

# La legítima

## El lugar que debe ocupar en nuestro derecho\*

Julio C. Capparelli

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El nacimiento de la legítima. 3. Las dificultades del régimen argentino. 4. Propuesta de nuevas causales de desheredación. 5. Las cuotas de legítima. 6. La protección de la legítima. 7. Jurisprudencia sobre la acción de reducción y las donaciones. 8. Los principios en juego y su armonización.

### 1. Introducción

Mucho se ha escrito sobre este tema y no constituye el propósito de este trabajo la explicación de una institución suficientemente estudiada.

El propósito de este trabajo es reflexionar, partiendo de la aparición de esta institución, sobre su evolución, sus bondades y sus límites, y, en especial, considerar los problemas que ha suscitado su regulación en nuestro Código Civil, las interpretaciones que se han hecho al respecto y la necesaria armonización de las mismas con los principios del propio Código y con los principios constitucionales en juego.

### 2. El nacimiento de la legítima

Los estudiosos del derecho romano señalan la evolución de un derecho sucesorio que, partiendo del concepto de propiedad individual y de una total libertad testamentaria, evoluciona hacia una morigeración de la libertad absoluta mediante otros medios jurídicos tendientes a remediar los excesos<sup>1</sup>.

Estos límites llegan a nuestro derecho a través del concepto de preterición de herederos forzosos. La querrela *inofficiosi testamenti* permitía al hijo desheredado pedir la nulidad del testamento o que se le otorgara determinada porción de la herencia.

\* El presente trabajo ha sido presentado en la XXXVIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, celebrada los días 31 de agosto y 1 y 2 de septiembre de 2011. Una versión del mismo se publicó en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, Suplemento Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 12/9/2011, pp. 3-5.

1. La Ley de las XII Tablas consagra la libertad testamentaria (año 451 a. C.). Una descripción adecuada de la evolución en el derecho romano puede verse en: DI PIETRO, Alfredo, "La legítima en el derecho romano", en *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, UCA, n° 44, septiembre de 1997, pp. 180 y ss.

Nace así la *legitima portio* o *legitima pars*, que correspondía a los herederos en la herencia *ab intestato*. Anulado el testamento, podía el agraviado obtener el beneficio que no se le había acordado.

El ataque a la libertad de testar se extiende luego a las donaciones. En los casos en que el testador no había instituido en su testamento como herederos a sus hijos, pero había efectuado liberalidades a favor de los mismos, estas debían considerarse una imputación a su porción legítima. Nace así la acción de complemento de la legítima, para completar lo que no hubiera recibido en la liberalidad “según el arbitraje de un hombre honrado”.

La obra de Justiniano conduce a la configuración de la legítima que conocemos. Establece, en la *Novela* 18 (cap. 1; 536), el monto de la legítima para los descendientes; y, en la *Novela* 115 (del año 542 de la era cristiana), otorga el derecho a la querrela al legitimario no instituido con el objeto de rescindir la institución de heredero. Nace así la exigencia de instituir en el testamento a los herederos forzosos<sup>2</sup>.

Se fijan las causales de desheredación, que deben ser expresadas por el testador. Allí, encontramos el origen de nuestras normas referidas a la desheredación.

A lo largo de los siglos, la libertad de testar, es decir, el principio absoluto de la autonomía de la voluntad, va siendo dejada de lado en función de otro principio, que es el de protección de los herederos forzosos. Aparecen diversos sistemas de protección de los herederos forzosos.

Simplificando las diferencias, podemos decir que existe un sistema de regulación en el cual la autonomía de la voluntad es limitada tanto en lo concerniente a las disposiciones testamentarias cuanto a las donaciones. Requiere un cálculo de la legítima, teniendo en cuenta las donaciones efectuadas para conocer la porción legítima y distinguirla de la de libre disponibilidad. Establece normas de protección de los derechos del legitimario. Este es el sistema que rige en nuestro país.

Existe otro sistema, que otorga al legitimario un derecho de crédito contra los herederos que, en algunos casos, tiene carácter alimentario. No avanza como el anterior sobre la libertad de testar ni sobre las donaciones, pero otorga protección en algunos casos en razón del vínculo de parentesco o de conyugalidad y, en otros casos, en razón de las necesidades particulares que deben ser tuteladas. En esta línea se inscribe tanto el derecho alemán, que tiene un sistema de protección de legítima, cuanto el dere-

2. OVSEJOVICH, Luis, “Legítima”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, tomo XVIII, 1964, p. 56.

cho anglosajón, que se inclina más por la libertad testamentaria pero impone como límite la salvaguarda de las personas que dependen del causante. Establecen en su protección créditos por alimentos y obligaciones alimentarias post mórtem<sup>3</sup>.

Podemos sacar de lo expuesto una primera conclusión. El principio de libertad absoluta ya no es sostenido en el derecho actual. Si bien existe una tendencia a una mayor autonomía de la voluntad, existe un principio moderador que procura evitar la desprotección, ya sea en amparo del interés familiar o de aquellas personas que merecen especial tutela.

### 3. Las dificultades del régimen argentino

Nuestro sistema es suficientemente conocido, lo que nos exime de efectuar un análisis pormenorizado de sus normas.

Queremos apuntar a dos temas que se relacionan con el excesivo rigor de nuestra ley civil en esta materia. Por una parte, a las causales de desheredación, que tornan prácticamente imposible el dejar de lado a un heredero forzoso, dadas las pocas disposiciones que lo permiten y las omisiones de la ley con respecto a otras circunstancias que deberían estar comprendidas. Por otra parte, a las cuotas de legítima, que juegan en contra de la libertad de testar, y las normas de protección de la legítima, que conspiran, según muchas interpretaciones, con la seguridad del tráfico jurídico.

### 4. Propuesta de nuevas causales de desheredación

Nuestro Codificador tan solo previó como causales las del artículo 3747, que, en las referidas a la desheredación de los descendientes, cita la injuria de hecho, poniendo el hijo las manos sobre su ascendiente, el atentado contra la vida del ascendiente y el haber acusado criminalmente el descendiente al ascendiente por un delito que merezca pena de cinco años de prisión o de trabajos forzados.

El primer supuesto ha merecido críticas por su limitación. Circunscribir la ofensa a la violencia física importa dejar de lado hechos que pueden resultar más sensibles, más ultrajantes y dolorosos que un golpe. Esta fórmula no resultó feliz y consagró una injusticia por omisión<sup>4</sup>.

3. Puede consultarse con provecho el estudio exhaustivo sobre las diversas clasificaciones y tipos de legítima en el excelente trabajo de ORLANDI, Olga, *La legítima y sus modos de protección. Análisis doctrinario y jurisprudencial en la dinámica del proceso sucesorio*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010, cap. I.

4. MAFFIA, Jorge O., *Manual de derecho sucesorio*, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 112.

El segundo también es limitativo porque se refiere solo al ascendiente, no estando comprendidos en la figura el cónyuge y los descendientes del causante.

El tercero adolece del defecto de la norma similar en cuanto a la indignidad, que se aparta de sus antecedentes al omitir el carácter calumnioso de la acusación. El texto vigente permite la duda en caso de acusación, por ejemplo, de un descendiente por abuso deshonesto o violación por parte del ascendiente.

El sistema ha sido poco utilizado por su carácter limitativo. La doctrina contemporánea entiende que, mediante este instituto, ha de robustecerse la voluntad del testador, quien conoce mejor su núcleo familiar.

Se ha propuesto la ampliación de las causales de desheredación, comprendiendo como tales también las de indignidad y toda clase de injurias graves contra el causante de hecho, de palabra o por escrito.

En la misma línea, se ha propuesto la desheredación del cónyuge para evitar que el causante, para lograr la exclusión, deba promover en vida juicio de separación personal o divorcio o que sus herederos deban discutir la exclusión fundada en la separación de hecho sin voluntad de unirse<sup>5</sup>.

En las conclusiones de las *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Córdoba, 2009) se aprobó, en referencia al régimen único de causales de indignidad y desheredación, “el abandono voluntario y malicioso, teniendo por comprendidas en la desheredación las causales de indignidad” y se propuso, como redacción del artículo 3747 del Código Civil, el siguiente texto: “Los herederos forzosos pueden desheredarse mutuamente por las siguientes causas: 1) injurias graves, 2) atentado contra la vida, 3) abandono voluntario y malicioso, 4) las demás causales previstas para la indignidad”. Este despacho fue aprobado por unanimidad.

## 5. Las cuotas de legítima

Los autores sostienen que nuestro derecho exhibe las cuotas más altas de legítima, en contra de la libertad de disponer de los bienes por causa de muerte, lo que atenta contra el principio constitucional de la propiedad y el poder de disposición, tanto en vida como por causa de muerte.

5. FERRER, Francisco y NATALE, R. M., “Indignidad, desheredación y legítima”, en libro de ponencias de las *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Córdoba, septiembre de 2009).

Si se conserva el sistema de legítima actual, que implica el derecho de los llamados legitimarios a no ser privados de una parte de la herencia, las cuotas deberían reducirse.

En las citadas *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, esto fue aprobado por unanimidad. La mayoría propuso reducir las cuotas a 2/3 para los descendientes, 1/2 para los ascendientes, y mantener en 1/2 al cónyuge.

Es interesante notar que por unanimidad se aprobó que “Deben regularse como asignación forzosa las prestaciones alimentarias post mórtem”. Esto nos hace pensar que está naciendo una tendencia a una flexibilización de la legítima, que va más allá de la reforma del régimen existente.

Si bien resulta difícil modificar estas cosas, que han sido aprendidas, adoptadas y repetidas casi dogmáticamente, pienso que ha llegado el tiempo de pensar en un sistema de protección del interés familiar y de tutela de los más desprotegidos que se aleje del primitivo molde, ya que resulta inadecuado y contrario a la seguridad jurídica, por las razones que más adelante expresaremos.

## 6. La protección de la legítima

El tema requeriría una larga exposición, pero no es este nuestro propósito.

Nos limitaremos a una breve enunciación de los medios jurídicos de protección en el sistema argentino, para señalar esencialmente sus falencias y, en caso de conservación del sistema, la necesidad de una interpretación armoniosa de las normas inferiores con los principios generales del derecho privado y con las normas de rango constitucional.

### 6.1. *El principio de intangibilidad y sus límites*

El principio general sentado por nuestro codificador es el de la intangibilidad de la legítima (art. 3958). Este sistema ya no rige en todo su esplendor.

La Ley 14394 instituyó la posibilidad de establecer por testamento una indivisión de bienes (art. 51), pero por un plazo de diez años o hasta que el heredero menor llegue a la mayoría de edad.

También puede el cónyuge supérstite imponer la indivisión, pero respecto de un establecimiento que constituya una unidad económica y la casa habitación residencia habitual de los esposos (art. 53).

La afectación al régimen de bien de familia también morigerará el principio general, de manera que el interés familiar prima sobre el interés particular de los herederos. Esta afectación posterga la partición.

El derecho real de habitación del cónyuge supérstite consagrado en el artículo 3573 bis del Código Civil también permite la indivisión en las condiciones establecidas en dicha disposición.

Siempre ampliando las excepciones al principio general, la Ley 24441 permite la constitución de un fideicomiso, ya sea en vida del fideicomitente o en un testamento.

Este fideicomiso tiene como plazo legal máximo el de treinta años. Nadie duda de que esto puede hacerse si los bienes dados en fiducia no afectan la legítima, pero, en las *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, se votó (por mayoría):

[...] el testador puede constituir fideicomiso sobre bienes determinados, aun cuando excedan la porción disponible, por actos entre vivos o por testamento, siempre que sean beneficiarios todos sus herederos forzosos o un heredero incapaz, pudiendo durar hasta que cese la incapacidad o fallezca, o se cumpla el término de treinta años.

Parece claro que el principio de intangibilidad ha cedido frente a todas estas excepciones. Lo que sucede es que el principio rígido de protección de la legítima no es pasible de ser defendido, porque en derecho lo que se requiere para arribar a resultados justos es la armonización de los diversos principios.

El amurallado derecho de los legitimarios ha sufrido, y en buena hora, más de una avería, en defensa de otros principios que también deben ser tenidos en cuenta.

Es bueno observar que, mediante estas reformas, el testador, al imponer la indivisión o al constituir bien de familia, está privilegiando otras cosas por un bien común, que resultan opuestas al interés de algunos herederos forzosos que pretenden la partición, para poder ejercer un derecho exclusivo sobre los bienes del acervo que le sean adjudicados.

Lo mismo podemos decir del cónyuge supérstite tanto en el caso en que solicite la indivisión sobre el establecimiento que él ha gestado o ayudado a gestar, para defenderse frente a sus coherederos, que nada han hecho y con la división podrían ir en contra del principio de la conservación de la empresa o provocar su venta. También, en el caso del derecho de habitación viudal, el cónyuge supérstite puede defenderse a veces con respecto a sus propios hijos que pretenden la liquidación del bien. Por supuesto, la ley establece condiciones para el ejercicio de este derecho que no resulten abusivas.

### 6.2. *La nulidad de pactos sobre herencias futuras*

Este principio, establecido en el artículo 3311, por el cual no puede aceptarse renunciar a las herencias futuras, concuerda con el artículo 3599, que nulifica los acuerdos que se celebraren en tal sentido.

En la práctica de la instrumentación de donaciones, es común que quienes tienen vocación sucesoria y no son donatarios estén presentes y manifiesten haber recibido valores equivalentes. Si dijese que renuncian al derecho de colación, tal manifestación sería nula, pero si, fallecido el donante, el donatario pudiera probar la veracidad con respecto a otros valores recibidos por quienes estuvieron presentes al acto, se eximiría de colacionar el bien donado.

A pesar de los principios sentados por el Codificador, actualmente es cada vez mayor el reclamo de los particulares por una programación hereditaria. La afirmación en un contrato acerca de otros bienes recibidos (donación de dinero efectivo, regalos de viajes que exceden los regalos de costumbre, cancelación de deudas de montos importantes, etc.) puede ser muy útil para evitar reclamos por colación. De lo contrario, habría herederos en mejor situación de probar los anticipos de herencia que otros, lo que es contrario a la justicia. En este caso no se trata de una renuncia a la colación, que es irrenunciable, sino de una explicitación de otros anticipos de herencia.

### 6.3. *El derecho de opción del artículo 3603*

Esta norma ofrece una solución práctica para proteger la legítima en caso de legado de usufructo o renta vitalicia, dado que

resulta muy difícil el cálculo del plazo del usufructo y los beneficios que el usufructuario pueda obtener, para saber si conculca o no el derecho del legitimario.

Responde con criterio práctico a un caso muy puntual. De todas maneras, la misma ha originado dudas en su interpretación, que no es el caso a analizar en este trabajo.

#### 6.4. *Las transmisiones de bienes a legitimarios con reserva de usufructo*

El problema que plantea la disposición del artículo 3604, entre otros, es el de saber si la nuda propiedad transmitida por contrato ha de ser atribuida como mejora, o sea, como acto de disposición comprendido en la porción disponible del donante.

La norma se refiere a estos casos concretos en los que se reserva el usufructo, presumiéndose que la transferencia de la nuda propiedad, que aparece como onerosa, es gratuita, salvo que los otros herederos presentes en el acto ratifiquen el carácter oneroso de la transferencia, lo que pone al caso fuera del alcance de la norma.

La disposición se refiere a las transferencias de nuda propiedad, aparentemente onerosas, a las que presume gratuitas y, por tal razón, las imputa como mejora, dispensando al donatario del deber de colacionar. Es un caso excepcional de dispensa no testamentaria.

Quedan fuera del alcance de la disposición las simples donaciones de nuda propiedad con reserva de usufructo, casos en los cuales no puede presumirse la dispensa de colación<sup>6</sup>.

No nos detenemos en esta disposición porque nuestro propósito está ligado con prioridad al tema de la acción de reducción en caso de donaciones, razón por la cual dejamos de lado la acción de preterición de heredero forzoso, legislada en el artículo 3715 del Código Civil, tema que requeriría un estudio particular como es el de la partición por ascendiente (art. 3514).

#### 6.5. *La acción de reducción y las donaciones*

Este capítulo ha generado un sinnúmero de posturas interpretativas y discusiones interminables. Se ha constituido en una especie de laberinto en el que no es fácil encontrar la salida.

6. ORLANDI, Olga, *op. cit.* (cfr. nota 3), pp. 186 y ss., y notas de las diferentes interpretaciones de doctrina y jurisprudencia.

Las normas en juego son los artículos 3600 y 3601, que habilitan a pedir el complemento de la legítima y a reducir las disposiciones testamentarias a los términos debidos.

En las normas referidas a la donación, los artículos 1830, 1831 y 1832 establecen que es tenida por inoficiosa la donación que excede la parte que el donante podía disponer. En tal caso, los herederos forzosos podrán pedir la reducción, siempre que existieran en la época de la donación. También pueden hacerlo los descendientes posteriores a la donación, si hubiesen existido descendientes en la época de la donación. También el artículo 3955 establece un plazo de prescripción decenal a la acción de reducción contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación inoficiosa.

Estas disposiciones suscitaban discrepancias doctrinarias, en especial respecto a la legitimación pasiva, sobre el carácter de la acción, la reipersecución, la buena fe del tercer adquirente de buena fe a título oneroso, es decir, en cuanto a la estimación de la buena fe.

Las distintas interpretaciones doctrinarias conducen en algunos casos a consecuencias desastrosas para el tráfico jurídico de los bienes, en defensa exclusiva de los derechos de los legitimarios. En otros casos, salvaguardan las donaciones a descendientes, quedando particularmente cuestionadas las donaciones a terceros. Otras priorizan el principio de la buena fe del adquirente a título oneroso, la seguridad jurídica y principios constitucionales en juego.

Podemos agruparlas según afecten los títulos que reconocen en su antecedente una donación, en la siguiente forma.

#### 6.5.1. *Doctrina que lo declara como título siempre imperfecto*

Sostiene que toda donación puede resultar inoficiosa, haya sido a favor de un heredero forzoso o de un tercero, y es siempre pasible de la acción de reducción.

Si bien admite las diferencias entre colación y reducción, afirma que, si el heredero donatario resulta insolvente, procede contra él la acción de reducción. Argumenta que, aun sosteniendo la tesis contraria a la pertinencia de la acción, nunca se sabe si el heredero donatario aceptará o renunciará a la herencia. En este último supuesto, resulta extraño a la herencia (art. 3353) y procede la acción de reducción, si fuera el caso.

Concluye que el título resulta siempre imperfecto<sup>7</sup>. Como corolario de esta afirmación, aun cuando no se explicita, esta interpretación trae aparejada la eliminación de toda donación en el tráfico jurídico. Podría eliminarse ese contrato del texto legal, al menos con respecto a los inmuebles.

#### 6.5.2. *Doctrina que lo somete a la acción de colación y también de reducción en lo que excede la porción disponible*

No niega que las donaciones a herederos forzosos estén sometidas a la acción de colación, pero, en el caso de que exceda la porción disponible, sería pasible de reducción.

Esta interpretación procura que el heredero legitimario pueda siempre recibir su cuota. Si la colación resultase insuficiente y hubiese transferido un bien donado a un tercero a título oneroso, procedería la acción de reducción.

El problema está en que, al no poder saberse qué va a ocurrir después de fallecido el donante, toda donación, aun efectuada a favor de un heredero forzoso, podría ser reducible<sup>8</sup>.

Las consecuencias prácticas son semejantes a la doctrina precedentemente citada. Como nunca se sabe, toda donación podría ser inoficiosa, por lo tanto, resoluble. También habría que eliminar la donación de inmuebles, a menos que el donatario resolviera no transferirlo hasta que prescribiese la acción de reducción (art. 3955), lo que puede significar en la práctica el paso de muchas décadas.

#### 6.5.3. *Doctrina que distingue entre donación a heredero forzoso (acción de colación) y a tercero (acción de reducción)*

A diferencia de las dos anteriores, sostiene que el Codificador ha organizado la protección por dos sistemas diferentes: el de colación, cuyo sujeto pasivo es el heredero forzoso que ha recibido un adelanto de herencia, y el de reducción.

El primero, enraizado en los artículos 3476 y 3477. Resalta la nota al 3477, en la que solo se designan “los valores dados por el difunto y no las cosas mismas” y más adelante dice: “La donación fue un contrato que transfirió la propiedad de las cosas al donatario, y este ha podido disponer de ellas como dueño. Ese dominio no se revoca por la muerte del donante”. También se fundan en el artículo 3604 que se refiere a “valores”<sup>9</sup>.

7. DI LELLA, Pedro, “Reducción de la donación a heredero forzoso (o de cómo la donación es siempre título imperfecto de dominio”, en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 1995-IV, p. 687.

8. Sostienen esta doctrina Laje, Borda, Goyena Copello, Zannoni. Es la conclusión aprobada en las *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* que dice: “La acción de reducción es ejercible contra los donatarios, ya sean herederos forzosos, herederos voluntarios o extraños, siempre que se viole la legítima del heredero aparente” (por mayoría). En realidad, la comisión debió poner lo aprobado por la minoría en sentido contrario. Cfr. TREBUCQ, Francisco J.; BERTORELLO, C.; VANZETTI, P.; CRAVERO, A. y GERBALDO, M., “Legítima y circulación de los valores: Un debate en torno a la acción de reducción”, en el libro de ponencias de las citadas jornadas.

9. Méndez Costa se enrola en esta postura, así como Lafaille, Salvat, Martínez Paz y Fornieles (MÉNDEZ COSTA, en *La Ley*, tomo 28-1975, p. 42).

La consecuencia práctica de esta postura doctrinaria consiste en la aceptación de los títulos de donación a herederos forzosos, ya que, aunque este transfiera el bien, la acción del coheredero forzoso se dirigirá por colación de valores contra el heredero forzoso donatario y no contra el tercer adquirente a título oneroso.

6.5.4. *Doctrina que lo declara título perfecto, sin aplicar el artículo 3955 contra el tercer adquirente de buena fe a título oneroso, salvo que mediara mala fe del tercero*

Sostiene que se trata de una acción personal. En esto no difiere con las doctrinas precedentes, pero se diferencia en cuanto no acepta que exista una acción reipersecutoria nacida de la acción personal. Rechaza el carácter mixto de la acción.

Afirma que la acción de reducción es una acción personal incluida dentro del género de las acciones de inoponibilidad<sup>10</sup>. Quien intenta la acción no busca la invalidación de la donación, sino salvar el obstáculo que se opone a la percepción de su cuota de legítima.

En consecuencia, el antecedente de donación no convierte al título en observable ni imperfecto. Pero ello no significa que no resulte inoponible al legitimario. La inoponibilidad surge de la mala fe del tercero que adquirió a título oneroso. Y esa mala fe no consiste en conocer el antecedente de la donación, sino el conocer que haya habido un *consilium fraudis* para perjudicar al legitimario.

Según esta doctrina, hay que basarse en que la buena fe debe presumirse, que merece amparo legal el tercer adquirente de buena fe a título oneroso. Atento a que el artículo 1051 ha otorgado protección al subadquirente de buena fe a título oneroso, aunque hubiera mediado un acto nulo o anulable, cuanto más merece ser protegido el tercero de buena fe que adquiere a título oneroso existiendo en los antecedentes un acto de donación perfectamente válido.

En esta línea doctrinaria, existe un proyecto de modificación de los artículos 1831 y 3955 del Código Civil que propone incorporar el siguiente párrafo:

La reducción declarada por los jueces no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes inmuebles constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título

10. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, Buenos Aires, Zavallia, 2000, 3ª ed., tomo 2.

oneroso. La mala fe del tercero no podrá presumirse y consistirá en el conocimiento por su parte de que la donación afectaba ostensiblemente los derechos del heredero preterido.

Cabe señalar que, en otras disposiciones análogas, el Codificador pensó en la seguridad de los terceros y distinguió los casos de dominio revocable –lo que surge del título– de los casos en que la eficacia se resuelve, pero sin generar perjuicio a terceros.

Así, el artículo 1866 contempla la revocación de la donación por causa de ingratitud y dice que no tiene efectos contra terceros por las enajenaciones hechas por el donatario. Distingue este caso del de la donación sujeta a reversión –lo que surge del título–, en cuyo caso los bienes donados vuelven al donante y esto rige tanto respecto al donatario como respecto a los terceros que los hubiesen adquirido (art. 1847).

En el caso de indignidad, también establece una diferencia. Las ventas que hubiese realizado el excluido por indigno, como también las donaciones, son válidas y solo hay acción contra él por los daños y perjuicios (art. 3309). La revocación de esas enajenaciones cabe, en cambio, cuando han sido el efecto de un concierto fraudulento entre él y los terceros con quienes hubiese contratado (art. 3310).

Aplicando estos principios al caso que nos ocupa, llegamos a la conclusión de que la acción contra el tercero adquirente del inmueble en cuyo antecedente hay una donación procede en la medida en que exista un *consilium fraudis*. La donación en sí misma no constituye un supuesto de dominio revocable.

## **7. Jurisprudencia sobre la acción de reducción y las donaciones**

Las distintas interpretaciones doctrinarias han levantado una gran polvareda. Tanto daño han causado estas discrepancias, que el tembladeral en el que nos encontramos ha llevado en algunos casos al abandono de las donaciones a terceros, a la necesidad de recorrer escarpados caminos para la bonificación de los títulos, a la duda, incluso, de instrumentar donaciones a favor de herederos forzosos.

Todo esto escandaliza al hombre común que no alcanza a comprender los cuestionamientos a estas donaciones, ni los fantasmas de posibles legitimarios creados por los juristas, a los

que ponen en escena los escribanos y abogados, convirtiendo en reales a personajes más próximos a la ficción que a la vida.

La escasa jurisprudencia sobre el tema es prueba clara de estas afirmaciones.

Los capítulos sobre el fraude a la legítima se centran en otras figuras, como la de los aportes de capital a sociedades, los aumentos de capital, la constitución de fideicomisos, la participación en sociedades extranjeras, los depósitos en el exterior y hasta en el cambio de domicilio o nacionalidad para escapar al rigorismo legal que atenta contra la libertad de disposición de los bienes y la posibilidad de efectuar una sana programación hereditaria.

Aun quienes sostienen de *lege lata* la posibilidad de interponer la acción de reducción incluso contra los herederos forzosos y la acción reipersecutoria contra los terceros adquirentes a título oneroso reconocen que la donación no es el camino del fraude a la legítima<sup>11</sup>.

En el plenario “Escary c/ Pietranera”, del 11 de junio de 1912 (*Jurisprudencia Argentina*, año III, agosto de 1920, n° 31), la Cámara resuelve que tiene derecho el demandado, Tancredi Pietranera, a negarse a escriturar, no porque exista una donación en su antecedente, sino porque

[...] resultando del mismo título que el donante tiene una hija que pudiera haber sido perjudicada en su legítima [...] no puede afirmarse que se trate de un título inatacable, atenta la disposición del artículo 3955 del Código Civil [voto del doctor Zapiola].

En el voto de la mayoría, se reconoce que el artículo 3477 rige las donaciones a herederos forzosos, que son solo colacionables, y aplica el artículo 3955 con respecto a los terceros, pero considerando que del mismo título surge la existencia de una hija del donante.

La minoría no acepta esta acción reipersecutoria. Sostiene que existe una acción personal del legitimario contra el tercero, pero no respecto del bien sino de los valores que exceden la legítima. Sostiene que el artículo 3450 no acuerda acción al heredero para reivindicar sino hasta la concurrencia de su parte, siendo el interés la medida de la acción (del voto del doctor Helguera).

En “Apeceche c/ Navarro Viola”, del 23 de septiembre de 1954, el comprador se niega a escriturar por existir donación de

11. ORLANDI, Olga, *op. cit.* (cfr. nota 3), p. 330: “En un análisis exhaustivo de la jurisprudencia es difícil observar que los legitimarios reclamen la integración de la legítima conculcada por simples donaciones del causante”.

madre a hija en el antecedente, pidiendo la seña doblada, acción que es rechazada por la Cámara Nacional Civil, Sala A, con voto del doctor Arauz Castex, quien aplica el plenario.

En “Llarin c/ Millan”, del 16 de junio de 2005, el comprador pide la resolución del boleto de compraventa, alegando título imperfecto por una donación a tercero, aplicando el plenario la Cámara Nacional Civil, Sala D. La Cámara aplica el plenario del año 1912 y destaca su obligatoriedad, citando otro antecedente, mencionando que “estos fallos no pierden vigencia por el mero transcurso del tiempo”. El fallo rechaza la aplicación del artículo 1051 por entender que el mismo se refiere a vicios no manifiestos, siendo la donación a tercero manifiesta.

En el caso “Vogelius c/ Vogelius”, del 3 de noviembre de 2005, no se trata de una donación como antecedente. Hay un fideicomiso celebrado en el exterior a favor de dos hijos extramatrimoniales por el que se transfirió al fiduciario un inmueble, quedando fuera del beneficio dos hijos matrimoniales. La sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala F, dice que debe ser asimilado a las donaciones colacionables<sup>12</sup>.

En “Yebra c/ Gasparini de Roca”, del 12 de mayo de 1998, resuelto por la Cámara Nacional Civil, Sala H, la actora, nieta del causante, en representación de su madre, promovió acción de colación y reducción contra sus tías e hijas del causante, donatarias de diversos inmuebles. El juez de primera instancia acepta la acción de colación y rechaza la de reducción contra las herederas forzosas, sentencia consentida en esto último por la actora, lo que queda firme. Por lo tanto, la Cámara no vuelve sobre este aspecto por ser cosa juzgada. Pero hace lugar a la reducción contra quien resultó adquirente del inmueble a la donataria.

La sentencia resalta que el subadquirente no puede desconocer la existencia de la donación. En este caso, se trataba de donación a heredero forzoso. No cita el plenario ni la jurisprudencia concordante, pero, atento a las particularidades del caso, basándose en la posible inoficiosidad de la donación, pasa a estudiar el problema de la buena fe del tercero adquirente a título oneroso. Rechaza la aplicación del artículo 1051 del Código Civil, pero se basa, para hacer lugar a lo peticionado, en la mala fe de la adquirente. En primer lugar, porque compra en un precio que resulta el cincuenta por ciento del precio de plaza; en segundo lugar, porque la donataria-vendedora sigue ocupando el inmueble con su familia como locataria y, por último, porque no tomó intervención en el juicio y fue declarada en rebeldía. Con-

12. *La Ley*, tomo 2006-A, p. 374.

cluye que, por estos argumentos, es admisible la acción reipersecutoria y que la adquisición es inoponible a la actora, que pretende la resolución del contrato.

En realidad, el encuadre correcto hubiese sido el de simulación de venta, debiendo prosperar la colación, porque tal era la realidad subyacente. No estamos ante el caso de un verdadero adquirente a título oneroso, cuya buena fe pueda ser cuestionada solo por la existencia de una donación en el título antecedente, tratándose además de una donación a heredero forzoso, la que, según el resto de la jurisprudencia citada, queda sujeta a colación.

Es imposible citar todos los casos, pero no es menos cierto que son pocos, raros, lo que nos lleva a concluir que los diversos planteos doctrinarios se quedan en la letra de la ley, en la normatividad, alejándose sensiblemente de la realidad social, de la importancia de la seguridad en el tráfico jurídico y de la búsqueda de interpretaciones que procuren justicia.

## 8. Los principios en juego y su armonización

El planteo que contrapone la autonomía de la voluntad al derecho de los legitimarios lleva a posiciones extremas: la libertad total, eliminando la legítima o la institución de la legítima en todo su rigor, con una protección centrada en los vínculos de parentesco y conyugalidad, sostenida al límite máximo de vulnerar el derecho de la persona a disponer de sus bienes, en vida y para después de su muerte, e incluso la libre y segura circulación de los bienes.

Pareciera que nuestra ley, en su interpretación más rigurosa, se ha quedado en esta segunda opción.

La tentación de irse al otro extremo, el de la libertad absoluta, es grande, pero no parece bueno sucumbir a ella, a pesar de estar ahogada nuestra sociedad por una especie de sobreprotección de la legítima, que, como todo lo que resulta excesivo, termina siendo nociva. Son más los casos en los que se vulnera la igualdad entre los herederos, que dan lugar a la acción de colación, que los de preterición o fraude a la legítima. De todas maneras, desde la sanción del Código, quedó instalado en nuestra sociedad el principio de defensa de los derechos de los herederos forzosos, en desmedro de la autonomía de la voluntad.

Pensamos que ha llegado el tiempo de procurar un sano equilibrio.

Sin discutir sobre los fundamentos de la sucesión en cuanto tal, nos parece importante reflexionar sobre la conveniencia de la conservación de la legítima y sus límites.

No parece insensato procurar por este medio la protección del interés familiar<sup>13</sup>.

La existencia de la familia, como comunidad de personas ligadas por un vínculo jurídico, en su consideración desde el ángulo del derecho, y su importancia justifican el principio de protección consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

Esto también debe darse en el derecho de las sucesiones. Sin embargo, la protección debe adaptarse a las necesidades y a los tiempos. La consideración de la familia nuclear o más cercana, como es la constituida por los ascendientes, descendientes y el cónyuge, no implica necesariamente la utilización de los medios de protección que existen actualmente en nuestro derecho.

Si en el país persevera el concepto de la conservación de la legítima, tal como la conocemos, a fin de armonizar este principio con el de la autonomía de la voluntad, deberían por un lado ampliarse las causas de desheredación, disminuirse las cuotas de legítima y limitar las medidas de protección, conjugándolas con el principio de libre circulación de los bienes y el de seguridad en el tráfico jurídico.

Si nos animáramos a dar algún paso en otra dirección, el interés familiar podría protegerse no ya manteniendo un derecho a una porción forzosa sino amparando a quien es débil, mediante la instauración de alimentos post mórtem o instituyendo un derecho de crédito.

13. Nos hemos ocupado de la protección del interés familiar en *La protección del interés familiar en el régimen patrimonial del matrimonio*, Buenos Aires, Educa, 2010, pp. 18 y ss.