

¿Es la legítima herencia forzosa? (y otras reflexiones a propósito de los artículos 723 y 1629 del Código Civil)

Guillermo Lohmann Luca de Tena

Abogado. Profesor de Derecho de Sucesiones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Acto Jurídico en la Universidad de Lima. Miembro de la Comisión de Reforma del Código Civil.

1. LA LEGÍTIMA.

Artículo 723.- La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.

La legítima es, probablemente, una de las áreas más complejas⁽¹⁾ y polémicas del Derecho Sucesorio en general tanto por lo que toca a su justificación, como por lo que concierne a la naturaleza y tratamiento doctrinario y legal de la misma⁽²⁾. En las páginas que siguen tendremos oportunidad de ver que nuestro ordenamiento legal no sólo no ha sido ajeno a influencias de distinta fuente, sino que además revela insuficiencias y acusa serias deficiencias de contenido⁽³⁾ y sistemáticas⁽⁴⁾ que dificultan una explicación (y aplicación) unitaria, coherente y adecuada de la legítima. En

síntesis: está llena de sombras y nubarrones. A procurar despejar el panorama están destinadas estas líneas.

Para comenzar, la pretendida definición que enuncia el numeral 723 del Código es notoriamente insuficiente para esbozar a partir de ella los perfiles de una institución que es un derecho, con un contenido, que a su vez es una restricción al testador, que puede ser atribuido y por tanto adquirido por diferente título, que la cuantía y calidad sobre la que se expresa pueden ser distintos, que tiene un regulación protectora⁽⁵⁾. Y, por último, que puede ser discutido si existe una legítima, o si el ordenamiento regula varias legítimas, lo que, hasta cierto punto, lleva a preguntarse si efectivamente es legítima todo lo que la normativa llama de tal manera (así, la legítima del viudo, o la «legítima» de alimentos)⁽⁶⁾.

Intentaremos, pues, desbrozar el follaje.

(1) DE LA CAMARA ÁLVAREZ, M. Compendio..., pág. 167.

(2) Eso sin contar el problema terminológico, que abona la dificultad de comprensión, porque las palabras acuñadas y mantenidas por la tradición contribuyen a desfigurar las ideas, posibilitando que se crea que éstas significan lo que debieran significar. Pero en esta materia, ni legítima tiene nada que ver con legitimidad alguna, ni el heredero «forzoso» tiene forzosamente que ser heredero, aunque sea legitimario. Y es que en esto, al igual que en muchas otras áreas de conocimiento, hay diferencia entre las palabras y las cosas, como amenamente enseña Michel Foucault.

(3) A este respecto, particularmente notoria la indebida asimilación en el artículo 729 entre legítima y cuota de sucesión intestada.

(4) Sin duda alguna, desde el punto de vista sistemático el mayor reproche que se le puede hacer a nuestra regulación normativa es haber tratado la legítima dentro de la sucesión testada, pese a no ser exclusiva de ella, y regular la defensa de la legítima en los artículos 805 y 806, bajo el rótulo de «caducidad» del testamento y además de un modo fragmentario, porque la legítima puede ser afectada o menoscabada de diversas maneras, no todas ellas previstas en los artículos mencionados.

(5) Señala con lucidez VALLET DE GOYTISOLO, J.B. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XI, Editorial Revista de Derecho Privado, págs. 4 y ss. que la palabra legítima se emplea indistintamente para significar un derecho y un contenido del derecho. En otra obra, Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima. RDP, 1986, págs. 833 y ss. agrega, además que la expresión también se emplea para denotar la protección legal para asegurar la efectividad del derecho.

(6) Por cierto no incluyo entre las legítimas la cuarta parte mínima que el numeral 771 del Código Civil establece en favor del heredero voluntario. Esta anacrónica *Cuarta Falcidia* nada tiene similar a la legítima, como considera FERRERO.A. «Derecho...». En: Tratado..., Tomo V, Vol. II, pág. 547.

2. FUNDAMENTO.

Expresa Lanatta que «la legítima tiene su fundamento en los deberes y obligaciones que provienen de la relación familiar debida a la naturaleza del parentesco consanguíneo o por el vínculo familiar». Agrega, que es también «la obligación del titular de los bienes de proporcionar alimentos a sus más cercanos familiares»⁽⁷⁾.

Lo mismo, con otro vocabulario, comparte Echecopar: la legítima es una «limitación para favorecer a la familia»⁽⁸⁾. Sin ofrecer parecer propio, Castañeda apunta escuetamente que «dícese que con la legítima se protege a la familia»⁽⁹⁾.

Siguiendo con nuestro país, más modernamente, Ferrero anota un doble fundamento. Ya no es solamente la solidaridad familiar, sino que la legítima evita «que el patrimonio sufra una atomización excesiva»⁽¹⁰⁾, afirmación esta última que, bien mirada, es por completo relativa y que no puede ser evitada con la legítima⁽¹¹⁾ y que acaso Ferrero haya tomado de Trabucchi⁽¹²⁾, pero nótese que éste cita la atomización sólo con relación a unidades mínimas agrarias que no conviene desmembrar.

Con excepción de la citada justificación que ofrece Ferrero, la doctrina extranjera de los países que regulan la legítima comparte, en líneas generales, las razones de los autores nacionales citados. A la postre, el punto en discusión se centra en si el derecho de testar debe ser irrestricto y, si se considera que no debe serlo, cuáles son las razones para limitarlo.

En esta rama, las influencias de costumbres no romanas incidieron sobre el antiguo derecho romano, que no reconocía porción legítima alguna y sí plena libertad para testar. La jurisprudencia se orientaba a resolver que la preterición de los parientes más cercanos en favor de los lejanos o en favor de simples extraños, era debida a voluntad testamentaria viciada, motivo por el cual era preciso declarar la invalidez del testamento y proceder a la sucesión *ab intestato* en la cual sí habría de participar el preterido.

Ha sido el concepto de comunidad familiar el sustento y base de la legítima material primigenia, para

distinguir la de la legítima formal como simple deber de instituir en la herencia a los herederos de sangre. Se estima, así, por lo menos en su concepto rudimentario, que a la propiedad del causante ha contribuido, de una u otra manera, su familia más cercana, por lo que al fallecer el cabeza de familia los bienes deben continuar adscritos al mismo grupo humano que ha participado en el esfuerzo común de generar la propiedad.

De ahí, es decir, del fundamento material de defender la propiedad común fruto de un esfuerzo compartido, hasta el fundamento idealista de solidaridad familiar, hay un fuerte salto conceptual, pero que sin duda alguna es de poderosa y fácil argumentación según determinadas culturas y conceptos sociales. Y, por lo mismo, susceptible de ampliarse o suprimirse al criterio del legislador.

De cualquier manera, no creo que pueda hoy predicarse con soltura y sin reparos el simple fundamento familiar abstractamente concebido. A poco que se medite, la igualdad en la legítima puede en ocasiones no ser justa o conveniente. Sin pensar mucho, imagínese al padre que tiene dos hijos: uno de ellos sano, con fortuna y soltero, y otro que por vicisitudes de la vida padezca estrecheces económicas, tenga necesidades y que además esté cargado de hijos. ¿Por qué medirlos y tratarlos con igual raseró? Agregaré más, aunque se me acuse de discriminador: pese a la igualdad que postula nuestra Constitución, no veo razón para tratar con identidad, en lo que a legítima concierne, al hijo matrimonial que siempre haya vivido en el seno familiar y al hijo extramatrimonial que, como suele ser bastante común, tiene menos lazos afectivos con el progenitor con el cual no vive y al cual acaso ve esporádicamente. Sobre la igualdad dice Vallet, citado por Lacruz: que es «puramente cuantitativa, sin matices cualitativos. Si unos hijos abandonan la casa y trabajan para sí, y, en especial, si se les dio carrera, oficio o colocación con los ahorros de la casa; y si otro hijo quedó en ella, incorporando a ésta todo su trabajo y aunando su esfuerzo a los del padre para educar y colocar a los demás hermanos, no parece equitativo que a la hora de heredar tengan éste y aquéllos que partir por igual la casa y las

(7) LANATTA, R.E. Derecho..., Tomo II, pág. 237.

(8) ECHECOPAR, L. Derecho..., pág. 106.

(9) CASTAÑEDA, J.E. Derecho..., Tomo II, pág. 48.

(10) FERRERO, A. Op. cit., Tomo V, Vol. II, pág. 531.

(11) En efecto, quien tenga un único bien y quince o veinte descendientes directos o por representación no podrá evitar la «atomización» del bien con el solo sistema de la indisponibilidad de cierto porcentaje tal como lo tiene regulado nuestra legislación.

(12) TRABUCCI II, A. Instituciones..., Tomo II, pág. 424.

tierras que éste trabajó y de las que marcharon los demás»⁽¹³⁾.

Sea cual fuere la justificación última, cierto es que nuestra legítima «opera como freno a la libertad dispositiva del causante»⁽¹⁴⁾ cuando éste tiene herederos que la legislación llama forzosos, freno que se expresa no sólo por disposiciones testamentarias sino también por donaciones. O, desde otro punto de vista, es una solución intermedia⁽¹⁵⁾ —una transacción, dice Echecopar⁽¹⁶⁾— entre la libertad completa de disponer de los bienes propios y la limitación de tener que dejarlos necesariamente en el ámbito familiar.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA.

Hablar de la naturaleza de una institución puede ser ejercicio intelectual poco provechoso. A la postre no interesa tanto definir la naturaleza para encasillar las cosas en tal o cual categoría previamente determinada, como percatarse primero de cuáles son los aspectos operativos que la ley regula o permite. Son estos aspectos operativos los que examinados en con-

junto proporcionan los elementos que permiten la construcción de la institución o figura⁽¹⁷⁾.

La legítima puede ser examinada desde distintos ángulos⁽¹⁸⁾. El que ahora nos interesa, sin perder la perspectiva unitaria, concierne a aquello que, según nuestra ley, sea la legítima. Y recalco **nuestra ley**, porque aunque revele influencias externas, cada legislación apunta matices, tiene elementos o piezas que inclinan la orientación hacia un lado u otro, o utiliza terminología que de importarse indiscriminadamente termina desorientando⁽¹⁹⁾. En este trabajo, pues, no explico lo que *a priori* a mí me parece que deba ser la legítima, sino lo que me parece que efectivamente ella es (o no es) en nuestro ordenamiento positivo (y dejo para otra oportunidad su modo de distribución entre los «forzosos», su intangibilidad y otros aspectos relacionados).

El artículo 723 preceptúa que la legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos. Agrega el artículo 724 siguiente (y con esto me adelanto un poco, pero lo creo indispensable) que son herederos forzosos los parientes que menciona. Vea-

(13) LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. Derecho..., pág. 443.

(14) ARIAS SCHIREIBER, M. Luces y sombras..., Tomo I, pág. 175.

(15) DE LA CAMARA ALVAREZ, M. Op. cit., pág. 167.

(16) ECHECOPAR, L. Op. cit., pág. 106.

(17) Es el inconveniente en el que, a mi juicio, incurre especialmente LANATTA, R.E. Op. cit., Tomo II, pág. 237. Decide *a priori* que la legítima es inherente a la calidad de heredero y que es *pars hereditatis* y no *pars bonorum*. Sustenta su parecer en que este concepto «no proviene del derecho romano (...) sino del derecho francés». (Cosa, por cierto, con la que no estoy de acuerdo, porque la legítima francesa es en propiedad la reserva en favor de los herederos que, como se sabe, solamente pueden ser los que nosotros llamamos forzosos, y los otros casos son en realidad legatarios. Nuestro Código de 1852 ya recogió la categoría de herederos forzosos y voluntarios siguiendo el Proyecto de Vidaurre y con influencia de las corrientes españolas que se plasmaron en el Proyecto de García Goyena. Basta, por último, comparar la sistemática del *Code* con la nuestra para advertir que las coincidencias distan mucho de ser mayoritarias). Ocurre, sin embargo, que nuestro derecho sucesorio carece de sistema orgánico inspirador, porque nuestro legislador de 1936, al que sin significativas variantes ha seguido el de 1984, tomó ideas de aquí y allá, tornando complicado el ensamblaje y dejando lagunas de no poca difícil cobertura. Y en materia de legítima, para terminar, todas las legislaciones actuales tienen, según expresan quienes han ahondado en el particular, resabios de un recíproco influjo del derecho de raíces germanas que se funden en regulaciones romanas tardías de la época de Justiniano y que luego se han ido amoldando y plasmando con naturales diferencias. Pero dejando de lado influencias intelectuales, que no pasan de ser eso, lo que interesa en un trabajo como el presente es la regulación concreta. Es esta regulación integral la que debe gobernar el análisis, en lugar de proceder a la inversa para tratar de acomodar la lectura y aplicación de las normas a una idea preconcebida carente de expresión normativa.

(18) Sobre el tema y con abundantes fuentes históricas, véase muy particularmente VALLET DE GOYTISOLO, J.B. Estudios de Derecho Sucesorio. Estudios dispersos sobre las legítimas. Volúmen III, Montecorvo, Madrid, 1981.

(19) Sin ir más lejos, quien recurra a la doctrina italiana puede advertir las polémicas y distinciones entre cuota de reserva y cuota de legítima, propugnada por CICU, A. en Successione, del Tratado dirigido en conjunto por él con MESSINEO, cuyas ideas comparte BARBERO, D. Sistema..., Tomo V, pág. 218. MESSINEO, empero, estima que los dos nombres se emplean indiferentemente para designar lo mismo, Manual..., Tomo VII, pág. 197; las polémicas en Italia y en España sobre si las respectivas regulaciones de legítima son *pars hereditatis* o *pars bonorum* y que en lo que atañe a las de España LACRUZ proporciona ilustrado resumen; las no escasas críticas de la doctrina argentina a su artículo 3591, que es citado como fuente del nuestro por LANATTA, E. Exposición..., pág. 64. Y, por otra parte, recurrir a fuentes legales francesas o alemanas sin hacer las debidas explicaciones es enmarañarse aún más, porque en esta rama sus sistemas son esencialmente distintos a los latinos. En lo que atañe a Francia, no existen otros herederos que los legitimarios, desconociendo la posibilidad de herederos voluntarios. Lo que nosotros llamamos herederos voluntarios, son legatarios para el sistema francés.

mos separadamente tales afirmaciones normativas.

3.1. La legítima como parte de la herencia.

Para simplificar el análisis, olvidémonos por un momento de los herederos forzosos. Retirado esto, la norma del artículo 723 califica a la legítima como **parte de la herencia**. ¿Es tal afirmación correcta? Parece que Ferrero⁽²⁰⁾ considera que sí, al decir que se trata de una parte de la herencia independiente de la voluntad del *de cuius*, pues su transmisión debe entenderse con los herederos forzosos. A mi juicio, sin embargo, la respuesta a la pregunta es que no siempre.

Efectivamente, **no debe confundirse la legítima con la herencia**. Hay varias razones. La primera y más importante es que la legítima constituye un derecho y la herencia sería, desde este punto de vista, el contenido del derecho. La segunda es porque el concepto (es decir, el contenido sobre el que recae) de la primera es más amplio⁽²¹⁾ que el de la segunda. En efecto, la legítima no se calcula exclusivamente sobre la herencia dejada —es decir sobre la suma de activos y pasivos universalmente considerados—, sino *grosso modo* sobre el valor de la herencia neta más el valor de las donaciones (colacionables o las no colacionables que excedan de la cuota de libre disposición y otras donaciones a extraños⁽²²⁾). La herencia es, según se mire, el conjunto universal de bienes, derechos y obligaciones que el causante transmite a sus sucesores. Es un acervo patrimonial. Desde otro punto de vista, la herencia (para distinguirla del legado) es la especial situación

en que un sucesor, el heredero, se sustituye en las posiciones jurídicas activas y pasivas del causante, asumiendo el universo de tales posiciones jurídicas, sea en el todo o en una porción alicuota.

Pues bien, la legítima no siempre es parte del conjunto universal que el causante transmite, ni siempre tiene que ser satisfecha a título de herencia, porque puede satisfacerse a título diferente del de heredero, ni necesariamente se paga con bienes incluidos en la herencia que el causante deja al fallecer. Veamos algunos casos:

- Uno o todos los hijos del causante han recibido, en vida, de él donaciones cuantiosas y significativas. Su padre hace testamento y omite mencionarlos, dejando toda su herencia a instituciones de caridad. Si las donaciones recibidas superan lo que como herencia hubiera podido tocarles, la legítima les ha sido pagada en vida. Obviamente el testador, aunque tuviera hijos (es decir, teóricamente herederos «forzosos») puede disponer libremente de todo su patrimonio, sin quedar obligado a reservar una parte del mismo en favor de sus legitimarios.

O, lo que es lo mismo, la legítima no ha sido pagada con ninguna parte de la herencia, concebida ésta como aquello que el causante transmite a sus sucesores.

- El testador tiene esposa y cinco hijos, uno de los cuales es su deudor por el equivalente de 15. El conjunto patrimonial del testador equivale como 90, cuyos dos tercios de legítima a distribuirse en la esposa y los cinco hijos sería de 60 tocándole 10 a cada uno. El testador

(20) FERRERO, A. Op. cit., Tomo V, Vol. II, pág. 529. Y creo que al decir esto se ha dejado llevar involuntariamente por el problema que hago notar en la nota anterior, pues confunde cuota de reserva hereditaria con *portio debita*. Su opinión es la siguiente: «... el artículo 723 define [a la legítima] como la parte de la herencia de la cual el testador no puede disponer cuando tiene herederos forzosos. El vocablo viene del derecho romano, el cual la llamaba *portio debita*. Se trata de una parte de la herencia independiente de la voluntad del *de cuius*, pues su transmisión debe entenderse con los herederos forzosos. Es intangible, inviolable. Por ello, se le conoce también como reserva hereditaria, término germano que adoptó el Código de Napoleón». Coherentemente, líneas más abajo (pág. 530) señala que «las cuotas de legítima [se nutren del] patrimonio hereditario existente al momento de la apertura de la sucesión».

Tengo dos observaciones a estos textos. **Primera:** que sugiere una especie de delación legal necesaria, lo que ratifica en pág. 533, diferente de la testada y la intestada; una transmisión forzosa de una parte de la herencia que, precisamente, está reservada imperiosamente, como «aislada» de toda capacidad dispositiva por vía testamentaria o por donación entre vivos. Tal es, efectivamente, el concepto de raíces germánicas que con la denominación de reserva tomó el ordenamiento francés. De ahí que la cita que Ferrero hace de Josserand (que la reserva hereditaria forma parte integrante de la sucesión) sea correcta para el sistema francés. Pero ese no es nuestro sistema, como veremos. **Segunda:** que confunde (o por lo menos no explica sus diferencias) las ideas de reserva y *portio debita*. La reserva francesa importa, dicho resumidamente, una necesaria transmisión sucesoria de lo que por estar reservado es indisponible. La *portio debita* no es otra cosa que porción de fortuna del causante en el sentido que parte de ella debe llegar a los legitimarios, sin que esa fortuna se mida solamente sobre la herencia misma, que puede llegar a los legitimarios por distintas vías, y sin que los legitimarios deben necesariamente ser herederos (porque pueden haber recibido la legítima con bienes no incluidos en la herencia relicta). **Tercera:** que Ferrero olvida que la legítima se calcula no sobre el patrimonio hereditario, sino sobre éste más donaciones, de modo que la legítima puede haber sido percibida totalmente con las segundas y no con el primero.

(21) Las palabras son de BORDA. G. Manual..., pág. 328, criticando el artículo 3591 del Código argentino, que es frecuentemente citado como fuente del 723, que es el equivalente nuestro.

(22) De más difícil aplicación práctica y creo que no analizado a fondo por autores nacionales, aunque en rigor considerable a los efectos de computar la legítima, es que también deban considerarse como parte del caudal las donaciones a terceros no legitimarios.

puede entonces, expresamente, no instituir como heredero a su hijo deudor, y en sustitución o pago de la legítima asignarle como legado la condonación de su crédito de 15. Como la cuantía de la liberación obligacional es superior a lo que como legítima le hubiera tocado (o sea, 10), la legítima ha quedado satisfecha y por cierto el legitimario no hereda nada.

– La herencia consiste en un único bien, de notoria desvalorización si se parte. Llevado el ejemplo al extremo, puede consistir en una obra de arte, naturalmente indivisible. En tal caso, nada obstaría dejar el bien a uno de los herederos y ordenar que éste pague al otro u otros el valor en dinero de las respectiva cuota (cfr. art. 859). En un caso como el propuesto, alguno o algunos de los legitimarios no reciben ningún bien de la herencia del causante. Digo nada porque el dinero con que se les paga la legítima no estaba en el patrimonio del causante, sino que es dinero que el legitimario cobra de otro heredero.

Con los anteriores ejemplos se aprecia que no siempre la legítima es una parte de la herencia, y que no siempre el testador está impedido de disponer libremente de toda ella, aunque tenga herederos forzosos. En otras palabras: la legítima es una parte del patrimonio líquido del causante –no del testador, porque también se aplica como criterio regulador aunque haya sucesión intestada⁽²³⁾–. Y se calcula sobre la base de un patrimonio ideal o ficticio, pudiendo el causante o incluso terceros, satisfacer la legítima de diversas maneras.

Si *stricto sensu* no es parte de la herencia, ¿en qué consiste la esencia de la legítima y, sobre todo, cómo se expresa el derecho del legitimario? Las teorías son divergentes en función, desde luego, de las respectivas legislaciones y de las distintas interpretaciones a que todo sistema legal está sometido. Dejando de lado planteamientos de detalle, las posiciones pueden centrarse en los siguientes grupos de opinión:

3.1.1 *El legitimario es heredero*. Que como la legítima va unida a la calidad de heredero «forzoso» no queda sino concluir que el legitimario es heredero.

Conforme a esta tesis, la legítima es *pars hereditatis* y el legitimario, como heredero, o es dueño único y total o es copropietario de los bienes que componen el caudal relicto, correspondiéndole, por tanto, una cuota parte de la herencia. La conclusión necesaria de la tesis es que la legítima es parte misma de la masa hereditaria, que tiene necesariamente que ser pagada con bienes integrantes de la herencia porque los legitimarios son dueños del activo y del pasivo hereditarios. Es la tesis por la que sufragó Lanatta: «la legítima es inherente a la calidad de heredero forzoso e inseparable de ella»⁽²⁴⁾. Y a renglón seguido agrega que, precisamente por eso, es *pars hereditatis*. (Con lo cual, me parece, no separa apropiadamente –y por eso da la impresión que confunde dos planos que de suyo son disparejos: uno, el de la naturaleza de la legítima y por ende la situación y fundamento de las expectativas del legitimario; otro, que respecta al contenido de la legítima, a saber si el contenido de la legítima recae sobre la herencia, sobre bienes o sobre valor de bienes. En todo caso, hay que decir en defensa de Lanatta que la legislación de 1936 que comentaba en el texto al que me refiero, era tan imprecisa como la actual de 1984 y tal vez más, por las dificultades de interpretación de la legítima del cónyuge, propiciadas por el artículo 704 anterior, una de las normas que más jurisprudencia de nuestros tribunales ha provocado).

Ferrero comparte la misma opinión sosteniendo que la legítima es «derecho acordado sólo a los que tienen la calidad de herederos» y que «no cabe hablar de un legitimario no heredero»⁽²⁵⁾. Sustenta además su parecer señalando que el artículo 842 del Código Civil, identifica al legitimario con el heredero. Pero a mi parecer la cita de esta norma es inaplicable a estos efectos, precisamente porque su contenido admite que

(23) CASTAÑEDA, J.E. Op. cit., se contradice -defecto en el que todos podemos incurrir, pero que en él es demasiado frecuente-. En el tomo II, pág. 48, afirma que «la legítima es propia de la herencia testamentaria; sólo funciona dentro de ésta». En la pág. 51 del mismo tomo apunta que «la legítima rige en la herencia testamentaria y también en la herencia *ab intestato*. Sin embargo en el Perú no es así». Líneas más abajo: «Es por ello que la legítima es institución que sólo debe ser considerada en la sucesión testamentaria». En pág. 55: «La legítima nace sólo en el testamento; en la herencia legal no hay legitimarios». En pág. 57: «para la existencia de la legítima (...) es necesario que muera testado». Pero antes, en pág. 53, había dicho: «la ubicación de las disposiciones sobre herederos forzosos o legitimarios no han debido hacerse en la herencia testamentaria, porque deberían regir tanto para las herencias testadas como para las intestadas». Definitivamente son equivocadas las primeras afirmaciones y solamente es correcta la última. Supóngase un causante que no deja testamento por carecer de patrimonio significativo y que tenía dos hijos, a uno de los cuales había hecho donaciones cuantiosas sin dispensa de colación y nada al otro; es obvio que en este caso el hermano desfavorecido podrá reclamar al otro para heredar igual que él.

(24) LANATTA, R.E. Op. cit., Tomo II, pág. 237.

(25) FERRERO, A. Op. cit., Tomo V, Vol. II, pág. 530. Pero avala su parecer en citas de Ripert y Boulanger, franceses, y de Clemente De Diego, sostenedor éste de la misma teoría de *pars hereditatis* en el derecho español, no compartida por la más solvente doctrina de España.

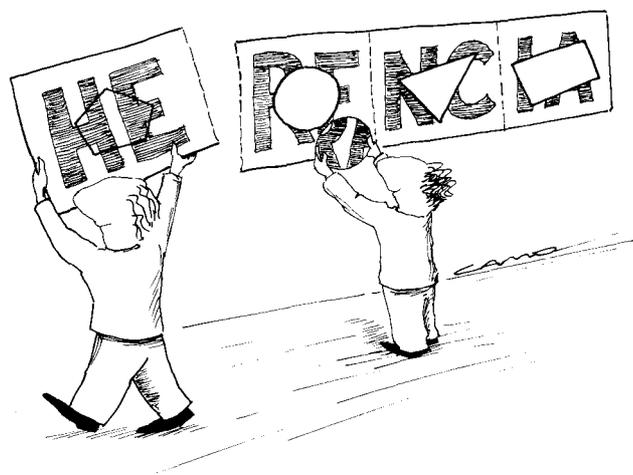
la legítima puede cubrirse con cargo al tercio de libre disposición (a título de legado o de donación) y respecto del eventual exceso el legitimario renunciante a la herencia tendrá que devolverlo a la masa, pero eso no lo convierte en heredero. La expresión heredero del artículo 842 ha sido utilizada como equivalente de legitimario, no para expresar titularidad *mortis causa* como sucesor universal de activos y pasivos. A mi parecer, el artículo 842 hay que leerlo de la siguiente manera: la renuncia a la herencia no exime al legitimario de devolver lo recibido en cuanto exceda la porción disponible del causante. Puede haber así, perfectamente, el caso de un legitimario renunciante a la herencia que en virtud de donaciones recibidas de su causante tenga por legítima imputable a la porción libre más de lo que le hubiera tocado como heredero.

Aparte de lo anterior, al planteamiento que equipara legitimario con heredero se le pueden formular algunas otras objeciones. En primer lugar, que el título del legitimario es un título legal para llegar a suceder hereditariamente a título universal sólo si la legítima no ha sido cubierta con donación o legado. En realidad, y nótese la importancia del asunto, el «forzoso» testamentariamente preterido o afectado que no tiene la cuota legítima que le toca, sólo llegará a ser heredero cuando obtenga su cuota por las acciones de preterición (art. 806 del Código Civil) o de menoscabo (art. 807 del Código Civil), por lo que el plazo para aceptar la herencia sólo podría ser desde la sentencia que le reconozca el derecho legítimo faltante que debe ser cubierto con porción hereditaria.

En segundo lugar, como se ha indicado, no siempre el legitimario es heredero en el sentido de participar de una parte alícuota de los activos y pasivos de la herencia, porque puede ya haber recibido su legítima por acto *inter vivos*, o porque no habiendo bien alguno en la herencia -pues se dedicaron a pagar los pasivos- puede reclamar de otro forzoso que sí haya recibido anticipo que le pague su cuota proporcional, obviamente no con bienes de la herencia, porque el anticipado tiene la facultad de colacionar valor (art. 833 del Código Civil).

En tercer lugar, que no siempre la legítima se computa como parte alícuota de la herencia. Quiero decir, aunque la legítima sea un porcentaje, este porcentaje no precisa recaer sobre parte alícuota de todos los bienes relictos, sino que puede expresarse en un bien concreto cuyo equivalente sea suficiente o pueda ser completado hasta por el monto de lo que por legítima correspondería.

En cuarto lugar, que por ninguna parte del Código hay norma que impida designar como único heredero a quien no sea legitimario, con tal que al hacerlo así, las legítimas se encuentren satisfechas, bien sólo por donaciones en vida del causante, bien con donaciones más legados. En otras palabras, quien ya haya cumplido de otra forma con sus legitimarios puede nombrar heredero a quien le plazca, sin estar obligado a instituir como herederos a los «herederos forzosos»⁽²⁶⁾.



En quinto lugar, que los derechos de habitación y de usufructo viudal (así, y no viudal) que regulan los artículos 731 y 732 del Código, aunque sean de naturaleza sucesoria porque surgen *mortis causa*, no son propiamente parte de la herencia, pues no existían, en sentido estricto, en el patrimonio del causante. De manera tal que, generalizando, el usufructo o el derecho de habitación, no son posiciones jurídicas patrimoniales que el causante tuviera constituidas.

3.1.2 El legitimario es condómino, no heredero. Con arreglo a esta teoría, que comúnmente se califica de participación *pars bonorum* o participación a los bienes relictos, el legitimario es condómino de los bienes, pero no heredero de ellos. Lo cual quiere decir que, propiamente, no hay sucesión universal respecto de ellos, sino que la legítima es un simple derecho a obtener la titularidad de unos bienes cuando se hayan pagado los pasivos hereditarios. Obviamente, no habrá legítima

(26) En contra, CASTAÑEDA, J.E. Op. cit., Tomo II, pág. 51: «la existencia de legitimarios excluye a otros herederos testamentarios».

alguna, aunque sí derecho hereditario, cuando el heredero acepta la herencia sin limitación de responsabilidad y el pasivo excede del activo.

Esta corriente de opinión difiere, pues, fuertemente de la anterior, porque mientras que si el legitimario es heredero universal responde por las obligaciones del causante (con o sin responsabilidad limitada), cuando se lo califica como simple adquirente de bienes percibirá la legítima con el saldo neto. La variaciones de esta corriente permiten que la legítima pueda ser cubierta de otra manera que no sea necesariamente en especie con los propios bienes que estaban en la herencia.

3.1.3 *El legitimario es acreedor del heredero.* Conforme a esta posición, propia del sistema alemán (art. 2303 BGB), el familiar (que nuestra ley denomina forzoso) que no haya sido incluido en el testamento puede reclamar a los herederos que sí hayan sido nombrados un cuota legalmente prefijada.

En otras palabras, la legítima no es ni derecho a la herencia, ni a los bienes mismos que la constituyen, sino simplemente un crédito contra el heredero, cuyo importe la ley determina.

Definitivamente, es corriente muy ajena a nuestro sistema.

3.1.4 *El legitimario es acreedor de la herencia.* Puede resumirse señalando que, bajo esta óptica⁽²⁷⁾, el legitimario no tiene derecho a bienes, sino a valor realizable con los bienes hereditarios. El patrimonio hereditario responde así por el *quantum* a que deba alcanzar la cuota legitimaria. Los bienes relictos garantizan el cumplimiento de la obligación de percibir por legítima y, por cierto, ese valor puede ser pagado con bienes o en dinero por el valor de los bienes.

Una conclusión puede extraerse de todo lo anterior: que el derecho legitimario no se tiene por ser heredero, sino por ser familiar en el grado sanguíneo que la ley señala (lo que no quita el ejercicio de ciertas potestades, como aceptar o renunciar, pedir inventario, etc.). A la inversa, que como primero se es legitimario, para satisfacer la legítima puede en ocasiones ser necesario llegar a ser heredero, esto es sucesor en el *universum* del causante, aunque obviamente las causales que impiden suceder (indignidad, por ejemplo) también obstan la legítima, dejando a salvo lo ya recibido por anticipo, que en realidad queda como donación si hubo dispensa

de colación porque en este caso no hay imputación a legítima. Es la cuota legitimaria, en su valor económico, lo que prevalece; la ley quiere que ese valor llegue al legitimario determinado con referencia a la muerte del causante, pero sin importar significativamente el título (heredero, legatario, donatario) con que se obtenga. En materia legitimaria a la ley le interesan los efectos económicos más que la vía a través de la cual se alcanzan esos efectos.

3.2 La legítima como porción de bienes no disponible.

Determinado que la legítima, en cuanto contenido, no necesariamente es parte de la herencia, o sea, no es una cuota o parte alícuota de la masa que el causante deja al fallecer, sino cuota sobre patrimonio ideal mayor a la herencia relictas, examinemos el otro enunciado del artículo 723: restricción de libre disponibilidad de la herencia cuando el testador tiene herederos forzosos, a saber, descendientes, ascendientes o cónyuge. Los artículos 724 y siguientes identifican la legítima con un porcentaje de los bienes de la herencia (es decir, no con la herencia en su conjunto de activos más pasivos, sino solamente los bienes).

El aserto del artículo 723, esto es, la restricción a la libre disponibilidad, no es rigurosamente exacto. Como regla de principio, el testador puede perfectamente disponer sin limitación alguna. La esencia de la legítima no está en la restricción dispositiva por vía de testamento para que el testador imperativamente reserve o aparte cierto porcentaje (pues de lo contrario la legítima podría ser vulnerada con donaciones y ausencia de testamento). La esencia, más bien, consiste en la atribución de un *quantum* legal del que los legitimarios no pueden quedar desprovistos. Esto es tanto como decir que toda persona, aunque tenga legitimarios (no estaría bien decir herederos forzosos, porque en rigor nadie es heredero ni hereda hasta que su causante muera) puede disponer libremente **siempre que** con los efectos de la disposición no se lesione la legítima⁽²⁸⁾. Lo que a mi manera de ver quiere la ley no es prohibir actos de disposición, sino actos cuyo resultado económico final —que se sabrá al abrirse la sucesión— sea la afectación lesiva de la legítima. Si se lesiona, la ley actúa sobre la voluntad testamentaria (o sobre la voluntad de las

(27) De esta opinión, CASTAÑEDA, J.E. Op. cit., Tomo II, pág. 53: «En realidad, el legitimario es un acreedor que sólo tiene la facultad de hacer efectivo su crédito a la muerte del causante».

(28) ROCA SASTRE, R. «Naturaleza jurídica de la legítima». En: Revista de Derecho Privado. Marzo, 1944, pág. 194.

donaciones) para reconducir las disposiciones y distribuciones de forma que la cuota legitimaria quede cubierta. La legítima, por lo demás, no se calcula sobre el patrimonio del testador al momento de hacer el testamento, que sería el momento de aplicar la limitación a la capacidad dispositiva, sino sobre un patrimonio ficticio (no sólo el de la herencia) que exista al momento de la muerte, instante en el cual el testamento, si lo hubo, adquiere eficacia jurídica. Y se considera como patrimonio calculable para la legítima no sólo el que el causante deja, sino todo aquello que hubiera transferido a título gratuito, exceptuando, desde luego, liberalidades pequeñas.

Imagínese, por ejemplo, un testamento en el cual su autor omite mencionar a su esposa e hijo e instituye como legatarios a sus dos hermanos, a quienes les deja sendos inmuebles, únicas propiedades del testador al momento de confeccionar el testamento. No queda duda que en ese momento, se configura formalmente un caso de preterición testamentaria: el testador ha dispuesto de su patrimonio sin instituir como herederos a sus «herederos forzosos»; en el caso propuesto procediendo en desfavor de los forzosos y en beneficio de otros ha dispuesto en exceso de lo objetivamente permitido. Años después, sin embargo, la misma persona adquiere importante fortuna y fallece sin haber cambiado el testamento. ¿Serán inválidas las disposiciones de éste, pese a que cuando dispuso tales legados lo hizo en más del tercio libre? Sin duda que no, porque el patrimonio restante que deja al fallecer será suficiente para cubrir la legítima de los «forzosos».

Otro ejemplo: que el testador disponga de todos sus bienes en favor de obras de caridad, siendo el valor de los mismos muy inferior a lo que en vida haya donado a sus «forzosos». De modo que tales «forzosos» han recibido ya, anteladamente y con creces, la respectiva legítima. La disposición total de los bienes para obras de caridad por vía de testamento será, entonces, perfectamente válida, aunque a los «forzosos» no se les haya mencionado y nada se les haya dejado.

Sólo son ejemplos entre varios, como botones de muestra que la restricción a la disponibilidad del patrimonio no es característica esencial de la legítima.

Así, pues, más que sobre la característica de no disponibilidad que constituye el aspecto de aplicación negativa, puede decirse de alguna manera que la legítima se expresa también en el sentido positivo de ser una porción, una fracción de un conjunto patrimonial, que la ley impone en favor del legitimario del causante,

con prescindencia de si la sucesión es testada o intestada.

Y el segundo aserto, esto es, la asimilación de la legítima a dos tercios o la mitad de los bienes hereditarios es, si cabe, menos afortunada aún. Tal como está regulada nuestra legítima, según tendremos ocasión de ver en las líneas venideras (y ya se ha visto algo en las anteriores) no es en rigor porción de bienes relictos (o sea, los que se dejan al morir), porque no se representa en una cosa o cantidad concreta⁽²⁹⁾, sino en una proporción en referencia a ellos, aunque normalmente (si bien que no indispensablemente) la legítima se haga efectiva con los bienes en especie que hayan quedado después de pagadas las deudas. La alusión legal a bienes sin particular precisión es, por tanto, imperfecta y confusa por varias razones a las que seguidamente me refiero.

La primera, porque la herencia no sólo se compone de bienes, sino también de derechos, como anuncia el artículo 660. Al legislar hay que guardar coherencia. La segunda, acaso la más importante, es porque al identificar legítima sólo con bienes se corre el riesgo, no poco grave, de excluir la legítima del sistema sucesorio. Si el legitimario es, según el artículo 723, heredero forzoso, por el sólo hecho de serlo no sólo debiera heredar bienes y derechos; también se sucede en obligaciones, de manera que pregonar la intangibilidad absoluta de la legítima y restringirla sólo a bienes hereditarios parecería decir que solamente responden por los pasivos los bienes no asignados a la legítima y que por lo tanto sólo responderían los bienes de la parte de libre disponibilidad. La tercera es que la herencia *stricto sensu* puede no contener bienes (o créditos), y sin embargo haberse pagado la legítima con donaciones en vida o con legado (claro, si éste es insuficiente, habrá que completar la fracción restante de legítima con los bienes de la herencia que queden después de pagadas las deudas). La cuarta es que si la legítima tuviera que expresarse o hacerse efectiva ineludiblemente de manera alícuota sobre el universo de bienes del caudal hereditario, quedaría obstaculizada la institución de legado o de heredero en cosa cierta.

Nuestra ley confunde así, al menos en el plano descriptivo de estos artículos, la base de cálculo de la legítima, que no se cifra sólo en los bienes de la herencia, sino en caudal hereditario total, menos obligaciones del causante, más caudal donado. Y mientras que en el artículo 723 nos dice que la legítima es parte de la herencia (o sea, activo y pasivo), en los siguientes se nos dice que es parte sobre bienes, y ni siquiera parte sobre el valor de los bienes.

(29) CASTAÑEDA, J.E. Op. cit., Tomo II, pág. 53.

A efectos de coherencia, en resumen, no queda sino partir de la relatividad de la postulación legal. Relatividad en virtud de la cual los textos legales no deben ser tomados literalmente. Por esta relatividad, debe entenderse que un cierto porcentaje de los bienes transmitidos con la herencia están afectados a pagar las legítimas (después, por cierto después de pagadas las cargas –art. 869 del Código Civil– y las obligaciones)⁽³⁰⁾. Digo afectados, es decir, de alguna manera «reservados», lo que no quiere decir que forzosamente ellos «sean» la legítima, ni tampoco significa que ineludiblemente exactamente unos bienes concretos hayan quedado separados para ser deferidos por la ley a los «forzosos». En otras palabras, la alusión legal a bienes no debe entenderse como referido a un derecho que en todos los casos otorgue a los legitimarios propiedad sobre los bienes mismos o un derecho a cobrarse única e imperiosamente con ellos. Con más exactitud, hemos de considerar que el interés primario del legislador es verdaderamente aludir a un porcentaje del valor de bienes hereditarios, como medio de realización efectiva de la legítima en cuanto no haya sido satisfecha de otro modo. El contenido de la legítima, en suma, no es necesariamente (aunque puede serlo) ni bienes concretos, ni porción alícuota de ellos, ni sobre bienes de la herencia, sino simplemente participación en el patrimonio del causante, midiéndose este patrimonio con criterios distintos al del caudal relicto por herencia, o sea, al del haber hereditario propiamente dicho, porque tiene en cuenta, además del valor de los bienes, el de las donaciones y el de los legados. Por cierto, y en eso no hay discusión, luego de pagadas las obligaciones transmitidas y las cargas que se originan por la muerte, los bienes dejados por el *de cuius* están primariamente a ser transmitidos en propiedad a los legitimarios para que éstos se cobren en especie con ellos y sólo de modo excepcional de otra manera.

En el fondo, lo más escueto que puede decirse es que, en efecto, la legítima es una medida que toma el valor de los bienes dejados por el fallecido como uno de los factores de medición. Criterio de medida que se hace particularmente ostensible: a) para calcular el valor de las donaciones, en cuanto puedan afectar la legítima, y esta expresión «medida» se emplea en el artículo 1629 del Código Civil; b) cuando se utiliza como elemento para contabilizar y determinar los derechos del cónyuge viudo (arts. 731 y 732), aunque

pueda en cierto grado ser discutible que en estos casos el viudo llegue a ser formalmente heredero, si no recibe bienes en propiedad.

3.3 El legitimario como heredero «forzoso».

De la lectura de los preceptos pareciera que los legitimarios han de ser, inevitable, ineludible y forzosamente herederos. La literalidad normativa sugiere indirectamente, lo que no creo que sea correcto, una modalidad de sucesión con vocación hereditaria imperativa⁽³¹⁾ distinta a la testamentaria y a la intestada, por la que se transmite sucesoriamente a los legitimarios y de modo directo la propiedad de una cuota de bienes. O, ya que la regulación de las legítimas ha sido situada en sede testamentaria, las normas sugerirían que forzosamente todo testamento tendría que tener institución de heredero al legitimario, lo que no fluye por ninguna parte de nuestros textos legales y que, además tornaría inválido el testamento en el cual el testador se haya limitado a disponer, por ejemplo, de una mínima parte de su patrimonio a título de legado.

“...la legítima es una parte del patrimonio líquido del causante -no del testador, porque también se aplica como criterio regulador aunque haya sucesión intestada-...”

Pese a la robustez preceptiva de la norma del artículo 723 mirada autónomamente, tal planteamiento de sucesión hereditaria forzosa es inexacto cuando se concuerda con el resto de la disciplina sucesoria. O, dicho con más rectitud, no siempre es exacto. Hay una

(30) Pero, como acertadamente expresa TRABUCCII, A. Op. cit., Tomo II, pág. 425, los débitos de la herencia repercuten sobre el legitimario no porque repercutan sobre cualquier heredero obligado a pagar los pasivos con los activos, sino porque se descuentan a los efectos de calcular el *quantum* total de la legítima.

(31) Tal es, textualmente, la tesis de CASTAÑEDA, J.E. Op. cit., Tomo II, pág. 51.

indebida asimilación entre heredero y legitimario, debida, sin duda, a dos circunstancias. La primera es que por lo menos desde nuestro Código de 1852 (artículos 697 y ss.) ambas palabras se emplean de manera conjunta⁽³²⁾, pero eso no debe significar que el testador esté constreñido a instituir a su legitimario como heredero, ni significa que el legitimario siempre llegue a heredar a su causante como sucesor universal de las posiciones jurídicas existentes al momento de la muerte. Lo de heredero «forzoso» es, pues, una forma expresiva que lo único que quiere denotar es que por vía testamentaria (sumada a donaciones) no pueden establecerse disposiciones conducentes a la privación de la legítima, pero sin que ello obligue a que todo legitimario sea efectivamente heredero (porque nada impide pagar la legítima con legado o con bienes extrahereditarios). La segunda circunstancia es que lo normal y frecuente es que el legitimario efectivamente sea también heredero. Pero el que así sea ordinariamente, no significa que así deba ser siempre; y por lo tanto, no significa que ambas situaciones coincidan.

En efecto, si heredero es aquel que sucede a título universal en el caudal relicto, dicho heredero puede ser legitimario como puede no serlo. Y viceversa, aunque el legitimario tenga vocación hereditaria puede que no llegue a ser heredero porque ha recibido donaciones en vida que obviamente no formaban parte del patrimonio del causante cuando éste fallece, pero que se computan para la legítima, como porque la legítima puede satisfacerse a título de legado, como porque cuando no ha sido pagada de otra manera, puede eventualmente obtenerse con bienes distintos a los de la herencia misma, y tal es el caso cuando un sucesor (heredero o legatario) compensa al legitimario con lo que éste tiene derecho y la compensación se hace con bienes extrahereditarios. O, por último, el legitimario no será heredero «forzoso» porque nada le impide renunciar a la herencia y quedarse como donatario de la liberalidad que su causante le hubiera donado (siempre que al hacerlo no perjudique a otro legitimario).

Pese a la denominación de heredero forzoso que la ley asigna, no existe deber formal alguno de instituir al legitimario con el título de heredero⁽³³⁾, pues a la postre la última razón del ordenamiento y lo que se quiere es que el legitimario, por ser familiar, acceda a un *quantum* porcentual, pero no indispensablemente a tí-

tulo de heredero conferido por el testador. Ciertamente, insisto, que normalmente el legitimario cobra su cuota con bienes que estaban en el patrimonio del causante cuando éste fallece y que por ende son los bienes que se transmiten por herencia. Pero siendo esto lo normal, tampoco está prohibido, y sí implícitamente permitido, que el pago de la legítima se haga en y con bienes no existentes en el patrimonio del causante a la fecha de su muerte y que por tanto que no son materia de transmisión sucesoria como formando parte de la masa hereditaria.

La denominación de «forzoso» no es, en definitiva, ni una herencia impuesta, ni una forzosa obligación de instituir al legitimario con título de heredero. Forzoso equivale, ni más ni menos, a derecho legal a una cierta porción de la fortuna del causante y esta porción se calcula tomando en consideración la herencia relicta, pero no solamente ella, ni recae exclusivamente sobre ella.

4. ESBOZO DE UNA DEFINICIÓN.

Atendiendo a todo lo anterior, ¿qué es, entonces, la legítima? La respuesta a la pregunta se entenderá mejor cuando se explique y se comprenda cómo se calcula el *quantum* de la legítima. Pero con carácter general y a título de adelanto puede indicarse que es simplemente atribución legal consistente en derecho a participar en un monto proporcional del valor del patrimonio neto relicto, más el valor del patrimonio donado. Este monto proporcional es una cierta cantidad ideal que la ley considera que debe transmitirse (o haberse transmitido) a los familiares que llama como forzosos, y que si no se ha percibido previamente de otro modo, debe concretarse preferentemente en bienes hereditarios por un valor que cubra la legítima.

Determinado esto, resulta evidente que la legítima no es propiamente, como puede inducir a pensarlo su lugar de ubicación en el Código, una figura propia del régimen testamentario. La legítima es, en rigor, un derecho en favor de ciertos parientes que (salvo los casos excepcionales de desheredación o de indignidad) se expresa normalmente en una participación determinada de la herencia (principalmente cuantitativa, aunque con matices de intangibilidad cualitativa). Pero participación a la que se es llamado no por delación

(32) Y nuestro Código de 1852 lo tomó muy posiblemente del Proyecto de Código Civil español de 1851.

(33) Dice GARCÍA CALDERÓN, F. Diccionario de la Legislación Peruana. 2ª edición. Tomo II. París, 1879, pág. 1059, refiriéndose a los forzosos, que «el derecho de estos herederos es tan eficaz, que si el testador muere intestado, o si no hace mención a ellos en el testamento, reciben sin embargo la herencia».

testamentaria, ni tampoco por delación sucesoria legal, sino atribución que la ley destina en favor de ciertos parientes, aunque no haya testamento (si, por ejemplo, al abrirse sucesión *ab intestato*, se descubre que uno de los hijos ha sido favorecido con más de lo que, a su vez, al testador le estaba vedado), o, si es el caso, aunque no haya habido declaración judicial de herederos. Quiero decir: el legitimario tiene derecho porque la ley se lo confiere, no porque lo llame sucesoralmente; sólo se accederá a la sucesión a título de heredero y para cobrarse con bienes hereditarios cuando la legítima no haya sido satisfecha de otra manera.

Dicho a la inversa, en sede testamentaria la legítima se expresa en sentido negativo: prohibición de no privar de la cuota legitimaria. Como indica Barbero, la legítima no es tanto un derecho a recibir por testamento, sino una cuota patrimonial que opera incluso contra la voluntad que el testamento exprese⁽³⁴⁾, si bien precisando que el testamento no es el único medio para lesionar la legítima⁽³⁵⁾.

Y en sede de sucesión intestada total o parcial la legítima que la ley confiere actúa como elemento que permite restablecer equivalencias cuando pueda haber quedado menoscabada por donaciones o gravámenes extratestamentarios.

Visto lo anterior, el espectro actuante de la legítima puede condensarse muy apretadamente en lo siguiente:

- a) En la sucesión testada, supuesta la validez del testamento, la legítima opera como mecanismo límite, en el sentido de impedir que con disposiciones testamentarias, o con ellas sumadas a donaciones previas, se exceda el testador de ciertos topes en favor de no legitimarios.
- b) En la sucesión intestada, cuando el legitimario no ha recibido en vida del causante y de éste, donaciones cuyo valor sea por lo menos equivalente al de la cuota legitimaria.
- c) En la sucesión intestada que complete la testada, cuando el testador no ha dispuesto de todos sus

bienes y cuando lo que en vida o por el testamento lo atribuido al legitimario es insuficiente.

5. LEGÍTIMA Y LEGITIMARIO.

Todo lo dicho previamente sobre distinción conceptual entre heredero y legitimario no significa en modo alguno que haya incompatibilidad entre ambos títulos, y sí más bien posible coexistencia de situaciones.

De hecho, en los casos que el legitimario sea heredero se comporta como tal sin otra característica que poder defender el mínimo de su cuota legal. Aparte de ello su responsabilidad por las obligaciones del causante no experimenta la más mínima modificación⁽³⁶⁾. Y, por lo mismo, como la legítima puede ser más amplia que la herencia propiamente dicha, la cuantía correspondiente puede quedar totalmente absorbida por el pasivo hereditario, de modo que por muy legitimario que se sea el monto legitimario en concreto puede desaparecer.

García Valdecasas⁽³⁷⁾ expone con acierto que aunque la legítima tenga criterios propios de cálculo, distintos a los de la masa hereditaria, ello es con el propósito de determinar su *quantum*, no para excluir al legitimario de sus deberes hereditarios cuando tenga tal calidad.

6. LEGÍTIMA COLECTIVA Y LEGÍTIMA INDIVIDUAL. LA MEJORA.

La distinción carece actualmente de utilidad en nuestro Derecho, como consecuencia de haber suprimido el Código de 1984 la institución de las mejoras que contemplaba el Código anterior⁽³⁸⁾.

No es este lugar apropiado para alabar o censurar la supresión (yo me inclino por lo segundo), sino solamente para señalar que en aquellas legislaciones que admiten la mejora se conoce como legítima colectiva la parte «reservada» (o sea, dos tercios o mitad), y como legítima individual aquella participación mínima

(34) BARBERO, D. Sistema..., Tomo V, pág. 215.

(35) Pues como expone MESSINEO, F. Op. cit., Tomo VII, pág. 194: «la sucesión de los legitimarios es sucesión contra la voluntad del testador, aun cuando él haya vulnerado la reserva con actos entre vivos anteriores y diversos del testamento, que hayan tenido (o sea en realidad susceptibles de tener) efecto, o sea mediante donaciones».

(36) DE LA CAMARA ÁLVAREZ, M. Op. cit., pág. 181.

(37) GARCIA VALDECASAS, G. En: RDP, Noviembre de 1963, pág. 962. Hay que destacar, sin embargo, que este autor propugna, como Cicu y Barbero en Italia, una diferencia entre cuota de legítima y cuota de reserva testamentaria, sobre la cual asienta las premisas de su desarrollo conceptual, no necesariamente trasladable a nuestro sistema.

(38) Sobre el tema en doctrina nacional, particularmente por sus apuntes sobre las razones de la supresión en el Código de 1984, véase: FERRERO, A. Op. cit., Tomo V, Vol. II, págs. 557 y ss.

que la ley señala, y que en nuestro caso el Código de 1936 (art. 708) estimaba señalando que el haber del mejorado no podía exceder del doble del no mejorado.

7. CÁLCULO E IMPUTACIÓN DE LA LEGÍTIMA.

7.1 Cálculo o determinación.

Por la defectuosa redacción de nuestras normas puede considerarse que el contenido de la legítima está dado por una parte de la herencia (art. 723), o por una parte de los bienes que conforman el activo de la misma (arts. 725, 726 y 727).

Ni una cosa ni otra. Antes de los legitimarios están los acreedores del causante y, de alguna manera, los alimentistas a que alude el artículo 728. Y, por cierto, la legítima total tampoco es la suma de las cuotas individuales de legítimas que a cada legitimario tocara por sucesión intestada, como erróneamente señala el artículo 729.

Lanatta expresa⁽³⁹⁾ que «en nuestro derecho esta parte [o sea, la legítima] se determina deduciendo de la masa hereditaria total, las cargas y deudas de la herencia y los gananciales del cónyuge sobreviviente, y agregando el valor de los bienes colacionables, si los hubiere». Aunque aproximada, no me parece exacta, principalmente por aludir a gananciales del cónyuge sobreviviente, que obviamente no forman parte de la herencia porque no son del causante, como por referirse a bienes colacionables, como si los no colacionables debieran excluirse.

Por su parte, Castañeda piensa que las legítimas solamente inciden sobre el activo⁽⁴⁰⁾, aunque más adelante señala correctamente que no habrá legítima material si las deudas superan el caudal hereditario⁽⁴¹⁾.

Pese al silencio de nuestro ordenamiento, un examen orgánico del mismo obliga a concluir que la masa global sobre la cual se calcula la totalidad de la porción legitimaria es, resumidamente, la siguiente: el

valor de **todo el activo** transmitido, menos el valor de **todo el pasivo** transmitido, más el valor de las donaciones.

Y al decir lo anterior creo que queda en evidencia que la legítima no es una parte alícuota de la herencia (aunque pueda ser cobrada con bienes de la herencia), sino una cuota que se fija sobre el valor neto de lo relicto (activo menos pasivo) más las donaciones.

Se trata, pues, de una operación contable. Primero se contabiliza lo que deba agregarse como haber hereditario, seguidamente lo que deba detrarse y luego añadir las donaciones⁽⁴²⁾. De la cifra que resulte, un determinado porcentaje (dos tercios o mitad) es el valor del caudal legitimario, aunque la legítima no llegue a cobrarse con los componentes de ese caudal.

a. Respecto del activo hay que tener en cuenta varias cosas: su consistencia, su valorización y el momento de la misma.

Tocante a consistencia del activo, incluye en él todo aquello que sea susceptible de transmitirse sucesoriamente por estar en el patrimonio (incluso eventual) del causante. Por lo tanto, no solamente incluye bienes, sino también créditos⁽⁴³⁾ y derechos que el testador hubiera podido ejercer (por ejemplo, aceptación de otra herencia). En la suma de los bienes del activo deben incluirse, por cierto, los asignados a título de legado.

Respecto de su valorización pueden existir problemas prácticos, principalmente por los criterios a emplearse y eventual disparidad de opiniones sobre la exactitud de valor, pero legalmente no existe ninguna pauta.

Concerniente al momento de la valorización también el ordenamiento guarda silencio, pero si en materia de colación y de donaciones se ha establecido (arts. 833, 1629 y 1645) que el momento sea el de la apertura de la sucesión, el mismo principio debe considerarse para el activo hereditario⁽⁴⁴⁾. A pesar de tal principio, no debe dejarse de reconocer que se presta a

(39) LANATTA, R. E. Exposición..., pág. 64.

(40) CASTAÑEDA, J.E. Derecho..., Tomo II, pág. 53.

(41) Ibidem, pág. 54.

(42) El orden debe necesariamente ser ese, porque obviamente los acreedores del causante no pueden pretender obtener el cobro de su crédito con lo que dicho causante hubiera donado y que por ende ya no era de propiedad del causante. Véanse los ejemplos en BARBERO, D. Op. cit., Tomo V, págs. 220-221.

(43) MESSINEO, F. Op. cit., Tomo VII, pág. 218, estima que los créditos sujetos a condición suspensiva, los inejecutables, o los de dudosa ejecutabilidad, no deben agregarse al cálculo, debiendo solamente incorporarse si llegan a cobrarse. Comparto su parecer respecto de los condicionados, pero no sobre los otros, principalmente porque podría darse el caso de tener que estar haciendo recálculos con frecuencia.

(44) Del mismo criterio es BORDA, G. Op. cit., pág. 335.

controversia, porque durante el período de indivisión puede haber vicisitudes en los bienes (por obsolescencia, por ejemplo) como consecuencia de lo cual acaso un legitimario que recibió parte de su legítima como anticipo de herencia termine en mejor situación que otro que no recibió anticipo y que, aunque igual en teoría, recibe en la partición bienes desvalorados.

b. En lo que toca al pasivo, se consideran en él para calcular la legítima todas las obligaciones que el causante transmita a sus sucesores. Obviamente obligaciones exigibles, no obligaciones naturales⁽⁴⁵⁾.

“La legítima es, en rigor, un derecho en favor de ciertos parientes que (salvo los casos excepcionales de desheredación o de indignidad) se expresa normalmente en una participación determinada de la herencia...”

Los artículos 869 y 870 del Código se refieren a las cargas de la herencia y podría surgir la duda de si se agregan o no a la legítima. Salvo el caso del inciso 2 del artículo 869, o sea gastos de última enfermedad que hayan quedado impagos, estimo que los demás no deben ser computables, porque surgen como consecuencia del deceso y por lo tanto no constituyen pasivo transmitido. Son obligaciones, cierto, que se pagan con los bienes hereditarios, pero también es cierto que tales obligaciones no eran del difunto, sino que aparecen o se devengan a raíz de su muerte.

c. Respecto de las donaciones, ya ha quedado

señalado que deben computarse todas, tanto si son colacionables como si no lo son.

7.2 Imputación.

Después de efectuado el cálculo contable del *quantum* legitimario, debe efectuarse la distribución o imputación, de manera que los legados y las donaciones se agrupen dentro de la parte de libre disposición.

Con esta parte de libre disposición (que, insisto, se cuantifica después de la muerte) el causante pudo haber realizado en vida o con disposiciones testamentarias las atribuciones patrimoniales que hubiera deseado. En cuanto excedan de esa porción, dichas atribuciones están expuestas a reducción. No significa una invalidez o ineficacia automática, sino que en cuanto puedan afectar el derecho de uno o más legitimarios, a instancia de éstos puede solicitarse su reducción o supresión en cuanto sea menester para cubrir la legítima del legitimario afectado.

Naturalmente, como ya se ha explicado, con la parte disponible el causante puede haber establecido liberalidad en favor de cualquier legitimario, sea a título de legado, sea a título de donación en vida. En estos casos, sin embargo, las liberalidades así recibidas se imputan a cuenta de la legítima respectiva cuando el heredero legitimario no haya recibido su cuota completa.

La legítima debe cobrarse prioritariamente con el haber hereditario. Si éste es insuficiente, si el legitimario no ha recibido donaciones o legados pero sí hay legados a extraños, deben reducirse éstos a prorrata (salvo que el testador haya establecido un orden)⁽⁴⁶⁾ hasta donde sea necesario, y por último se reducirán las donaciones excesivas en cuanto fuera necesario para pagar las legítimas. Es lógica la reducción de los legados antes que las donaciones, tanto porque éstas son más antiguas como porque, según dice Borda⁽⁴⁷⁾, entre un derecho ya adquirido y una expectativa de legado, la ley debe preferir lo primero para dar la seguridad posible a los donatarios adquirentes de buena fe.

Si bien esa es la regla general, puede haber excepciones de forma que la liberalidad en favor del legitimario no se tome del haber hereditario «forzoso», sino de la porción disponible. Así, por ejemplo, cuando

(45) LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. Op. cit., pág. 508.

(46) Debe ser a prorrata (salvo otra disposición del testador), porque nuestro legislador no ha incorporado un orden de preferencias, como sí lo hacen, por ejemplo, el Código argentino (art. 3795) y el español (art. 887).

(47) BORDA, G. Op. cit., pág. 343.

el testador haya imputado un legado en sustitución o a cuenta de la legítima, cuando haya donación con dispensa de colación, o cuando el legitimario renuncie a la herencia.

Agregadas las donaciones al cálculo general, su modo de aplicación es el siguiente:

– Las donaciones efectuadas a los legitimarios, aunque se agreguen idealmente para los efectos de calcular el monto total de legítima, se imputan primero a cuenta de pago de la legítima del «forzoso» y el eventual exceso de su cuota a la parte disponible. La razón, como explica concisamente Santos Briz⁽⁴⁸⁾, es para evitar que las donaciones a extraños que por sí solas no excederían de la parte libremente disponible, se vean afectadas al incluir también en la misma parte las efectuadas en favor de legitimarios. Es decir, que unidas las donaciones a legitimarios y a terceros no quepan en la parte libre, motivo por el cual las primeras deben imputarse a pago de legítima antes que al tercio o mitad libre. Al hacer la donación, o en el testamento, o en otro instrumento público el donante (anticipante) puede exonerar expresamente al donatario del deber de computar lo donado como parte de la herencia forzosa repartible (o sea la parte «no disponible»), lo que le está permitido dentro de la parte de libre disposición (arts. 831 y 832 del Código Civil), caso en el cual el legitimario puede no llegar a ser nunca sucesor universal *mortis causa*, si renuncia a la herencia y lo donado cubre su legítima. Si la donación es colacionable, el bien o su valor (art. 833) se considera dentro del conjunto computable para el reparto entre los «forzosos»; cuando no es colacionable se considera dentro de la parte libre.

- Las donaciones en favor de no legitimarios se atribuyen al porcentaje (tercio o mitad) de libre disposición.

8. LA DEFENSA DE LA LEGÍTIMA. LA DONACIÓN EN EXCESO (ARTÍCULOS 1629 Y 1645 DEL CÓDIGO CIVIL).

Nuestra legislación, además de parca, es desordenada.

8.1 Las acciones de preterición y de reducción.

No es este el lugar apropiado para aludir a los artículos 733, 806 y 807 como medidas de defensa de la legítima. Pero de momento no conviene dejar de apuntar, especialmente respecto de las acciones llamadas de

caducidad testamentaria a que se refieren los artículos 806 y 807, que originan «invalidez» del derecho de quien ha sido instituido heredero en desmedro del legitimario. Parece nuestra ley, en el artículo 806, inclinarse por el carácter de heredero del legitimario, aunque solamente, por cierto, desde que prospere la acción de preterición y con efectos retroactivos a la fecha de óbito del causante; triunfante la acción el forzoso asume la calidad de heredero y el que indebidamente era tal se convierte en legatario. No dice que se anula la disposición, pero el efecto final es el mismo en el sentido que el efecto definitivo de la disposición está supeditado a que un legitimario no lo impugne por afectación de su derecho. El testamento en el que hay preterición o menoscabo de la legítima no es nulo *ipso jure* para borrar al indebido heredero, lo que significa que el legitimario, aunque la ley le asigne carácter de forzoso, sólo adquirirá derecho hereditario porque es legitimario y cuando haga decaer el título del otro que le permita acceder a la herencia para con ella cobrarse la legítima.

Pero en el artículo 807, que es la acción de complemento (y de correlativa reducción para el donatario), no alude para nada a la calidad de heredero del forzoso, como asumiendo que puede no serlo y simplemente, con el complemento, queda satisfecha su legítima sin adquirir formalmente título hereditario.

8.2 Las donaciones inoficiosas. Generalidades.

Dejando de lado la preterición y el menoscabo, por su íntima relación con el artículo 723 ahora solamente quiero apuntar algunos comentarios con relación al artículo 1629 del Código y la imputación de las donaciones a la parte de libre disposición.

El precepto 1629 citado establece: a) la limitación de dar por donación más de lo que puede darse por testamento, b) la invalidez de todo lo que exceda esta medida y c) que el exceso se regula por el valor que lo donado tenga o debiera tener al momento de la muerte del donante.

Por lo tanto, aunque el artículo 1629 sea asunto de donaciones, no puede dejarse de lado al estudiar el contenido de las legítimas. No hay entre uno y otro tema un diafragma que los separe; antes bien, la influencia es recíproca.

El numeral 1629, como bien expresa Arias Schreiber⁽⁴⁹⁾, está destinado a salvaguardar los derechos de los herederos forzosos, de modo que hay que explicarlo bajo el cristal legitimario. Veamos.

(48) SANTOS BRIZ, J. Derecho Civil. Tomo VI, pág. 579.

(49) ARIAS SCHREIBER, M. Op. cit., Tomo II, pág. 110.

8.2.1 *Limitación de dar por donación más de lo que puede darse por testamento.* La redacción textual es que «nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede disponer por testamento». Lo que quiere decir el 1629, en concordancia con los artículos 723 y siguientes, es que no puede donarse en porcentaje superior al de libre disposición, en caso de existir herederos forzosos. Donación, se entiende, tanto a quien tenga vocación de legitimario como a un tercero.

Pero al decir esto la regla legal, el lector suspiroz advertirá que deja una laguna: quien no tiene herederos forzosos al momento de donar ¿puede donar lo que le plazca? O, si es el caso, quien teniendo sólo ascendientes ¿puede donar la mitad de su patrimonio y cualquiera de estas donaciones sería plenamente permisible e inatacable aunque después sobrevengan herederos legitimarios que, en principio, tengan derecho a un *quantum* superior?

Visto así, la pregunta central que hemos de formularnos y que, hasta donde he indagado, no ha sido planteada ni constestada por autores nacionales, es si la norma se aplica sólo y únicamente cuando existen herederos forzosos cuya legítima pudiera ser afectada al momento de donar, o si las donaciones efectuadas cuando se tenía la libre disponibilidad pueden devenir total o parcialmente inoficiosas al sobrevenir los forzosos. Mi respuesta es la siguiente: la donación puede resultar ineficaz, en todo o en parte, si al abrirse la sucesión existen legitimarios perjudicados aunque al momento de hacer la donación no hubieran herederos forzosos.

La restricción del artículo 1629 no es, en sentido estricto, a la libertad dispositiva por donación. El precepto no apunta a eso. A donde quiere ir es a impedir la eficacia de **toda donación** cuando sus efectos lesionen la legítima; lo que por lo tanto sólo puede saberse al momento de la muerte. Toda donación, por lo tanto, siempre queda expuesta a una potencial inoficiosidad.

Partiendo de tal premisa, el primer párrafo del artículo debe ser entendido razonablemente. Quiero decir con ello lo siguiente: **primero**: que por vía de donación puede darse lo que se quiera, cuanto se quiera y cuando se quiera. Y esto porque, **segundo**: la limita-

ción no es a la capacidad dispositiva por testamento o por donación, sino a la posibilidad de que por distintos actos de liberalidad del futuro causante la legítima pudiera afectarse, puesto que, como ya he dejado dicho, no hay obligación alguna de dejar la legítima por testamento o a título hereditario. Por el testamento, insisto, puede disponerse de la totalidad del patrimonio relicto (es decir, el existente al momento del deceso) y tal acto será perfectamente lícito siempre que la legítima ya esté satisfecha con anterioridad. Y si así ocurre por testamento, otro tanto puede decirse de la donación. **Tercero**: porque al hacerse el testamento no necesariamente se sabe el patrimonio que existirá a la fecha de muerte, por lo que es arbitrario referir la limitación de la cuantía donable a la misma limitación que existiría si en igual fecha se hiciera testamento⁽⁵⁰⁾, dado que la legítima se estima en función de un patrimonio hereditario y unas donaciones al legitimario y a terceros, y eso sólo se conoce cuando se haga inventario total valorizado de la herencia agregando las donaciones. En otras palabras: después de la donación el patrimonio del donante puede tener variaciones. Quien teniendo hijos y un patrimonio de 100 dona 80, al hacer la donación estaría en teoría lesionando la legítima, pero no habrá tal lesión si al fallecer su patrimonio resulta ser de 500. Viceversa, si quien tiene 500 dona 100 a un extraño, en nada afecta la legítima en ese momento, pero si por altibajos económicos el acervo computable en su muerte es de 120, la legítima sí puede haber quedado afectada.

En resumen: puede donarse lo que se quiera sin límite alguno, haya o no herederos forzosos. Pero la plena eficacia de la donación queda supeditada al valor que al momento de la muerte tenga la liberalidad (o el conjunto de liberalidades) en relación con el acervo total sobre el cual se calcula la cuota legitimaria.

8.2.2 *Invalidez de todo lo donado en la medida que exceda lo que se puede disponer por testamento.* Como hemos visto, la medida que debe tenerse en cuenta no es la que resulte de un patrimonio estático a la fecha de la donación como si en esa fecha se hiciera testamento. Ni la legítima de los forzosos solamente es el caudal del donante (o testador), sino la que se deba determinar luego del fallecimiento del causante y, por cierto, en

(50) CASTAÑEDA, J.E. Op. cit., Tomo II, pág. 56, es de la opinión que las donaciones son reductibles «sólo si al tiempo en que se hicieron excedieron la cuota de libre disposición». Lo mismo en pág. 67: el exceso de «diferencia no puede exigirse de las donaciones cuyo importe no excedió en la época en que se hicieron, de la cuota disponible por testamento». En pág. 68: el exceso se mide «en relación con la fortuna que tenía» el autor de la liberalidad en la época que lo hizo. Eso no es sostenible ni con el Código actual ni con el antiguo de 1936 comentado por CASTAÑEDA, pues en ambos el exceso se determina a la fecha de la muerte, con el cambio de que en el actual el valor se reajusta, en lugar de quedar estático. Además, si la tesis de CASTAÑEDA fuera cierta, la burla sería muy fácil: sobre un patrimonio de 90 dono 20, lo cual no es impugnabile. Al año siguiente, de los 70 restante dono otros 20 y sigue siendo válida la donación. Otro año después, de los 50 que quedan, dono 15 y no hay exceso, y así sucesivamente.

relación con el patrimonio relicto, menos las deudas, más el monto de todas las donaciones.

Así las cosas, puede haberse producido un exceso que sólo se sabe al abrirse la sucesión y conocerse los valores de la herencia. El exceso, dice la norma, es inválido.

Esto de invalidez reclama algunas matizaciones. La expresión de invalidez no es feliz. La donación, desde luego, es válida como negocio jurídico y siempre lo seguirá siendo. Otra cosa es que sus efectos deban reducirse o suprimirse. En realidad, a poco que se mire, no hay invalidez alguna. Hay plena validez y eficacia hasta la fecha de muerte del causante, porque sólo entonces podrá saberse si donó en exceso o no. Si la respuesta resulta ser afirmativa, simplemente el exceso del porcentaje disponible se agrega a la legítima y respecto de la diferencia no se produce invalidez sino una especie de resolución (art. 1371 del Código Civil) que por causal sobreviniente a la celebración de la donación produce ineficacia en el monto excesivo, que suele llamarse como la parte inoficiosa de la donación.

Naturalmente, por no haber invalidez originaria (y sólo eventualmente ineficacia sobrevinida en caso de prosperar la acción de reducción que interponga el legitimario) el donatario es perfecto adquirente del bien donado y perfecto propietario de éste. De lo cual se deriva que puede disponer de la cosa donada y hacer suyos los frutos correspondientes hasta la fecha de emplazamiento de la demanda de reducción de donación.

La situación del donatario es, pues, completamente alcatoria. La subsistencia de los efectos de la donación dependen en gran medida de la fortuna que deje el causante al morir y de los anticipos que hubiera hecho a sus legitimarios (y de si hay otras donaciones posteriores que deban ser reducidas primero).

8.2.3 Cálculo del exceso. Momento. La legítima se calcula a la fecha de muerte del causante respecto del cual se es legitimario. Censurablemente, nuestro Código no dicta los criterios de cómo computar la legítima. Pero resumidamente ya hemos dicho que para establecer la cuantía de la legítima se determina el valor de los bienes dejados por el causante (incluyendo los legados), se deduce el de las obligaciones y las cargas, y se suma

el de las donaciones⁽⁵¹⁾.

Pues bien, el artículo 1629 ordena que la donación sea valorada al mismo tiempo en que se valoriza la legítima, esto es, al mismo tiempo en que se valorizan los demás bienes del causante. La razón es lógica: los bienes pueden cambiar de valor no intrínsecamente, sino en relación con una moneda. Como puede haber depreciaciones, se quiere proteger al legitimario evitando que donaciones fijadas en criterios monetarios queden sensiblemente reducidas a efectos de incidir en la base de cálculo de la legítima. Ha quedado así modificado el criterio del Código precedente, que a juicio de Arias Schreiber «resultaba inaceptable»⁽⁵²⁾, y tiene razón.

Nótese, sin embargo, que el párrafo que estudiamos, esto es, el último del artículo 1629, puede prestarse a doble interpretación. Una según la cual el bien donado es vuelto a tasar y el valor que arroje la tasación es el que sirve para agregar al cálculo de la legítima. Otra según la cual el bien no es tasado nuevamente (entre otras cosas porque acaso ya no exista), sino que el valor que tenía al momento en que fue donado es materia de reajuste. ¿Por cuál interpretación optar? Sobre esto, ni el Código ni la Exposición de Motivos ni los comentaristas se han pronunciado. Mi personal percepción se inclina por lo segundo. En efecto, creo que lo principal a tener en cuenta no es el cambio de valor intrínseco del bien donado, en cuya variación pueden haber intervenido múltiples factores de muy diversa naturaleza, sino con cuánto se enriqueció el donatario al recibir la donación. Y luego, con criterios más o menos objetivos y de equidad, fijar a cuánto asciende al momento de la muerte del donante la equivalencia de ese monto original de la donación⁽⁵³⁾. Me parece que en esto debe conservarse el mismo criterio que se emplea en los artículos 833 y 835 del Código Civil.

8.3 Las donaciones inoficiosas. Cuestiones complementarias.

8.3.1 ¿Cómo se devuelve el exceso? El artículo 1629 alude a reducción del exceso y a valor del exceso. ¿Pero cómo se retorna el exceso? Lo veremos con amplitud al

(51) Todas las donaciones, no solamente las colacionables, como equivocadamente indica LANATTA, E. Op. cit., pág. 64.

(52) ARIAS SCHREIBER, M. Exégesis. Contratos. Tomo II, pág. 213.

(53) Un par de ejemplos pueden contribuir a explicar las ideas. Supóngase la donación de una pintura que se considera de un artista famoso, valorizada en mil unidades al hacer la donación, que luego el donatario vende pero que mucho tiempo después se demuestra que es falsa. En este caso el donatario se ha enriquecido al recibir la donación y vender la pintura, aunque el bien intrínsecamente considerado poco valga al abrirse la sucesión. Veamos ahora otro caso. Se hace donación de un inmueble situado en una zona urbana depreciada, valorizado en poca cantidad. Muchos años después, la zona ha experimentado una profunda revalorización y el inmueble ha adquirido importancia.

comentar los artículos 805 y 806. Mas por estar relacionado con el examen del artículo 1629 sí puedo adelantar que el tema es algo conflictivo por una ligera contradicción entre los criterios contenidos en el artículo 1635 y el artículo 833, que es el pertinente de colación.

En efecto, el artículo 1635 estatuye que invalidada la donación (y adviértase que es la misma expresión que emplea el artículo 1629) debe restituirse el bien donado, o su valor de reposición si el donatario lo hubiese enajenado o no pudiese ser restituido. Creo, sin embargo, que este supuesto de invalidación se refiere exclusivamente a la hipótesis del artículo 1634 (lo que sí se cuida de precisar el artículo 1636) o acaso a otras, pero no a la invalidez del artículo 1629, circunstancia en la cual el exceso puede ser parcial y no se ve razón para que haya devolución parcial del bien y se origine una copropiedad en el mismo entre donatario y legitimario.

Visto así, me parece más pertinente el artículo 833, que si bien referido a donación colacionable (y por tanto no explícitamente a donaciones no colacionables) establece la posibilidad de que el exceso, a elección del que reintegra, se haga *in natura* con el bien mismo, o con valor de dinero. Es lo más justo, entre otras cosas porque el donatario no queda expuesto a ser privado del bien donado, que recibió válidamente, o a tener que compartir la propiedad del mismo.

8.3.2 *Frutos*. Como he dejado ya indicado, la donación es plenamente válida hasta que, si surge la necesidad, debe ser declarada ineficaz en todo o parte para compensar un faltante de legítima.

Siendo así, el bien es del donatario. Por lo tanto también son suyos los frutos hasta que sea emplazado con la demanda de reducción.

8.4 Las donaciones inoficiosas. Artículo 1645.

Muy mal ubicado, porque debió estar colocado a continuación del artículo 1629. El artículo 1645 establece que «si las donaciones exceden la porción disponible de la herencia, se suprimen o reducen las de fecha más reciente, o a prorrata, si fueran de la misma fecha».

La primera parte del precepto es de felicitar: son todas las donaciones las que deben tenerse en cuenta para calcular la legítima. No solamente las colacionables, porque pueden haber habido donaciones a modo de anticipo con dispensa de colación pero que después, por cualquier circunstancia, excedan del tercio o de la mitad disponible. Lo que no es tan correcto es que alude a porción disponible de la herencia, pues ya está visto que la herencia y la legítima tienen criterios de estimación diferentes.

Al margen de lo anterior, lo que la norma precisa es el orden de prelación para efectuar la reduc-

ción en cuanto pueda haber exceso. Propongo un ejemplo. Un sujeto gana una importante cantidad de dinero en la lotería y en días consecutivos dona, digamos, hasta un quinto de la misma a instituciones de caridad. Obviamente no ha donado en exceso de lo que hubiera podido disponer por testamento. El resto lo invierte en un edificio y en acciones de bolsa. Pero semanas o meses después las acciones que adquirió tienen una significativa caída o pierden casi todo su valor. Poco después el hombre fallece. Dado que el artículo 1629 estatuye que el posible exceso de la donación se determina por el valor al momento de la muerte del causante, habiendo desmejorado el patrimonio las donaciones pueden ser excesivas. ¿Pero cuál de ellas en concreto?

“... en nuestro derecho, la regla es que todas las donaciones se calculan para establecer la cuantía de la legítima. Es decir, todas se suman y habrá que empezar a detraer hasta que la legítima quede cubierta y satisfecho el derecho del legitimario”

El numeral 1645 responde la pregunta y nos dice que todas las donaciones son reductibles, empezando por la más reciente, y se irá declarando la ineficacia en la medida que la más próxima a la muerte sea insuficiente para cubrir la legítima, y así sucesivamente.

Si se trata de donaciones de la misma fecha, se afectan a prorrata. Así dice la regla, pero dentro de la misma fecha debe suponerse que la posterior se afecta antes que la de hora más temprana.

Pero todo lo anterior, empero, con ser cierto no es suficiente. Hay algunas cosas más que no conviene dejar de agregar.

8.4.1 *El tipo de donación*. No todas las donaciones quedan afectas a la reducción. Debe en esta materia tenerse en cuenta que las donaciones simples por razón de bodas o de escasa liberalidad no hay razón para agregarlas.

Por lo demás, en general, se aplica la regla del artículo 837 del Código Civil.

8.4.2 *Donaciones comunes y donaciones a*

legitimarios. Las primeras donaciones cuyo valor se reintegra idealmente a la masa para el pago de la legítima incompleta (es decir, que no haya podido quedar cubierta con legados o con reducción de ellos) son las donaciones que en orden de fecha más moderna a más antigua se hayan efectuado a donatarios no legitimarios. Esto ha de ser así porque en el caso de los legitimarios las donaciones se imputan en principio a cuenta de su legítima (salvo que se agreguen a la cuota de legado). Por lo tanto, además del criterio de fechas, debe aplicarse el criterio de la especial situación del donatario. De modo que primero se reducen las donaciones a extraños empezando por la más reciente; luego las donaciones a legitimarios sin dispensa de colación y luego aquéllas con dispensa de colación.

8.4.3 *Cambio de orden*. El donante puede establecer que una determinada donación que en ese momento sería la más reciente en orden de prelación, pase a un orden distinto.

Considero que la modificación al orden legal que fija el artículo 1645 sólo puede hacerse en el acto de donación, no por testamento, pues un acto unilateral como es éste no debe afectar actos bilaterales, como son las donaciones.

8.4.4 *Donatario insolvente*. Puede plantearse la duda sobre qué debe ocurrir si el donatario es insolvente y por tanto no puede reintegrar nada a la masa. Se dirá que la preocupación es nimia, pero no es así. El problema puede plantearse de otra manera, formulando la siguiente pregunta: si la última donación, aunque excesiva, no puede en la práctica «invalidarse» porque el donatario nada tiene para devolver, ¿queda perjudicado el legitimario, o deben reducirse las donaciones anteriores? A la postre, la pregunta concierne a una interpretación del artículo 1645, es decir, determinar su alcance suponiendo que la última donación, de haber podido retornar efectivamente, hubiera sido suficiente para compensar al legitimario, pero que por resultar insolvente el obligado no puede hacer devolución algu-

na, aunque teóricamente se haya reducido o incluso suprimido totalmente. En tal caso, ¿no debe computarse esa donación en el cálculo total de la legítima y debe reducirse o suprimirse la donación precedente?

El punto es francamente discutible y cualquier opción es válida y con visos de convincente⁽⁵⁴⁾. Salvo más atendible opinión, pienso que en nuestro derecho, la regla es que todas las donaciones se calculan para establecer la cuantía de la legítima. Es decir, todas se suman y habrá que empezar a detraer hasta que la legítima quede cubierta y satisfecho el derecho del legitimario. Lo contrario, me parece, es tanto como imponer al legitimario un derecho de crédito contra el donatario insolvente y que espere a que tal donatario recupere su fortuna⁽⁵⁵⁾.

8.5. La acción de ineficacia sobre el exceso.

8.5.1 *El titular de la acción*. Titulares de la acción de reducción o supresión de la donación excesiva sólo son los legitimarios (o sus causahabientes) a quienes el exceso lesione su legítima, no otro sucesor, salvo que a su vez lo sea del legitimario. Sin embargo, no se ve objeción fundamental para que por subrogación, de conformidad con el artículo 1219, inciso 4 del Código Civil, lo haga el acreedor del legitimario.

No creo que el albacea pueda interponer la acción.

8.5.2 *El momento de la acción*. No hay propiamente sujetos legitimados para impugnar la donación excesiva al momento en que se haga y antes de la muerte, precisamente porque todavía no hay sucesión abierta ni, por tanto, herederos ni legitimarios de la misma, como tampoco puede determinarse que la donación sea excesiva, porque el exceso sólo llegará a saberse cuando se determine el acervo legitimario total y se constate que las legítimas han quedado insatisfechas⁽⁵⁷⁾.

En este sentido, la donación que se considere

(54) Véase al respecto, con exposición sumaria de las diversas corrientes, ALBALADEJO, M. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo VIII, Vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, págs. 510-516.

(55) Esa tesis es diferente de la que recoge el artículo 562 del Código Civil italiano.

(56) Aparte de que, en general, nadie discute que así sea, es categórica la afirmación de TRABUCCHI, A. Op. cit., Tomo II, pág. 423: «los herederos, durante la vida del causante, carecen de medios para impedirle hacer donaciones y se hallan desprovistos de acciones contra los donatarios».

(57) Definitivamente no estoy de acuerdo con LANATTA, R. Op. cit., Tomo II, pág. 237, cuando expresa textualmente que «la legítima está, asimismo, protegida por la ley durante la vida del titular de los bienes». Disiento de este parecer y no lo creo verosímil, porque afina la legítima en un derecho preexistente a la muerte; se basa en un supuesto de invariabilidad y estancamiento del patrimonio sobre el cual se pueden hacer donaciones, e impediría adquirir deudas que puedan ser pagadas con el activo sucesorio. Y si no hay activo remanente, ¿qué legítima material va a haber?

Tampoco coincido con FERRERO, A. Op. cit., Tomo V, Vol. II, pág. 537, cuando da a entender, invocando el artículo 584 del Código Civil,

ofensiva no podrá ser atacada por quienes esperan llegar a ser herederos forzosos, hasta que lleguen a serlo, y sólo en cuanto sea necesario para cubrir la legítima. Y por lo mismo, como ya he señalado, es de discutible conveniencia el que el segundo párrafo del citado artículo 1629 señale que la donación es «inválida» en lo que exceda del porcentaje disponible.

8.5.3 *El plazo de la acción.* Consistente con su parquedad, la ley omite regular lo tocante al plazo, a su naturaleza, y desde cuándo se cuenta.

El punto es conflictivo. Empecemos primero con lo de su naturaleza: ¿es de prescripción o de caducidad? Considero que es prescripción. La caducidad tiene que estar prevista en norma legal y en este caso no la hay.

Concerniente a la duración del plazo, pienso que debe ser el general de diez años correspondiente a la acción personal, contemplado en el artículo 2001 inciso 1 del Código. No cabría llegar a otra conclusión, porque ni el ordenamiento tiene asignado plazo especial, ni es posible incluir el supuesto en otra hipótesis del citado artículo.

Cabría pensar, según una tesis, que siendo el legitimario heredero a la fuerza (salvo renuncia), de acuerdo al numeral 664 su derecho a reclamar lo que le corresponde es imprescriptible. No voy a reproducir aquí las objeciones que sobre la inconveniencia de la imprescriptibilidad que acoge el mencionado precepto he dejado expuestas en otro lugar. Eso ahora no interesa. Lo que sí importa es apuntar una sutil diferencia. Y es que el numeral 664 y los siguientes regulan el su-

puesto de bienes hereditarios. En cambio, la acción de reducción de la que ahora hablamos no concierne a bienes incluidos en la herencia (están precisamente excluidos de ella porque habían sido donados antes de causarla), sino a bienes que aunque no forman parte del caudal relicto se computan para efectos del cálculo de la legítima.

A mi modo de ver, los donatarios no pueden quedar expuestos a imprescriptibilidad del derecho de los legitimarios, y de seguirse este criterio las donaciones nunca adquirirían firmeza.

De cualquier manera, *lege ferenda* sería altamente recomendable reducir el plazo de diez años. Es absurdamente extenso.

¿Desde cuándo se cuenta el plazo? Nuevamente silencio legal⁽⁵⁸⁾. Pero lo lógico es que el momento inicial sea el de la apertura de la sucesión, por ser la muerte del causante el instante a partir del cual surge el derecho del legitimario y ser el instante al cual se remite el cálculo de la legítima⁽⁵⁹⁾. La tesis de que la prescripción se cuenta desde la fecha de la donación podrá ser conveniente para afianzar los derechos del donatario (y en este caso sí sería justificable un plazo de diez años), pero resulta absolutamente injusta para el legitimario, que no lo es sino desde la muerte del donante y a la vez causante del derecho del legitimario. Aparte de ello, encuentro respaldo normativo a mi punto de vista en el artículo 1993 del Código Civil, conforme al cual la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercerse la acción, y eso solamente será desde la apertura de la sucesión.☞

y en su contexto el artículo 582, que la donación puede impugnarse por prodigalidad del donante que teniendo herederos forzosos «dilapida bienes que exceden de su porción disponible».

(58) FERRERO, A. Op. cit., pág. 538, tiene un párrafo que encuentro algo confuso: «Si el acto es a título gratuito (y por cierto, digo yo, la donación lo es) cabrá aducir la colación hasta antes de la partición si es a un heredero forzoso que concurre en la herencia y la reducción por inoficioso si es donación a un tercero, concepto dentro del cual se encuentra el heredero forzoso que no concurre, siempre que no haya transcurrido el plazo para que el donatario adquiera por prescripción». No responde sobre el momento inicial del plazo de prescripción, y es confuso. Al menos para mí.

(59) Así lo dispone, por ejemplo, el artículo 3955 del Código argentino.