

Cálculo de la legítima hereditaria. Incidencia de un fallo plenario *

Por **Luis A. Ugarte**

Sumario

I. Introducción. II. Diferencias entre el cálculo de la legítima y de la masa partible. III. Modo de cálculo de la legítima. IV. La situación del cónyuge. V. Incidencia del plenario “S. c. S.” del 22 de agosto de 2002. VI. Situación de los legatarios. VII. Distinciones sobre las masas de cálculo a considerar. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

La sucesión por causa de muerte puede reconocer el llamamiento a los sucesores establecido por la ley, en el caso de la sucesión intestada, o fundado en la voluntad del causante expresada a través de su testamento. También existen las sucesiones mixtas, parcialmente ordenadas por el causante (por ejemplo, si solamente deja mandas singulares) y por la ley.

Pero ese llamamiento o vocación sucesoria, de fuente legal o voluntaria, en determinados casos tiene especialmente en cuenta límites que impone a la libre disposición de los bienes, que reconocen como sustento la protección familiar y se basan en principios o valores que la ley prioriza, en beneficio de ciertos parientes y del cónyuge. Ese derecho, en la extensión admitida en cada caso, no podrá verse afectado por liberalidades contenidas en las disposiciones mismas del testamento del causante o por vía de donaciones inoficiosas.

* Publicado en *La Ley* del 20/3/2007.

Así, se ha definido a la legítima como el derecho de ciertos parientes próximos al causante –denominados legitimarios– sobre determinada porción del patrimonio del causante, por el que quedan a cubierto de sus liberalidades, salvo que exista una justa causa de desheredación ¹.

Con otra orientación ², el art. 3591 del Código Civil indica que la legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia, agregando que la capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos.

Se trata de un derecho vigorosamente protegido por nuestra ley, atribuido a ciertas personas unidas estrechamente al causante por su parentesco consanguíneo en la línea recta o por el vínculo conyugal.

En nuestro ordenamiento son legitimarios los descendientes y los ascendientes, y el cónyuge. A ellos cabe agregar el caso especial contemplado en el art. 3576 bis Código Civil, de la nuera viuda sin hijos o que si los tuvo no viviesen al momento de la apertura de la sucesión de sus suegros, que es también legitimaria, sucesora universal, pero no heredera ³.

Corresponde a los legitimarios un porcentaje variable –según el orden de que se trate– de una masa de cálculo ideal vinculada al patrimonio del causante, que no se identifica con la herencia, pues no solamente comprende los bienes dejados al momento de fallecer por el causante que se transmiten por sucesión, sino también proviene de computar los valores de bienes donados en vida por el causante, sea a los llamados herederos forzosos o a terceros.

Las cuotas de legítima, de los bienes de la sucesión y de los donados, ascienden a: 1) cuatro quintos para los descendientes (art. 3593, Cód. Civ.), 2) dos tercios para los ascendientes (art. 3594, íd.), 3) la mitad de los bienes de la sucesión, aunque sean gananciales, para el cónyuge (art. 3595, íd.), 4) la cuarta parte de lo que hubiese correspondido a su marido si viviese, para la nuera viuda sucesora (art. 3576 bis, íd.). La porción legítima se integra a la de libre disposición, con la cual cualquier persona puede donar o legar a extraños, o mejorar a sus legitimarios (art. 3605 íd.).

En caso de concurrir distintos órdenes hereditarios no excluyentes, el conocido aforismo que sienta como principio que la legítima menor se toma de

(1) Ovsejevich, Luis, voz “Legítima”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVIII, p. 42 y siguientes.

(2) No es del caso desarrollar aquí si existe una vocación a la legítima distinta de la vocación propia del heredero, como especies, tal vez, de un género común propio de la vocación sucesoria. No es discutido que existen sucesores que no son herederos, aunque sí lo es si para ser legitimario es necesario revestir la condición de heredero (con título y llamamiento universal), como lo estableció el plenario “Cambó” (*La Ley*, 71-634) o si existen legitimarios no herederos (ver p. ej. Belluscio, A. C., “Vocación Sucesoria”. “Acción de complemento de la legítima”, *La Ley*, 1985-E, 672), postura a la que parece inclinarse el Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio de 1998.

(3) Maffía, J. O., *Tratado de las Sucesiones*, t. I, n° 39, p. 76, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, CN Civ., en pleno, “Gorbea de Buonocore, G.”, *La Ley*, 1983-D, 176.

la legítima mayor ⁴ ha sido explicado en el sentido de que los legitimarios que tienen asignada una legítima menor quedarán amparados por la ley, conforme a la presencia del legitimario de mayor porción, dentro de la fracción aritmética de este último ⁵. Dicho de otro modo, se pone el acento en la porción disponible menor que permite el ordenamiento a partir de la concurrencia de los legitimarios de mayor porción, condicionando así al legitimario de cuantía inferior (por ejemplo, si concurren ascendientes y cónyuge) la parte disponible será el tercio y no el medio, ante la legítima mayor de los primeros frente a la mitad de bienes propios y gananciales prevista para el cónyuge en el art. 35959 del Código Civil.

El cálculo de la legítima hereditaria permite repasar conceptos, apuntar algunas particularidades y analizar la doctrina del fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 22 de agosto de 2002 ⁶, que dispuso que el cónyuge supérstite no se encuentra legitimado para demandar la colación de donaciones realizadas antes de contraer matrimonio con el causante.

II. Diferencias entre el cálculo de la legítima y de la masa partible

El art. 3602 del Código Civil establece: “Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes quedados por muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones, aplicando las normas del art. 3477. No se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo a prorrata o dejando sin efecto, si fuere necesario, las disposiciones testamentarias”.

El cálculo de la legítima se independiza de la determinación de la masa partible en la sucesión, regulada esencialmente por los arts. 3469 y 3474 del Código Civil. El primero de estos dos últimos artículos impone para la partición sucesoria que el partidor forme la masa de los bienes hereditarios, reuniendo las cosas existentes, los créditos tanto de extraños como de los mismos herederos, a favor de la sucesión y lo que cada uno de éstos deba colacionar a la herencia. El artículo 3474 del Código Civil prevé en la partición judicial o extrajudicial, separar los bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión.

Si el cálculo de la legítima hereditaria hubiese sido identificado por el codificador con el de la masa partible, en primer término, carecía de sentido la regulación independiente en diversas normas (arts. 3602, 3469 y 3474, Cód. Civ.) de lo que hubiese resultado ser el mismo y único procedimiento.

En segundo lugar, una distinción esencial entre uno y otro cálculo se advierte en los resultados cuando existen las donaciones a terceros, es decir,

(4) Prayones, Eduardo, *Nociones de Derecho Civil - Derecho de Sucesión*, 3ª ed., p. 237.

(5) Maffia, J. O., ob. cit., t. II, n° 837, p. 486.

(6) CNCiv., en pleno, agosto 22 de 2002, “S., E. M. G. c. S., A. G. M. y otro”, *La Ley*, 2002-E, 456.

a favor de quienes no revisten el carácter de legitimarios, que no pueden ser sujetos pasivos de la acción de colación, pero que, sin embargo, se computan a los fines del cálculo de la legítima y si son inoficiosas pueden verse alcanzadas por la acción de reducción.

Como corolario de lo anterior, para la masa de cálculo partible no se computarán las donaciones a terceros que no sean inoficiosas, mientras que siempre se adicionarán a la masa de cálculo de la legítima, justamente para determinar su eventual inoficiosidad.

También encontramos diferencias en cuanto a los legados, que más allá de su alcance fijado por la correcta interpretación del testamento y las particularidades que señalaremos más adelante, no se tomarán en cuenta a los fines del cálculo de la legítima y sí integran las bajas generales de la cuenta particionaria a deducir del cuerpo general de bienes que determina el saldo partible.

Así por ejemplo, si el causante con cuatro hijos deja \$ 40.000 a su muerte, habiendo otorgado un legado de \$ 8.000, ese legado no excede la parte disponible, pues no debemos computarlo en la masa de cálculo de la legítima, sino que sobre los 40.000 calculamos los cuatro quintos de la legítima de los descendientes (32.000) y el saldo constituye la parte disponible (8.000), por lo que el legado no resulta inoficioso. No computamos el legado para calcular la legítima y sí lo deducimos en la partición, que da como resultado \$ 8.000 para cada uno de los cuatro hijos, e igual suma para el legatario. Como vemos, no es posible la identificación del modo de partir y de calcular la legítima.

En cuanto a las donaciones, cabe distinguir los casos de donatarios herederos forzosos y terceros. A) Supóngase que en el haber sucesorio líquido quedan \$ 40.000, con una donación –sin dispensa de colación– realizada anteriormente por el causante a uno de sus cuatro hijos de \$ 10.000. Si los tres hermanos restantes demandan la colación al donatario, entonces la masa partible y la masa de cálculo de legítima *coinciden* en \$ 50.000. El resultado de la partición da \$ 12.500 en la hijuela de cada hijo, aunque por el funcionamiento de la colación el donatario sólo recibe en la partición \$ 2.500, pues los \$ 10.000 restantes de su porción hereditaria ya fueron anticipados en vida del causante, por vía de la donación. El saldo del haber (\$ 37.500) se dividirá entre los tres hijos que quedan, correspondiendo \$ 12.500 en la hijuela de cada uno. En este caso la porción legítima de los descendientes será 40.000 y la porción disponible será \$ 10.000. B) Pero si en el mismo caso el donatario fuese un tercero, la donación solamente sería reducible en la medida de su inoficiosidad. Sobre la misma masa de cálculo de legítima de 50.000, las cuatro quintas partes de los cuatro descendientes da 40.000, y la parte disponible de 10.000, sin que proceda la reducción, por coincidir la liberalidad al tercero con la parte disponible. En este caso la masa partible no comprende bien alguno colacionable pues, de acuerdo con el art. 3469, ningún extraño ni heredero debe colacionar nada a la herencia. Deben partirse los \$ 40.000 dejados, entre los cuatro hijos, a razón de \$ 10.000 cada uno, respetando el pago del legado. Se advierte que en la partición no incluimos la donación a terceros que no es inoficiosa y se realizó

antes de la apertura de la sucesión, pero que sí en cambio la computamos para la masa de cálculo de la legítima.

Vemos, entonces, que en este ejemplo *difiere* la masa partible y la masa de cálculo de la legítima.

III. Modo de cálculo de la legítima

Para determinar la porción legítima deben seguirse los pasos que puntualmente impone el art. 3602 del Cód. Civ., tomando el activo líquido más el valor de las donaciones aplicando el procedimiento de la colación, cuando así se admita.

1. En primer lugar debe formarse una masa ideal que integran los bienes que quedaban en el patrimonio del difunto al tiempo de su fallecimiento y que sean transmisibles por vía sucesoria; incluyendo los créditos que posea el causante que tuvieren valor actual a ese momento.

Es decir, que no se computarán los créditos incobrables ni los sujetos a una condición suspensiva, pues si la condición no se cumple la obligación es considerada como si nunca hubiese sido formada (art. 548, Cód. Civ.); en cambio, sí deben incluirse los créditos sujetos a condición resolutoria.

También computaremos los frutos civiles vencidos y los naturales percibidos al tiempo del fallecimiento, excluyendo los frutos o rentas de bienes del acervo que se devenguen luego del deceso hasta la partición, ya que la legítima se calcula al momento de la apertura de la sucesión.

El valor de los sepulcros se computará, pero no las cosas comunes excluidas de la partición (art. 3473, Cód. Civ.) como títulos honoríficos, diplomas, premios, medallas, retratos, manuscritos y todos aquellos que no tienen valor económico sino afectivo.

Reitero que los legados dispuestos por el testador no se deben tomar en consideración al tiempo de establecer la masa de cálculo de la legítima.

2. La norma refiere seguidamente al “valor líquido de los bienes hereditarios”, lo que impone excluir las deudas de la sucesión de esta masa de cálculo.

Las deudas condicionales, como ocurría en forma simétrica con los créditos, se deducen si están sujetas a condición resolutoria, pero no si su existencia depende del cumplimiento de una condición suspensiva, o si fuesen deudas derivadas de obligaciones naturales.

Las deudas litigiosas exigen el acuerdo con los interesados, y si no lo hay, se deducirán dando garantías el heredero a los donatarios y legatarios para el caso de que no fuesen satisfechos, o –en caso contrario– estos últimos a aquél para el caso en que debiesen ser pagadas.

Maffía sostiene que no deben deducirse las cargas para el cálculo de la legítima, dado que éstas nacen luego del fallecimiento, y solamente tienen incidencia en orden al trámite de partición (conf. art. 3474, Cód. Civ. y su nota), pero no en este cálculo aritmético destinado a determinar la legítima. Se incluyen en tal rubro las obligaciones que nacen luego del fallecimiento, gastos de inventario, protocolización de testamento, honorarios de abogados, etcétera.

A diferencia de lo que ocurre con las deudas del causante, por las que responden los herederos en proporción al derecho hereditario (art. 3490, Cód. Civ.), por las cargas se debe contribuir en la medida del interés que cada uno tenga en la masa ⁷.

Los gastos de sepelio que constituyen cargas, como se deben computar de la porción disponible (art. 3795), tampoco deben ser considerados para el cálculo de la legítima ⁸.

Zannoni señala que para este cálculo, además de establecerse el activo bruto de la sucesión, debe determinarse el pasivo, incluyendo a las deudas del causante o a las deudas de la sucesión, es decir, aquellas que permiten a los acreedores oponerse a la partición de la herencia mientras no fueren pagadas (art. 3475, Cód. Civ.). Esa deducción debe ser contable o en especie, separándose bienes suficientes para su pago (art. 3474), obteniendo así el activo líquido ⁹. Es decir que computa no solamente las deudas sino también las cargas de la sucesión. Luego de explicar qué son estas últimas, y de transcribir el art. 3795 del Código Civil, indica que esta última norma se aplicará cuando, establecida la masa de cálculo y la porción legítima, y deducidas las cargas previamente, la porción disponible no alcanzase a cubrir los legados ¹⁰.

Ossejevich señala que al redactar el art. 3602, Vélez Sarsfield tomó como fuente los arts. 648 y 649 del proyecto de García Goyena, en el primero de los cuales se hacía referencia de que al activo se le deducían las deudas y cargas. En cambio, nuestro codificador redactó el artículo diciendo "... al valor líquido de los bienes hereditarios...", con lo que mencionó sin duda la deducción de deudas pero nada agregó respecto a las cargas, de donde surge esta cuestión. Las referencias a las cargas están en los arts. 3474 y 3795. En el primero nos dice que en la partición, sea judicial o extrajudicial, deben separarse los bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión, dándonos en la nota el concepto de las cargas. En el art. 3795 dispone que "si los bienes de la herencia o la porción de que puede disponer el testador no alcanzaren a cubrir los legados, se observará lo siguiente: las cargas comunes se sacarán de la masa hereditaria y los gastos funerarios, de la porción disponible...". Por eso opina que debe distinguirse una primera situación cuando la porción disponible permite pagar los legados que haya hecho el causante, es decir, que ha alcanzado para pagar las cargas, pues estas se satisfacen previamente y entonces no se deducirán de la masa legitimaria. Una segunda situación ocurre cuando la porción disponible no alcanzara a cubrir los legados, y para no perjudicar exclusivamente a éstos es que el Código ha realizado la distinción en el art. 3795 entre las cargas comunes y los gastos funerarios, a los que agrega una tercera, integrada por cargas no comunes. En la primera situación, si la porción disponible alcanza a cubrir los legados y por ende las cargas que siempre se

(7) Maffia, J. O., *Tratado...*, t. II, n° 843, p. 492.

(8) CNCiv., Sala C, 19/12/67, *La Ley*, 133-462.

(9) Zannoni, E. A., *Derecho de las Sucesiones*, t. 2, n° 943, p. 162.

(10) Zannoni, E. A., *Manual de Derecho de las sucesiones*, n° 617, p. 460.

satisfacen previamente: a) los gastos funerarios no integran la masa legítima y entran en la porción disponible, b) las cargas comunes no integran la masa legítima y entran en la porción disponible, c) las cargas no comunes no integran la masa legítima y son a cargo de quien las hizo. En la segunda situación, cuando la porción disponible no alcanza a cubrir los legados: a) los gastos funerarios no integran la masa legítima y entran en la porción disponible, b) las cargas comunes integran la masa legítima y en consecuencia no entran en la porción disponible, c) las cargas no comunes no integran la masa legítima y son a cargo de quien las hizo ¹¹.

No obstante el esfuerzo de este desarrollo, adhiero a la postura de Maffía que no deduce las cargas en mérito a lo dispuesto en el art. 3602 del Código Civil, es decir que únicamente cabe deducir las deudas de la sucesión para el cálculo de la legítima.

Nótese que el codificador se apartó de la fuente García Goyena y estableció para el cálculo de la legítima el valor líquido al tiempo de abrirse la sucesión. Si las cargas se devengan después, es claro que no deben ser tomadas en cuenta o deducidas. El cálculo de la masa partible es distinto del cálculo de la legítima, que podrá efectuarse antes de la partición. Cuando se distinguen las situaciones en que la porción disponible alcanza, o no, para cubrir legados, es porque ya se calculó en forma previa la masa de legítima, que permitirá determinar por sustracción la parte disponible. Puede originar alguna dificultad la colación, considerada como operación de partición, en orden a la remisión del art. 3602 a la norma del art. 3477, pero no debe identificarse el cálculo de la legítima con el de la masa partible, cálculos que pueden ser efectuados en diversos momentos y con parámetros también distintos.

3. Aun a riesgo de ser sobreabundante debe llamarse la atención sobre la terminología legal del art. 3602 del Código Civil cuando alude al “valor líquido de los bienes hereditarios”, porque debemos ceñirnos al contenido de la sucesión, con la deducción de deudas, pero esto merece algunas consideraciones adicionales en los casos en que concurra el cónyuge.

Importa la mención de los “bienes hereditarios”, porque entonces no podremos computar en la masa de cálculo los bienes gananciales de la sociedad conyugal disuelta por el fallecimiento, que corresponderá liquidar, y que se adjudican al cónyuge supérstite en calidad de socio, siguiendo las reglas respectivas (arts. 1291, 1313 y 1315, Cód. Civ.). Es decir que al referir a los “bienes hereditarios”, serán éstos únicamente los que integran la herencia del cónyuge fallecido, o sea, lo que transmite el causante a sus herederos.

Aunque la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por la muerte y la sucesión tramiten en un solo proceso, debemos separar del cálculo de la legítima los bienes del esposo o esposa sobreviviente que le corresponden como socio de la comunidad disuelta, computando únicamente el resto.

No está de más recordar, en este aspecto, que si bien los bienes gananciales se dividen por mitades entre los esposos, las hijuelas respectivas pueden verse

(11) Ovsejevich, Luis, voz “Legítima”, *Enciclopedia Jurídica Omeba* cit., núms. 31 y 34, p. 92.

aumentadas o disminuidas por el juego de las recompensas de cualquier esposo contra la sociedad, o de ésta contra ellos.

En suma, si se trata de una sucesión intestada a la que concurre el cónyuge y descendientes, quedando al fallecimiento únicamente bienes gananciales, solamente se computarán los que corresponden a título hereditario a los descendientes, ya que el supérstite no tendrá parte alguna en la división de bienes gananciales que corresponden al fallecido (art. 3576, Cód. Civ.). Dejando a salvo su derecho como socio, es un *heres sin re*, ya que carece de título hereditario respecto a los bienes gananciales, que corresponden por sucesión a sus descendientes.

Como el cónyuge no recibe bienes gananciales a título de sucesión, pues es excluido por los descendientes, la porción legítima debe calcularse sobre las cuatro quintas partes de los bienes propios del causante más las donaciones del mismo tipo ¹².

Si concurriese con ascendientes, como el cónyuge supérstite recibe la mitad de los bienes propios del causante y también la mitad de la parte de gananciales que corresponda al fallecido (art. 3571, Cód. Civ.), respecto a los gananciales deducimos de la masa de cálculo de la legítima los bienes adjudicados al supérstite por liquidación de la sociedad conyugal y sobre el saldo, que se divide por mitades a título hereditario entre el cónyuge sobreviviente y los ascendientes, calcularemos los dos tercios de la legítima mayor (de los ascendientes) para verificar si existe exceso de la porción disponible (el tercio restante) ¹³.

4. Otro aspecto trascendente para el cálculo de la legítima es el que dispone el art. 3602 del Código Civil, al señalar: “Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones, aplicando las normas del art. 3477”.

Aquí se advierte un rasgo distintivo de la legítima hereditaria, pues la norma no distingue entre las donaciones efectuadas a herederos forzosos y las donaciones a terceros. Todas se computan en la masa de cálculo.

Si, por ejemplo, el causante que deja herederos forzosos, poco tiempo antes de morir dona sus bienes a un tercero, el valor de esa donación debe computarse en la masa de cálculo de la legítima. Véase que aun cuando el tercero carece de legitimación pasiva para ser demandado por la acción de colación, que solamente compete al coheredero forzoso contra el coheredero forzoso (arts. 3478 y 3483, primera parte, Cód. Civ.), la masa de cálculo de la legítima se integra con el valor de la donación del ejemplo. Esto es importante para comprobar que la computación de las donaciones se efectúa siguiendo el procedimiento de la colación, más allá de que no nos encontremos estrictamente en el campo de la colación.

Seguir el procedimiento de la colación para el cálculo sin distinguir entre donaciones a herederos forzosos o terceros no es igual a la colación como operación de partición, momento en que se deducen deudas y cargas de la suce-

(12) Méndez Costa, María J., *Régimen sucesorio de los bienes gananciales*, n° 50, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1977, p. 72.

(13) Puede ampliarse el tema en Hernández, Lidia B. y Ugarte, Luis A., *Sucesión del cónyuge*, núms. 5 y 6, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1996, pp. 266 y sigtes.

sión. Pero como la legítima no se identifica a la masa partible, aquí se ratifica que se trata de un cálculo ideal y distinto de esa masa.

Así, el tercero donatario de nuestro ejemplo no colaciona porque no es coheredero forzoso, pero podrá ser demandado por reducción de la donación en la medida de la inoficiosidad (arts. 1830 a 1832 y 3601, Cód. Civ.).

Al valor obtenido –*relictum* menos deudas hereditarias– se agregará o computará el valor de los bienes donados en vida, sea a herederos forzosos (por el procedimiento de la colación) o a extraños, para determinar así la porción legítima.

Si mediaran donaciones remuneratorias, no deben computarse, salvo el exceso del justo valor del servicio que las motivaran (arts. 1822, 1825 y 1832 inc. 2, Cód. Civil).

Tampoco se computarán las liberalidades exentas de colación (art. 3480, Cód. Civil).

El valor de los bienes debe determinarse al tiempo de la apertura de la sucesión, concordando así con el procedimiento seguido para la colación. Recordemos que para el cómputo del valor colacionable al tiempo de la apertura de la sucesión, deben excluirse las variaciones intrínsecas e incluir las extrínsecas¹⁴.

5. Concluye la norma en estudio indicando: “No se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo a prorrata o dejando sin efecto, si fuere necesario, las disposiciones testamentarias”.

Es decir que las disposiciones testamentarias que excedan la cuota disponible serán alcanzadas en primer término por las acciones de defensa de la legítima, y luego se reducirán las donaciones inoficiosas (primero las más cercanas al fallecimiento, luego las más antiguas).

Dentro de los límites de la porción disponible, cualquier donación o legado tendrá eficacia y no puede ser atacado.

Así, el causante podrá efectuar donaciones a terceros o a sus herederos forzosos, legados a terceros o prelegados a sus herederos forzosos, ya que no existe agravio a la porción legítima, que queda resguardada. También podrá con su porción de libre disponibilidad hacer legados o mejorar a sus herederos legítimos (art. 3605, Cód. Civ.).

IV. La situación del cónyuge

Cuando concurre el cónyuge, el cálculo de la legítima debe desdoblarse en una masa de cálculo integrada con los bienes propios y otra con los bienes gananciales.

(14) Ver Recomendaciones aprobadas en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión N° 6, colación y reducción, similitudes en el cálculo del valor colacionable y de la masa de legítima, y ponencia del suscripto, que recoge las opiniones de Belluscio, Guastavino y otros autores que admiten dicha distinción. Básicamente, las variaciones intrínsecas se producen por trabajos o mejoras incorporadas por el donatario para dar un mayor valor a la cosa donada, mientras que las extrínsecas le son ajenas y hubiesen acaecido igual, encontrándose el bien en cabeza del donante o donatario (derivadas de la inflación, devaluación, hechos de terceros como la valorización del campo por la nueva traza de rutas que lo valoriza, etc.).

Esta distinción resulta ser una excepción al principio del art. 3547 del Código Civil, que indica que en la sucesión intestada no se atiende al origen de los bienes, de acuerdo con el criterio de los arts. 3570, 3571, 3572 y 3576 del Código Civil.

En efecto, el cónyuge supérstite siempre será heredero en los bienes propios del causante, concurriendo con descendientes con la misma parte que cada uno de ellos (art. 3570), heredando la mitad de esos bienes si concurre con ascendientes (art. 3571) o bien recibiendo todos ellos si no quedan descendientes ni ascendientes, pues excluye a los colaterales (art. 3572).

En cambio, sobre los bienes gananciales no hereda si concurre con descendientes (art. 3576), sin perjuicio de la porción que recibe a título de socio o socia de la sociedad conyugal disuelta por el fallecimiento. A título hereditario recibe la mitad de los gananciales que corresponden al fallecido si concurre con ascendientes (art. 3571) o todos ellos si solamente quedasen parientes colaterales (art. 3572).

También señalemos que frente al hecho fatal que disuelve la sociedad conyugal e implica la apertura de la sucesión, la delación y la transmisión hereditaria, aunque todo ocurra en el mismo instante, primero se calcula el resultado de la liquidación de la comunidad disuelta para luego conocer el haber relicto, sin modificación de la calificación que corresponda a los bienes que se transmiten.

Supongamos que el causante dejó cuatro hijos y cónyuge, habiendo donado un bien ganancial de su titularidad, excluido de la limitación a su poder de disposición del art. 1277 del Código Civil (por ejemplo, una importante obra pictórica que compró durante el matrimonio). Si en su herencia deja al morir bienes propios valuados en \$ 100.000 y \$ 200.000 gananciales (lo que implica que sólo se transmiten en la sucesión \$ 100.000, pues igual cantidad corresponde al cónyuge como socio en la liquidación de la sociedad conyugal disuelta), habiendo donado \$ 50.000 gananciales a uno de sus hijos, la suma de todos estos valores transmitidos daría \$ 250.000 y la porción disponible (el quinto) no habría sido excedida con la donación al hijo. Pero este resultado es erróneo, al calcular una sola masa de cálculo, sumando valores correspondientes a bienes de diversa calificación. Si por el contrario distinguimos las dos masas de cálculo, tenemos que computar dos porciones legítimas: sobre los bienes propios daría \$ 80.000 la porción legítima (4/5) y \$ 20.000 la porción disponible (1/5) y sobre los bienes gananciales daría \$ 150.000 la masa de cálculo: \$ 120.000 por legítima y \$ 30.000 la porción disponible. La donación de gananciales excede por \$ 20.000 la porción de libre disposición, y si media dispensa de colación debe ser reducida en esa cantidad, pero solamente en beneficio de los restantes coherederos, es decir, los hermanos del donatario, ya que el cónyuge no es heredero sobre los gananciales.

El otro punto importante es la imputación de la donación por el total en la sucesión del donante, ya que en el ejemplo dado el bien ganancial donado era de su titularidad. En cuanto a los derechos del otro cónyuge, para no verse perjudicado por la donación de gananciales en perjuicio de la sociedad conyugal

que integra, los remedios pueden ser la acción de fraude o bien la recompensa en la liquidación de la sociedad conyugal, haciendo aplicación analógica del principio contenido en el art. 3753 del Código Civil para el legado de gananciales¹⁵.

Si la donación de bienes gananciales fuese de titularidad conjunta de los cónyuges, la colación deberá ser proporcional en cada una de las sucesiones, teniendo en cuenta la computación debida en relación con la calificación de los respectivos bienes. Por ejemplo, el cónyuge carece de la legitimación activa para demandar la colación de bienes gananciales de titularidad del causante y donante, cuando concurre con descendientes¹⁶, ya que sobre estos bienes –los transmitidos a título hereditario– el cónyuge no hereda.

V. Incidencia del plenario “S. c. S.” del 22 de agosto de 2002

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, en la fecha citada y en los autos “S. E. M. G. c. S., A. G. M. y otro”, sentó como doctrina obligatoria que el cónyuge supérstite no se encuentra legitimado para demandar la colación de donaciones realizadas antes de contraer matrimonio con el causante.

En nuestra opinión, si el cónyuge supérstite no tiene legitimación activa para demandar la colación de donaciones anteriores a su matrimonio, tampoco la tiene para computar en la masa de cálculo de la legítima el valor de esas donaciones, o dicho de otro modo, él no puede calcular de este modo la legítima. Tiene una legítima distinta, que no computa las donaciones anteriores a su matrimonio con el causante.

Así como cuando concurría con descendientes no computaba los gananciales que no se transmiten por sucesión a su respecto, de igual modo tampoco puede computar las donaciones que no está autorizado a demandar por colación.

Nótese que no es un caso de legitimación pasiva, sino que lo que se cuestiona es su legitimación activa, y esta carencia de legitimación, entonces, lo priva de la posibilidad de computar esa donación anterior a su matrimonio en la masa de cálculo de la legítima.

Véase la diferencia en cuanto a la legitimación pasiva, pues aquí no existen problemas: todas las donaciones a terceros se computan, también las prenupciales al cónyuge o las efectuadas a coherederos forzosos que sean colacionables.

Pero así como no puedo computar las donaciones no colacionables del art. 3480 del Código Civil, si no puedo computar la donación anterior entonces no formará parte de la masa de cálculo de la legítima a su respecto.

(15) Puede ampliarse el tema en Hernández, L. B. y Ugarte, L. A., *Sucesión del cónyuge*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1996, pp. 246 y sigtes. Méndez Costa, María J., *Régimen sucesorio de los bienes gananciales*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1977, n° 242 bis, p. 170.

(16) Vidal Taquini, Carlos H., “Colación y donación de gananciales”, en *La Ley*, 1979-D, 177, esp. p. 191.

O sea que en la práctica esto significará tomar una masa de cálculo distinta para distintos legitimarios: las donaciones posteriores a su matrimonio se computarán y las anteriores no, en tanto el plenario ha seguido un criterio analógico o similar al expresado en el art. 1832, inc. 1 del Código Civil para las donaciones anteriores al nacimiento de hijos, que solamente se computarán si existían descendientes al tiempo en que la donación se realizó.

De acuerdo con el plenario, se tienen en cuenta solamente las donaciones hechas después del momento en que el cónyuge adquirió el carácter de legitimario, pero no las anteriores, respecto de las que no podrá demandar la colación ni tampoco la reducción, que supone aplicar el procedimiento de aquélla para el cálculo previo de la legítima.

Entonces, si se debe ser legitimario al tiempo de la donación y el ulterior cónyuge no lo era, no puede computar la donación en la masa de cálculo de la legítima.

La mayoría del plenario referido señala que las notas del codificador no son unívocas, y la cita de la doctrina francesa que apoya la idea de que la colación no se ordena sino para establecer la igualdad entre los herederos, que en la tradición germánica era el de la igualdad perfecta, no es receptada por la tradición hispánica, según la cual la donación hecha a quien no es un heredero forzoso no es un anticipo de herencia. Agrega que la Ley de Fe de Erratas introdujo una importante modificación en el art. 3476 que preservaba la igualdad entre los herederos legítimos. A instancias del senador Cortés se modificó el criterio solamente para los herederos forzosos, porque sólo respecto de ellos puede tener aplicación lo que se dispone, de que toda donación que se haga en vida se considere como anticipación de la legítima.

Y sostiene el voto mayoritario que “... sólo los herederos que gozan de una porción legítima en la herencia del donante son quienes pueden aspirar –además de defenderla mediante la acción de reducción de donaciones inoficiosas (art. 1831)– a preservar la igualdad entre ellos mediante la colación (art. 3476)”.

Si de acuerdo con el plenario solamente los herederos que gozan del derecho a defender su legítima son quienes pueden exigir la colación, entonces ha sentado un impedimento al cómputo de la donación anterior al matrimonio para el cálculo de la legítima del cónyuge supérstite que llegó a ser tal luego de la liberalidad.

Con Lidia B. Hernández nos habíamos pronunciado, siguiendo a Maffia, por la legitimación activa del heredero forzoso al tiempo de la muerte, aunque no lo fuese al tiempo de la donación, priorizando la igualdad al momento de concurrir a recibir la herencia, salvo dispensa de colación por vía testamentaria en los límites de la porción disponible ¹⁷.

(17) Hernández, Lidia B. y Ugarte, Luis A., *Sucesión del cónyuge*, n° 7, a), p. 234, con cita de Maffia, Jorge O., *Tratado de las Sucesiones*, t. II, n° 609, p. 179 y Zannoni, E. A., *Manual de Derecho de las Sucesiones*, n° 489, p. 358. En esa oportunidad citamos la opinión de Borda, G. A. (*Tratado...*, t. I, n° 651, p. 462), que indica que existen casos particulares que por sus características escapan a las generales previsiones del art. 3478; y de Pérez Lasala, J. L. (*Tratado...*, t. I, n° 627-a, p. 738), que preconizó la aplicación analógica del art. 1832, inc. 1, que adoptó el plenario).

A partir del plenario, se amplían las limitaciones a la legitimación activa para pretender reducir y colacionar, y por ende no basta la existencia de una donación sino además que quien pretenda la preservación de la legítima o la igualdad deberá haber tenido la calidad de heredero forzoso al tiempo de la liberalidad.

Consecuentemente, si antes toda donación a heredero forzoso se computaba en la masa de cálculo pues era colacionable o, en ciertas ocasiones, reducible por inoficiosa, hoy debe hacerse el distingo según quien intente ese cómputo, imponiendo así diversas masas de cálculo para los legitimados o no, ya que solamente podrá pedir la reducción quien está legitimado a demandar la colación.

Con la reforma de la ley 17.711 (*Adla*, XXVIII-B, 1810), el art. 1832, inc. 1 del Código Civil habilita a los descendientes nacidos después de la donación a pedir la reducción de ésta cuando hay otros nacidos antes. Ello importa la equiparación de la masa de cálculo entre los descendientes, pero subsisten las diferencias cuando ellos concurren con otros legitimarios. Así, por ejemplo, si concurren hijos nacidos antes de la donación y cónyuge que contrajo matrimonio después de ella, la donación se computará para establecer la legítima de los hijos pero no la del cónyuge¹⁸.

Si todos los bienes del causante fueron donados antes del matrimonio, entonces el cónyuge no tiene derecho a una legítima sino sobre los bienes que adquirió después y dejó a su muerte y sobre las donaciones posteriores a su unión, pero no sobre las anteriores.

También agregó la mayoría que si una persona que es soltera, viuda o divorciada y no tiene hijos hace a una persona una donación, "... el valor de ella no será computable en la masa de cálculo de la porción legítima del cónyuge con quien el donante casó después de la donación, ni en la de los hijos que nacieren ulteriormente. Esto significa que para esos herederos el patrimonio del causante está integrado por los bienes que existían al tiempo en que se emplazaron como sucesibles con eventual vocación legitimaria futura y quedan excluidos los bienes que salieron de ese patrimonio con anterioridad a tal emplazamiento". Concluyendo que si de acuerdo con el art. 1832, inc. 1, el cónyuge superviviente no puede demandar la reducción de donaciones hechas por el causante antes de su matrimonio, las expectativas legitimarias de ese cónyuge se limitan o se acotan a las donaciones que pudiera haber hecho el causante después de contraer matrimonio.

El fallo plenario, con doctrina que en un nuevo análisis estimo acertada, ha hecho coincidir la misma solución para el caso del matrimonio ulterior y del nacimiento de hijos, luego de la donación. En ambos casos no deben computarse las donaciones en la masa de cálculo de la legítima, pues quienes no eran legitimarios al tiempo de la liberalidad no pueden demandar la reducción ni la colación. Solamente subsiste la excepción de computarlas si

(18) Belluscio, A. C., *La legítima en la reforma del Código Civil, Lecciones y Ensayos* 43/45, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), Buenos Aires, 1971, pp. 73 y ss.

existían descendientes al momento de la donación y nacen otros después (art. 1832 inc. 1, Cód. Civ.).

VI. Situación de los legatarios

Como expresé anteriormente, los legados no se tomarán en cuenta a los fines del cálculo de la legítima, aunque integran las bajas generales de la cuenta particionaria a deducir del cuerpo general de bienes que determina el saldo partible. Así resulta del propio art. 3602 del Código Civil, que impone, para fijar la legítima, atender al valor de los bienes dejados por el causante y en especial de la última parte de esa norma, que dispone que no se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la porción legítima reduciendo o dejando sin efecto las disposiciones testamentarias. En mi modo de ver, la reducción de estas disposiciones testamentarias afectará a los legados y no a la institución de herederos, cuyo remedio encontraremos en la acción de preterición del legitimario (art. 3715, Cód. Civ.) o en la acción de complemento (art. 3600, Cód. Civ.).

Puede generar alguna duda la mención del “valor líquido” de los bienes hereditarios incluida en el art. 3602, pero ella queda disipada con el art. 3474 del Código Civil y su nota, que regla que en la partición deben separarse bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión. Aquel “valor líquido” implica solamente deducir las deudas existentes a la muerte, y no las que nacen a partir de la apertura, como lo es la entrega del legado adquirido con el fallecimiento.

La distinción entre el derecho al legado y el derecho sobre el objeto legado ratifica tal criterio, en tanto el derecho al legado se adquiere con la muerte, lo que no obsta la petición de entrega del legatario a los herederos o albacea, aunque sea un legatario de cosa cierta cuyo dominio se adquirió a partir del fallecimiento del causante (arts. 3766, 3767 y 3768, Cód. Civ.)¹⁹.

Con un ejemplo se advierte claramente: si un causante tiene dos hijos y lega a un extraño un bien valuado en \$ 20.000 de los \$ 100.000 que deja en bienes a su muerte, no cabe deducir el legado de los bienes dejados a la muerte, pues la masa de cálculo daría 80.000 en lugar de 100.000, a partir de lo cual tendré una porción disponible en el caso de 20.000 sin que el legado afecte la porción legítima de los descendientes.

Tampoco es discutible que el legatario carece de legitimación activa para demandar la colación, que solamente compete a los herederos forzosos (art. 3478), con la excepción prevista para acreedores hereditarios y legatarios en el caso de aceptación de la herencia pura y simple (art. 3483).

Pero la falta de legitimación del legatario para demandar la colación debe distinguirse, según enseña Maffia, de su interés para determinar la porción disponible que le fuese legada y de la incidencia de las donaciones para deter-

(19) Puede ampliarse en Hernández, Lidia B. y Ugarte, Luis A., *Régimen jurídico de los testamentos*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 517 y sigtes.

minar la magnitud de su cuota ²⁰. En el primer caso, da un ejemplo del padre que dejó en su patrimonio cien millones de pesos y que en vida había donado a cada uno de sus dos hijos cincuenta millones. El interrogante se suscita, entonces, en torno a cuánto asciende la porción disponible si hubiese dispuesto de un legado de la porción disponible, si es la quinta parte de cien o doscientos millones. Esta última es la solución, pues no contradice el art. 3478 y se adecua a lo dispuesto en los arts. 3593 y 3602 del Código Civil. Si el causante hubiese donado en vida cuarenta millones a un extraño, la liberalidad resultaría inimpugnable y no hay razón para aplicar un temperamento distinto cuando la liberalidad resulta del acto testamentario. Cita a Fornieles ²¹ cuando señala que sería inadmisibles que si el causante hubiese donado algo en anticipo no podría hacer uso de la porción disponible sino en parte, mientras que si no anticipó nada a sus hijos, la podría usar libremente en su testamento.

Existe un elemento común en el cálculo de la legítima con la colación, que es la computación de los valores donados. Pero en la colación se persigue la igualdad entre los coherederos forzosos considerando la donación una anticipación de su porción hereditaria, una ventaja en tiempo y no en contenido; mientras que para determinar la legítima se realiza un cálculo aritmético reuniendo ficticiamente –computando– las donaciones a herederos, sean colacionables, o no, y también las donaciones a terceros. Como vemos, el legatario que intenta determinar la porción disponible, como cualquier interesado, debe computar las donaciones a herederos forzosos y a extraños en la masa de cálculo que determinará la porción legítima y la de libre disposición.

El segundo punto es el relativo a la incidencia de las donaciones para determinar la magnitud del legado de cuota, que no permite al legatario computar las donaciones hechas, salvo que el testador hubiese dispuesto lo contrario. Vélez Sarsfield lo aclara en la nota al art. 3478 del Código Civil, cuando indica: “... Suponed un padre que tiene tres hijos, y que lega a un extraño el quinto de sus bienes, habiendo hecho en vida una donación a uno de sus hijos. Este hijo colacionará lo que hubiese recibido; pero esta colación no aprovecha sino a sus hermanos. El legatario del quinto tendrá lo que éste importe sin agregarle la donación hecha al hijo en vida. Aunque el legado del quinto fuese hecho a uno de los herederos *ab-intestato*, su legado no debe formar parte de los valores que son colacionados a la sucesión por sus coherederos donatarios, pues que solo por su calidad de heredero puede tomar su porción viril de los valores colacionados; y tal heredero debe reducirse a su calidad de legatario a tomar el quinto de la sucesión, sin comprender los valores colacionados”.

Frente a todos los que no sean los herederos, los bienes donados en vida por el difunto han salido definitivamente de su patrimonio y los legatarios no pueden pretender que ellos todavía sigan formando parte del acervo ²².

(20) Maffía, Jorge O., *Tratado...*, t. II, n° 608, p. 172.

(21) Fornieles, S., *Tratado de las sucesiones*, t. I, 4ª edición, p. 378.

(22) Maffía, J. O., *Tratado...*, t. II, p. 175, con cita de Aubrey y Rau, Troplong y Duranton.

VII. Distinciones sobre las masas de cálculo a considerar

Como resumen de las distintas masas de cálculo de legítima, podemos distinguir varias situaciones:

1. La concurrencia del cónyuge implica distinguir para el cálculo de la legítima los bienes propios y gananciales.

2. A partir del plenario citado también deben distinguirse masas de cálculo distintas según el momento –anterior o posterior al matrimonio– de las donaciones, computables, o no.

3. Si la donación fuese de bienes gananciales, se debe tener en cuenta la computación total en la sucesión del donante, manteniendo la calificación; o si fuese de bienes gananciales de titularidad de ambos cónyuges, la parte proporcional se computa en cada una de las sucesiones.

4. Respecto de las donaciones efectuadas antes del nacimiento de hijos, se distingue: a) si no existían otros descendientes al tiempo de la donación, ésta no se computa en la masa de cálculo; b) si existían otros descendientes, sí se computa (art. 1832, inc. 1º, Cód. Civ.).

Puede ocurrir que al tiempo de esta donación, el donante contase con ascendientes, que se verán luego desplazados de la sucesión por el descendiente nacido luego de la liberalidad.

Pese a este desplazamiento, la legítima del hijo no debe computar la donación anterior al nacimiento. En cambio, si existieren otros descendientes al tiempo en que la donación se efectivizó, en la masa de cálculo de legítima de estos descendientes y la de los nacidos después, se ha de computar el valor de lo donado a terceros o a herederos forzosos (art. 1832, inc. 1º, Cód. Civil). Es decir que el cálculo de la legítima de los descendientes nacidos luego de la donación es el mismo que para la de los anteriores descendientes del causante.

5. Si la donación se efectúa por el abuelo al nieto en vida del padre de éste, no se computa, pues no es colacionable por lo normado en el art. 3481 del Código Civil (colación por otro). En cambio, si al tiempo de la donación al nieto ya no vivía su padre, sí debe computarse, lo que importa una nueva distinción de masas de cálculo.

De igual modo, la donación al hijo que prefallece al causante dejando nietos que heredan por derecho de representación importa la necesaria de colación del bien donado al padre representado en la sucesión del abuelo; e idéntica solución corresponde a los descendientes del renunciante, indigno o el desheredado (art. 3482 Cód. Civ.), que debe computar en la masa de cálculo la donación otorgada al excluido.

6. Si la donación ha sido efectuada dejando nuera viuda sucesible (art. 3476 bis, Cód. Civ.), la condición de sucesora universal, legitimaria pero no heredera, justifica computar la donación en la masa partible.

Recordemos que la tesis que indica que la legítima integra la herencia prevaleció en el fallo plenario “Cambó, Francisco de Asís s/ suc.”, de 1953, se sentó como doctrina obligatoria para la Capital Federal que “quien es titular de la porción legítima de una sucesión lo es en su calidad de heredero del causante

y tiene derecho a que se lo declare tal si fuere omitido por este último en el testamento”²³.

De igual modo, las VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Santa Fe en 1977 recomendaron que al interpretarse el derecho vigente se debe rechazar la posibilidad de existencia de legitimarios no herederos²⁴.

No obstante tal recomendación y plenario, la incorporación del art. 3576 bis al Código Civil por la ley 17.711 ha originado un legitimario no heredero, sucesor universal, y la propia Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en fallo plenario así también lo ha reconocido²⁵.

7. En los casos de peticiones diversas de los legitimarios con respecto a la colación de donaciones a coherederos forzosos, es decir, si algunos piden la colación y otros no, siempre computamos el valor de todo lo donado en la masa de cálculo de la legítima pero en cambio no la adicionamos en cada una de las masas particionarias del caso. Así por ejemplo, si un causante con cinco hijos donó a uno de ellos –sin dispensa de colación– \$ 20.000 y dejó a su muerte \$ 80.000, si dos hermanos piden la colación y los otros dos no lo hacen, la masa de cálculo de la legítima computa los 20.000 que adiciona a los 80.000 para determinar que en el caso no media agravio a la parte legítima ($4/5 \times 100.000 = 80.000$) por exceso de la porción disponible ($1/5 \times 100.000 = 20.000$), pero en cambio se deben hacer dos particiones. Para los dos coherederos que demandaron la colación computaré la donación ($100.000: 5 = 20.000$) y para los que no lo hicieron no computo la liberalidad ($80.000: 5 = 16.000$). El resultado de la partición será que los demandantes de la colación reciben 20.000 cada uno, los hermanos que no accionaron reciben 16.000 cada uno y el donatario demandado por colación recibe el saldo de 8.000, que suman los 80.000 dejados al fallecimiento.

8. En los casos de transmisión de bienes a legitimarios con reserva de usufructo o cargo de renta vitalicia, el art. 3604 del Código Civil prevé que existe una donación con imputación a la parte disponible. Es decir que la operación se presume gratuita, pero con mejora en los términos de la porción disponible, debiendo colacionar el exceso en resguardo de la porción legítima de los reclamantes. Esto, salvo que los restantes legitimarios formulen el reconocimiento expreso de la onerosidad del acto celebrado, en cuyo caso la sinceridad de la operación no se discute a su respecto.

Pero entonces existe una primera distinción a efectuar, según exista, o no, el pacto expreso de onerosidad, no computando, o sí haciéndolo, en la masa de cálculo de legítima, para unos y otros sucesores. Pues si todos ellos reconocen la onerosidad del acto, nada cabe agregar al acervo líquido para el cálculo de la legítima, y si no lo hacen, debe reputarse el acto como donación con mejora.

(23) CNCiv., en pleno, agosto 10 de 1953, JA, 1953-IV-15, íd. *La Ley*, 71-634. Ugarte, Luis Alejandro y Uriarte, Jorge Alcides, *Casos de Derecho Sucesorio*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1988, pp. 307 y sigtes.; en igual sentido v. dictamen Fiscal de Cámara *in re* “Martínez de Hoz”, JA, 1955-IV-376.

(24) VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1977, recomendaciones aprobadas.

(25) CNCiv., en pleno, “Gorbea de Buonocore”, 29/8/83, *La Ley*, 1983-D, 176.

También pueden existir algunos legitimarios que otorguen el reconocimiento de onerosidad y otros no hacerlo, dividiendo nuevamente las masas de cálculo.

Expresa Maffia que como corolario de los efectos relativos del contrato (arts. 1195 y 1197, Código Civil) el reconocimiento de onerosidad solamente resulta vinculatorio para los legitimarios que lo han formulado ²⁶.

Por lo tanto, la masa de cálculo de la porción disponible y de la legítima puede variar, en tanto para algunos legitimarios se considerará oneroso el acto traslativo del dominio, con reserva de usufructo o cargo de renta vitalicia a favor del transmitente, mientras que para otros se reputará gratuito, con mejora y dispensa de colación en los términos de la porción disponible.

Esto va a ocasionar que debemos distinguir estas situaciones, con cómputos diversos. Por ejemplo, si el causante dejó a su muerte un patrimonio de dos inmuebles que totalizan \$ 200.000, con tres hijos (A, B y C), a uno de los cuales (A) vendió con reserva de usufructo un tercer inmueble por \$ 100.000, prestando conformidad a la operación B pero no C, debemos computar dos masas de cálculo distintas: para B la operación es sincera, por lo que la legítima se calcula sobre \$ 200.000, dando una parte disponible de 40.000 y una legítima de 160.000; para C la operación es gratuita, con mejora y dispensa, por lo que se computará como gratuita, sumando 100.000 a la masa de cálculo. Para C la porción legítima es 240.000 y la porción disponible es 60.000. Habiendo recibido A 100.000 colacionará el exceso de 40.000 (100.000 - 60.000) en la masa partible. En nuestro ejemplo, en la partición con B como la operación es real, quedan 200.000 a dividir entre los tres (66.666 cada uno). Pero en la partición con C éste recibe 80.000 (resultado de adicionar a los 200.000 dejados los 40.000 de exceso donado con mejora y dividirlo entre los tres sucesores). Como A ya recibió 40.000 en exceso, solamente recibirá 40.000 de saldo para completar su hijuela, que nunca puede superar de 80.000. Como explicamos en el supuesto en que algunos coherederos forzosos reclaman la colación y otros no, con la diferencia no recogida por B, para completar los 80.000, es decir, 13.333, se debe adjudicar A, pues si no C recibiría más de los 80.000 que es su límite computando la donación con mejora a los fines del cálculo de la legítima. Es decir que ese saldo no se divide entre los 3 sucesores, sino que queda para el donatario. El resultado de la partición del ejemplo dará para A 53.333, para B, 66.666 y para C, 80.000, lo que totaliza los 200.000 dejados por el causante más el resultado de la colación del exceso de la porción disponible calculada para los diversos legitimarios.

9. Sin pretender agotar los supuestos posibles, podemos citar el caso del fideicomiso admitido por la ley 24.441, en el que el bien o bienes individualizados cuyo dominio fiduciario se entrega por el fiduciante al fiduciario (por contrato o por testamento) para que éste administre o gestione en provecho del beneficiario y luego de cumplido el plazo o condición admitidos, los transmita al fiduciante, al beneficiario o fideicomisario (arts. 1, 3 y 4, ley cit.).

(26) Maffia, Jorge O., *Tratado de las Sucesiones*, t. II, n° 872, p. 521.

Zannoni explica que el fideicomiso debe apreciarse en un doble aspecto: a) No podrá el causante imponer a los herederos forzosos recibir en su porción legítima bienes determinados afectados a fideicomiso, porque ello implicaría vulnerar la norma del art. 3598 del Código Civil, que impide imponer gravámenes o condiciones a la porción legítima, bajo pena de nulidad de la disposición que constituya el fideicomiso. Agrega que los herederos gravados podrían oponer la nulidad y recibir el dominio pleno, salvo cumplimiento voluntario de la manda (arg. art. 1063, Código Civil). b) Desde otro punto de vista, existiendo herederos forzosos sólo podría afectar bienes determinados a un fideicomiso en la medida en que dichos bienes no excedan, en valor, a su porción disponible (arg. arts. 3601 y 3605, Código Civil), pues si no, los herederos podrían demandar la reducción del legado que afecta a bienes fideicomitados²⁷.

Azpiri y Requeijo desarrollan su comentario distinguiendo el fideicomiso establecido por contrato y por testamento, así como las situaciones de fiduciario, fideicomisario y beneficiario herederos legitimarios, concluyendo que la tentación de mirar con excesivo favor la figura del fideicomiso y considerar que han quedado derogadas tácitamente todas las normas con las que pueda chocar, nos llevaría a dejar de lado instituciones que por su trascendencia social y jurídica forman parte del orden público²⁸.

Más allá de haber sostenido que la tutela legitimaria exige actualizar el concepto de condicionamiento o gravamen a la legítima, a tenor de la finalidad que justifica esa institución de protección de la familia, sin olvidar los casos de fraude, causa ilícita o inmoral, lo cierto es que el caso del fideicomiso testamentario no modifica la computación en el cálculo de la legítima hereditaria del bien fideicomitado cuyo dominio fiduciario ejerce este último.

Coincido en que la cuestión presenta otros rasgos distintivos cuando media un contrato de fideicomiso y el fiduciante muere, estando pendiente el plazo de extinción o condición a que se sujete el fideicomiso contractual²⁹.

Así, se ha dicho que si el fiduciario es heredero legitimario, la transmisión gratuita del dominio fiduciario es una liberalidad no colacionable, por no mediar donación relativa al dominio pleno. Y si el beneficiario es un legitimario, podrá colacionar los frutos recibidos del fiduciario hasta la muerte del fiduciante, siempre que no sean alimentarios en los términos del art. 3480 del Código Civil. Pero esta situación varía con la muerte del fiduciante, que hace

(27) Zannoni, E. A., "Eficacia de los fideicomisos mortis causa en el derecho argentino (Ley 24.441)", en *Revista de Derecho privado y comunitario* N° 8, Ed. Rubinzal-Culzoni, pp. 199 y sigtes.

(28) Azpiri, Jorge Osvaldo y Requeijo, Oscar, "El fideicomiso y el derecho sucesorio", *La Ley*, 1995-D, 1127.

(29) Por mi parte, sostuve que el fideicomiso testamentario autorizado en la ley 24.441 (*Adla*, LV-A, 296) que excedía la porción disponible, del cual fuese el beneficiario o fideicomisario algún heredero forzoso no importaba por sí mismo una condición prohibida sobre la porción legítima, salvo causa fraudulenta, ilícita o contraria a las buenas costumbres (Ponencia presentada en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, comisión n° 6).

nacer el derecho de todos los herederos legitimarios para eventualmente atacar al fideicomiso por condicionar su porción legítima (art. 3598, Código Civil) o porque los bienes de beneficiario superen la porción disponible. Para el fideicomisario, la muerte del fiduciante nada agrega, pues su derecho se concreta a la extinción del fideicomiso³⁰.

Podemos agregar entonces que en el cálculo de la legítima no solamente cabe computar el valor del dominio pleno sino igualmente computar los frutos civiles vencidos y los naturales percibidos al tiempo de la apertura de la sucesión.

La solución es la misma cuando el causante ha cedido gratuitamente a un legitimario un usufructo sobre un bien determinado, quedándose con la nuda propiedad (supuesto distinto del contemplado en el art. 3604 del Código Civil), pues entonces no existe donación (art. 1791, inc. 8, Código Civil) pero puede demandarse la colación de frutos percibidos por el usufructuario, consolidándose el dominio pleno en cabeza del propietario al extinguirse el usufructo.

10. Otro caso que puede generar dudas para el cómputo de la porción legítima se da cuando exista un inmueble afectado a bien de familia, en los términos de la ley 14.394 (*Adla*, XIV-A, 237).

Esa ley no ha previsto en forma expresa, y por ende, tampoco ha regulado orgánicamente, la subsistencia del bien de familia después de la muerte del propietario constituyente. Sin embargo, no ofrece duda que la afectación perdura después del fallecimiento, aun cuando afecte a los legitimarios, desde que tal circunstancia constituye uno de los presupuestos de la ley, como resulta de los arts. 37, 40 y 47, inc. d). Pero esa subsistencia se limita a una mera indivisión forzosa temporaria entre los herederos beneficiarios, sin llegar a establecer normas especiales sobre el modo de efectuar la adjudicación de la propiedad del bien de familia en la partición. Esa adjudicación se realizará en su oportunidad, según las reglas comunes de transmisión del dominio por causa de muerte.

En este aspecto, la afectación del bien de familia no priva a ningún heredero de los derechos hereditarios que le correspondan ni tampoco atribuye a ningún heredero mejores derechos hereditarios sobre el inmueble afectado. Así, el cónyuge supérstite no adquiere derechos hereditarios sobre el inmueble ganancial constituido en bien de familia cuando concurren descendientes.

De allí que el bien de familia integre la masa hereditaria a los efectos del cálculo de la legítima, calculándose su valor real como cualquier otro bien del acervo que se deba computar, sin que los beneficios fiscales, de inembargabilidad o de indisponibilidad, etc. se vean afectados por este cómputo.

(30) Azpiri y Requeijo, ob. cit., II.1.1.1 a II.1.1.3.

VIII. Conclusiones

Como se ha visto en los puntos precedentes, el modo de cálculo de la porción legítima presenta particularidades que la diferencian con la partición hereditaria, y recibe influencia de otras normas e interpretaciones dadas a la colación y a las acciones titulares de la legítima.

Su estudio importa aplicar una serie de regulaciones propias de la sucesión intestada y testamentaria, así como el orden de la legítima se aplica en uno y otro ámbito de manera imperativa.

En los casos de concurrencia del cónyuge, el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 22 de agosto de 2002 tiene influencia en la masa de cálculo de la legítima, distinguiendo no solamente masas de cálculo distintas según la calificación de los bienes, sino también según las donaciones del causante sean anteriores, o no, a su matrimonio.

También el nacimiento de hijos posteriores a las donaciones efectuadas permite distinguir los supuestos que resultan del art. 1832, inc. 1º del Código Civil a que hicimos referencia.

Aunque los legados no se tomen en cuenta para el cálculo de la legítima y el principio general impide al legatario demandar la colación, este sucesor puede tener interés en computar donaciones del causante para determinar la porción disponible.

De igual modo, la masa de cálculo de legítima varía en los casos en que algunos legitimarios reconozcan la onerosidad del acto alcanzado por el art. 3604 del Código Civil y otros no lo hagan.