sido probada con posterioridad a la fecha de la donación hecha por el hijo.

El art. 1832, inc. 1, *in fine*, prevé una importante excepción cuando, ya existiendo descendientes al tiempo de ser efectuada la donación, han nacido otros después de esa donación. Tales nuevos descendientes pueden ejercer la acción de reducción. La solución es justa, porque, procediendo la acción por haber descendientes al tiempo de la donación, es natural que esa acción beneficie a todos los descendientes por igual, cualquiera que sea la fecha de su nacimiento. Si no se aceptara esa solución, unos descendientes tendrían la acción de reducción y otros no, con lo cual se podría

³³ Conf. Ovsejevich, p. 117; Borda, n° 971.

³⁴ Fornieles, n° 108; Ovsejevich, p. 117; Borda, n° 974. En contra: Llerena, t. 6, art. 1832.

provocar un desequilibrio, en contra de la igualdad que la ley pretende conseguir.

El cónyuge no dispone de la acción de reducción respecto de las donaciones efectuadas por el causante antes de contraer matrimonio, por la sencilla razón de que no era heredero forzoso a la época de la donación (art. 1832, inc. 1). El acto matrimonial es "constitutivo" de estado, nace sólo en el momento del matrimonio, cosa diferente de lo que sucede con el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, que es "declarativo" de estado anterior.

B) *Acreeedores de los legitimarios*. Ya se afecte la legítima por disposiciones testamentarias o por donaciones, la doctrina considera que los acreedores del legitimario pueden ejercer la acción de reducción, sirviéndose de la acción subrogatoria que prevé el art. 1196. Los acreedores deben actuar siempre a nombre de los legitimarios. En cambio, no pueden ejercer la acción de reducción las siguientes personas:

1) los acreedores del causante. Si las liberalidades consisten en legados, ningún interés tienen los acreedores del causante, puesto que los legados son pagados una vez satisfechas las deudas. Así lo dispone el art. 3797: "Cuando la sucesión es insolvente, los legados no pueden pagarse hasta que estén pagadas las deudas. Si hay herederos forzosos, los legados sufren reducción proporcional hasta dejar salvas las legítimas". Si las liberalidades son donaciones, los acreedores del causante no pueden cobrarse con ellas, puesto que salieron del patrimonio válidamente, dejando de ser garantía de sus créditos. Esto no implica privarlos de la acción de simulación y de la acción pauliana, que pueden ejercer en las condiciones ordinarias.

2) el donante, antes de su muerte, porque la acción es concedida, desde su muerte, a beneficio de los herederos, y no del propio donante;

3) los donatarios y legatarios, porque éstos son los sujetos pasivos de la acción, no los legitimados activamente. El art. 921 del Código francés lo dice expresamente, y la misma solución debe ser aplicada en nuestro derecho.

21. Sujeto pasivo.

La acción de reducción puede ser ejercida contra los herederos —sean forzosos o voluntarios—, contra los legatarios y contra los donatarios. Cabe, incluso, en ciertos casos, contra los adquirentes de donaciones inoficiosas efectuadas por el causante.

A) *La acción de reducción contra los herederos.* La doctrina nacional no se ocupa de esta hipótesis, limitándose al supuesto de los legados y donaciones. Ovsejevich³⁵ excluye a los herederos, por entender que contra ellos corresponde exigir la colación, lo cual no es cierto, pues el art. 3601 se refiere a la reducción de las disposiciones testamentarias sin distinguir entre herederos y legatarios; subyace en este error una evidente falta de delimitación entre la colación y la reducción.

La acción de reducción cabe contra los herederos, sean éstos forzosos o voluntarios, siempre que lo recibido por ellos afecte la legítima de algún heredero forzoso. Los supuestos son numerosos:

1) Uno de ellos consiste en el caso en que el testador ha instituído herederos de cuota (no legatarios), hipótesis que aceptan los arts. 3727, arg. art. 3721, 3814, etc.³⁶. Si algunas de esas cuotas afectan la legítima de algún legitimario, quedará abierta la vía de la acción de reducción.

2) Cuando el testador ha instituído heredero de cosa cierta —hipótesis admitida por sectores de la doctrina nacional³⁷—, también cabe la acción de reducción contra ese heredero, si el valor de la cosa excede de la libre disposición y, como consecuencia, viola la legítima.

3) Cuando la partición hecha por ascendientes en testamento en favor de sus descendientes haya afectado la legítima de alguno de ellos, el afectado tendrá la acción contra los demás herederos para pedir la reducción de lo asignado en exceso (art. 3537). Esta acción prescribe a los cuatro años (art. 4028).

El heredero afectado puede optar por la rescisión de la partición (art. 3536), remedio más drástico que el que otorga la acción de reducción. Volveremos sobre el tema más adelante³⁸.

4) Cabe preguntarse si la partición efectuada una vez fallecido el causante, en la cual se viole la legítima, puede ser atacada por la acción de reducción, o si necesariamente se requiere la acción de nulidad. La acción que corresponde ejercer es la acción de nulidad, y no la de reducción. Veremos las distintas hipótesis al analizar las acciones de nulidad de la partición³⁹.

B) *La acción de reducción contra los legatarios (art. 3601).* Se puede ejercer la acción de reducción contra los legatarios,

³⁵ Ovsejevich, p. 18.

³⁶ Pérez Lasala, ob. cit., t. I, n° 219.

³⁷ Pérez Lasala, ob. cit., n°s. 91 y 92.

³⁸ *Infra*, parágrafo 92.

³⁹ *Infra*, capítulo III.

sean de cuotas o particulares, cuyos legados han afectado la legítima.

C) *La acción de reducción contra los donatarios (art. 1830).* Se puede ejercer la acción de reducción cuando se los beneficia con donaciones inoficiosas que sobrepasan la parte de libre disposición.

D) *La acción de reducción contra terceros adquirentes.* Todavía cabe agregar, como posibles sujetos pasivos de la acción, a los terceros adquirentes de donaciones inoficiosas de inmuebles efectuadas por el causante.

22. La reducción y el proceso sucesorio.

Cabe preguntar, ante todo, si se puede hacer la reducción en el proceso sucesorio sin necesidad de recurrir a la acción de reducción en la vía contenciosa. La pregunta no tiene respuesta única, pues aunque el principio es que hay que interponer la acción, en determinadas circunstancias se puede hacer la reducción en el propio proceso sucesorio. Esto último sucede, a nuestro juicio, en los siguientes casos:

a) *Violación de la legítima por "disposiciones testamentarias".* Ello puede ocurrir ya sea por institución de herederos por cuotas, ya por legados parciales o legados a título particular, siempre que la legítima pueda ser cubierta reduciendo las disposiciones testamentarias.

En el proceso sucesorio, la violación de la legítima se puede hacer visible aun antes de la aprobación del testamento, cuando hay institución de herederos por cuotas o legados de parte alícuota, puesto que es suficiente conocer esas cuotas en el caudal hereditario para saber si hay o no violación de la legítima; en cambio, cuando la violación ocurre mediante un legado particular son necesarias las operaciones de inventario y avalúo, pues la valuación del legado será indispensable para conocer su inoficiosidad.

Aunque el monto en que la legítima es violada aparece después de conocer el *relictum* neto una vez deducidas las deudas (lo cual es hecho en la partición), ya con el inventario y el avalúo se puede detectar la violación de la legítima, pues si media institución de herederos o legatarios de parte alícuota, las deudas recaerán sobre éstos en proporción a sus cuotas y las le-

gítimas seguirán siendo violadas; y si media algún legado particular, como de las deudas responden únicamente los herederos y los legatarios de cuota, las legítimas serán violadas con mayor intensidad, ya que las partes de los afectados disminuirán después del pago de las deudas.

A nuestro juicio, el perito partidor, antes de efectuar las operaciones particionales, debe hacer conocer la violación de la legítima a los herederos afectados y a los beneficiarios del exceso, solicitando el oportuno decreto judicial. Estas notificaciones pueden posibilitar el acuerdo entre los afectados y los beneficiarios del exceso dentro del propio proceso sucesorio. Sobre la base de ese acuerdo el perito efectuará la partición.

El silencio de los herederos cuya legítima ha sido violada debe ser interpretado, en nuestra opinión, como aceptación de la reducción de la disposición que excede de la porción disponible.

Si media renuncia expresa de algún legitimario vulnerado en su legítima, las cosas suceden del mismo modo, si bien el partidor tendrá que tener en cuenta estas circunstancias: para los no reclamantes, hará la adjudicación respetando las disposiciones testamentarias; para el reclamante, en cambio, alterará esas disposiciones, reduciendo las porciones del beneficiario del exceso y aumentando las del reclamante hasta cubrir su legítima individual.

b) Violación de la legítima por "donaciones inoficiosas" efectuadas a los herederos forzosos. Es indispensable que el donatario reconozca la donación a efectos de su posible reducción; ese reconocimiento debe hacérselo constar en el expediente sucesorio, ya por presentación directa del donatario, ya porque se le corra vista de la petición de reducción y el donatario la acepte o guarde silencio.

Sólo entonces el inventariador estará en condiciones de incluir la donación en el inventario, y el perito evaluador, de hacer su estimación de valor, ya que la reducción no opera de oficio.

Aprobadas las operaciones de inventario y avalúo, el "perito partidor" efectuará la partición reduciendo las disposiciones testamentarias excesivas (si las hay) y el legado inoficioso. Si lo donado es indivisible y parcialmente inoficioso, deberá formar condominio en las porciones que corresponda, a no ser que todos los herederos convengan compensaciones monetarias.

Cuando algún heredero renuncia a la reducción y otros la exigen, el perito deberá proceder en forma similar a lo expresado en el parágrafo *a*, *in fine*.

c) *Puede ser discutible la reducción en el proceso sucesorio cuando median donaciones a terceros.* Pensemos en que el donatario extraño no es parte en ese proceso. No obstante ello, creemos que si media petición expresa del donatario extraño para someterse a la reducción, con el fin de evitar una acción contenciosa en su contra, no habría inconvenientes en aceptar, también en este caso, la reducción en el proceso sucesorio.

El donatario se haría parte en el proceso y, como tal, podría controlar e impugnar el inventario y el avalúo, como también las operaciones particionales, sometiéndose a las pertinentes normas procesales.

23. La acción de reducción y su influencia en el proceso sucesorio.

Cuando no se da ninguna de las hipótesis del párrafo anterior, sólo cabe la reducción ejerciendo la correspondiente acción en el proceso contencioso. Para analizar la influencia de la acción de reducción en el proceso sucesorio, conviene hacer esta distinción:

1. *Todos los legitimarios afectados ejercen la acción de reducción de las donaciones inoficiosas, ya sean hechas a herederos, ya a terceros.* Están incluidos los casos de donaciones encubiertas y las efectuadas en fraude de la legítima.

En el juicio contencioso habrá que probar no sólo el valor de la donación, sino de todos los bienes relictos, y determinar el valor de las deudas a los efectos de obtener el *relictum* neto.

En la sentencia, el juez establecerá el monto del exceso y la forma de hacer la reducción.

Sobre la base de la sentencia, el perito partidador designado en el proceso sucesorio hará la partición. Entendemos que en este caso no se necesitará nombrar inventariador ni perito avaluador.

2. *Unos herederos solicitan la reducción y otros no, sin que respecto de estos últimos haya mediado renuncia de la reducción.* En este caso consideramos conveniente que el actor o el juez, de oficio, para evitar ulteriores nulidades, haga conocer la demanda a los herederos violados en sus legítimas (art. 34, inc. 5, b, *in fine*, Cód. Proc. Nac.). Esta notificación servirá de base para considerarlos renunciantes de la acción si permanecen inactivos. Ello, independientemente del derecho que les asiste para

presentarse en cualquier etapa del proceso adhiriéndose voluntariamente a la petición de reducción (art. 90, Cód. Proc. Nac.).

Si todos los herederos se adhieren a la demanda, estaremos en la hipótesis anterior.

La sentencia dejará a salvo la legítima de los peticionantes ordenando la reducción y la forma de hacerla, y no afectará a los demás herederos que no se han hecho parte. Asimismo, servirá de base para que el perito del sucesorio efectúe las operaciones de partición.

En ambos supuestos deben ser suspendidas las operaciones de inventario, avalúo y partición en el proceso sucesorio.

24. La acción de reducción iniciada con ulterioridad a la aprobación de las operaciones particionales.

Puede suceder que los herederos, o alguno de ellos, desconozcan la afectación de sus legítimas por no haber sabido de la donación inoficiosa, cosa muy posible si se trata de donaciones a terceros.

Conocedores con ulterioridad de la inoficiosa de la donación, y siempre que su acción no haya prescrito, pueden iniciar la acción de reducción contra el donatario. En este caso, junto con la reducción deberán peticionar la nulidad de la partición. Pensamos que el juez puede considerar abusiva, en determinados casos, la petición de nulidad, pudiendo hacer lugar a un simple reajuste; en el caso de partición efectuada por ascendientes, deberá ordenar la rescisión o el reajuste, a tenor de lo dispuesto en los arts. 3536 y 3537.

25. Oportunidad del ejercicio de la acción.

La acción de reducción 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" del fenómeno hereditario.

Cuando los reclamantes son sucesores intestados o testamentarios y la violación de la legítima se produce por donaciones a herederos forzosos o a terceros, se requiere la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento en favor de los reclamantes para que la acción sea viable. La declaratoria de herederos será indispensable para determinar la legítima individual, que variará según el número y la calidad parental de los herederos.

Cuando los reclamantes son sucesores testamentarios, no hay donaciones y la violación de la legítima se produce por disposiciones testamentarias, se requiere la iniciación del proceso sucesorio; pero, a nuestro juicio, no se necesita llegar a la aprobación formal del testamento cuando su autenticidad no está en duda. Si hay aprobación de testamento, ello no implica renuncia a la acción de reducción ⁴⁰.

Cuando los reclamantes son sucesores en parte testamentarios y en parte intestados, se requiere la iniciación del proceso sucesorio testamentario y la declaratoria de herederos en la parte intestada.

El límite temporal de la acción de reducción será el de su prescripción, es decir, 10 años, a contar de la muerte del causante. Esto, naturalmente, siempre que no se haya renunciado antes a la acción.

26. Renuncia de la acción.

Se puede renunciar a la acción de reducción en forma expresa o tácita.

La renuncia expresa implica una declaración de voluntad en tal sentido. Esa renuncia —como dice Borda ⁴¹— no puede tener lugar antes de la muerte del causante, pues el art. 3599 dice expresamente que toda renuncia sobre legítima futura “es de ningún valor”. La excepción viene dada por el art. 3604, referente al supuesto en que el causante ha efectuado la enajenación de algún bien con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo: el valor del bien será imputado a la porción disponible (hay una especie de dispensa tácita de la colación), y el excedente será sometido a reducción. Si en vida del causante los herederos forzosos consienten la enajenación, están renunciando a la acción de reducción sobre el excedente.

La renuncia tácita surge de la realización, por parte del legítimo, de determinados actos que implican, en forma inequívoca, la voluntad de renunciar a la acción. Por ejemplo, cuando el legítimo ha sido instituido heredero en una cuota que afecta su legítima y no se ha opuesto a la partición efectuada sobre la base de esa cuota.

Se discute si la entrega de un legado que viole la legítima importa la renuncia tácita. Fornieles ⁴² sostiene que la ejecución del

⁴⁰ Fornieles, n° 110; Borda, n° 980.

⁴¹ Borda, n° 979.

⁴² Fornieles, n° 110.

legado que daña la legítima implica la voluntad de renunciar a la acción de reducción, a no ser que medie error sobre el valor de los bienes de la herencia, en cuyo caso le corresponde al legitimario su prueba. En cambio, Borda⁴³ —cuya posición compartimos— entiende que la entrega del legado no impide la reducción, a no ser que el legatario pruebe que el heredero entregó el legado con pleno conocimiento del haber sucesorio.

La doctrina es unánime al considerar que no importa renuncia a la acción de reducción el pedido de aprobación de un testamento que contiene mandas excesivas, violatorias de la legítima.

27. Carga de la prueba.

El heredero que afirma que su legítima ha sido violada debe probarlo.

Cuando los reclamantes sean sucesores intestados o testamentarios y la pretendida violación de la legítima se produzca por donaciones a herederos forzosos o a terceros, se necesitará denunciar e inventariar todos los bienes relictos (y las deudas, para obtener el *relictum* líquido) y las donaciones inoficiosas (art. 1831). En el juicio habrá que tasar todos esos bienes, con intervención de todos los interesados: herederos, donatarios, legatarios. Una vez que estén valuados los bienes, el juez tendrá que determinar, en la sentencia, el monto de la legítima individual de los reclamantes, para verificar si ésta ha sido violada. Si es así, ordenará la reducción de las donaciones en las proporciones necesarias para dejar a salvo la legítima individual de los reclamantes.

Si la donación está encubierta bajo un acto oneroso, los reclamantes tendrán que probar la simulación mostrando que el negocio real es una donación. En ese caso, habrá que acumular la acción de reducción y la acción de simulación.

Cuando los reclamantes sean sucesores testamentarios, no haya donaciones y la pretendida violación de la legítima se produzca por disposiciones testamentarias, se necesitará denunciar e inventariar todos los bienes relictos (y las deudas, para obtener el *relictum* líquido). Habrá que tasarlos con intervención de los interesados: herederos, legatarios. Una vez valuados, el juez determinará la legítima individual de los reclamantes, para saber si ésta ha sido violada. Si es así, ordenará la reducción de las disposiciones testamentarias hasta salvar las porciones de legítima.

⁴³ Borda, n° 980.

28. Prescripción.

La acción de reducción, como luego veremos ⁴⁴, es una acción personal a la cual se aplica la prescripción de 10 años establecida en el art. 4023, pues falta disposición especial al respecto que diga otra cosa.

El plazo comienza a correr desde el fallecimiento del causante, tanto cuando la acción es ejercida contra el heredero, legatario de cuota o donatario, como cuando se la ejerce contra los terceros adquirentes del donatario (art. 3955).

Dado que el legitimario no podrá ejercer la acción antes de la muerte del causante, ni el beneficiario ni los terceros adquirentes podrán invocar una eventual prescripción adquisitiva por la posesión durante 10 años con justo título y buena fe, o durante 20 años.

Si la donación está encubierta bajo la apariencia de un acto oneroso simulado, la prescripción será de 2 años, a contar de la muerte del causante (art. 4030, párr. 2º).

Si el acto es oneroso y se lo ha realizado con el propósito de violar la legítima, el término de prescripción será de 1 año (art. 4033), a contar también de la muerte del causante.

En la acción de reducción dirigida contra la partición efectuada por un ascendiente, por donación o testamento, el plazo de prescripción será de 4 años (art. 4028).

29. Actos que caen bajo la acción de reducción.

Los actos que caen bajo la acción de reducción pueden provenir de disposiciones testamentarias o de donaciones inoficiosas, y, excepcionalmente, de "actos onerosos" entre vivos, en los supuestos de simulación o fraude. Lo estudiaremos en los párrafos siguientes.

30. A) Afectación de la legítima por disposiciones testamentarias: enunciación.

El art. 3601 expresa: "Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a solicitud de éstos, a los términos debidos". El artículo tiene su fuente directa en el art. 647 del proyecto de García Goyena, que dice así: "Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima

⁴⁴ *Infra*, párrafo 49.

tima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fuesen inoficiosas o excesivas". Esta norma estaba inspirada, a su vez, en las leyes 26 y 28 de Toro, l. 10, tit. 6, y es similar al art. 920 del Código francés.

El art. 3601 no deja lugar a dudas en cuanto a que tiene que tratarse de disposiciones testamentarias que mengüen la legítima. Y menguar quiere decir "disminuir", lo cual presupone que algo ha sido dejado al legitimario, aunque no su porción completa.

La reducción, que es efectuada a pedido de parte, afecta sólo en la porción en que las disposiciones testamentarias han sido excesivas, y tiene como fin obtener el complemento faltante de la legítima. Tal finalidad está consagrada en el art. 3600: "El heredero forzoso, a quien el testador dejase por cualquier título menos de la legítima, sólo podrá pedir su complemento". De este modo se da una perfecta complementación con el art. 3601. El art. 3600 alude a la finalidad de la acción, la integración de la cuota, hasta su justo montante: éste es, precisamente, el complemento; en tanto, el art. 3601 apunta al medio para lograr el complemento, que es la reducción⁴⁵.

Esa mengua la puede sufrir el legitimario como consecuencia de haber instituído herederos otorgando a algunos cuotas o bienes en exceso, que lleven al detrimento de su legítima, o como consecuencia de haber dispuesto el testador de legados en favor de terceros o de otros herederos que violen su legítima.

31. a) Reducción de la institución de herederos.

Veamos los siguientes aspectos.

a) *Precedentes históricos.* El origen de esta acción reside en la *actio ad supplendam legitimam* del derecho romano, creada en una constitución de Constantino y Juliano del año 361, para mitigar los efectos de la *querela inofficiosi testamenti*. Recordamos que a la *querela* se la dirigía contra el heredero instituído en testamento y ocasionaba la rescisión de éste, abriéndose la sucesión intestada. El efecto rescisorio de la *querela* les parecía a los romanos notoriamente injusto cuando el legitimario no alcanzaba la integridad de su *portio* por un simple error de cálculo del testador (si su porción era insuficiente por error de cálculo o por aumento posterior de su fortuna), y siempre que se insertara en el testamento la cláusula "que sea completada según el arbitraje de un hombre honrado": *bono viri arbitrato quarta impleatur*.

⁴⁵ Conf. Zannoni, n° 979.

En tiempos de Justiniano, la cláusula se dio por sobreentendida por una constitución del año 528, admitiendo así esta autonomía, puesto que se podía exigir el suplemento con absoluta independencia de la voluntad del testador.

b) *Supuesto de aplicación.* El art. 3601 comprende todas las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima. Aunque la doctrina nacional sólo estudia los legados, cabe la reducción de la institución de herederos cuando su contenido perjudica la legítima del legitimario. Esto tendrá lugar cuando el testador haya asignado cuotas a algunos herederos (art. 3727, arg. art. 3721, etc.) o bienes, afectando la legítima de otro heredero. Si se trata de un heredero extraño (no legitimario), verá reducida su cuota hasta que quede a salvo el complemento faltante de la legítima del legitimario. Habiendo varios herederos extraños, la reducción será efectuada a prorrata (art. 3602). Si se trata de un heredero legitimario cuya cuota o bienes violan la legítima de otro, se reducirá su parte hasta completar esa legítima, sin afectar la suya propia.

En nuestro derecho, esta hipótesis será poco frecuente, pues cuando el testador asigne cuotas a sus beneficiarios, tales beneficiarios serán, en principio, legatarios de cuotas, y no herederos (art. 3719). Por otra parte, la institución de heredero de cosa cierta, en la práctica, es utilizada muy poco. En cambio, puede darse la partición por ascendientes efectuada en testamento.

c) *Obligación preferente de los herederos.* Cabe plantearse el problema de si la reducción alcanza primero a los herederos instituidos en exceso y, subsidiariamente, a los legatarios particulares, o si afecta conjuntamente a unos y otros.

El art. 3601 no establece ningún orden dentro de las disposiciones testamentarias, pero parece inclinarse por la segunda tesis. No obstante, pensamos que es más acertada la primera, la cual está avalada por los antecedentes históricos que proclamaron el carácter subsidiario de la responsabilidad de los legatarios respecto de la responsabilidad de los herederos por el suplemento de legítima⁴⁶, así como por normas fundamentales del derecho sucesorio. Los herederos son, en efecto, quienes asumen en forma personal las deudas del causante; el pago de la legítima por parte de ellos aparece como una especie de deuda que se debería deducir, como las demás, de la herencia propiamente dicha. Además, el art. 3795 crea un orden de reducción de los legados que no se comprendería si los herederos instituidos en exceso no fueran los primeros en estar afectados al pago de la legítima. Por último,

⁴⁶ Vallet, *Las legítimas*, t. 2, p. 1004.

el art. 3715, en su anterior redacción, al anular la institución de heredero y salvar las mandas, demostraba la preferencia de éstas en la mente del legislador, lo cual implicaba, tácitamente, la obligación primaria del heredero.

En nuestra opinión, a los legatarios de cuota debe considerárselos asimilados, a estos efectos —pago de la legítima—, a los herederos (arg. art. 3499).

d) Orden de reducción. En el caso de haber varios herederos instituidos en exceso, la reducción será hecha a prorrata, según surge del art. 3602, *in fine*.

e) Título por el cual se recibe el suplemento. En nuestra opinión, la legítima faltante da lugar a una vocación legitimaria, distinta de la testamentaria y de la intestada, aunque al suplemento se lo determine sobre el activo neto del caudal hereditario. El legitimario no recibe esa porción como heredero testamentario, puesto que el testador no dispuso de ese complemento en su favor, ni como heredero intestado, ya que la ley no abre la sucesión intestada. En el mismo sentido se manifiestan Lacruz y Sancho Rebullida ⁴⁷.

32. b) Reducción de los legados.

Veamos los siguientes aspectos:

a) Precedentes históricos. En el derecho romano, la reducción de los legados excesivos que afectaban la legítima se produjo por dos vías: una, la de la acción de suplemento de legítima, cuando subsidiariamente podía dirigírsela contra los legatarios, y otra, anterior a la propia existencia de la legítima, que tenía por fin poner límites a la facultad de testar y que culminó con la *Lex Falcidia* del año 40 A.C. Esta ley ordenaba que el testador no podía legar más que las tres cuartas partes de la herencia, con el fin de asegurarle al heredero, al menos, el cuarto restante —*quarta falcidia*—.

b) Supuesto de aplicación. La reducción de los legados tiene lugar cuando no hay institución de herederos de cuotas o en bienes, o cuando, habiéndolos, no es suficiente para completar el faltante de legítima. En esos casos son reducidos los legados.

⁴⁷ Lacruz-Sancho Rebullida, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1973, t. 2, p. 35.

c) *Orden de reducción*. Según el art. 3602, la reducción es efectuada a prorrata. Pero como a esta norma hay que relacionarla con el art. 3795, que establece un orden de preferencia en el pago de los legados, consideramos que sólo cabe hablar estrictamente de reducción a prorrata cuando se trata de varios legados pertenecientes a cada una de las categorías a que se refiere la citada norma.

El art. 3795 expresa: "Si los bienes de la herencia o la porción de que puede disponer el testador, no alcanzase a cubrir los legados, se observará lo siguiente: las cargas comunes se sacarán de la masa hereditaria, y los gastos funerarios de la porción disponible; enseguida se pagarán los legados de cosa cierta, después los hechos en compensación de servicios, y el resto de los bienes o de la porción disponible, en su caso, se distribuirá a prorrata entre los legatarios de cantidad". Quiere decir, pues, que primero serán pagados los legados de cosa cierta, luego los remuneratorios y finalmente los de cantidad. Este orden implica que los legados de cantidad serán los primeros a los cuales ha de alcanzar la acción de reducción; luego los remuneratorios, y por último los de cosa cierta. En cada una de estas categorías la reducción será hecha a prorrata, solución que se desprende del art. 3602 y del art. 3795, *in fine*.

El art. 3795 contiene una regla supletoria de la voluntad del testador, de modo que éste puede disponer que la reducción sea efectuada en forma diferente de la establecida en el art. 3602, *in fine*, y en el art. 3795.

La acción de reducción ha de ser intentada por el legitimario afectado en su legítima contra los legatarios que corresponda, y sólo por el importe del perjuicio que recibe el propio reclamante. Dentro de esos límites, la acción dejará sin eficacia los legados en la medida precisa para satisfacer la legítima.

33. B) Afectación de la legítima por donaciones: inoficiosidad.

La porción legítima de los herederos forzosos está garantizada contra las donaciones excesivas efectuadas por el causante. Cuando las donaciones exceden de la porción de libre disposición, se dice que son, en principio, *inoficiosas*. Pero no hay que olvidar que aunque las donaciones aparezcan, *prima facie*, como inoficiosas, no se las reducirá mientras se pueda cubrir la legítima reduciendo las disposiciones testamentarias en la forma y orden que hemos visto (art. 3602).

La inoficiosidad de estas donaciones las disciplina el Código Civil, no en la parte de las sucesiones, sino en el contrato de donación. El art. 1830, que encabeza el capítulo VII del título VIII (libro segundo, sección tercera), "De las donaciones inoficiosas", dice: "Repútase donación inoficiosa aquella cuyo valor excede la parte de que el donante podía disponer; y a este respecto se procederá conforme a lo determinado en el libro IV de este Código".

El Código no pone limitación alguna, en vida del donante —con descendientes, ascendientes o cónyuge—, a su facultad de disposición sobre sus propios bienes: sus actos de disposición son, en principio, válidos y eficaces. Si al fallecer el donante resulta que las donaciones perjudicaban la legítima, se las reduce a partir del fallecimiento, pero no antes. Como dice Lacruz⁴⁸, el negocio de enajenación —donación— continúa siendo válido *ex tunc*, y sólo sus efectos son suprimidos *ex nunc* con la reducción.

Cabe agregar que la acción de reducción por inoficiosidad únicamente puede afectar las donaciones remuneratorias en la medida en que exceden del pago del servicio, y las donaciones con cargo, en cuanto la liberalidad supera el valor económico del cargo impuesto al beneficiario (art. 1832, inc. 2).

34. Reducción de las donaciones inoficiosas.

Veamos los siguientes aspectos:

a) *Precedentes históricos.* Dado que la cuota de los legitimarios era calculada sobre la base del activo del patrimonio del *de cuius* en el momento de su muerte, éste podía en vida hacer donaciones, disminuyendo así su patrimonio.

La *querela inofficiosae donationis* surgió para impugnar las donaciones que perjudicaban la *portio legitima*. La *querela* fue regulada por una constitución de Alejandro Severo. Por esta acción se obtenía la nulidad de aquellas enajenaciones a título gratuito que afectaban la *portio legitima*.

b) *Supuesto de aplicación.* Cuando la legítima afectada no ha podido ser cubierta reduciendo las disposiciones testamentarias (institución de herederos y legados), son reducidas las donaciones inoficiosas. Este carácter subsidiario de la reducción de las donaciones está especialmente previsto en el art. 3602, *in fine*, cuando expresa que "no se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo (...) las disposiciones testamentarias".

⁴⁸ Lacruz-Sancho Rebullida, ob. cit., p. 154.

Para conocer la inoficiosidad de las donaciones es necesario efectuar un inventario de la herencia, a fin de probar que los bienes relictos no bastan para cubrir el importe de la legítima. El art. 1831 expresa al respecto: "Si por el inventario de los bienes del donante fallecido se conociere que fueron inoficiosas las donaciones que había hecho, sus herederos necesarios podrán demandar la reducción de ellas, hasta que queden cubiertas sus legítimas".

Este inventario —que debe comprender no sólo los bienes y su estimación, sino también las deudas sucesorias— es efectuado en el proceso contencioso de reducción, con intervención de todos los interesados. Aunque la literalidad del art. 1831 parecería indicar que primero se realiza el inventario y luego se ejerce la acción, en la realidad, el inventario es realizado en el proceso contencioso una vez iniciada la acción de reducción⁴⁹.

c) *Orden de reducción.* En nuestro Código no hay precepto alguno que determine el orden de reducción de las donaciones para integrar la legítima, en el caso de que el causante hubiera realizado varias donaciones excediéndose de la parte de libre disposición. A este respecto, conviene distinguir según que las donaciones sean de fechas diferentes o simultáneas:

1. *Donaciones efectuadas en fechas diferentes.* Nuestra doctrina, con la sola excepción de Segovia, considera que estas donaciones deben ser reducidas en orden inverso a sus fechas. Por eso, la donación que primero tiene que ser afectada por la acción de reducción es la última, después la que la precede, y así sucesivamente.

La solución tiene entronque indirecto con las citas que Vélez hace, en la nota al art. 3602, del proyecto de García Goyena y, en especial, la cita del art. 923 del Código francés, contenida en la nota al art. 1831. El art. 972 del proyecto de García Goyena dice que "si las donaciones cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán las más recientes por el orden posterior de la fecha de su otorgamiento en lo que resultare exceso". Por su parte, el art. 923, 2ª parte, del Código francés, citado también por García Goyena al comentar el art. 972 de su proyecto, expresa: "...y cuando haya lugar a esa reducción [de las donaciones], se hará comenzando por la última donación, y así sucesivamente, remontándose de las últimas a las más antiguas".

⁴⁹ Fornieles, n.º 98, considera, con razón, que el inventario y avalúo practicado en el juicio sucesorio no es válido a los efectos de la determinación de la legítima. Estimamos que hay que exceptuar los casos previstos en el parágrafo 22.

La razón de este criterio estriba, como dice Puig Peña ⁵⁰, en que "las donaciones más antiguas se entienden comprendidas en la parte de libre disposición, siendo las posteriores las que infringen la legítima. Además, esta solución es conforme al principio de irrevocabilidad de las donaciones: el donante no puede destruir sus donaciones anteriores por medio de liberalidades hechas a favor de otras personas posteriormente".

Ésta es la solución aceptada universalmente en los demás códigos civiles (art. 559, Código italiano; art. 656, Código español; art. 2329, Código alemán, etc.).

Entendemos que el causante no puede disponer que la reducción sea efectuada en distinto orden, porque las donaciones que él ha realizado en vida son, en principio, irrevocables y, por tanto, escapan al poder de su voluntad ⁵¹.

2. *Donaciones efectuadas simultáneamente.* Si el donante ha efectuado más de una donación simultáneamente, no cabe aplicar, respecto de ellas, más que la reducción a prorrata.

Como ocurre en los legados, aquí, el donante puede imponer la prioridad de alguna de ellas, siempre que esa voluntad conste expresamente en el acto mismo de la donación ⁵².

3. *En cualquiera de los dos casos*, la prueba de las fechas deberá ajustarse a estos principios generales: Si las donaciones han sido efectuadas en instrumentos públicos, habrá que atenerse a las fechas contenidas en ellos (queda a salvo la posibilidad de argüir de falsos esos instrumentos); si han sido realizadas en documentos privados, no harán fe respecto de los otros donatarios mientras no hayan adquirido fecha cierta. Si hay interesados que pretendan hacer valer fechas distintas de las contenidas en los instrumentos privados, a ellos corresponderá la carga de la prueba.

35. Insolvencia de uno de los donatarios.

En el caso de que el causante haya efectuado varias donaciones y el último donatario resulte insolvente, se discute si tendrá que sufrir las consecuencias de la insolvencia el legitimario perjudicado o, al contrario, si éste podrá dirigirse contra el donatario anterior hasta satisfacer su legítima.

Nuestro Código Civil, al igual que la mayoría de los códigos

⁵⁰ Federico Puig Peña, *Tratado de derecho civil español*, t. V, vol. II, p. 407.

⁵¹ Conf. Borda, n° 984.

⁵² Puig Peña, ob. cit., p. 408; Borda, n° 985.

modernos, no resuelve el problema. En la doctrina han sido propuestas tres soluciones:

1. *El perjuicio debe recaer sobre los legitimarios, de modo que los donatarios anteriores no tienen que ser afectados por la reducción.* Este criterio fue sostenido por algunos fallos de los tribunales franceses, que hoy día aparecen superados.

En la doctrina española, Vallet de Goytisolo acepta esta solución, al considerar que el riesgo de insolvencia del donatario les corresponde a los legitimarios, como acreedores —de cosa o de valor— del donatario, en contra del cual les corresponde una acción rescisoria, es decir, de carácter personal. No hay base legal alguna —según él— para trasferirles a los donatarios anteriores el riesgo de la insolvencia de un donatario posterior⁵³. En el mismo sentido se manifiesta Lacruz Berdejo⁵⁴, quien alega el carácter de remedio extraordinario que tiene la reducción de donaciones, junto con la irrevocabilidad de éstas.

2. *El perjuicio debe recaer sobre los donatarios anteriores, única forma de dejar incólume la legítima.* El legitimario podrá, por eso, dirigirse contra el donatario anterior para reducir su donación. El interés de los legitimarios prevalece, pues, sobre el de los donatarios. Ésta es la interpretación dominante en la doctrina francesa⁵⁵ y por la cual se inclina la *Cour de Casation*. Es la que consideramos más adecuada para nuestro derecho⁵⁶.

3. *No computar la última donación en la reunión ficticia del "relictum" y del "donatum", calculando la legítima y practicando, en su caso, la reducción sin contar con esa donación.* En tal caso, el legitimario podrá reducir las anteriores donaciones, aunque en una proporción menor, por cuanto la masa para computar la legítima será menor y, por tanto, menor esta última.

Este temperamento intermedio, iniciado en Francia por Pothier, ha sido sostenido por Baudry Lacantinerie y Demolombe, entre otros⁵⁷. En España lo adoptó Manresa⁵⁸, quien entiende que la equidad aconseja que se prescindiera de esa donación para el cómputo de la legítima, considerando los bienes en que consistía

⁵³ Vallet, ob. cit., p. 1165.

⁵⁴ Lacruz, t. 2, p. 163.

⁵⁵ Jossierand, t. 3, vol. 3, n° 1734; Planiol y Ripert, t. 5, n° 116.

⁵⁶ Conf. Borda, n° 987.

⁵⁷ Baudry Lacantinerie, *Des donations*, t. 7, n° 1008; Demolombe, t. 18, n° 606.

⁵⁸ Manresa, *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1932, vol. V, comentario al art. 656.

como no existentes en el patrimonio del difunto; en el mismo sentido se pronuncia Roca Sastre ⁵⁹. Es la posición acogida en nuestro país por Fornieles ⁶⁰.

La presente tesis, aunque responde a un sentido de equidad, carece de apoyo legal, y tiene el inconveniente de que obligaría a la total revisión de las operaciones efectuadas, pues al dejar de computar una donación disminuiría la masa para calcular las legítimas, y ello podría dar lugar —como dice Vallet ⁶¹— a que resultara inoficiosa alguna otra donación que, sin aplicar este criterio, no lo sería.

En el supuesto de que el donatario haya transmitido la cosa a un tercero, los tres criterios planteados sólo tendrán vigencia en la medida en que el legitimario no pueda dirigirse con éxito contra el tercer adquirente de la cosa donada. Si es posible obtener lo donado o su valor de ese tercero, cubriendo así la legítima, no habrá otro perjudicado.

36. Donaciones objeto de la reducción.

Son objeto de la reducción todas las donaciones inoficiosas hechas por el causante, tanto las otorgadas a extraños como a los legitimarios. El principio de intangibilidad de la legítima extiende su función protectora a toda actividad liberal del causante, por medio de la acción de reducción por inoficiosa de las donaciones.

Deben ser incluídas las donaciones remuneratorias, en cuanto ellas hayan excedido del valor del servicio que pretendían remunerar, y las donaciones con cargo en la parte que excedan del valor del cargo, si éste fuera apreciable en dinero (art. 1832, inc. 2).

Quedan incluídas todas las donaciones ocultas bajo la apariencia de un contrato oneroso.

En cuanto a los seguros de vida constituídos en favor de terceros o de herederos forzosos, se aplica el art. 144 de la ley 17.418, que dice: "Los herederos legítimos [leer: «legitimarios»] del asegurado tienen derecho a la colación o reducción por el monto de las primas pagadas". Pero la indemnización del seguro de vida no está sujeta ni a colación ni a reducción ⁶².

Quedan fuera del alcance de la reducción, por aplicación analógica, aquellas liberalidades que no son computables para la colación ⁶³. Así, no se incluye:

⁵⁹ R. M. Roca Sastre, *Notas a Kipp, Sucesiones*, vol. VI, t. I, p. 352.

⁶⁰ Fornieles, n.º 117.

⁶¹ Vallet, t. 2, p. 1165.

⁶² *Infra*, n.º 155.

⁶³ Fornieles, n.º 112; Zannoni, n.º 962; Borda, n.º 950.

1) las liberalidades que propiamente no son donaciones y que aparecen enumeradas en el art. 1791, reformado por la ley 17.711 (art. 3479);

2) una serie de gastos que aun cuando son donaciones, entran, por sus características, en la órbita de las obligaciones que nacen de los deberes familiares. Esos gastos están contemplados en el art. 3480: gastos de alimentos y curación; gastos de educación y estudio; regalos de costumbre; pago de las deudas de los ascendientes y descendientes, limitándose estos pagos —según la doctrina— a las pequeñas deudas que no afectan ni perjudican los derechos de las demás partes, por su exigüidad.

37. C) **Afectación de la legítima por actos onerosos entre vivos: enunciación.**

La legítima puede ser violada por actos onerosos entre vivos efectuados por el causante. Se trata de casos excepcionales, pues, en principio, no se puede privar a ninguna persona de disponer en vida de los bienes que forman su patrimonio.

Estos casos que afectan la legítima, y que se agrupa bajo la denominación genérica de “actos en fraude de la legítima”, son principalmente de dos tipos: actos simulados y actos reales efectuados con el fin fraudulento de violar la legítima. En esta última hipótesis se habla en sentido estricto y propio de fraude de la legítima. A su vez, los actos simulados pueden implicar una simulación absoluta o una simulación relativa.

En todos ellos aparece el legitimario habilitado para actuar contra los actos efectuados por su causante. Lo hará en virtud de un derecho propio establecido en la ley, cual es su derecho intangible de legítima. Por ello puede actuar como tercero frente al causante. Como señala Díez Picazo⁶⁴, este ataque del legitimario a los actos de su causante no es un auténtico *venire contra factum proprium*, pues no ejerce un derecho que el causante le haya transmitido, sino su propio derecho de legítima y las acciones que la protegen. En efecto: su derecho a legítima es consecuencia de una “posición originaria” que nace con la muerte del causante, y no de una “posición derivada” del causante.

⁶⁴ *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1961, p. 235.

38. Actos simulados: clases.

La simulación es el medio más utilizado para violar los derechos de legítima. Bajo la apariencia de un acto oneroso —comúnmente, venta— no se esconde acto alguno o se esconde una verdadera donación. El Código (art. 956) y la doctrina distinguen, al respecto, entre simulación absoluta y simulación relativa.

39. Simulación absoluta: concepto y efectos.

La simulación es absoluta cuando se celebra un acto que nada tiene de real, pues implica una pura apariencia vacía de sustancia. Por ejemplo: Un deudor que desea sustraer sus bienes a la ejecución de los acreedores, los vende simuladamente a un tercero; en un contradocumento consta que la operación no es real y que el vendedor aparente continúa siendo propietario. Otro ejemplo, referido directamente al tema: Un padre simula la venta de un bien con el propósito de eludir las prescripciones relativas a la legítima.

Si el ficticio vendedor muere, sus hijos, en el carácter de legitimarios, y obrando como terceros, pueden ejercer la acción de simulación absoluta. Su carácter de terceros (legitimarios) surge en el momento de la muerte del causante; de ahí que el término de prescripción de esa acción —el cual, según el art. 4030, párr. 2º, es de dos años— no pueda comenzar a correr antes de la muerte del padre (art. 3953). Algunos autores, como Méndez Costa⁶⁵, consideran que para los terceros la acción prescribe a los diez años, por aplicación del art. 4023.

La declaración judicial de la simulación importa la inexistencia del acto. Esto implicaría, aplicándolo a los ejemplos dados, considerar que los bienes vendidos simuladamente nunca salieron del patrimonio del causante, por lo cual deben integrar el haber hereditario.

La legítima queda protegida por la vía indirecta de la acción de simulación, por cuanto los bienes ficticiamente vendidos van a formar parte de la herencia. El efecto de esta acción cubre la finalidad de la acción de reducción, que presupone la existencia de una donación que excede de la libre disposición. No obstante, es conveniente acumular a la acción de simulación la acción de reducción, pues sin haber producido la prueba se torna difícil determinar de antemano si hubo realmente una simulación absoluta, o si sólo fue relativa.

⁶⁵ *Legítima y sociedades de familia*, "L.L.", 1979-D, p. 243.

Podemos agregar, para completar el panorama, que es posible que los herederos voluntarios (no forzosos), como continuadores de la personalidad del causante, ejerzan la acción de simulación absoluta; pero entonces actuarán como partes, y no como terceros. En consecuencia, esa acción sólo procederá si la simulación es lícita (arg. art. 959), supuesto que no se da en los ejemplos formulados. La simulación sólo podrá ser probada, en principio, por el contradocumento (art. 960). Todo ello surge de la aplicación de los principios que rigen el instituto de la simulación.

40. Simulación relativa: concepto y efectos.

La simulación es relativa cuando el acto aparente esconde otro real, distinto de aquél. La simulación relativa tiene interés, para nuestro estudio, cuando el negocio real que encubre es una donación.

Esta simulación puede recaer sobre la naturaleza del contrato, sobre su contenido o sobre la persona de los contratantes.

Por ejemplo: Un padre simula la venta de un inmueble a un hijo, cuando en realidad lo está donando, con el fin de eludir la legítima de otro hijo. Si el padre muere, el legitimario afectado, obrando como tercero, podrá ejercer la acción de simulación relativa. En el ejemplo dado, la simulación recae sobre la naturaleza del contrato, que aparece como venta, pero que encubre una donación.

La acción del legitimario, como tercero, prescribe en los mismos plazos indicados para la simulación absoluta.

Quien sostiene la validez de la donación simulada debe probar dos cosas: que existe una donación real y que con ella no se viola la ley ni se perjudica a un tercero. El art. 958 dice, en este sentido: "Cuando en la simulación relativa se descubriese un acto serio, oculto bajo falsas apariencias, no podrá ser éste anulado desde que no haya en él la violación de una ley, ni perjuicio a tercero".

La exigencia del primer requisito lleva consigo, además, la necesidad de que el negocio real reúna los requisitos "formales" pertinentes para su validez. Por ejemplo: la exigencia de escritura pública, tratándose de donaciones de inmuebles.

Como partimos de la base de la afectación de la legítima por el acto simulado, y esa afectación implica violar la ley de orden público que estatuye la legítima y perjudicar a un tercero, que es el legitimario, la consecuencia inevitable sería la

nulidad de la donación. La nulidad determinaría la inexistencia de los efectos de la donación y el consiguiente reintegro del bien al caudal hereditario. La legítima sería defendida por la vía indirecta de la acción de simulación, sin necesidad de recurrir a la acción de reducción, que presupone una donación "válida" excedida de la libre disposición. El caso se parecería al de la simulación absoluta.

No obstante, en la doctrina extranjera, especialmente en la española⁶⁶, se discute si necesariamente se debe llegar a esa nulidad, o si cabe limitar los efectos de la acción del legitimario a la reducción de la donación inoficiosa, sin declarar la nulidad de la donación.

En favor de esta última tesis, cabe decir que la violación de la ley sólo se da en tanto y en cuanto resulta lesionada la legítima. Pero esta lesión cesa en cuanto se reduce la donación inoficiosa; desde ese momento cesa también el perjuicio del legitimario. Por otra parte, no parece que sea factible aplicar a la donación simulada una invalidación en grado superior a la que la afectaría de habérsela hecho sin disfraz. Sería ilógico, como explica Lacruz, que los contratos en fraude de acreedores fueran meramente rescindibles (inoponibles), en tanto que el fraude de un derecho más débil —como el del legitimario— diera lugar a una nulidad.

En este sentido, la reclamación del legitimario involucra dos acciones: la de simulación y la de reducción, que son acumulables. Así se manifiestan Méndez Costa, Graciela Medina⁶⁷, etc. El juzgador, de prosperar las acciones, deberá decretar la simulación y la consiguiente reducción, dejando subsistente la donación, pues la nulidad de esa donación es ajena a la reclamación del legitimario, el cual no puede sacar ventaja de la declaración de simulación del acto nada más que hasta integrar su cuota legitimaria. Agregamos, concordantemente, que la nulidad del acto real a que se refiere el art. 952, párr. 2º, no es una nulidad absoluta que se pueda decretar de oficio, sino a pedido de parte. Aquí, la parte, que es el legitimario, carece de interés para obtener un pronunciamiento en tal sentido.

La dificultad de la acción de simulación residirá sólo en el aspecto práctico relativo a la prueba. Mas actuando el legitimario como tercero, rige el principio de amplitud de la prueba: presunciones, testigos, no necesidad de contradocumento, etc.

Podemos agregar, en forma similar a como lo hicimos en la

⁶⁶ Lacruz, Vallet, García-Bernardo Landeta, etc.

⁶⁷ Méndez Costa, ob. cit.; Graciela Medina, *El fraude a la legítima hereditaria a través de la constitución de sociedades*, "J.A.", 1983-I, p. 699.

simulación absoluta, que los herederos voluntarios (no forzosos) pueden ejercer la acción de simulación relativa como partes, y no como terceros, siendo de aplicación los principios generales de este instituto.

41. Precedentes jurisprudenciales.

Reseñaremos dos casos: uno que hizo lugar a la simulación y otro que la denegó.

a) La Cámara Civil, Sala A, en el caso "Saporiti c. Saporiti", falló haciendo lugar a las acciones de simulación y reducción. Los supuestos fácticos eran los siguientes: A la edad de 86 años, el Sr. Saporiti celebró un contrato de compraventa del departamento en que vivía con el matrimonio Fuentes (a la sazón, de 30 años de edad). El precio de la venta se estipuló en \$ 10.000.000 (ley 18.188), y en la escritura se consignó que el dinero había sido recibido con anterioridad. El vendedor se reservó el derecho de usufructo del bien, y con posterioridad murió.

Con el padre vivían una de sus hijas y su esposo, quienes al fallecimiento del progenitor siguieron ocupando el inmueble, que alquilaron a los compradores.

A la muerte del Sr. Saporiti, una de sus hijas (Ema Saporiti) inició acción de nulidad por simulación, en contra de los compradores del bien y contra su otra hermana. Adujo la actora que se trataba de una venta simulada, que en verdad buscaba beneficiar a la hermana que habitaba en el inmueble, y que en definitiva vulneraba su legítima.

La Cámara consideró probada la simulación con distintas presunciones, como: 1) el valor real del inmueble, que era siete veces superior al pactado; 2) la circunstancia de que en la escritura se dijo que el precio había sido percibido con anterioridad, y que los recibos que lo acreditaban habían sido destruidos, aduciendo que esta destrucción era de práctica en los negocios (en vista de que la destrucción de los recibos es común cuando en el boleto se pacta un precio superior, y en este caso la escritura recogía el mismo precio que el boleto de compraventa, la destrucción de los recibos no se justificaba); 3) la diferencia entre el precio real del inmueble y el pactado, que no se justificaba ni aun teniendo en cuenta la reserva de usufructo, en razón de que la elevada edad del causante implicaba que el valor del usufructo iba a ser bajo, atento a que éste no se podría prolongar en el tiempo; 4) el hecho de que los compradores no pudieran justificar de forma alguna el origen del dinero con el cual adujeron

haber comprado el inmueble; 5) el hecho de que la joven pareja compradora carecía de otro bien inmueble y, sin embargo, a la muerte del vendedor se lo habían dado en alquiler al marido de la hija del vendedor, por un precio ínfimo.

Por todas estas circunstancias, el tribunal entendió que se estaba frente a una venta simulada, y dispuso que el valor del bien debía ser computado en la masa de cálculo de la porción legítima del causante y en relación con la coheredera accionante, a fin de que si lo excedía se restituyera el inmueble al acervo sucesorio. Como sólo uno de los herederos forzosos había demandado la reducción, se la ordenó únicamente en su beneficio, por lo cual el cálculo de su porción legítima debió ser realizado computando como existente el bien en el acervo sucesorio, pero sólo a su respecto.

El fallo aceptó la existencia de un negocio simulado relativamente —compraventa— que encubría una donación. Pero no consideró probada la existencia de un negocio fiduciario con interposición real de persona, por lo cual rechazó la demanda contra la hermana ocupante del inmueble, ya que no se pudo probar que lo que se buscaba con la donación era su beneficio ⁶⁸.

b) La Sala A de la Cámara Nacional Civil, en el caso "Fisher, Roberto, y otros c. Klein Fleisher, Cecilia", rechazó parcialmente una acción de nulidad relativa que tenía los siguientes precedentes fácticos: Los actores habían demandado a quien fue concubina de su padre porque entendían que durante la vida del progenitor, éste había incorporado bienes al patrimonio de su compañera con el fin de excluírlos de la masa sucesoria. Consideraban que las diversas compras de inmuebles realizadas por la demandada, así como también su participación societaria, eran simuladas, y sostenían que encubrían donaciones del causante que violaban su legítima.

En cuanto a los bienes inmuebles cuyas ventas se señalaba como simuladas, la Cámara entendió que se trataba de compras reales, teniendo en cuenta diversos elementos, como la declaración del origen de los fondos en las escrituras de venta; la recepción, por parte de la demandada, de dinero proveniente de indemnizaciones de guerra y de persecuciones raciales, como también su percepción de remesas de dinero desde Chile, provenientes del producto de ventas realizadas por su padre, que coincidían en la fecha con la compra de los departamentos ⁶⁹.

⁶⁸ C.N.Civ., Sala A, 29/8/85, "L.L.", 1986-B, p. 89.

⁶⁹ C.N.Civ., Sala G, 26/11/85, "L.L.", 1987-I, p. 630.

42. Actos en fraude de la legítima en sentido estricto: requisitos.

Aquí se trata de actos dispositivos reales (no simulados) a título oneroso, efectuados con la intención de privar notoriamente de su derecho a los legitimarios, o disminuirlo. Corresponde determinar si contra esos actos procede la acción revocatoria o pauliana.

Las condiciones generales necesarias para que proceda la acción revocatoria son, según los arts. 962, 963 y 968, las siguientes:

1. "...que el deudor se halle en estado de insolvencia". La presente exigencia, aplicada al caso en estudio, se traduce en la afectación de la legítima de modo tal que el acto de enajenación fraudulenta deja al causante en un estado patrimonial que le impide cubrir la porción del legitimario.

2. "...que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor". Esto entraña, aplicándolo al régimen de la legítima, que el perjuicio de los legitimarios, que actúan como terceros acreedores, derive del acto oneroso de enajenación fraudulenta del causante.

3. "...que el crédito, en virtud del cual se intenta acción, sea de una fecha anterior al acto del deudor". En materia de legítima, el problema se presenta, precisamente, con ese requisito, ya que el crédito del legitimario surge con posterioridad al acto enajenativo del causante. La vigencia de este requisito, como lo expresa la letra del artículo, impediría atacar el acto real, efectuado para violar la legítima, por medio de la acción revocatoria.

Pero el criterio fue otro en el derecho histórico, y hay base legal para aplicar otra solución en nuestro derecho, como sucede en el derecho comparado.

Los antiguos autores castellanos, como Gregorio López, Covarruvias, Cáncer, etc., opinaban que el acto de enajenación efectuado por el padre en fraude de la legítima de sus hijos podía ser atacado por la acción de revocación, pese a que el crédito del legitimario nacía *a posteriori* del acto enajenativo del causante.

En nuestra doctrina, Borda⁷⁰ considera que el requisito contenido en el art. 962, inc. 3, es aceptado como regla general,

⁷⁰ Borda, *Parte general*, n° 1205.

pero no es de aplicación al caso en que el acto impugnado, aunque posterior al origen del crédito, haya sido realizado en previsión de la obligación que nacería más tarde. El propio Código —nos dice— hace una excepción a ese requisito en el art. 963, al referirse a las “enajenaciones hechas por el que ha cometido un crimen, aunque consumadas antes del delito, las cuales pueden ser revocadas por los que tengan derecho a ser indemnizados de los daños y perjuicios que les irroque el crimen”. Y concluye el autor que la exigencia del art. 962, inc. 3, puede ser dejada sin efecto no sólo en el caso del art. 963, sino siempre que la previsión fraudulenta sea evidente.

En el mismo sentido se manifiesta Mosset Iturraspe⁷¹, al decir que la excepción del art. 963 debe ser interpretada con amplitud, más allá del supuesto previsto por el codificador, pues la hipótesis del crimen no es más que un ejemplo del fraude organizado *ex profeso* que se quiere reprimir.

Bibiloni siguió este pensamiento en su art. 1043: “Se exceptúa de la tercera condición [crédito de fecha anterior] del artículo anterior los actos ejecutados con el propósito de defraudar a los acreedores futuros”.

En el derecho español, en donde estrictamente no hay apoyo legal, Vallet⁷² sostiene la aplicabilidad de la acción revocatoria, a pesar de que la enajenación haya sido efectuada antes de nacido el derecho a legítima: se trata de un supuesto especial de protección legal anticipada de un derecho preordenado también por la ley, avalado por una antigua tradición histórica. Puig Peña admite también la revocación del acto fraudulento, violatorio de la legítima, basándose en la teoría de la causa ilícita⁷³.

El Código Civil italiano previó, en el art. 2901, la eventualidad de que el crédito naciera después de la consumación del acto de disposición fraudulenta. La doctrina de ese país justifica ampliamente la solución legal⁷⁴.

La doctrina francesa es unánime al respecto. Colin y Capitant, después de referirse al requisito de que el crédito sea anterior al acto, expresan: “Sin embargo, aunque el acto de enajenación sea anterior al crédito, podrá ser impugnado si ha sido realizado, precisamente, en atención al crédito futuro y a fin de privar por adelantado, al futuro acreedor, de las garantías con que hubiere podido contar”⁷⁵.

⁷¹ *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, Bs. As., 1975, t. 2, p. 186.

⁷² *Las legítimas*, t. 2, p. 1191.

⁷³ T. V, vol. 2, p. 395.

⁷⁴ T. IV, p. 152.

⁷⁵ *Curso elemental de derecho civil*, Madrid, 1941, t. 3, p. 100.

4. El art. 968 agrega que si el acto de enajenación es oneroso —único supuesto de interés para nuestro estudio— se requiere, además, que el adquirente sea cómplice en el fraude. La complicidad en el fraude significa la intención manifiesta, por parte del trasferente, de violar la legítima, y el conocimiento de esa circunstancia por parte del adquirente.

En síntesis, es admisible el ejercicio de la acción revocatoria contra un acto real (no simulado) del causante, efectuado con el propósito manifiesto de violar la legítima, en cuyo caso se podrá dirigir la acción contra el tercer adquirente a título oneroso, si hubiera habido *consilium fraudis*, es decir, si el adquirente hubiera sido cómplice en el fraude. Habrá que probar la complicidad del adquirente en el acto manifiestamente violatorio de la legítima.

43. Efectos de la acción revocatoria.

El efecto de la acción revocatoria es, como sabemos, dejar sin efecto el acto en la medida del perjuicio que se ha ocasionado (art. 965); es decir, proclamar la inoponibilidad respecto del acreedor dañado en su derecho. Este efecto coincide con el que le atribuímos a la acción de reducción ⁷⁶.

Se deberá acumular a la acción revocatoria la acción de reducción. A veces convendrá acumular la acción de simulación, la revocatoria y la de reducción, por la dificultad para determinar de antemano —sin haber producido la prueba— si hubo simulación absoluta o relativa, o si hubo un acto real fraudulento en perjuicio del legitimario.

44. Afectación de la legítima en las sociedades de familia.

Algunas formas societarias creadas por el derecho comercial pueden llevar consigo la violación de la legítima, ya se las constituya con el propósito de consumir esa violación o sin esa intención.

Especial interés adquieren las denominadas "sociedades de familia" cuando son sociedades por acciones, ya se trate de sociedades anónimas cerradas (que no cotizan sus acciones en bolsa), ya se trate de sociedades en comandita por acciones. Busso ⁷⁷

⁷⁶ *Infra*, n° 48.

⁷⁷ Eduardo B. Busso, *Algunos aspectos de la protección de la legítima*, "E.D.", t. 12, ps. 814 y ss.

destaca la enorme gravitación que tienen estas sociedades de familia en la economía del país. Según informes recogidos hacia 1965, en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires —dice—, sobre un total de 18.000 sociedades anónimas en actividad, apenas 581 cotizaban sus acciones en bolsa o habían recurrido al ahorro público.

En estos casos, frecuentemente, el causante constituye la sociedad con sus hijos, pero efectuando sólo él aportes reales, consistentes en todos sus bienes o en la mayoría de ellos. Cuando se excluye de tal sociedad a algunos de sus hijos, se plantea el problema de la violación de su legítima y de la consiguiente vía para evitar su vulneración.

A la muerte del causante quedaría determinada cantidad de acciones. El hijo excluido de la sociedad heredaría parte de esas acciones, mas quedaría como socio minoritario frente a sus hermanos, que formarían el grupo mayoritario.

Es sabido que en nuestro ordenamiento jurídico el accionista minoritario tiene muy limitados sus derechos en cuanto a las decisiones que se adopte: pierde el control de la sociedad en todo lo referente al reparto de utilidades, a la venta de bienes, etc. Su impotencia es tanto más injusta —como dice Jorge S. Fornieles⁷⁸— si no reúne el número de votos necesarios para oponerse a la reforma del estatuto: si ésta se refiere a la prórroga del contrato, este socio minoritario quedará en manos de la mayoría por tiempo indefinido.

Al heredero legitimario minoritario siempre le quedará el derecho a la venta de las acciones, cuando no esté conforme con la marcha de la sociedad o con los manejos del grupo mayoritario. Pero, en la práctica —como expresa Busso—, ¿quién le compraría esas acciones que no cotizan en bolsa, cuando el grueso del paquete accionario se halla exclusivamente en poder del grupo familiar? Sólo sus hermanos, y, de hecho, por el valor que ellos mismos fijaran.

Por esa vía, la legítima del hijo cuyo padre tenía en vida valiosos bienes puede quedar reducida a simples papeles (acciones), sin valor significativo alguno.

Se vislumbra —como dice Graciela Medina⁷⁹— una contradicción entre las disposiciones de orden público que regulan la legítima y las normas de derecho comercial que dan cabida a tipos de sociedades que pueden vulnerar tan fácilmente ese instituto.

⁷⁸ Jorge S. Fornieles, *La protección de la legítima en las sociedades acogidas al impuesto sustitutivo a las herencias*, "E.D.", t. 31, ps. 1039 y ss.

⁷⁹ Medina, ob. cit.

Para conseguir la protección de la legítima afectada por la creación de las sociedades de familia, caben principalmente, en nuestra opinión, dos posibles soluciones:

Primera solución: Desestimar la persona jurídica cuando ésta es utilizada de manera abusiva. Esta solución genérica, aplicable no sólo a la legítima, sino al régimen concursal y a otros campos del derecho, procede del derecho comercial y se concreta en la denominada "teoría de la penetración de la sociedad". La penetración es una superación de la forma jurídica, un levantamiento del velo de la personalidad para atender sus realidades internas.

En el derecho angloamericano, de donde procede, se la conoce como "teoría del *disregard*", como apócope de "*disregard of legal entity*" o "*to disregard the corporation fiction*", que implica desestimar o prescindir de la personería jurídica, perforando el velo o levantando la cortina de esa personería ("*to pierce the veil*" o "*to lift the curtain*") para conocer las realidades que esconde.

Rolf Serick inició el estudio sistematizado de la cuestión ⁸⁰, basándose en la jurisprudencia angloamericana: "Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario al derecho que se percibe, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios". Y agrega: "Existe abuso cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata de burlar la ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros".

En nuestra doctrina hay una abundante bibliografía, que se inicia con el trabajo de Héctor Masnatta titulado *La transferencia de la locación y la doctrina de la desestimación de la forma de la persona jurídica* ⁸¹ y continúa con otros del mayor interés ⁸².

Consideramos que la doctrina del *disregard*, dudosa como principio dogmático, adolece de vaguedad, por su falta de for-

⁸⁰ Serick, *Apariencias y realidad de las sociedades comerciales. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica*, Barcelona, 1958.

⁸¹ "J.A.", 1961-VI, p. 575.

⁸² Hay abundante bibliografía nacional, surgida sobre todo en el campo del derecho comercial. Así, Alvaro Zaldívar Gutiérrez, *La desestimación de la personalidad de las sociedades comerciales*, "L.L.", 147-1045; Roberto Roth, *La esfera de la aplicación de la teoría de la penetración*, "E.D.", 43-271; Pineda y Waterhause, *Sobre el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales*, "E.D.", 14-871; Marzoratti (h.), *La teoría del "disregard of legal entity"*, "R.D.C.O.", n° 6; Julio Otaegui, *Desestimación de la personalidad societaria*, "R.D.C.O.", n° 29; etc.

mulación positiva. Tiene el inconveniente —si se la pretende aplicar a la protección de la legítima— de que su efecto propio, cual es la desestimación de la personalidad jurídica, excede del fin menos drástico de la acción de reducción, que se limita a declarar inoponible el acto sólo en la medida en que vulnera la legítima.

El art. 54 de la Ley de Sociedades (reformado por la ley 22.903), superando las imprecisiones del *disregard*, ha aceptado la inoponibilidad de la persona jurídica cuando ésta constituye un medio para negar la ley. Dice así: "*Inoponibilidad de la personalidad jurídica*. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios".

Segunda solución: Aplicar la figura civil de la simulación de los actos jurídicos (arts. 955 y ss.) y la del fraude de acreedores (arts. 961 y ss.). Las acciones de simulación relativa o de fraude, acumuladas a la acción de reducción, producirán el efecto de la inoponibilidad en concordancia con lo dispuesto en el art. 54 de la Ley de Sociedades.

Hay que diferenciar la simulación en la constitución de la sociedad, o en algunas de sus cláusulas, de la constitución real (no simulada), efectuada con la complicidad de los terceros (socios) para perjudicar los derechos del legitimario:

A) *Simulación*. Distinguiremos la simulación absoluta de la simulación relativa:

1. *Simulación absoluta*. Por ejemplo: Un padre constituye una sociedad anónima, con todos sus bienes, entre él y sus hijos, excluyendo a uno de ellos. La simulación será absoluta si la sociedad no funciona como tal, no cumpliendo los objetivos fijados en el estatuto; si no existe *affectio societatis* entre los socios; si no hay beneficios ni pérdidas para ninguno de ellos, excepto para el padre; si el padre sigue actuando como único y exclusivo titular; etc.

A la muerte del padre, el hijo excluido, afectado en su legítima —consistente en las simples acciones heredadas, que son minoritarias y, por tanto, de valor muy inferior a la proporción que representan en los bienes sociales—, puede ejercer la acción de simulación absoluta.

Aunque la posibilidad de simular a las personas jurídicas haya sido discutida en doctrina a partir de la postura de Fe-

rrara⁸³ —quien negó tal posibilidad—, hoy día los autores aceptan la factibilidad de la simulación⁸⁴. La intervención del Estado en la constitución de aquéllas no es un acto integrante de la nueva personalidad que impida la simulación, sino de mera verificación del cumplimiento de los requisitos legales para la constitución. Esa autorización estatal para funcionar es insuficiente a los fines de desentrañar lo que puede haber de simulado en la persona jurídica, pues consiste nada más que en la justificación de que han sido cumplidos los requisitos legales (en las sociedades anónimas, arts. 167 y 168, ley 19.550).

La acción que deberán ejercer los legitimarios burlados es la de simulación absoluta, que se dirigirá contra la sociedad y contra los socios. No obstante, es conveniente, en la práctica, iniciar la acción de simulación sin especificar si es absoluta o relativa, acumulando la acción de reducción, pues de antemano es difícil predecir si la simulación resultará absoluta o relativa.

El legitimario podrá utilizar cualquier tipo de prueba, y no será necesario el contradocumento.

La consecuencia de la acción consistirá en tener como nula o, más propiamente, como inexistente a la sociedad. La declaración de la simulación importa —como dice Méndez Costa⁸⁵— la desaparición del ente fantasma y el consiguiente reintegro al acervo hereditario de los bienes del difunto que figuraban a su nombre. La legítima quedará salvada por la vía indirecta de la acción de simulación absoluta.

2. *Simulación relativa.* La simulación relativa es frecuente en la constitución de las sociedades de familia por acciones. Por ejemplo: Un padre constituye una sociedad anónima, con todos sus bienes, entre él y sus hijos, excluyendo a uno de ellos. La sociedad funciona como tal en su gestión y desenvolvimiento comercial, con distribución de los beneficios según los aportes de los socios. La simulación radica en los aportes en favor de los hijos, que han sido efectuados en su integridad con bienes del padre, quien en realidad los ha donado a sus hijos. Hay, pues, una simulación relativa, consistente en cláusulas que versan sobre el contenido del contrato social —los aportes efectuados aparentemente por los hijos—, cláusulas que no son sinceras (art. 955).

⁸³ Ferrara, *La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1926, ps. 125 y ss.

⁸⁴ Borda, *Parte general*, t. 2, n° 1178 bis; Méndez Costa, ob. cit., ps. 237 y ss.; Mosset Iturraspe, ob. cit., t. I, ps. 110 y ss.

⁸⁵ Ob. cit.

Una vez probado que los aportes encubren donaciones, son sometidos como tales a la acción de reducción. Aunque aparentemente las donaciones se limitan a los aportes que el padre hace a sus hijos, en el fondo, los aportes efectuados por el propio padre, que quedan como de él, comúnmente, tampoco son sinceros, pues mediante la subestimación de los bienes encubren también donaciones a sus hijos. Aportar bienes dándoles un valor nominal inferior al real —cual es el de las acciones— implica beneficiar a los hijos en forma gratuita proporcionalmente, por la diferencia entre el valor nominal y el real.

Como estas cláusulas no son separables sin afectar al ente social, la acción de simulación acumulada a la acción de reducción implicará, en la práctica, el reintegro de los bienes sociales a la masa hereditaria, hasta donde sea necesario para cubrir la legítima. Habrá inoponibilidad de la persona jurídica respecto del legitimario afectado. Una vez cubierta su legítima, la sociedad podrá seguir operando, si bien con su capital reducido, siempre que los socios restantes no opten por su disolución definitiva.

Este efecto se da con absoluta independencia de la intencionalidad del causante en cuanto a afectar la legítima del heredero forzoso al constituir la sociedad. Hay violación de la legítima por vía de simulación, y eso es suficiente para poner en juego estas acciones.

3. *Actos reales fraudulentos*. Por ejemplo: El padre constituye una sociedad anónima con sus hijos, aportando bienes tanto el padre como sus hijos. El desenvolvimiento de la sociedad tiene lugar, en forma real, y no simulada, conforme a las normas societarias. No hay aquí simulación en la constitución ni en ninguna de las cláusulas del estatuto: aportes por parte de todos los socios, equivalencia entre los valores reales de los aportes y el valor nominal de las acciones, reparto de las utilidades, etc.

Difícilmente en una sociedad así podría quedar afectada la legítima de algún hijo excluido; pero si por cualquier circunstancia ajena a la simulación —que no existe— resultara violada la legítima, para su protección se necesitaría que hubiese un *consilium fraudis* entre el padre y los hijos (menos el excluido), pues este supuesto es el único en que pueden ser aplicadas las normas propias de la acción revocatoria o pauliana en perjuicio de tercero, es decir, del legitimario (arts. 971 y ss.).

Dándose los requisitos necesarios para la actuación de la acción revocatoria (arts. 962, 963, etc.), interpretados como lo hicimos en el parágrafo 42, la sociedad fraudulenta será inoponible al legitimario (art. 1965), en la medida en que sean afec-

tados sus derechos de legítima. Los bienes sociales serán reintegrados a la masa hereditaria en esa medida. Una vez cubierta la legítima, la sociedad podrá seguir operando, aunque con su capital reducido, siempre que los socios restantes no opten por su disolución.

Aquí, como veremos al estudiar la naturaleza de la acción de reducción, sus efectos coinciden con los de la acción revocatoria.

En todos estos supuestos —actos simulados y actos reales fraudulentos—, como ya dijimos, es conveniente siempre el ejercicio de la acción de reducción, acumulada a la acción de simulación o a la de revocación, por la dificultad de determinar *a priori* si hubo simulación absoluta o relativa o actos reales fraudulentos.

45. La jurisprudencia y las sociedades de familia.

Nuestra jurisprudencia ha resuelto diversos casos en que se pretendió vulnerar la legítima en perjuicio de algunos herederos forzosos, mediante la constitución de sociedades de familia por acciones. Veamos:

a) La Cámara Nacional Civil, Sala B, en el caso “Candiani Mayol de Cooke, Rosa, c. Cooke, Guillermo, y otros”, resolvió un supuesto de sociedad simulada creada para perjudicar a uno de los legitimarios⁸⁶.

El caso era el siguiente: La hija de la causante, Rosa Candiani Mayol de Cooke, se separó de su marido —Guillermo Cooke—, quien, sin embargo, siguió manteniendo una estrecha relación con su cuñada y con su suegra; a esta última la auxilió en su enfermedad. La madre de la actora, enferma de cáncer y luego intervenida quirúrgicamente, adquirió una sociedad anónima denominada “Realicó”. Ésta, que carecía por completo de bienes, compró el campo “La Pepita”, propiedad de la causante, de 1.300 hectáreas, pagándolo con la integración de acciones por un precio muy bajo. Posteriormente, la sociedad celebró con el demandado Cooke un contrato de arrendamiento por ocho años, con opción a cuatro años más y con opción de compra por tres años más, por un precio fijo y sin actualización monetaria.

En el fallo analizado, la sociedad no tenía ningún objeto real, era absolutamente simulada; ello se desprende del hecho de que originariamente no tenía bienes, y luego de adquirido el campo lo dio inmediatamente en administración.

⁸⁶ C.N.Civ., Sala B, 10/8/72, “L.L.”, 151-5.

La Cámara, no obstante advertir esta circunstancia, si bien no declaró simulada la sociedad, hizo lugar a la petición de declarar simulado el aporte de los bienes y algunos actos sociales, en virtud de lo establecido por los arts. 995 y ss. del Código Civil.

Para llegar a esta conclusión valoró la amistad entre la suegra y el yerno, la relación entre el ex marido de la actora y su cuñada, el distanciamiento entre la madre y la hija accionante, la falta de objeto real de la sociedad, el bajo precio, y la falta de cláusulas de actualización monetaria en el contrato de locación.

b) En el fallo "Gurevich de Taub, Flora, c. Gurevich, José, y otros", la Cámara Nacional Civil, Sala E, resolvió un caso en que los aportes a la sociedad habían sido realizados por el padre en forma simulada.

El causante tenía un negocio unipersonal que en el año 1938 constituyó en S.R.L.; en esa época, sus hijos varones, de 26 y 23 años, trabajaban con él y aparecían aportando a la sociedad la suma de 8.000 dólares.

El tribunal entendió que ese aporte era simulado, teniendo en cuenta que "en aproximadamente diez años de trabajo de un hermano y siete del otro, en el nivel de rendimiento que atendiendo a la edad y a la experiencia de los demandados debe suponerse, no se puede, aun admitiéndose que no se gastara un solo peso de los ganados, ahorrar una cantidad semejante". De esta circunstancia se deduce que el padre de los demandados efectuó una donación al ser constituida la sociedad, o lo hizo antes.

En definitiva, se resolvió que "la ruptura de la igualdad de los herederos, resultante de la transferencia de la casi totalidad del patrimonio del causante a una sociedad de familia constituida con algunos de sus hijos, demuestra que se procedió con abuso, lo que autoriza a penetrar el velo de la personería y desconocerla, para tomar sólo en consideración el sustrato humano y patrimonial que constituye la realidad enmascarada, siendo procedente la acción de colación deducida por los herederos no integrantes de la sociedad"⁸⁷.

En nuestra opinión, dado el monto de la donación —casi la totalidad del patrimonio ganancial—, la acción que correspondía ejercer era la de reducción, y no la de colación. Se trata de un caso típico de falta de delimitación entre una y otra acción.

c) Una sentencia de la Cámara Nacional Comercial, Sala A,

⁸⁷ "Revista del Notariado", n° 767, 1979, p. 1956.

del 27 de febrero de 1978, con nota de Zannoni⁸⁸, juzgó un caso de sociedad en comandita por acciones constituida por el padre, el cónyuge y los demás hijos, incorporando a ella casi la totalidad de sus bienes, pero excluyendo de la sociedad a los nietos de un hijo premuerto, herederos legitimarios por derecho de representación.

La sentencia de segunda instancia consideró inoponible el ente societario a los nietos excluidos, basándose principalmente en el art. 2 de la ley 19.550, en cuanto prescribe que la sociedad es un sujeto de derecho "con el alcance fijado por la ley". De modo tal, si la constitución de la sociedad vulnera intereses legítimos de terceros, la personalidad no podrá servirse del sustento de esos fines y deberá ser desestimada. La ley —según la sentencia— garantiza el derecho de legítima, el cual no puede sufrir cortapisas del causante, y si se advierte alguna disposición en ese sentido, se la tendrá por no escrita (art. 3598).

Aunque coincidimos con el resultado del fallo (la inoponibilidad), no alcanzamos a ver una clara fundamentación para llegar a ese resultado. El art. 2 de la ley 19.550 sólo se refiere al alcance fijado en la ley, que una sociedad, si actúa como tal, lo cumple; y si no lo cumple, su consecuencia lógica será su desestimación total, y no su inoponibilidad respecto del excluido de la sociedad. Por otra parte, la invocación del art. 3598, referente a la prohibición de imponer gravámenes o condiciones a la legítima, nos parece errónea, no sólo porque el caso de autos no constituye un gravamen o condición, sino porque la sanción de tenerlos por no escritos implica la inexistencia total, que no requiere acción judicial alguna⁸⁹.

El juzgador omite lo que constituye, a nuestro juicio, la verdadera causa para llegar a la inoponibilidad del ente societario respecto de los legitimarios omitidos: la simulación. La Cámara reconoce que la sociedad formada por los demandados es una sociedad de familia, en el sentido de que su estructura no responde a una verdadera empresa industrial o comercial; habla del precio vil de las casas y campos aportados, etc.

Deducimos, a lo largo del relato judicial, un caso típico de simulación, más bien relativa que absoluta. Entonces, la acción de reducción, acumulada a la acción de simulación, nos llevará a la inoponibilidad del ente societario respecto de los nietos excluidos.

d) Una sentencia de la Cámara de Apelaciones de Concepción

⁸⁸ Zannoni, *La desestimación de la personalidad societaria. "Disregard" y una aplicación de la defensa de la intangibilidad de la legítima*, "L.L.", 1978-B, ps. 195 y ss.

⁸⁹ Pérez Lasala, ob. cit., t. 2, n° 646.

del Uruguay, del 9 de febrero de 1979⁹⁰, hizo lugar a la acción entablada por un legitimario excluido de la sociedad anónima que el padre constituyó con los demás hijos, considerando procedente, respecto del legitimario, la acción de inoponibilidad del acto constitutivo de la sociedad.

A la vista de la sentencia, fundada en el destacado voto del Dr. Oscar M. R. Caffa, y de la excelente nota de Méndez Costa, observamos que el caso sometido al juzgador encubre un claro supuesto de simulación relativa, silenciado por la Cámara: la marcada diferencia entre el valor nominal de las acciones suscritas y el valor real de sus aportes en bienes. En el caso juzgado, en cambio, no hubo intención de violar la legítima, puesto que se invitó al legitimario actor, en su oportunidad, a formar parte de la sociedad. Por mediar simulación, coincidimos con el resultado del fallo: la inoponibilidad de la persona jurídica al legitimario afectado en su legítima.

Si no hubiera habido simulación de ninguna índole —como equivocadamente sostiene el fallo (y, por otra parte, tampoco *consilium fraudis* para violar la legítima)—, no hubiese habido remedio legal alguno para su protección. Pero agregamos que es muy difícil que haya violación de legítima en esas circunstancias.

46. Caso especial de transferencia de dominio por contrato, con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo: art. 3604.

El art. 3604, reformado por la ley 17.711, expresa: “Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que tengan designada por ley una porción legítima”⁹¹. La norma, tomada del art. 918 del Código francés, comprende dos aspectos, aplicables tanto a la sucesión testamentaria como a la intestada, que conviene diferenciar: uno referente a la colación (concretamente, a la dispensa de colación), y otro referente a la legítima, con la consiguiente reducción en el excedente.

⁹⁰ “L.L.”, 1979-D, ps. 237 y ss.

⁹¹ La doctrina interpreta que la norma es aplicable también a la entrega de bienes con reserva del derecho de uso y habitación (Zannoni, n° 1017).

a) *Aspecto de la colación (dispensa tácita de colación)*. El art. 3604 expresa que si el testador ha entregado en propiedad, por contrato, bienes con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de esos bienes será imputado a la porción disponible del testador.

Aunque tales contratos muestren transferencias de dominio onerosas, son pasibles de una sospecha inicial: el encubrimiento de donaciones por medio de las cuales el causante favorece al adquirente, su futuro legitimario. Vélez, en la nota, habla de "contratos onerosos", que no son sino donaciones.

Las donaciones simuladas bajo la apariencia de un contrato oneroso, una vez declarada la simulación, son consideradas anticipos de herencia y se las imputa a la legítima; por tanto, son colacionables (art. 3476). Con ello se logra la igualdad entre los legitimarios. El art. 3604 constituye una excepción a la obligación de colacionar, pues al imputar el valor del bien a la libre disposición se está negando la colación. Hay, pues, una especie de "dispensa tácita de la colación", quedando sin aplicación el art. 3484, que exige que la dispensa de colación sea efectuada "expresamente" en el testamento.

Para la ley, hay una liberalidad encubierta. Si no fuera así, y se la viera como un acto a título oneroso, el bien entregado al heredero forzoso saldría definitivamente del patrimonio del causante, perdiendo su trascendencia para el derecho sucesorio.

La presunción *iuris et de iure* (según la nota del artículo) de la ley es doble: que el acto contiene una liberalidad, y que esta liberalidad ha sido efectuada con dispensa de colación. Al mismo tiempo que se considera que se adquirió la propiedad de un bien a título de donación, se presume que fue a título de donación de mejora⁹².

b) *Aspecto de la legítima (reducción del exceso)*. El heredero conserva el bien donado hasta donde alcance la porción disponible. El excedente —si lo hubiera— será traído a la masa hereditaria y estará sujeto a reducción. El art. 3604 habla, al igual que su modelo francés, de "colación del excedente", y corresponde a lo que la doctrina francesa llama "colación con fines de reducción"⁹³.

⁹² Ripert y Boulanger, *Tratado de derecho civil*, Bs. As., 1965, t. X, vol. 2, p. 253.

⁹³ En el derecho francés se distingue entre la colación con fines de igualdad y la colación con fines de reducción. El caso del art. 918 del Código francés es el de colación con fines de reducción, terminología criticada por los propios juristas franceses. Ripert y Boulanger dicen al respecto: "Si no se quiere ver en la colación más que un instrumento de igualdad entre los coherederos, la fórmula legal [se refieren al caso general de do-

La presencia del excedente indica que el valor de la donación ha sobrepasado la parte de libre disposición. Pero cabe separar dos supuestos, que señalaremos con los correspondientes ejemplos:

1. *Caso en que el valor de la donación encubierta excede de la libre disposición, teniendo cabida el exceso en la cuota hereditaria del donatario.* Se reduce la cuota hereditaria, sin necesidad de reducir la donación. Un causante con tres hijos, *A*, *B* y *C*, deja una herencia de 1.200. Al hijo *C* le ha trasferido en vida, con cargo de una renta vitalicia, un inmueble valuado en 600. El *relictum* más la donación encubierta son, pues, de 1.800. La legítima global es de 1.440, y la libre disposición, de 360. La legítima individual de cada hijo es de 480. La donación encubierta excede de la libre disposición en 240 (600 menos 360). Los herederos *A*, *B* y *C* tienen, en el caudal hereditario, 400 cada uno ($1.200 \div 3$). *A* y *B* ven disminuída su legítima en 80 (excepto *C*, que recibió la donación). En este caso, *A* y *B*, para salvar sus legítimas, tomarán de la herencia de *C*, cada uno, 80, con lo cual *A* quedará con 480, *B* con 480 y *C* con 240 (pues *A* y *B* le redujeron a *C*, de su porción de 400, la cantidad de 160); *C* toma de menos 240, que es el exceso que recibió como donatario encubierto. Esta operación tiene por fin defender la legítima: por eso hay una forma peculiar de reducción de la cuota hereditaria de *C* (redistribuyendo el caudal hereditario), sin necesidad de reducir la donación (arg. art. 3602, *in fine*). La semejanza con la colación es remota, porque hay desigualdad respecto del heredero donatario y, además, porque la igualdad sólo se produce dentro de la porción legítima. Contrariamente, la colación consigue la igualdad de los herederos forzosos en el total de la herencia, sin que quepa distinguir entre la porción legítima y la libre disposición. Y si sólo hay donaciones no colacionables, no entra en juego la colación.

2. *Caso en que el valor de la donación encubierta excede de la libre disposición y, además, de la cuota hereditaria del beneficiario.* No cabe confusión alguna con la colación: hay que reducir la donación porque la cuota hereditaria del beneficiario es insuficiente, para así dejar a salvo la legítima⁹⁴. Un causante con dos hijos, *A* y *B*, deja un monto de 1.000. Al hijo *B* le trasfiere en vida, con cargo

naciones efectuadas a título de mejora, previsto en el art. 844] parecería errónea, y en efecto ha sido denunciada como tal: el excedente de la liberalidad, se ha dicho, está sujeto a reducción, y no a colación. El texto aparece claro y adquiere su significado si la colación que impone no es más que un modo particular de reducción" (t. X, vol. 2, p. 393).

⁹⁴ En nuestra doctrina son numerosos los autores que hablan de reducción, y no de colación. Así, Rébora, t. 2, n° 981; Colmo, "J.A.", 12-125; etc.

de una renta vitalicia, un inmueble por valor de 2.000. La masa se forma con el caudal relicto más la donación encubierta, dando un total de 3.000. La legítima global es de 2.400, y la libre disposición, de 600; la legítima individual es de 1.200. La legítima de *A* será cubierta tomando todo el caudal hereditario, que es de 1.000 (con lo cual se reducirá la cuota de *B*, que es de 500), y reduciendo la donación encubierta en 200. El hijo *B* no recibirá nada del caudal hereditario: quedará con la donación de 2.000, reducida en 200.

47. El consentimiento de los coherederos.

El art. 3604, partiendo de la base de que el causante ha tomado la precaución de disimular la donación bajo la apariencia de un acto oneroso, imputa lo entregado al adquirente a la porción de libre disposición. En lo que excede, cabe la acción de reducción en favor de los coherederos que ven afectadas sus legítimas. Los coherederos, ajenos al acto de enajenación, pueden demandar la reducción por el excedente, puesto que la ley considera que media una donación (encubierta).

Ahora bien: el artículo permite que todos los demás coherederos, o algunos de ellos, presten conformidad al acto de enajenación efectuado por el causante. Esos coherederos no podrán demandarle al beneficiario de la transferencia la reducción del exceso que pudiera haber afectado sus legítimas. En este sentido, el artículo, en su última parte, agrega que esta imputación y esta colación —en realidad, reducción— por el excedente no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hayan consentido la enajenación.

La doctrina considera que la justificación de ese consentimiento radica en el carácter oneroso de la enajenación. Basta hacer intervenir a los otros coherederos y lograr que reconozcan, en el acto, que la operación es realmente venta, y no donación —dicen Ripert y Boulanger⁹⁵—, para que queden obligados por ese reconocimiento. En nuestra doctrina, Maffía⁹⁶ afirma que la frase “herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación” apunta, más que a la enajenación, al carácter oneroso de ella. Zannoni⁹⁷, en igual sentido, expresa que la ley hace funcionar la renta vitalicia pactada, o el dominio útil retenido por el causante, como si se tratara del precio de una adquisición onerosa. También nosotros consideramos tales actos como ventas⁹⁸.

⁹⁵ Ob. cit., p. 254.

⁹⁶ Jorge O. Maffía, *Tratado de las sucesiones*, Bs. As., 1981, t. 2, p. 519.

⁹⁷ Zannoni, ob. cit., n° 1021; ídem, Elías Guastavino, *Colación de deudas*, Bs. As., 1964, p. 395.

⁹⁸ Ob. cit., t. 1, p. 746.

Una reflexión más detenida sobre la norma nos ha llevado a modificar el enfoque teórico tradicional, en lo que se refiere a la justificación de la inoponibilidad de la demanda de los coherederos que prestaron el consentimiento. Por lo pronto, si consideramos que ante esos herederos que prestan el consentimiento el acto aparece como venta, el artículo se contradice con el carácter de donación (encubierta) que justifica la solución adoptada en su primera parte: la imputación a la libre disposición. No se puede admitir que el precepto, refiriéndose a un mismo acto, lo considere primero donación y a renglón seguido —para los coherederos que han consentido la enajenación— lo vea como venta. Si no queremos incurrir en contradicciones, debemos buscar otra interpretación.

A nuestro juicio, el art. 3604, en todo su contenido, considera el acto como donación, si bien encubierta bajo el aspecto de un acto oneroso ⁹⁹. Lo que sucede es que ese consentimiento implica un pacto sobre herencia futura ¹⁰⁰, que actúa como excepción a lo dispuesto por el art. 3599; los coherederos que consienten el acto de enajenación están renunciando a reclamar ante una posible afectación de su legítima (si el acto es realmente gratuito). Ese consentimiento impediría hablar de la violación de sus legítimas, pues ellos, con su conformidad, estarían aceptando la transferencia sin reserva alguna. Es perfectamente válido que un heredero renuncie a la legítima que le corresponda; la novedad del artículo estriba en que la eventual renuncia ocurre con anterioridad a la muerte del causante.

Siendo así, es irrelevante que el acto sea, en su realidad esencial, oneroso o gratuito. Para la ley, hay donación encubierta, y nada más.

Por eso, el artículo se limita a decir que esa imputación del excedente a la masa hereditaria no podrá ser demandada por los herederos forzosos que hayan consentido la enajenación, sin insinuar presunciones de gratuidad u onerosidad que permitan probar lo contrario.

Por lo demás, la ley no exige que el reconocimiento tenga lugar en el acto de la transferencia; puede ocurrir con posterioridad ¹⁰¹. Pero pensamos que siempre debe hacérselo en forma expresa ¹⁰².

El artículo termina expresando que la colación (reducción) no podrá ser demandada en ningún caso por quienes no tengan desig-

⁹⁹ Incluso en el aspecto externo, la onerosidad del acto es discutible en la reserva de usufructo.

¹⁰⁰ Ripert y Boulanger, *ob. cit.*, p. 254.

¹⁰¹ Fornieles, n° 140.

¹⁰² Fornieles (n° 140) y Zannoni (n° 1025) consideran, al contrario, que el consentimiento puede ser expreso o tácito.

nada por la ley una porción legítima. La razón es obvia, pues los herederos que no son forzosos no pueden reclamar la colación.

48. Naturaleza jurídica de la acción de reducción.

La acción de reducción es una acción personal, ya que no es ejercible *erga omnes* sino contra aquellas personas que han afectado la legítima, como beneficiarios de disposiciones testamentarias o de donaciones hechas por el causante; ni tampoco goza, en principio, del derecho de persecución, notas típicas, éstas, de las acciones reales¹⁰³. Este carácter personal surge de la nota al art. 4023, que trata sobre la prescripción de las acciones personales, incluyendo entre ellas la acción para pedir la legítima que corresponda por ley. En el caso de la acción de reducción, el demandado deudor debe cumplir la prestación de restituir en especie los bienes inoficiosos recibidos. Nos referiremos preferentemente al supuesto de la donación inoficiosa, que es el más caracterizado:

A) *Relaciones entre el legitimario y el donatario.* Partiendo del carácter personal de la acción, se discute su denominación.

Por lo pronto, la acción de reducción no puede ser concebida como una acción de nulidad que implica la presencia de vicios esenciales del negocio al tiempo de su constitución. En la donación no hay tales vicios, pues el acto es perfecto al tiempo de su constitución. Incluso, tal donación debe ser válida para que la reducción pueda tener lugar.

Comúnmente, se la considera como acción de resolución. En toda donación —dice Guastavino¹⁰⁴— está implícita la condición resolutoria para el caso de resultar inoficiosa al tiempo de la muerte del donante. Es como si la donación estuviera sometida a una *condictio iuris*: el no ser inoficiosa.

Esta terminología, sin dejar de ser correcta, puede ser objeto de reparos. La resolución de los negocios aparece como un medio por el cual, cuando sobrevenga determinado hecho externo al negocio (que en sí es válido), que altere la situación preexistente, se le consentirá al sujeto provocar el fin del negocio y la cesación de sus efectos, con alcance retroactivo. Pero he aquí que lo típico de la resolución es la afectación del negocio, más que sus efectos, que son los que interesan en forma relevante en la acción de reduc-

¹⁰³ Pérez Lasala, *Derechos reales y derechos de crédito*, Bs. As., 1967.

¹⁰⁴ Guastavino, *La protección a terceros adquirentes de inmuebles*, "J.A.", Doctr., 1973-111.

ción. "Por efecto de la resolución —dice Messineo¹⁰⁵—, viene a menos, antes que el efecto del negocio, el negocio mismo, en cuanto, como indica el mismo término «resolución», queda afectado el negocio en sí".

A veces se la califica de acción de revocación, en concordancia con el dominio revocable al cual se refieren los arts. 2661 a 2672¹⁰⁶. La revocación de un acto supone dejarlo sin efecto por la sola voluntad de una de las partes, ya actuando libremente, ya ajustándose a las hipótesis previstas en la ley. La revocación, en principio, produce sus efectos *ex nunc*, esto es, sin retroactividad, en tanto que el dominio revocable, en principio, tiene efectos retroactivos (arts. 2669 y 2672). Aclaramos que la revocación de los negocios jurídicos a que nos estamos refiriendo es diferente del caso de la revocación de los actos fraudulentos.

La revocación del negocio jurídico, al igual que la resolución, afecta el negocio en sí, por lo cual es de aplicación lo dicho para la resolución, con la particularidad de sus efectos *ex nunc*, a diferencia de lo que sucede en la acción de reducción.

Se la ha calificado también de acción de rescisión por lesión, la cual supone quitar valor retroactivamente a un negocio válido de por sí, a causa de una desproporción o desequilibrio económico de cierta importancia en las respectivas prestaciones. La rescisión, como la lesión subjetiva, está prevista en el art. 954 del Código Civil; pero la rescisión, según la citada norma, presupone un contrato de prestaciones recíprocas, supuesto que no se da en la donación.

A nuestro juicio, la acción de revocación y la de rescisión no son idénticas a la acción de reducción, especialmente por los diferentes efectos que ellas suponen. Por eso es más preciso utilizar términos que apunten, preferentemente, a los efectos mismos que la reducción implica.

En este sentido, nos parece más adecuado hablar de *ineficacia*, como lo hace Messineo¹⁰⁷. La acción de reducción procura un pronunciamiento sobre la existencia de la lesión de la legítima, el cual tiene como consecuencia inmediata la ineficacia total o parcial de la donación (o disposición testamentaria). La ineficacia, en su sentido más propio, significa —como dice Betti¹⁰⁸— que en el negocio se dan todos los presupuestos de validez, careciendo de eficacia por una circunstancia de hecho intrínseca a él. Aclaramos

¹⁰⁵ Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, Bs. As., 1954, t. 7, p. 505.

¹⁰⁶ Zannoni, n° 986.

¹⁰⁷ Ob. cit., cap. 191, n° 11, t. 7.

¹⁰⁸ Emilio Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, s/f., p. 349.

que el término "ineficacia" tiene dos sentidos: uno amplio o genérico, que sirve para designar las imperfecciones o deficiencias del negocio jurídico, incluyendo en ellas la nulidad, la revocación, la caducidad, etc.¹⁰⁹, y otro estricto y riguroso, que es el que ahora consideramos.

Esta ineficacia, según señala Messineo, es relativa y sobreviniente. *Relativa*, porque opera, simplemente, en las relaciones entre el legitimario y el donatario (o el favorecido por la disposición testamentaria). El negocio jurídico no adquiere eficacia respecto de determinados sujetos (legitimarios afectados en su legítima), pero es válido para los demás. Por efecto de esa ineficacia, el acto de disposición que viola la legítima se torna "inoponible" respecto del legitimario dañado, en forma similar a lo que sucede con el acreedor que ejerce la acción revocatoria en fraude de acreedores. *Y sobreviniente*, porque su certeza es establecida solamente *a posteriori*, o sea, una vez abierta la sucesión. Hasta tanto se haga valer la ineficacia, el acto producirá sus efectos normales. Declarada la ineficacia, ella implicará la carencia de efectos, con fuerza, en principio, retroactiva.

La inoponibilidad del acto violatorio de la legítima, para el legitimario, es puesta de relieve por autores nacionales, como Martínez Ruiz¹¹⁰, quien, al analizar la obra del francés Daniel Bastián, considera como un caso típico de inoponibilidad el de los actos que afectan la reserva (legítima) de determinados herederos, por afectar la parte disponible del patrimonio del causante.

B) *Relaciones entre el legitimario y el adquirente del donatario*. En el supuesto en que el legitimario puede accionar, para dejar a salvo su legítima, contra los terceros adquirentes del donatario, persiguiendo la cosa (art. 3955), la doctrina discute el carácter de esa acción. Algunos autores la consideran una acción real, viendo en ella una acción distinta de la acción personal que le cabe al legitimario contra el donatario. Otros la consideran una acción personal, con la particularidad de que produce, en determinados casos, efectos reales. En nuestra opinión, el supuesto del art. 3955 implica dar efectos reales a la acción personal de reducción, pero sin trasformarla en real.

109 Pérez Lasala, *Derecho de sucesiones*, t. 2, p. 631.

110 "J.A.", *Doctr.*, 1947-IV, p. 335.

49. Efectos de la acción de reducción: restitución en especie.

La acción de reducción puede ser ejercida contra los herederos, sean forzosos o voluntarios; contra los legatarios, sean de cuota o particulares, y contra los donatarios. En el primer caso, el reclamante reducirá las cuotas o los bienes del heredero; en el segundo, los legados, y en el tercero, las donaciones inoficiosas.

En todos estos casos, la acción de reducción tiene por fin la restitución de los bienes en especie en la medida en que afecten la legítima.

Para su estudio, distinguiremos las relaciones entre las partes y las relaciones frente a terceros.

50. A) Relaciones entre las partes.

La afectación de la legítima puede provenir de la asignación de cuotas excesivas a herederos o a legatarios, o de la asignación de bienes en exceso a herederos o a legatarios particulares; pero el caso típico de violación de la legítima se produce cuando las donaciones son inoficiosas. Lo que expondremos refiriéndonos a ellas, en principio, es de aplicación a los demás casos.

El efecto de la acción de reducción es —valga la redundancia— reducir. “Reducir” significa “resolver”, “rescindir”, declarar la ineficacia del acto violatorio de la legítima. Esto lleva, necesariamente, a la restitución en especie del objeto del acto que viola la legítima.

El contenido de la acción de reducción verdadera y propia —nos dice Messineo¹¹¹— reside en pedir la condena al gratificado a sufrir la reducción. Cuando el actor en reducción (legitimario) ha obtenido la sentencia de condena del favorecido, los bienes que exceden de la porción disponible corresponden a él, y deben ser restituidos en la medida de lo que entre en el ámbito de la legítima.

Esa restitución en especie está claramente consagrada en nuestro derecho, en los artículos que imponen la reducción de los actos violatorios de la legítima. El art. 3601 dice que las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima “se reducirán” a los términos debidos (este artículo abarca la institución de herederos y de legatarios). El art. 3797, situándose en el supuesto de sucesión insolvente, dice que los legados sufren “reducción” proporcional

¹¹¹ Ob. cit., p. 232.

hasta dejar a salvo las legítimas. El art. 1831, refiriéndose a las donaciones inoficiosas, expresa que los herederos necesarios podrán demandar la "reducción" de ellas. Todavía más: el art. 3955 admite la acción de reivindicación, cuyo efecto típico es la restitución en especie, contra terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación sujeta a reducción¹¹².

Ésta es la solución tradicional, que viene del derecho romano. La *querela inofficiosi testamenti* fue el primer medio de protección judicial de la legítima, que se dirigía contra el heredero instituido en testamento y acarreaba la rescisión de éste. Posteriormente surgió la *querela inofficiosi donationis*, por la cual se obtenía la rescisión de las donaciones inoficiosas, y también la *actio ad supplemendam legitimam*, que conseguía un efecto similar.

Las partidas siguieron los precedentes romanos. En la partida 5, ley 8, tít. 4, se dice: "Puedenlos revocar los fijos fasta la quantía de la su parte legítima".

García Goyena —quien tanta influencia tuvo en la regulación de las legítimas de nuestro Código—, refiriéndose a las donaciones inoficiosas, decía que "deberán ser reducidas en cuanto tengan de excesivas" (art. 971). El Código francés, en fin, ordena la reducción en especie, produciéndose la resolución parcial o total del derecho de propiedad del donatario (art. 920).

Los autores nacionales aceptan lo expuesto¹¹³; pero algunos admiten, como facultad del donatario, detener los efectos de la restitución en especie pagando una suma de dinero. De ahí que podamos distinguir dos posiciones:

a) *La restitución en especie no sustituible por dinero.* Corresponde a lo expuesto precedentemente:

Si lo recibido en exceso por el donatario es una cosa divisible, el legitimario tomará la parte necesaria para salvar su legítima. Si lo que recibe el donatario es una cosa material indivisible, que en su totalidad viola la legítima, pasará a formar parte integrante del caudal hereditario, quedando sin efecto la donación. En cambio, si la cosa es divisible y afecta parcialmente la legítima, la restitución en especie será cumplida quedando la cosa en comunidad o en condominio entre el legitimario y el donatario, en la porción del interés de cada uno. Esta solución es la que se admitió en el derecho romano y en el derecho histórico español. Entre los auto-

¹¹² A esta misma conclusión nos lleva la caracterización de la legítima como *pars hereditatis* o como *pars bonorum*.

¹¹³ Lafaille, excepcionalmente, considera que la acción de reducción, en nuestro Código Civil, procura la reintegración de valores, basándose en el art. 3602 (t. 2, n.º 244).

res del antiguo derecho castellano que así se manifestaron podemos citar a Joan Matienzo, Andrea Angulo, etc. Este régimen debe ser aplicado igualmente a las disposiciones testamentarias.

No obstante lo dicho, consideramos que la formación de la comunidad o condominio puede implicar, en determinados casos, un verdadero abuso de derecho, si la porción del heredero resulta muy pequeña comparada con la porción que le correspondería al donatario. En ese caso, los tribunales, amparándose en el art. 1071 del Código Civil, podrían rechazar la pretensión del legitimario de convertirse en condómino, si el donatario ofreciera el pago dinerario de su porción.

En forma similar se pronuncia Borda, aunque refiriéndose sólo a las donaciones inoficiosas ¹¹⁴.

b) La restitución en especie sustituible por dinero. Esta posición fue sustentada por Fornieles, quien partió de la distinción entre donaciones a extraños y donaciones a herederos forzosos ¹¹⁵:

1) Refiriéndose a donaciones a extraños, acepta como punto de partida que la acción de reducción resuelve el dominio en la medida necesaria para cubrir la legítima. Pero, sentado ese principio, cree que el donatario (o el tercer adquirente) tiene la facultad de detener los efectos de la acción desinteresando al heredero forzoso por medio del pago de la suma necesaria para completar su legítima.

En apoyo de su tesis —que luego exponremos con el correspondiente juicio de valor—, formula una serie de argumentos, que enseguida analizaremos.

2) Respecto de las donaciones a herederos forzosos, sólo acepta el derecho de pedir el valor de la legítima, por entender de aplicación lo que dispone el art. 3477, referente a la colación, en el sentido de que los herederos forzosos deben reunir a la masa los “valores” dados en vida por el causante.

Modernamente, Zannoni sigue la tesis de Fornieles, con todas sus consecuencias ¹¹⁶.

¹¹⁴ En cambio, al tratar los legados que afectan la legítima considera equitativo —inspirándose en el art. 821 del Código español— que si la porción de la cosa que se debe entregar al legatario es más de la mitad, este último debe quedarse con ella pagándole al heredero el valor correspondiente para la integración de la legítima; si lo que le corresponde al heredero es más de la mitad, él es quien tiene el derecho a quedarse con ella desinteresando al legatario. No hallamos base legal, en nuestro derecho, para compartir la tesis de tan ilustre jurista (ob. cit., t. 2, n° 997).

¹¹⁵ Ob. cit., n° 123, 125.

¹¹⁶ Ob. cit., t. 2, p. 226; Maffia, ob. cit., n° 889.

c) *Valoración crítica de la tesis de la restitución en especie sustituible por dinero.* Por su influencia en sectores de nuestra doctrina y de la jurisprudencia, esta tesis merece su análisis, para lo cual seguiremos el orden expuesto por Fornieles, que es su principal sostenedor.

1. *Donaciones a extraños.* Al decir que el donatario tiene la facultad de detener los efectos de la acción de reducción, se está desvirtuando el principio de restitución en especie y la esencia de la acción de reducción.

El principio de restitución en especie existe o no existe; si existe, su aplicación no puede quedar subordinada a la voluntad del demandado donatario; no es que la sustitución por dinero suponga una excepción, sino que enerva el efecto propio del principio en todos los casos, siempre que lo quiera el donatario. Por otra parte, la esencia de la acción de reducción consiste en resolver la donación; admitir esta tesis sería como aceptar la acción de reducción sin reducción, lo cual, en el fondo, nos parece un contrasentido.

Esta contradicción no puede ser subsanada admitiendo el principio de restitución en especie y luego aceptando la computación de valores, porque nuestra ley no autoriza un sistema mixto de reducción en especie y computación de valores, ni un sistema alternativo. Nuestra ley civil sólo habla de *reducción*, lo cual no impide que para el cálculo de la legítima sean tenidos en cuenta los valores de los bienes (art. 3602) indispensables para el funcionamiento de la institución.

La tesis de Fornieles implica aceptar la legítima como *pars valoris*, de modo similar a lo que sucede en el derecho alemán, entrando en contradicción con su propia tesis de la *pars hereditatis*. La legítima como *pars valoris* no es aceptada en nuestra doctrina, que se debate entre las dos tesis: la de la *pars hereditatis* y la de la *pars bonorum*.

Los argumentos de Fornieles para respaldar su postura no nos parecen convincentes. Veamos:

En primer lugar, dice que la acción de restitución en especie, existente en principio, queda destruída por la falta de interés. Reconocemos que después de la ley 17.711, la valoración de la donación al momento de la muerte del causante puede haber disminuído el interés del reclamante por obtener la especie. Pero eso no quiere decir que haya cesado su interés: pensemos en valuaciones deficientes o inexactas, en bienes productores de rentas, etc. Esas y otras circunstancias pueden ser de interés para obtener la restitución en especie. Si realmente ésta no existe, ni el reclamante ni

el donatario tendrán inconvenientes en aceptar el valor dinerario; pero en ese caso —que nadie discute— el resultado estará dado por la voluntad de las partes, no por imposición de la ley.

En segundo lugar, sostiene que la razón por la cual se prohíbe donar consiste en que el causante disminuye su patrimonio en perjuicio de sus herederos forzosos. La donación es, entonces, nula como tal, pero nada impide que valga como acto oneroso en que el adquirente deba pagar el precio. Pensamos que el impedimento para que ese exceso valga como acto oneroso en el cual hay que pagar el precio estriba, precisamente, en que la ley no acepta tal solución; la ley reduce declarando ineficaz el exceso, que debe ir a parar al patrimonio del legitimario.

En tercer lugar, expresa que la solución que propugna armoniza con el art. 1857, según el cual “los terceros pueden impedir los efectos de la revocación ofreciendo ejecutar las obligaciones impuestas”. Pero el art. 1857 se refiere a las cargas impuestas al donatario, y en el caso que estudiamos el reintegro de la legítima no puede ser considerado como una carga.

Por último, agrega que las ventajas prácticas de la solución que propugna, ante el silencio del Código, bastan para decidir así la cuestión. En verdad, no hay silencio en el Código: los arts. 3601, 3797, 1831, 3955, en perfecta coordinación con sus precedentes históricos, son muy claros al respecto, considerando como efecto central de la acción de reducción la restitución en especie. Por lo demás, dudamos de las ventajas prácticas de la solución propuesta por Fornieles, especialmente si las cosas son divisibles o si, siendo indivisibles, violan en su totalidad la legítima. Los condominios, es verdad, podrán a veces resultar engorrosos, pero en ese caso las partes, de común acuerdo, podrán sustituir la entrega en especie por una suma dineraria.

2. *Donaciones a herederos forzosos.* A este respecto, Fornieles propone la computación del valor donado, y no la restitución de la cosa, al igual que en la colación, aplicando el art. 3477.

Por lo pronto, no hay base legal alguna para distinguir, a los efectos de la reducción, entre donaciones a extraños y donaciones a herederos forzosos. El art. 1831 expresa que las donaciones inoficiosas serán reducidas sin haber distinciones; tampoco lo hace el art. 3955. Con razón dice Borda¹¹⁷ que no hay ningún motivo de lógica o de equidad que explique por qué los extraños deben restituir en especie, y los herederos, en valores (aunque ese efecto diferenciador se diluye en la posición de Fornieles). La ley protege

117 Ob. cit., nº 996, letra c.

la legítima con igual valor y firmeza, sin importarle quién es el destinatario de la liberalidad. Tal distinción tampoco se da en los legados, según sean hechos a extraños o a herederos forzosos (arts. 3601, 3697).

En el fondo de la solución propuesta por Fornieles subyace una superposición entre la colación y la reducción. El art. 3477 se refiere a la colación, que implica la computación e imputación contable de los valores de las cosas donadas, a efectos de obtener la igualdad entre los herederos forzosos; cosa muy distinta de la reducción, que tiene por fin defender la legítima. La reducción produce un efecto típicamente diferenciador de la colación, cual es la reducción en especie de las donaciones inoficiosas.

51. B) Relaciones frente a terceros: principio.

El problema de las relaciones frente a terceros surge cuando los bienes en exceso que reciben los herederos o legatarios, o las donaciones inoficiosas, han sido enajenados a terceros.

La acción de reducción, fuera del caso de las donaciones de inmuebles que han pasado a terceros, carece de efectos reipersecutorios, dado su carácter de acción personal.

52. a) Relaciones frente a terceros en las disposiciones testamentarias que exceden de la legítima.

Cuando por disposiciones testamentarias que exceden de la legítima, ya sea por medio de la institución de herederos o de legados, los herederos o legatarios han enajenado los bienes del caudal hereditario a terceros, no cabe la acción de reducción contra esos terceros. El efecto reipersecutorio es típico de las acciones reales, y en vista de que la acción de reducción no tiene este carácter real, no goza del derecho de persecución de la cosa ¹¹⁸. El Código Civil no ha dado efectos reipersecutorios a la acción de reducción en estos casos, de forma que si por cualquier circunstancia el beneficiario de la disposición testamentaria (heredero o legatario) ha enajenado los bienes recibidos, los efectos de la acción terminan ahí. Naturalmente, el legitimario siempre podrá ejercer la acción de daños y perjuicios (que podrá acumular subsidiariamente a la reducción), la cual tendrá por fin obtener el valor de la cosa enajenada. Lo dicho es aplicable tanto a los muebles como a los inmuebles.

¹¹⁸ Pérez Lasala, *Derechos reales y derechos de crédito*, Bs. As., 1967, p. 38.

53. b) **Relaciones frente a terceros en las donaciones: distinción.**

Cuando se trata de donaciones inoficiosas, hay que distinguir si ellas versan sobre bienes muebles o sobre inmuebles.

1. *Donaciones inoficiosas de bienes muebles.* Cuando el donatario de un bien mueble lo enajena a un tercero, tampoco hay efectos reipersecutorios, en concordancia con el art. 2412¹¹⁹. Según éste, la posesión de buena fe de una cosa mueble crea, en favor de quien la posee, la presunción de tener la propiedad de ella, así como el poder de repeler cualquier acción de reivindicación si la cosa no ha sido robada o perdida. A nuestro juicio, en el caso de que la cosa haya sido robada o perdida, el donatario tendrá la acción contra el tercero, y ante la pasividad del donatario, el legitimario podrá ejercer la acción subrogatoria que le permita defender su legítima.

2. *Donaciones inoficiosas de bienes inmuebles.* Cuando la donación inoficiosa versa sobre un bien inmueble, excepcionalmente, el art. 3955 concede un efecto reipersecutorio contra los terceros adquirentes del bien. El art. 3955 expresa: "La acción de reivindicación que compete al heredero legítimo contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación sujeta a reducción, por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante". Aunque el precepto habla de la acción de reivindicación, lo que busca es otorgar efectos reivindicatorios contra terceros a la acción de reducción.

Los efectos reipersecutorios del art. 3955 alcanzaban, antes de la ley 17.711, a todos los terceros adquirentes de inmuebles, fueran a título oneroso o gratuito, de buena fe o de mala fe. Pero la citada ley introdujo una importante innovación en la última parte del art. 1051, tendiente a proteger a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe. El art. 1051 quedó redactado así: "Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable".

¹¹⁹ Borda, n° 1000; Baudry Lacantinerie y Colin, *Des donations*, t. 1, nos. 1032 y ss.

La última parte del precepto plantea el problema de si protege o no a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe del donatario, ante una donación inoficiosa, por cuanto esta última no implica un caso de nulidad propiamente dicha, sino de resolución (o, más precisamente, de ineficacia).

Guastavino¹²⁰ sostiene la prevalecencia del art. 3955 sobre el art. 1051, por dos razones principales: 1) Toda donación lleva implícita la "condición resolutoria" para el caso de resultar inoficiosa. Siendo un problema de índole "resolutoria", y no "anulatoria", la vicisitud que afecta a la donación inoficiosa no cae dentro del campo de aplicación del art. 1051, que sólo se refiere al acto precedente como nulo o anulable. 2) Aun cuando a la regla del apartado final del art. 1051 se la interprete de modo más amplio, comprensivo de todas las vicisitudes de ineficacia, debe ceder frente a la norma específica del art. 3955, en atención a los caracteres de orden público de la legítima¹²¹.

Estos argumentos no nos parecen convincentes, por lo siguiente:

En primer lugar, aunque el art. 1051 sólo se refiere a la nulidad o anulabilidad del acto precedente, otros autores¹²² sostienen la aplicabilidad del art. 1051 a los títulos resolubles o revocables, entre los cuales se hallan las donaciones inoficiosas.

Pensamos, al igual que Alterini, que esa extensión puede ser sostenida dentro del sistema vigente, aunque hubiera sido conveniente que la reforma de 1968 se hubiese mostrado inequívoca al respecto. "En el régimen de Vélez —dice el autor citado—, es menester que las cláusulas resolutorias consten en el título del transmitente; el codificador es terminante cuando afirma, en la nota al art. 2663: «Estas cláusulas revocatorias, debiendo estar en el mismo instrumento público por el cual se hace la enajenación, no pueden dejar de ser conocidas por el tercer adquirente, pues constan del mismo instrumento que crea el dominio del que lo trasmite»". Y agrega que "el art. 1388 no contradice la necesidad de que la cláusula surja del título, cuando establece que la obligación de sufrir los efectos del pacto de retroventa pasa a los terceros adquirentes de la cosa, aunque en la venta

¹²⁰ Guastavino, *La protección...*, ps. 93 y ss.

¹²¹ Conf. Dalmacio Alsina Atienza, *Los derechos reales en la reforma del Código Civil*, "J.A.", Doctr., 1969, p. 457; Zannoni, p. 225. Idem, Borda, n° 998.

¹²² Jorge H. Alterini, *El art. 1051 del Código Civil y el acto oponible*, "J.A.", Doctr., 1971, p. 634; Pérez Lasala, *La fe pública registral y las normas civiles argentinas de protección a los terceros*, "L.L.", 16/11/72, en especial n° 8; Jorge Mosset Iturraspe y Alicia J. Stratta, ponencia en las V Jornadas de Derecho Civil.

que se les hubiese hecho no se hubiere expresado que la cosa vendida estaba sujeta a un pacto de retroventa. La recta interpretación de ese precepto implica que si para la operatividad del art. 1388, contra terceros adquirentes, no se requiere que se exprese la existencia del pacto en la venta que se les hubiere hecho, ello se debe a que dicho pacto ya constaba en el título del transmitente”.

Y concluye: “Como la cláusula resolutoria debe constar en el título para ser oponible a terceros, y, por tanto, ellos están en condiciones de conocerla, no resulta ilógico el sistema de los arts. 2670, 2918, 3045, Cód. Civil”. De donde surge, *a contrario sensu*, que cuando la cláusula resolutoria no consta en el título, la resolución no alcanza a los terceros, por lo cual se llega a una conclusión análoga a la que deriva del art. 1051.

Un régimen similar estatuye el art. 1855 respecto de la revocación de donaciones por inejecución de cargos, la cual requiere, para que surta efectos contra terceros, que en el instrumento estén expresados los cargos impuestos por el donante. El art. 2668 confirma esta interpretación al referirse a la extinción del dominio revocable por “el cumplimiento de la cláusula legal, constante en el acto jurídico que lo transmitió”.

Cabe destacar muy especialmente que el art. 1866 deja a salvo los derechos de los terceros adquirentes en caso de revocación de la donación por causa de ingratitud. La similitud de este supuesto con la resolución de la donación inoficiosa es manifiesta, pues en ambos casos la ineficacia de la donación se produce por causas legales, basadas en acontecimientos futuros e inciertos respecto del momento en que la donación fue hecha.

Aún más: si nos atuviéramos a la situación del adquirente de un acto inoficioso y a la del adquirente de un título nulo (caso previsto en el art. 1051), tendríamos que proteger con mayor motivo al adquirente del acto inoficioso, ya que los efectos de la resolución son menos drásticos que los de la nulidad. Es la interpretación que surge de la coordinación sistemática de los preceptos civiles.

Estos argumentos nos llevan a la extensión de la protección del art. 1051 a todos los casos de resolución o de revocación, siempre que las causas no consten en el instrumento traslativo, o a los casos de revocación cuando las causas están establecidas en la ley, como sucede con la revocación de donaciones por ingratitud del donatario.

En estos supuestos hay que incluir, sin duda, la donación inoficiosa, ya se vea la acción de reducción como de resolución

(o de ineficacia en sentido estricto), ya se la vea como de revocación por causa legal¹²³.

Concluimos, pues, que no hay razón jurídica suficiente para que los adquirentes a título oneroso y de buena fe de inmuebles recibidos por una donación, que resulta inoficiosa, tengan un trato diferencial respecto de los demás adquirentes a título oneroso y de buena fe de inmuebles. Por eso, a tales adquirentes no les será aplicable el art. 3955, cuyo ámbito reipersecutorio quedará circunscrito a los terceros adquirentes de inmuebles a título gratuito o a título oneroso de mala fe.

Dentro de este reducido campo de acción, el art. 3955 será aplicable, a nuestro juicio, a los sucesivos adquirentes a título gratuito o a título oneroso de mala fe.

En segundo lugar, el argumento de la prevalecencia del art. 3955, por tratarse de un precepto específico que protege la legítima, que es de orden público, tampoco es convincente. Ante todo, porque si bien el art. 3955 es un precepto específico sobre la legítima, también el art. 1051 es específico respecto de la protección de los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe. Y luego, porque si bien la legítima es de orden público, también lo es la protección del tráfico jurídico, que es lo que busca la parte final del art. 1051. Incluso, balanceando, a los efectos del orden público, estos dos preceptos, nos parece de mayor proyección jurídica el art. 1051.

En tercer lugar, los sucesivos proyectos de reforma del Código Civil se inclinaron decididamente por la posición que estamos sosteniendo, al reducir el efecto persecutorio a los adquirentes a título gratuito.

Así, Bibiloni proyectó suprimir el art. 3955, y en su reemplazo propuso el siguiente: "Cuando haya que completar la legítima de los herederos, la acción de reducción puede ser intentada contra los herederos o donatarios, a fin de que integren el valor que hayan de restituir según las reglas prevenidas. La acción es personal de reintegro. Puede intentarse en la misma medida contra el poseedor actual del inmueble donado, *si lo hubo a título gratuito del donatario*".

El proyecto de reformas de 1936 aceptó, en el art. 2014, la posición de Bibiloni.

El anteproyecto de 1954 propuso en el art. 696 la siguiente norma: "Cuando la legítima resulte lesionada, los damnificados podrán demandar a los beneficiarios de mejoras o donaciones

¹²³ Guastavino acoge toda la argumentación legal referida, pero curiosamente no acepta su consecuencia respecto de la inclusión de la inoficiosidad de las donaciones.

inoficiosas para que éstos restituyan el valor que excediese la porción disponible del causante. La acción será personal, pero procederá también contra los sucesivos *adquirentes a título gratuito* de los bienes cuyo valor corresponda incluir en la legítima lesionada”.

54. Gravámenes constituidos por el donatario en favor de terceros.

La resolución de la donación como consecuencia de la acción de reducción provoca la caducidad de todos los gravámenes reales constituidos por el donatario en favor de terceros: hipotecas, servidumbres, usufructos, etc. Los beneficiarios del gravamen podrán exigirle al donatario los daños y perjuicios.

Esta resolución se produce tanto en materia de bienes muebles como de bienes inmuebles¹²⁴.

55. Excepciones al principio de restitución en especie.

En las relaciones entre partes, las excepciones al principio de restitución en especie son muy limitadas. Aparte del caso de posible abuso del derecho antes indicado, sólo cabría aceptar como excepciones aquellos casos de imposibilidad total de restitución en especie. Por ejemplo: pérdida de la cosa, consumición de la cosa, transferencia a un tercero sobre el cual no se puede ejercer la acción reipersecutoria, etc. En esos casos excepcionales, la legítima sería cubierta con su valor monetario (*pars valoris*).

En las relaciones frente a terceros, cabe preguntarse si hay excepciones al principio de restitución en especie en el caso de que corresponda la reipersecución de inmuebles (adquirentes a título gratuito o a título oneroso de mala fe). A nuestro juicio, en principio, no hay excepciones a la restitución en especie, pues en materia de inmuebles resulta difícil imaginar la pérdida o destrucción de la cosa. Cabe, por ejemplo, cuando la cosa ha sido transferida al adquirente o al subadquirente a título oneroso y de mala fe.

¹²⁴ Borda, n° 1000; Luis De Gásperi, *Tratado de derecho hereditario*, Bs. As., 1953, t. 3, n° 521.

56. ¿Es previa la excusión de los bienes del donatario?

El problema radica en dilucidar si, habiendo el donatario trasferido el bien inmueble (a título gratuito o a título oneroso, siendo el adquirente de mala fe), el legitimario afectado debe demandar "previamente" al donatario, haciendo excusión de sus bienes, o puede dirigirse directamente contra el tercero adquirente.

El art. 930 del Código Civil francés resuelve el caso expresamente: "La acción de reducción o la reivindicatoria podrá ser ejercida por los herederos contra los terceros poseedores de los inmuebles que formen parte de las donaciones y enajenados por los donatarios, de igual manera y en el mismo orden que contra los propios donatarios, y luego de haber hecho previa excusión de sus bienes"¹²⁵. El art. 563, 1ª parte, del Código Civil italiano dice, en forma similar: "Si los donatarios contra los cuales se ha pronunciado la reducción han enajenado a terceros los inmuebles donados, el legitimario, *previa excusión de los bienes del donatario*, puede pedir a los sucesivos adquirentes, en el modo y en el orden en que podría pedirla a dichos donatarios, la restitución de los inmuebles".

Aunque algunos autores, como Laje¹²⁶, propician una solución similar a la del derecho francés, basándose en criterios prácticos y en algunas normas civiles análogas, pensamos, con la mayoría de nuestra doctrina¹²⁷, que las soluciones contenidas en el Código francés y en el italiano no son aplicables a nuestro derecho, en el cual no hay normas que así lo establezcan.

El objeto propio de la acción de reducción es obtener la restitución del bien en especie. Es lógico, entonces, que el legitimario pueda llegar a ese fin sin necesidad de la previa excusión de los bienes del donatario, lo cual siempre implicaría una compensación monetaria. El titular de la acción de reducción podrá dirigirse, pues, contra el donatario para obtener la compensación monetaria, o, si quiere, dirigirse contra el adquirente para obtener la reducción del bien donado.

Pensamos que esta solución coordina mejor con el principio de restitución en especie, que venimos sosteniendo.

¹²⁵ La ley francesa del 3/7/71 prevé el caso de que no se pueda ejercer la acción contra terceros, que es aquel en que han prestado acuerdo a la enajenación los legitimarios nacidos y vivos al momento de esa enajenación.

¹²⁶ Laje, ob. cit., n° 207.

¹²⁷ Borda, n° 998; Zannoni, n° 995.

57. Problemas conexos con la obligación de restituir: principio.

Hay que partir de la base de que la donación es válida en tanto no sea atacada por la acción de reducción¹²⁸. Ejercida ésta, la donación será resuelta total o parcialmente o, más precisamente, será declarada ineficaz. Tanto en la resolución como en la ineficacia los efectos se producen *ex tunc*, es decir, retroactivamente.

El carácter retroactivo de la resolución de la donación al momento en que ésta fue hecha, plantea el problema del régimen a aplicar en las variaciones que haya podido sufrir la cosa donada desde el momento de la donación, como aumentos o mejoras, pérdida o deterioro, régimen de los frutos.

El Código Civil no ha previsto normas específicas para el caso; de ahí la necesidad de buscar dentro de sus normas el régimen que más se adecue a la materia. Nos inclinamos, como principio, por la aplicación de las normas relativas a la obligación de dar cosas ciertas para restituirlas a su dueño, previstas en los arts. 584 a 590 del Código. El obligado —analógicamente— sería el donatario (titular del dominio que se resuelve), y el dueño sería el legitimario reclamante. No recurrimos a las normas relacionadas con la posesión de buena o mala fe, previstas en los arts. 2435 y ss., por considerar que no se avienen a la situación del donatario¹²⁹.

Esto no quiere decir que en determinados supuestos no haya que tenerlas en cuenta, como sucede en el régimen de los frutos, en el cual la mala fe es considerada a partir de la notificación de la demanda de reducción, pero no antes.

58. Aumentos y mejoras.

Nos referimos al período que va desde el momento de la donación hasta el de la entrega efectiva a los legitimarios reclamantes. Cabe considerar estos supuestos:

a) Si el aumento obedece a causas naturales, el donatario debe restituir la cosa con el aumento, sin que se pueda exigir indemnización alguna por el mayor valor (art. 588).

b) Si se trata de mejoras introducidas por el donatario, se

¹²⁸ Excepcionalmente, puede reducirse sin necesidad del ejercicio de la acción, según vimos en el párrafo 22.

¹²⁹ Conf. Fornieles, n° 126; Zannoni, n° 989.

aplica el régimen establecido en el art. 589: 1) las mejoras necesarias son pagadas siempre al donatario; 2) las mejoras útiles son pagadas también al donatario, siempre que sean introducidas con anterioridad a la notificación de la demanda (caso de buena fe); 3) las voluptuarias no deben ser pagadas, aunque el donatario puede retirarlas si no causa perjuicio a la cosa (art. 2441).

El donatario goza, a nuestro juicio, del derecho de retener la cosa hasta tanto le sean pagadas las mejoras necesarias y útiles (art. 2428).

59. Pérdida o destrucción de la cosa.

Hay que distinguir la pérdida o destrucción por caso fortuito o por culpa del donatario:

a) Si la cosa perece sin culpa del donatario (caso fortuito o fuerza mayor), cesa la obligación de restitución del donatario (art. 584). En ese caso, como dice Borda¹³⁰, el principio de restitución en especie juega en favor del donatario, pues si lo que hubiera tenido que devolver hubiese sido el valor de la cosa, poco importaría que ésta se hubiera perdido. En consecuencia, lo donado no habrá de ser computado para el cálculo de la legítima.

b) Si la cosa perece por culpa del donatario, éste debe su valor (art. 585).

60. Deterioro de la cosa.

Son de aplicación los mismos principios que hemos expuesto para el caso de pérdida de la cosa:

a) Si el deterioro sucede sin culpa del donatario, éste deberá entregar la cosa en el estado en que se halle (art. 586).

b) Si la cosa se deteriora por culpa del donatario, el deterioro será por cuenta de éste, y el reclamante recibirá la cosa en el estado en que se halle, con indemnización de daños e intereses (arts. 587, 581).

¹³⁰ Ob. cit., nº 991.

61. Frutos.

El donatario tiene derecho a los frutos no sólo como poseedor de buena fe, sino como dueño de la cosa, mientras no sea resuelto su dominio ¹³¹.

En cuanto al momento de resolución del dominio del donatario —de especial importancia en materia de frutos—, caben dos posiciones: una que propugna la resolución de pleno derecho desde el día del fallecimiento del causante (es la postura que sostuvo García Goyena al comentar el art. 971 de su proyecto), y otra que considera que el dominio queda resuelto desde el día de la notificación de la demanda de reducción (es la postura de Demolombe).

En nuestra opinión, el dominio debe ser resuelto desde el día de la notificación de la demanda, no desde el día de la apertura de la sucesión, pues si bien a partir de ésta se puede ejercer la acción de reducción, esa mera posibilidad nunca equivale al ejercicio efectivo ¹³².

El momento de la notificación de la demanda marca la línea divisoria, en cuanto al donatario, para empezar a considerarlo de mala fe. Hasta ese momento se lo considera poseedor de buena fe (además de dueño), y conforme al art. 590 hará suyos los frutos percibidos. A partir de la notificación de la demanda se lo considera poseedor de mala fe, y, siguiendo las pautas del art. 590, deberá restituírle al reclamante los frutos que perciba después de ese momento.

El régimen es justo, pues a partir de la demanda es cuando el donatario puede conocer si su beneficio está comprometido de inoficiosidad. Dicha solución se desprende del art. 1831, que hace depender la inoficiosidad del inventario de los bienes, lo cual hace suponer —como dice Fornieles ¹³³— una operación preliminar ajena al donatario, antes de la cual se halla en ignorancia de su situación.

Esta solución se aplica al caso de donación encubierta, porque el acto real es, a la postre, una donación a la cual se le debe aplicar lo dicho precedentemente.

¹³¹ Demolombe, t. 19, n.º 609; Fornieles, n.º 126; Borda, n.º 992.

¹³² Lacruz, ob. cit., t. 2, p. 159.

¹³³ Ob. cit., n.º 127.