

La legítima y el Proyecto de unificación de Código Civil y Comercial año 2012*

Néstor D. Lamber y Marta R. Piazza

Sumario: 1. Introducción. El camino de la libertad. 2. Interpretación de la legítima en el Código Civil actual. 3. La legítima en el actual Proyecto de unificación de Código Civil y Comercial. 4. Ampliación de las causales de desheredación.

1. Introducción. El camino de la libertad

El derecho sucesorio nacional ha establecido un sistema hereditario de orden público, limitando la libertad de testar a favor de vínculos parentales legalmente determinados, reconociendo la necesidad de satisfacer las necesidades de la familia y mantener el valor equidad en pos de quienes colaboraran para la formación o mantenimiento del patrimonio del causante. En este sentido, explica Orlandi:

Todas las normas de un sistema jurídico de sucesiones apuntan, sin dudas, a lograr la seguridad jurídica en la transmisión por causa de muerte y a la tutela del interés familiar en consideración a que la familia constituye en núcleo básico de la sociedad y el medio de realización personal de sus miembros.¹

En protección de esta institución de vocaciones hereditarias legales se establece un sistema de legítima como el

... régimen legal imperativo que se abre cuando existen herederos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que dichos herederos no pueden ser privados, de tal modo que la capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, solo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos.²

Nuestro Código Civil ha optado por un sistema de altas cuotas fijas de distribución forzosa,³ dejando escaso margen a la auto-

* Ponencia presentada en la XXX Jornada Notarial Argentina (Mendoza, agosto 2012). Publicada en *CEN. Centro de Estudios Notariales de la Delegación Lomas de Zamora del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*, n° 10, noviembre 2013, pp. 37-59.

1. ORLANDI, Olga E., "Tendencia hacia la autonomía de voluntad en el derecho sucesorio del siglo XXI", en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, n° 53 "Derecho de familia", 2012, p. 8.

2. RÉBORA, Juan C., *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1952, p. 65.

3. Argentina, Bolivia, Paraguay, Puerto Rico, Perú, Alemania, Brasil.

nomía de voluntad, en detrimento de la posibilidad de prever la posibilidad de mejoras a determinados legitimarios,⁴ la consideración de alimentos postmórtem,⁵ la libertad de testar⁶ y, en general, la limitación a las indivisiones, en protección de la continuidad de las empresas familiares.⁷

El reconocimiento de la legislación civil a un nuevo modelo de familia, más amplio y adecuado la autonomía personal de sus integrantes de optar por un proyecto de vida en común, receptando la tutela legal tanto de la denominada familia tradicional como, progresivamente, cada vez más, de la de hecho y la ensamblada, el matrimonio igualitario, etc., otorgando el individuo una flexibilidad en la institución base de la atribución de la vocación sucesorio legal, reclama que dicha autonomía de voluntad se refleje también en las normas del derecho sucesorio a fin de dar respuesta a las necesidades y deseos de estas nuevas familias, para su descendencia (unilateral o bilateral), y del cónyuge y, en algunos casos, incluso al conviviente.

Esta mayor autonomía en la constitución familiar lleva como consecuencia su extensión al momento de planificar la distribución sucesoria, a fin de permitir la adecuada continuidad para después del fallecimiento de uno de los progenitores o cabeza de familia, ya que el patrón fijo de cuotas hereditarias puede no cumplir acabadamente con la tutela del interés familiar.

Se hace necesario, entonces, tener que recurrir a otros institutos –como es la tendencia del derecho comparado moderno–, a admitir en mayor medida los pactos sucesorios, en especial distributivos o renunciativos, los alimentos postmórtem, los mandatos postmórtem y las disposiciones de previsión de continuidad de las empresas PyMEs familiares, con posibilidad de atribución preferencial o imponiendo su indivisión para permitir su continuidad en pos del interés colectivo y no sólo familiar.⁸

La tendencia mundial es hacia una mayor autonomía,⁹ en la que, según Medina,

... la libertad sucesoria va más allá de la legítima. Entendemos que la autonomía de voluntad no sólo se vincula con la cuotas de disposición legal y forzosa para después de la muerte a favor de determinados herederos, sino que también la forma cómo se transmitan, distribuyan y administren los bienes después de la muerte.¹⁰

4. España, Chile, Colombia, Ecuador.

5. Chile (arts. 1167-8, CC), Colombia (arts. 1127-29, CC), Uruguay (art. 871, CC), Quebec (arts. 684-6, CC), México (arts. 1369-76, CC), Uruguay (art. 871, CC); a lo que se puede sumar la solución jurisprudencial británica de otorgar un derecho de pensión como salvaguarda a la disposición testamentaria.

6. ORLANDI, Olga E., ob. cit. (cfr. nota 1), pp. 12 y 13.

7. MEDINA, Graciela, "La autonomía de la voluntad en el derecho de sucesiones en el siglo XXI. Contratos sucesorios y controles impositivos", en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, n° 53 "Derecho de familia", 2012, p. 60.

8. ORLANDI, Olga E., ob. cit. (cfr. nota 1), pp. 16 y cc; MEDINA, Graciela, ob. cit. (cfr. nota 7), pp. 62 y ss.

9. Ver nota extendida en p. 287.

10. MEDINA, Graciela, ob. cit. (cfr. nota 7), p. 59.

Esto ha sido recurrente recomendación de las jornadas y congresos de los últimos años, en forma unánime, en pos de: la reducción de la cuota fija de la porción disponible y la ampliación de las causales de desheredación,¹¹ la previsión de disposiciones sucesorias en reguardo de los derechos de personas vulnerables, entre otras, los menores, personas con discapacidad y los adultos mayores,¹² y la asignación forzosa de prestaciones alimentarias postmórtem.¹³

El actual Proyecto reforma reconoce la tendencia a acrecentar el ejercicio de la autonomía de voluntad, pero se aparta de ella al mantener un celoso cuidado en la prohibición de contratos relativos a la herencia, manteniendo una alta judicialización en la materia. También elimina los mandatos postmórtem, contradiciendo esta política legislativa.

2. Interpretación de la legítima en el Código Civil actual¹⁴

A los efectos de una primera aproximación conceptual, afirmamos que la legítima circunscribe y limita la facultad de disponer a título de donación o por testamento a favor de los herederos legitimarios¹⁵ o forzosos. Es, en nuestro ordenamiento, un derecho enérgicamente consagrado en la ley, “atribuido a ciertas personas unidas estrechamente al causante por su parentesco consanguíneo en línea recta o por el vínculo conyugal”¹⁶.

Para ir fundamentando nuestra postura, resulta necesario advertir que los herederos tienen la posesión hereditaria, o sea, el reconocimiento de la calidad de heredero desde el fallecimiento del causante –por ministerio de la ley– sin necesidad de ningún acto material de aprehensión.¹⁷

Desde el fallecimiento del causante o desde la presunción de su fallecimiento, la universalidad de sus bienes se transmite a sus herederos y se abre la sucesión *mortis causa*. Precisamente, la redacción del artículo 3282 del Código Civil lo consagra¹⁸ y la nota del artículo establece específicamente: “La muerte, la apertura y la transmisión de la herencia se causan en el mismo instante. No hay ente ellas el menor intervalo de tiempo; son indivisibles”.

Se requiere además: a) la vocación sucesoria, que es el llamamiento del heredero por ley y b) la aceptación de la heren-

11. XXII Jornada Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 2009); XXXVII Jornada Notarial Bonaerense (Junín, 2011).

12. XXIII Jornada Nacional de Derecho Civil (Tucumán, 2011).

13. XXII Jornada Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 2009).

14. El presente punto ha sido elaborado a partir del trabajo de la coautora Marta R. PIAZZA, “La legítima. Su conservación”, que resultó galardonado con el Premio al Mejor Trabajo Individual de Escribanos de Todo el País en Ejercicio de la Función en la XXXVIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (agosto-septiembre 2011).

15. Ver nota extendida en p. 287.

16. Ver nota extendida en p. 287.

17. Ver nota extendida en p. 287.

18. En efecto el art. 3282 del Código Civil dispone: “La sucesión o el derecho hereditario, se abre tanto en las sucesiones legítimas, como en las testamentarias, desde la muerte del autor de la sucesión o por la presunción de muerte en los casos prescriptos por la ley”.

cia, pues el heredero tiene la opción de aceptarla o rechazarla. Sin embargo, esa transmisión se produce sin estar sujeta a ninguna manifestación de su parte, sin perjuicio del juicio sucesorio que imponen las leyes procesales.¹⁹

Los otros parientes (así designados por el art. 3412 del Código Civil) deben pedir la posesión hereditaria a los jueces a falta de herederos legitimarios. Comprende a los colaterales dentro del cuarto grado de parentesco (art. 3545 del Código Civil), ante la inexistencia de ascendientes, descendientes y cónyuge:

... aun cuando pueda parecer de una exagerada latitud el llamamiento de los colaterales, lo cierto es que por constituir un orden de herederos no forzosos, puede quedar morigerado por las disposiciones testamentarias del causante.²⁰

También deben pedir la posesión hereditaria a los jueces los herederos instituidos en un testamento válido. Pero debemos distinguir si el causante designa herederos a sus propios herederos legitimarios, lo que existe es solamente una confirmación de heredero,²¹ que entran en posesión de la herencia de pleno derecho. Es necesario, por lo tanto, que del texto del testamento surja la confirmación y no una institución de herederos.²²

Si alguno de los herederos legitimarios ha recibido una donación del causante, la misma integra la masa partible, es decir, se incorpora para imputar en la porción hereditaria del heredero legítimo que adquirió el bien a título de donación, sin dispensa de colación. El causante puede dispensar de colación dentro de su porción disponible, por medio de un testamento válido, de acuerdo al artículo 3484 del Código Civil.²³ Por lo tanto, si existen varios herederos legitimarios y uno de ellos recibió una donación, el valor de lo donado se lo imputa en su porción hereditaria,²⁴ y quien está obligado a colacionar es el heredero legítimo.²⁵

Aun a riesgo de ser frondosos y para profundizar el tema, debemos consignar que la colación es un derecho de carácter patrimonial a determinado valor de los bienes, pero no un derecho a bienes determinados; tanto en las sucesiones *ab intestato* como en las testamentarias en el supuesto de que el testador confirme a sus herederos legitimarios, es un crédito del heredero contra la sucesión. Si son varios los herederos legitimarios que les corresponden porciones diferentes,²⁶ la pauta rectora

19. El Proyecto expresamente incluye y refiere al juicio sucesorio en los arts. 2336-2340, previendo el cumplimiento de determinados actos del juicio sucesorio.

20. MAFFIA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010, t. II, p. 785 (actualizado por Lidia B. Hernández y Luis A. Ugarte).

21. LAMBER, Rubén A., "Escritura de partición por testamento con cláusula de indivisión forzosa de establecimiento industrial", en AA.VV., *XX Seminario teórico-práctico "Laureano A. Moreira"*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 1990, pp. 69-81.

22. Ver nota extendida en p. 287.

23. Ver nota extendida en p. 287.

24. Ver nota extendida en p. 288.

25. Ver nota extendida en p. 288.

26. Ver nota extendida en p. 288.

de la colación es asegurar la proporcionalidad establecida por la ley. Es un derecho propio de cada heredero legitimario contra otro heredero legitimario, que puede renunciarlo o ejercerlo en la proporción que le corresponda.

Otro supuesto es el que dispone el artículo 3481:

Los padres no están obligados a colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado a un hijo por aquéllos; ni el esposo a la esposa lo donado a su consorte por el suegro o suegra, aunque el donante disponga expresamente lo contrario.

Sin embargo, si los nietos suceden al abuelo por derecho de representación del padre, “concurriendo con sus tíos y primos, deben traer a colación todo lo que debía traer el padre si viviera, aunque no lo hubiesen heredado” (excepción prevista en el art. 3482 del Código Civil). No están comprendidas las liberalidades dispuestas por el artículo 1791 del Código Civil, porque no se las considera donaciones.²⁷

Es otro caso para mencionar que los hijos del indigno que concurren a la sucesión por derecho de representación deben colacionar la donación que en vida del causante recibió el indigno. Además, según lo dispone el artículo 3301 del Código Civil, el indigno “no puede en ningún caso reclamar sobre los bienes de la sucesión el usufructo y administración que la ley acuerda a los padres sobre los bienes de sus hijos”.

Cuando la legítima de los herederos legitimarios ha sido afectada por legados y donaciones a terceros, el Código Civil estableció la acción de reducción, que provoca que se deje sin efecto el legado o se resuelva la donación, lo que posibilita traer en especie a la sucesión el bien donado para cubrir la legítima del heredero forzoso.

Del juego armónico de los artículos 1830 a 1832 y 3601 del Código Civil el tercero donatario no debe colacionar, porque no es un heredero legitimario, y cualquier donación o legado tendrá plena eficacia y no puede ser atacado si se efectúa dentro de los límites de la porción disponible. Pero si los excede, la donación es inoficiosa; podrá el donatario ser demandado por reducción de la donación en la medida del exceso de la parte que puede disponer.

La reducción de la donación no significa anularla, en especial porque la anulación tiene en principio efectos retroactivos de volver “las cosas al mismo o igual estado que se hallaban

27. El referido art. 1791 consagra que no son donaciones: “1. [derogado por la Ley 17.711]. 2. La renuncia de una hipoteca o la fianza de una deuda no pagada, aunque el deudor esté insolvente. 3. El dejar de cumplir una condición a la que esté subordinado un derecho eventual, aunque en la omisión se tenga la mira de beneficiar a alguno. 4. La omisión voluntaria para dejar perder una servidumbre por el no uso de ella. 5. El dejar de interrumpir una prescripción para favorecer al propietario. 6. [derogado por la Ley 17.711]. 7. El servicio personal gratuito por el cual el que lo hace acostumbra a pedir un precio. 8. Todos aquellos actos por los que las cosas se entregan o se reciben gratuitamente, pero no con el fin de transferir el dominio o de adquirir el dominio de ellas”.

antes del acto anulado”, de acuerdo al artículo 1050 del Código Civil y la reducción sólo obra para el futuro.²⁸ El objeto de la acción

... consiste en hacer reducir las donaciones realizadas por el causante, en aquella medida necesaria para que puedan quedar cubiertas las legítimas de los herederos forzosos, ya sea que éstos tomen un papel activo, demandando o interponiendo la respectiva acción judicial contra los donatarios de las cosas donadas, o bien que adopten un papel pasivo, en el caso de exigírseles por éstos últimos la entrega de ellas.²⁹

En síntesis, la acción de reducción “pretende la reintegración de los valores en tanto y en cuanto excedan la porción disponible”.³⁰

Para definir si la reducción es una acción de carácter personal o real, varios autores han respondido a este interrogante. Así, para Playones, la reducción es una acción personal sobre valores; para Lafaille, la reducción no persigue el reintegro de las cosas donadas sino de su valor, y, para López de Zavalía, es una acción personal que pertenece al género de las acciones de inoponibilidad como la pauliana.³¹

No están sujetas a la acción de reducción, por aplicación analógica, las liberalidades que no son colacionables del artículo 3480 del Código Civil. Por lo tanto, no comprende los gastos de alimentos, curación o educación, por extraordinarios que sean, los que los padres hagan para dar estudios a sus hijos o para prepararlos para ejercer una profesión o para el ejercicio de algún arte, los regalos de costumbre, el pago de las deudas de los ascendientes y descendientes, y los objetos muebles que sean regalos de uso o amistad.

Un supuesto especial se presenta con el heredero que renuncia a la herencia, que, según el artículo 3353 del Código Civil: “se juzga al renunciante como no habiendo sido nunca heredero; y la sucesión se defiende como si el renunciante no hubiese existido”. Por tal motivo, el renunciante según establece el art. 3355 del C. C. puede: “retener la donación entre vivos que el testador le hubiere hecho, y reclamar el legado que le hubiere dejado, si no excediere la porción disponible que la ley asigne al testador”.

28. BELLUSCIO, Augusto C. y LAGOMARSINO, Carlos A. R. (colab.), en Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 2004, t. 9, p. 100.

29. ZAGO, Jorge A., “Contratos”, en Llambias, Jorge J. y otros, *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, t. 4D, p. 122.

30. LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 186.

31. BELLUSCIO, Augusto C. y LAGOMARSINO, Carlos A. R. (colab.), ob. cit. (cfr. nota 28), p. 101.

2.1. *La legitimación activa para el ejercicio de la acción de reducción*

La legitimación activa corresponde a todos los herederos forzosos de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1832 del Código Civil.³²

Los herederos legitimarios son “titulares de la acción de reducción para disminuir los legados y donaciones efectuados por el causante a los límites de la porción disponible, en defensa de la legítima”³³. Puede ser demandada por los herederos forzosos que existían en la época de la donación; por lo tanto, es de advertir que comprende también al cónyuge.³⁴

Un interrogante se presenta cuando todos los bienes fueron transmitidos a título de donación sin cargo ni condición alguna, antes de contraer matrimonio el donante, con relación al otro cónyuge. Éste no tendrá derecho a ninguno de los referidos bienes, su legítima se limita a los bienes del causante y sobre las donaciones que llevó a cabo después de contraer matrimonio:

... concluyendo que si de acuerdo con el art. 1832, inc. 1, el cónyuge supérstite 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.³⁵

Si existen descendientes nacidos antes de la donación, también competará el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después; si todos nacieron después, ninguno de ellos tendrá derecho de pedir la reducción.³⁶

Para los ascendientes se toman en cuenta todas las donaciones; cuando concurren cónyuge y descendientes, para el cónyuge son las donaciones realizadas después del matrimonio y para los descendientes, las efectuadas después de la concepción del mayor de ellos.

Por su parte, la nuera viuda sin hijos tiene derecho a ejercer la acción de reducción que le hubiera correspondido a su marido sobre la cuarta parte de la legítima del cónyuge, “con lo que puede impugnar las que podría haber impugnado éste”.³⁷

En primer lugar, los herederos, una vez cumplidos los trámites del proceso sucesorio *ab intestato* o testamentario, están

32. El art. 1832 establece: “La reducción de las donaciones sólo puede ser demandada: 1. Por los herederos forzosos que existían en la época de la donación; empero si existieren descendientes que tuvieran derecho a ejercer la acción, también competará el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación. 2. Si las donaciones fueren gratuitas y no cuando fuesen remuneratorias o con cargos, salvo en la parte en que sean gratuitas” (texto según Ley 17.711).

33. LLAMBIAS, Jorge J. y otros, ob. cit. (cfr. nota 29), t. V-B, p. 472.

34. Ver LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., ob. cit. (cfr. nota 30), p. 186. El autor nos informa que esa “era y es la solución jurisprudencial”.

35. UGARTE, Luis A., ob. cit. (cfr. nota 16), p. 91.

36. BELLUSCIO, Augusto C. y LAGOMARSINO, Carlos A. R. (colab.), ob. cit. (cfr. nota 28), p. 114.

37. Ídem, p. 115.

legitimados para ejercer la acción de reducción. El juez competente para conocerla es el del lugar del último domicilio del causante. La renuncia a la acción tiene que efectuarse después de la apertura de la sucesión y debe ser expresa. En segundo lugar no puede ser ejercida por los acreedores del causante, que pueden demandar sobre todos los bienes que integra la masa hereditaria.

Por otro lado, si existen actos del causante que afectaron la legítima de los herederos en razón de negocios simulados que encubren verdaderas donaciones, resultará necesario que los herederos inicien las acciones de simulación o nulidad en forma conjunta con la de reducción.³⁸

2.2. *La legitimación pasiva para el ejercicio de la acción de reducción. Contra herederos forzosos y contra terceros*

El heredero legitimario que sufrió un ataque a su legítima puede ejercer la acción de reducción contra los donatarios. La acción de reducción de una donación, disposición testamentaria o legado, cuando es a favor de herederos forzosos, uno de los temas más controvertidos es dilucidar si con la acción de reducción se puede reducir en especie la donación. Además, el sistema del Código Civil “en esta materia, en lo que respecta a los valores, es mejor que el previsto en el sistema francés, en el cual por la acción de reducción deben devolverse los bienes”³⁹.

En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2009 se concluyó que 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 reclamante (por mayoría)”. Corresponde a la posición que se va abriendo paso en la doctrina, que sostiene que son objeto de la acción de reducción las donaciones a favor de terceros como a favor de los herederos forzosos. Para Pérez Lasala, “la acción de reducción cabe contra los herederos sean éstos forzosos o voluntarios, siempre que lo recibido por ellos afecte la legítima de algún heredero forzoso”⁴⁰.

En un reciente fallo expresamente se sostiene que, a diferencia de la colación, “la reducción es real y tal naturaleza se aprecia sobre todo cuando tiene lugar sobre donaciones declaradas inoficiosas, donde el efecto reipersecutorio es el principal”⁴¹. Además, se deberá acumular la acción revocatoria a la

38. CNCiv., Sala M, 12/3/2008, “S. V., A. M. y otros c/ sucesión de H. Z. de S. V. y otros”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 959, p. 619.

39. LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., ob. cit. (cfr. nota 30), p. 187.

40. MEDINA, Graciela y PÉREZ LASALA, José L., ob. cit. (cfr. nota 15), p. 36.

41. Cám.Civ.yCom. Corrientes, Sala IV, “R., N. I. en nombre y representación de su hija menor A. L. S. M. c/ J. G. M. y E. M.”, en *La Ley Litoral*, La Ley, julio 2011, p. 664 (cita on line: AR/JUR/6391/2011).

acción de reducción; de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 965 del Código Civil, “la revocación de los actos del deudor será sólo pronunciada en el interés de los acreedores que la hubieran pedido y hasta el importe de sus créditos”.

La acción de reducción de una donación, disposición testamentaria o legado cuando es a favor de herederos forzosos, otro de los temas controvertidos es dilucidar si con la acción de reducción se puede reducir en especie la transmisión del dominio onerosa que hiciera el heredero a un tercero. Nuestra posición es aceptar la acción revocatoria o pauliana prevista en los artículos 961 y siguientes del Código Civil en el supuesto de que exista una transmisión onerosa fraudulenta del heredero que adquirió el bien con una donación, que excede la porción legítima del causante, y lo transmitió a título oneroso a favor de terceros.

Para que su pretensión sea reconocida los coherederos perjudicados con una donación inoficiosa deberán acreditar que la transmisión del coheredero ha sido realizada con el ánimo de defraudar. Por lo tanto, procederá la acción de revocación si el tercer adquirente a título oneroso hubiera sido cómplice en el fraude,⁴² por conocer que la donación violó de la legítima de los coherederos:

La doctrina moderna ha recibido definitivamente la categoría de negocio en fraude a la ley como fenómeno de negocio o acto anómalo... Pero el fraude propiamente intenta eludir o evitar no una norma cualquiera, sino una norma imperativa que prohíbe conseguir con el negocio un resultado determinado, persiguiendo un resultado análogo.⁴³

Debemos considerar el supuesto de que el bien donado haya sido transmitido a terceros aun en el caso de haberse afectado la legítima de los herederos forzosos: “el tercero demandado podrá enervar los alcances de la acción real, oponiendo la prescripción adquisitiva”⁴⁴.

Cuando los bienes no han sido transmitidos a terceros, admitimos que la acción tenga por objeto que se los reintegren, excepto si “la restitución en especie causare daño y constituyere un abuso del derecho”⁴⁵.

Aceptamos la posición que considera que el donatario puede detener los efectos de la reducción mediante el pago del heredero legítimo de las sumas de dinero necesarias para

42. Al respecto, el II Encuentro de Abogados Civilistas de Santa Fe (1988) sostuvo que: “11) La presencia de buena fe y título oneroso en la cadena de subadquirentes proveniente de un acto fraudulento sublegítima a los adquirentes posteriores a ella (art. 970 C.C.)”, en AA.VV., *Derecho privado en la Argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos treinta años*, Buenos Aires, Universidad Notarial Argentina, 1991, p. 199.

43. PASARELLI, Santero, *Derecho de familia*, t. I, §528, p. 667 (citado por BIANCHIMAN, Roberto G., “Fraude en perjuicio de la sociedad conyugal”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1991-C, p. 21).

44. Ver AREÁN, Beatriz, “Prescripción”, en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, t. 6-B, p. 601. La autora acertadamente sostiene: “Estamos entonces dentro de la hipótesis corriente de una reivindicación imprescriptible, pero expuesta a su extinción por el juego armónico de las disposiciones que regulan la usucapión”.

45. MEDINA, Graciela, “Sucesiones”, en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I (coord.), ob. cit. (cfr. nota 44), t. 6-A, p. 786.

46. Ver LLAMBIAS, Jorge J. y otros, ob. cit. (cfr. nota 29), p. 477. Los autores, luego de reflexionar sobre otras posturas, consideran: "las peculiaridades del caso pueden evidenciar la irrazonabilidad de rehusar el pago en dinero".

47. Llorens sostiene que no se puede presumir la mala fe en un tercer adquirente por el mero hecho de que exista una donación en sus títulos antecedentes. La respuesta positiva "importaría tanto como sostener que la donación es un contrato ilícito legislado en nuestro código" (ARMELLA, Cristina N. y otros, *Usufructo y donaciones como negocios jurídicos familiares*, Buenos Aires, Ediciones Centro Norte, 1990, p. 129).

48. MEDINA, Graciela, ob. cit. (cfr. nota 45), p. 786.

49. MEDINA, Graciela y PÉREZ LASALA, José L., ob. cit. (cfr. nota 15), p. 87.

50. Art. 2445 del Proyecto: "Porciones legítimas. La porción legítima de los descendientes es de dos tercios (2/3), la de los ascendientes de un medio (1/2) y la del cónyuge (1/2). Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación...".

cubrir la legítima violada. En apoyo de esta posición,⁴⁶ entre otras consideraciones, se apela a la falta de interés en el legitimario para rechazarlo. Además, se equipara este recurso con el acto oneroso que el causante hubiera podido celebrar y que el legitimario está obligado a respetar. Si los bienes han sido transmitidos a terceros de buena fe⁴⁷ se sostiene:

La acción de reducción es de carácter personal y carece de efectos reipersecutorios por lo que no puede ejercerse contra los terceros adquirentes, sin perjuicio de las acciones por daños y perjuicios.⁴⁸

Para Pérez Lasala, luego de un profundo estudio de las relaciones frente a terceros en las donaciones inoficiosas, pone de relieve que no hay razón jurídica para que los adquirentes a título oneroso y de buena fe de inmuebles recibidos por una donación que luego resulte inoficiosa tengan una solución diferente respecto de los demás adquirentes a título oneroso y de buena fe de inmuebles. Coincidimos con su posición:

Por eso, a tales adquirentes no les será aplicable el art. 3955, cuyo ámbito reipersecutorio quedara circunscripto a los terceros adquirentes de inmueble a título gratuito o a título oneroso de mala fe.⁴⁹

3. La legítima en el actual Proyecto de unificación de Código Civil y Comercial

3.1. *Disminución de la porción legítima*

El actual Proyecto de unificación de Código Civil y Comercial, en sus proyectados artículos 2444, 2445 y 2247 mantiene, en lo general y como principio, un sistema de protección de la porción legítima o cuota fija del valor líquido de los bienes relictos, del que no pueden ser privados determinados herederos ni serles impuesto gravamen ni condición alguna.

La primera gran modificación es la recepción de la recomendación de las jornadas de estudio por la que se le confiere mayor autonomía de voluntad al testador al disminuir la porción legítima: en caso de existencia de descendientes, a 2/3, y, de existencia de ascendientes o cónyuge, a 1/2.⁵⁰ Sigue así la

tendencia del derecho sucesorio comparado y correlativamente aumenta la porción disponible, con la consecuente mayor libertad de testar o disponer por actos entre vivos a título gratuito de una mayor porción de bienes, pudiendo hacerlo por estas causas a favor de cualquier persona, futuro heredero o no, incluso su propio cónyuge, por la posibilidad de contratar entre éstos en el sistema del Proyecto.

3.2. *Forma de la mejora o dispensa en el Proyecto*

El artículo 2385 proyectado, al igual que el artículo 3476 del Código Civil actual, prevé que las donaciones se imputan a la porción legítima del donatario como un anticipo, salvo que exista dispensa de colación; pero prevé esta “dispensa o cláusula de mejora expresa en acto de la donación o en el testamento”. Resuelve la cuestión actual, en la que la mayoría entendía que, por el artículo 3884 del Código Civil, la dispensa o mejora se debe acordar sólo en testamento; en cambio, para la minoritaria, aplicando el artículo 1805 del Código Civil, sería admisible en la donación.

La norma proyectada no deja lugar a dudas en que la forma de la dispensa o mejora puede ser tanto por testamento como por un acto entre vivos, como es la donación⁵¹ o todo otro acto gratuito que se rija por las normas de éstas.

Esta postura de facilitar la autonomía de voluntad y libertad del testador para disponer de sus bienes a título gratuito para después de su fallecimiento se plasma en el párrafo final del proyectado artículo citado al presumir que todo legado se hace como mejora, salvo disposición expresa en contrario del testador.

Del mismo modo, el proyectado artículo 2461 establece la presunción de gratuidad y mejora al beneficiario de acto entre vivos oneroso de transmisión del futuro causante a un legítimo si lo hace con reserva de usufructo, uso o habitación o con la contraprestación de de una renta vitalicia. Con lógica analogía cabe colegir que tal mejora también se presume en las donaciones en estas condiciones, máxime cuando en el último párrafo del texto proyectado se dice que “esta imputación y colación no puede ser demandada por los legitimarios que consintieron la enajenación, *sea onerosa o gratuita*, con alguna de las modalidades indicadas”⁵².

51. Cfr. LAMBER, Rubén A., “La reforma al derecho sucesorio”, en AA. VV., *LXIII Seminario teórico-práctico “Laureano A. Moreira”*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2012, pp. 17-26. [N. del E.: publicado también en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 913, julio-septiembre 2013, pp. 209-227]

52. El destacado es nuestro.

Demuestran estas normas la nueva política legislativa hacia una mayor libertad, facilitándolo en cuanto a sus formas y acompañando la disminución de la cuota fija y rígida, que encuentra varias normas que tienden a su flexibilización.

3.2.1. *La mejora estricta al heredero discapacitado en el Proyecto*

Dijimos que el Proyecto mantiene el criterio de cuotas fijas de legítima, pero la mayor innovación es la inclusión de la posibilidad del futuro causante de atribuir una mejora especial o adicional –como en el derecho español– pero solo en atención a necesidades de los herederos discapacitados o vulnerables.

Se rompe así, desde el punto de vista técnico, el sistema fijo de cuotas, dando al futuro causante la libertad de modificar la cuota de ciertos legitimarios (cuota flexible) y, a la vez, se contemplan necesidades de ciertos herederos para compensar la situación desfavorable de las personas discapacitadas.

El artículo 2448 proyectado permite al futuro causante disponer, por el medio que estime conveniente, incluso un fideicomiso, un tercio de la porción disponible para aplicarla como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad que, por la alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

La mejora estricta de carácter excepcional permite adionar al heredero con discapacidad una parte alícuota más dentro de la porción legítima de los herederos forzosos, que la ley cuantifica en 1/3 de la porción legítima y no 1/3 del total de la masa.⁵³ Esta mejora estricta se sumará a la parte que le corresponda como heredero en partes iguales a los no discapacitados sobre el remanente descontado las mejoras. Tampoco existe prohibición a que el causante mejore con su porción disponible (1/3 del total) al heredero discapacitado, además de la mejora especial que el confiera según este artículo.

Esta cuantificación sobre la porción legítima y no sobre el total de la masa hereditaria no es acorde con la recomendación de la Jornada Nacional de Derecho Civil de Córdoba de 2009, que tenía un sistema más simple, adicionando directamente 1/3 del total; parece a primera vista más simple el cálculo y no hay diferencia sustancial como para apartarse de ello, pero en defi-

53. La porción legítima de los descendientes es de 1/3 de dos 2/3 del total, lo que representará 2/9 del total, y, en el caso de ascendientes, será de 1/3 de 1/2, lo que representará 1/6 del total.

nitiva se está ante una cuota cuya determinación corresponde a una consideración de política legislativa.

La norma prevé que disponga esta mejoras por el medio que considere conveniente, por lo que podrá hacerlo por testamento o al momento de hacer una donación a favor del heredero discapacitado; e incluso hace expresa referencia a la constitución de un fideicomiso que, en principio, será testamentario, pero no surge prohibición para un fideicomiso asistencial por acto entre vivos, en que el heredero discapacitado sea beneficiario de su administración y fideicomisario de los bienes a su conclusión.⁵⁴

La mejora estricta tiene una limitación subjetiva, sólo puede darse a personas que tengan una discapacidad, sin requerir que esté reconocida judicialmente la limitación de facultades. La discapacidad la define el propio artículo proyectado y debe reunir los siguientes requisitos:

- Constituir una alteración física o mental
- Ser de carácter permanente o prolongada
- Constituir una desventaja considerable, que se apreciará en relación al edad y medio social en que se desenvuelva el beneficiado
- Que la desventaja afecte su integración

La condición no se limita a dar un derecho alimentario, ya que lo ponderado es que la discapacidad se constituya en una barrera de integración con la sociedad o el grupo o comunidad relacional que integra.

La idea de persona vulnerable es la subyacente en el espíritu de esta nueva legislación, que opta por compensar las desventajas de las personas que sufren por razones de lo que llama alteraciones funcionales físicas o mentales. Va más allá de un criterio alimentario y, así, un discapacitado que puede autosustentarse igualmente podría ser beneficiado si la mentada alteración produce una desventaja considerable en la integración familiar, social, laboral o educativa.

La reforma recoge la recomendación de la XXIII Jornada Nacional de Derecho Civil de 2011 de incluir la previsión de disposiciones sucesorias en reguardo de los derechos de personas vulnerables, entre otras, personas con discapacidad, y es elogiado desde este punto. Sin embargo, se podría haber conferido esta facultad de modo universal entre legitimarios y no sólo a favor de personas discapacitadas, en aras de la mayor au-

54. Cfr. LAMBER, Rubén A., ob. cit. (cfr. nota 51).

tonomía de voluntad, con la limitación de que si se pretendía usar esta mejora estricta y existían legitimarios en situación de vulnerabilidad no se los podía omitir de ésta.

3.3. *Las acciones de protección de la legítima en el Proyecto*

El Proyecto de unificación actual establece dos acciones en protección del mantenimiento de la legítima: la de complemento y la de reducción.

Señala Lamber, comentando el anteproyecto de reforma, que, respecto de la legítima, se potencia la doctrina de la *pars hereditatis*, que Zannoni define como integrante de la herencia (“quien no tiene derecho a la herencia tampoco lo tiene a la porción disponible”⁵⁵) en contra de la *pars bonorum*, a que tienen derecho los legitimarios aunque no conserven llamamiento a la herencia.⁵⁶

3.3.1. *La acción de complemento en el Proyecto*

Esta acción se regula en el Proyecto en el artículo 2551 y es la que se da al legitimario para pedir el complemento del valor faltante para alcanzar la cuota legítima que la ley le atribuye de la masa partible, que se compone, según el proyectado artículo 2376, por

... los bienes del causante que existen al tiempo de la partición o los que se han subrogado a ellos, y los acrecimientos de uno y otro. Se deducen las deudas, y se agregan los valores que deben ser colacionados y los bienes sujetos a reducción.

Esta acción de complemento que tiene como legitimado activo al o los legitimarios que el testador o causante les ha dejado menos de su porción legítima, y como legitimado pasivo al o los legitimarios que han recibido en más, tiene como consecuencia que estos últimos deban compensar económicamente el valor que corresponda en la medida de lo recibido en menos por el legitimado activo.

Este complemento no es necesario que lo haga con los bienes recibidos directamente y responderá con todo su patrimonio presente, por lo que, estando el bien recibido del causante en este patrimonio, será pasible de la ejecución o traba de medidas cautelares como todos los demás.

55. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Astrea, 2008, t. 2, p. 141.

56. LAMBER, Rubén A., ob. cit. (cfr. nota 51).

Esta acción no varía sustancialmente de la actual y se le da una adecuada denominación.

3.3.2. *La acción de reducción en el Proyecto*

Esta acción tiende a una directa protección de la legítima, permitiendo recuperar los bienes para traerlos nuevamente a la masa y partir directamente ellos, y deriva de la anterior.

Al derogar el artículo 1791 del Código Civil, se suprimen las liberalidades, y toda atribución gratuita patrimonial es colacionable y, en consecuencia, objeto de acción de reducción, por la remisión a las normas de las donaciones que establece para estos actos el artículo 1543 proyectado.

La reforma no distingue la acción de reducción contra terceros o coherederos, asumiendo la postura doctrinal previa que admite su ejercicio aún entre legitimarios con efectos reipersecutorios.

Los artículos 2452 y 2453 proyectados prevén que, a fin de recibir y completar su porción legítima, el legitimario afectado puede pedir la reducción de las instituciones de herederos de cuotas⁵⁷ y de los legados en el orden legalmente establecido (art. 2358 proyectado). Ante la insuficiencia de éstos, podrá pedir la reducción de las donaciones en orden de la más reciente a la más lejana, con la previsión de las que se hagan en el mismo momento se reducen a prorrata.

El efecto de la reducción en las donaciones en caso de ser total –prevé el 1º párrafo del artículo 2454 proyectado– es que “queda resuelta”; es decir, el contrato de donación no es nulo, sino que se está ante un supuesto de un derecho revocable, derecho de dominio en el particular caso de las donaciones.

La reforma incluye una condición legal resolutoria, que no existe en el sistema actual y que ha dado lugar a la diversidad de criterios sobre la naturaleza de la acción de sus efectos.

La resolución de causa legal implica volver los bienes transmitidos al patrimonio del causante y ello habilita la acción reipersecutoria de sus sucesores (arts. 2456 y 2458 proyectados).

Implica esto la creación de un dominio revocable del adquirido en donación por las normas de la reducción. Se establece claramente en los efectos del artículo 2457 del Proyecto, que dice: “Derechos reales constituidos por el donatario. La re-

57. El Proyecto adopta esta denominación para el actual legatario de cuota, resolviendo la cuestión doctrinal de si este sucesor universal era heredero o no, optando por la primera posición.

ducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores”. Replica esta norma el principio general de la propiedad revocable, por la cual, operada la condición o plazo resolutorio, todos los derechos constituidos por el titular durante ese plazo son inoponibles a quien se beneficia con la restitución del dominio, que se reintegra en las condiciones jurídicas de cuando se transmitió originariamente.⁵⁸

Este criterio de no considerar nula la donación se refleja también en la derogación, en materia de partición por donación, del actual artículo 3528 del Código Civil de la acción de nulidad por la preterición de herederos, tutelando en la reforma el derecho de éste concediéndole directamente la acción de reducción en el proyectado artículo 2417.⁵⁹ Pero lo más importante de este artículo proyectado –en cuanto a lo ahora analizado– es que establece que extingue la donación con relación sólo al legitimario y no la declara inválida con respecto a otros. Se está frente a un claro supuesto de inoponibilidad con relación sólo a determinadas personas y no de invalidez, donde serán aplicables los proyectados artículos 396 y 397; este último prevé que “la inoponibilidad puede hacerse valer en cualquier momento, sin perjuicio del derecho de la otra parte a oponer la prescripción o la caducidad”.

El proyectado artículo 2458 claramente señala las consecuencias de esta naturaleza del derecho revocable del donatario, en cuanto expresa que el legitimario puede perseguir el bien contra el donatario y subadquirentes, salvo que estos lo satisfagan en dinero, completando su parte legitimaria faltante, quedando desinteresado por cumplirse la finalidad tuitiva del artículo 2451 proyectado.

Asumida en la proyectada legislación la postura doctrinal y jurisprudencial de conferir a la acción efectos reipersecutorios, la reforma asume la necesidad de no imponer por vía de acción un superderecho a los herederos en detrimento de la sociedad en general y la seguridad en la transmisión de los bienes, evitando crear un categoría de bienes fuera del comercio que en modo alguno puede fomentar la ley, violentando doblemente el principio de autonomía de voluntad tanto desde la óptica del derecho sucesorio como el resguardo constitucional de disponer de la propiedad privada.

El proyectado artículo 2459, con un erróneo encabezamiento, dice:

58. Art. 1966 del Proyecto: “Facultades. El titular de dominio revocable tiene las mismas facultades que el dueño perfecto, pero los actos jurídicos que realiza están sujetos a las consecuencias de la extinción del derecho”.

59. Art. 2417 del Proyecto: “Acción de reducción. El descendiente omitido en la partición por donación o nacido después de realizada ésta y el que ha recibido un lote de valor inferior al correspondiente a su porción legítima puede ejercer la acción de reducción si a la apertura de la sucesión no existen otros bienes del causante suficientes para cubrirla”.

Prescripción adquisitiva. La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que ha poseído la cosa donada durante diez (10) años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901.

El donatario o sus subadquirentes tienen un derecho de propiedad sometido a una condición legal, consistente en que se resolverá si a uno o alguno de los herederos del donante no se les cubriese su porción legítima y ejerzan el derecho de reducir la donación de la cosa en particular. Este artículo limita el término de dicha condición, al establecer que no procede la acción de reducción si transcurrieron diez años de haber recibido el donatario o sus subadquirentes la posesión y estos últimos deben haberla continuado por una causal de buena fe (art. 1901 proyectado). La primera observación es que el plazo para el ejercicio de la acción se computa desde que el beneficiario ha adquirido la posesión y agregamos de buena fe.

Debemos notar que en la reforma, a diferencia del Código vigente, el contrato de donación establece que “hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a la otra, y esta acepta” (art. 1542 proyectado), es decir que puede existir contrato perfeccionado, constituyendo el título causal válido para la transmisión, pero puede no haberse cumplido con el modo y faltar la entrega de posesión y adquisición perfecta del derecho. Por ello, el plazo del artículo 2452 proyectado será a partir del momento en que el donante entregue la cosa al donatario o sus subadquirentes.

En segundo término, como señalamos, la donación –aun la inoficiosa– es un acto válido pero inoponible a ciertos legítimos, por lo cual existe desde el inicio título causal dado por el transmitente plenamente capaz y que, por efecto legal, transfiere en primer término un dominio revocable que, cumplido el plazo que impide el ejercicio de la acción reducción, caduca la condición legal al dominio adquirido, que pasa de ser revocable a perfecto, constituyendo un supuesto de consolidación de dominio, como ocurre con el dominio de la Ley 24734 al transcurrir diez años sin acción del titular registral.

En el Proyecto

... las circunstancias que hacen revocable al dominio son el plazo resolutorio o la condición resolutoria. Respecto de esta última, se establece expresamente que siempre se encuentran limitadas al lapso máximo de 10 años...⁶⁰

60. URBANEJA, Marcelo E., “Proyecto de reforma y unificación de Códigos Civil y Comercial: inoponibilidad en el fraude, el dominio revocable y el dominio fiduciario” (Reunión del ateneo de la Academia Nacional del Notariado del 2/7/2012).

como surge del tercer párrafo del artículo 1965 proyectado:

Las condiciones resolutorias impuestas al dominio se deben entender limitadas al término de 10 años, aunque no pueda realizarse el hecho previsto dentro de aquel plazo o éste sea mayor o incierto. Si los diez años transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido. El plazo se computa desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto.

Por ello, no se está propiamente ante un supuesto de adquisición por prescripción, pues el donatario y sus subadquirentes ya tienen título causado en la donación efectuada por quien era titular del derecho de propiedad transmitido, y es de elemental lógica jurídica que no es procedente la adquisición de un mismo derecho por dos causas diferentes.⁶¹

No hay duda de que, por la interpretación *a contrario sensu* del artículo 2457 proyectado, todos los derechos constituidos por el donatario o sus subadquirentes, una vez cumplido el plazo que impide la acción de reducción con efectos reipersecutorios, serán considerados perfectos al momento de su adquisición y no al cumplirse los diez años de previstos en el artículo 2459 proyectado.

También debemos descartar la interpretación de que se esté ante un justo título, porque este es un supuesto en que el transmitente tiene título y es capaz para disponer del derecho, en tanto que el justo título se da cuando el que transmite carece del derecho a transferir, lo que no se da en el caso.

Por lo demás, el Proyecto de artículo en análisis remite al artículo 1901 proyectado,⁶² cuyo objeto es regular la unión de posesiones en común para todo tipo de prescripciones, la corta y la larga, lo que se demuestra por su ubicación contextual en el articulado proyectado.

El proyectado artículo 1897 define la posesión adquisitiva; el 1898, la breve como aquella por quien tiene justo título y buena fe; el artículo 1899, la larga cuando no existe título, ya que en su segundo párrafo establece que “no puede invocarse contra el adquirente la falta o invalidez del título o su inscripción, ni la mala fe de su posesión”.

Los artículos 1900 y 1901 son aplicables a todas las posesiones (larga o breve) y regulan las características de la posesión y los requisitos para darle efecto legal a la unión de posesiones,

61. Cfr. Lamber, Rubén A., ob. cit. (cfr. nota 51): “confesamos que la norma provoca incertidumbre sobre la naturaleza jurídica de la adquisición, dado que, siendo la donación un título válido, aunque se tratara de un dominio revocable, es la verdadera causa de la misma y no la mentada prescripción corta que opera directamente sobre el posible reclamo de los herederos legitimarios afectados protegidos por la acción de reducción y no sobre el título”.

62. Art. 1901 del Proyecto: “Unión de posesiones. El heredero continúa la posesión de su causante. El sucesor particular puede unir su posesión a la de sus antecesores siempre que derive inmediatamente de las otras. En la prescripción breve las posesiones deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico”.

salvo la última norma del segundo, que refiere específicamente a la breve, en tanto que los artículos 1902 y 1903 proyectados se refieren exclusivamente a la prescripción adquisitiva corta, definiendo justo título y buena para ésta y el comienzo de la posesión.

Esta ubicación del artículo 1901 proyectado hace ostensible que se refiere a todas las prescripciones, incluso para un caso cuya naturaleza es difícil de definir como el presente, que no se enmarca ni en el artículo 1898 ni en el 1899 proyectados, ya que se trata de una prescripción de quien tiene título suficiente. En consecuencia, es contrario a toda lógica jurídica el pretender que la remisión a un artículo que regula la posesión se pretenda extraer de él la conversión de un título suficiente en un justo título, regulado en otro artículo al que no se remite (arts. 1902 y 1898 proyectados).

La remisión a la norma del artículo 1901 proyectado tiene por única función el regular la posibilidad de continuidad de las posesiones del donatario y sus subadquirentes como única si una deriva inmediatamente de la otra.

La posesión del donatario siempre será de buena fe, pues la recibe de quien era propietario, y la ejerce en virtud del dominio, revocable pero dominio al fin, que, como dice al citado artículo 1966⁶³ del Proyecto, el titular del dominio revocable tiene las mismas facultades que el titular del dominio perfecto, supeditados al cumplimiento de la condición resolutoria. En consecuencia, esta posesión es de buena fe en tanto la ejerce quien ha recibido el derecho real que la causa por un título suficiente emanado de quien era su propietario antecedente y lo hace con plena capacidad.

Los subadquirentes de éste también deberán acreditar la relación jurídica con él para prevalerse de esta posesión, pues, de no tenerla, deberán intentar la prescripción adquisitiva contra el donatario en los términos de la larga del artículo 1899 proyectado. Su posesión con fines de adquirir el dominio será entonces contra el propio donatario y comenzará desde que la ha obtenido, aun de mala fe.

Como señalamos, el artículo 2457 proyectado da un supuesto de inoponibilidad y no de invalidez, por lo cual se aplica el citado artículo 397 proyectado, por lo que el donatario o sus subadquirentes tendrán el derecho a oponer la prescripción del artículo 2459 proyectado. El juego de estas normas y acciones permite una adecuada armonización entre el derecho

63. Ver nota 58.

de los herederos –que no puede ser absoluto– y el del conjunto de la sociedad, impidiendo la indisponibilidad del bien *sine die*.

Como sostuviéramos en otra oportunidad, no podemos basarnos en teorizaciones apegadas a esquemas ajenos al sistema jurídico, que nos demuestra que se considera que las donaciones se tratan de actos inconvenientes,⁶⁴ incluso que deberían ser suprimidas.

El juego de las normas proyectadas nos permite dar respuesta a la mayor autonomía de voluntad en el derecho sucesorio, permitiendo al causante donar, pero le impone una condición resolutoria por diez años, con lo que evita que la donación sea irreflexiva, como podría suceder cuando tiene poca esperanza de vida y no tenga una debida consideración de resguardo de los bienes y su persona, o con el fin inmediato de fraude a los herederos por ya no afectarlo en su sobrevida limitada. Además, acierta en establecer el plazo por el cual no podrán ejercer la acción de reducción con relación a determinada donación –de más de diez años–, pero no implica la pérdida de la acción para reclamar la de complemento, por lo cual, si el donatario es un coheredero, responderá también con este bien si aún está en su patrimonio.

Ante dos intereses jurídicos, la reforma opta por consolidar la situación de hecho de la posesión y la consecuente inclusión del bien en el comercio. El esquema estructurado muestra un avance hacia las nuevas realidades económicas y familiares, dando mayor autonomía de voluntad al causante, que responden a las nuevas necesidades que van más allá de la protección de los herederos consanguíneos o por vínculo matrimonial.

3.3.2.1. *La dispensa de la acción de reducción en vida del causante en el Proyecto*

El artículo 2449 del Proyecto establece que “es irrenunciable la porción legítima de una sucesión aún no abierta”, manteniendo el principio actual y, a la vez, congruente con el principio que sostiene la reforma de la prohibición de pactos sobre herencia futura.⁶⁵ Sin embargo, este principio, que va en contra de la tendencia del derecho sucesorio actual de dar mayor cabida a la autonomía de voluntad y los pactos hereditarios,⁶⁶ tiene una auspiciosa excepción en el proyectado artículo 2461, que sustituye al actual artículo 3604 del Código Civil.

64. Ver FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, t. I, p. 391. Dicho autor nos recuerda que Shakespeare, en el *Rey Lear*, ha tratado el tema del hombre generoso que entrega todo a sus hijos y acaba en la miseria, repudiado por los mismos a quienes benefició.

65. Los principales fundamentos de la prohibición de pactos sobre herencia futura son su tacha de inmorales, su presunta lesividad y la conveniencia de asegurar la libertad testamentaria. Los fundamentos prohibitivos no son nuevos, vienen de antigua data, ya que fueron desarrollados en el derecho romano y han sido repetidos durante veinte siglos, sin muchas variaciones, y en la actualidad sin siquiera cuestionarse si responden a la realidad. MEDINA, Graciela, ob. cit. (cfr. nota 7), p. 66.

66. ORLANDI, Olga, ob. cit. (cfr. nota 1), p. 20: “la admisión de los pactos sucesorios –que es una tendencia de los códigos modernos– tiene en cuenta la evolución de la sociedad, de las familias, los cambios económicos, y permite plasmar la autonomía de la voluntad del causante”.

Dice el artículo 2461 Proyecto:

Transmisión de bienes a legitimarios. Si por acto entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad y la intención de mejorar la beneficiario.- Sin embargo, se deben deducir del valor donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado.

El valor de los bienes debe ser imputado la porción disponible y el excedente es objeto de colación.

Esta imputación y colación no puede ser demandada por los legitimarios que consintieron la enajenación, sea onerosa o gratuita, con alguna de las modalidades indicadas.

Si bien la primera parte de la norma proyectada refiere a actos entre vivos a título oneroso, ello no es más que para establecer que los mismos son actos a título gratuito por una presunción legal establecida en el primer párrafo y, por ello, refiere en el mismo al “valor donado”.

La reforma califica de donaciones a estos actos en los que se transmite a los legitimarios la propiedad, pero reservándose el usufructo, uso, habitación o estableciendo renta vitalicia en favor del transmitente, sin admitir prueba en contrario. Es decir, el artículo regula donaciones o transmisiones de propiedad a título gratuito por expresa calificación legal. En el último párrafo regula que esta imputación a la mejora por presunción legal y a la colación no puede ser demandada por los legitimarios que consintieron en la enajenación con alguna de estas modalidades y claramente aclara que tanto sea a título oneroso o gratuito.

Con esta reforma no se requiere que los legitimarios expresen o demuestren que también recibieron bienes a título gratuito en valores equivalentes o en compensación a lo donado con estas modalidades. Basta el mero consentimiento, estableciendo un auspicioso pacto renunciativo no a la herencia sino al eventual complemento de la porción disponible, como ya lo interpretaba Spota en la actual norma del artículo 3604 del Código Civil.

Reconoce la norma proyectada una excepción más a la prohibición de pactos sobre herencia futura, dando un paso hacia la necesaria autonomía de voluntad en el derecho actual.

Esta reforma sigue el criterio en la materia de la modificación del Código francés por la Ley 728/2006, que comenta Orlandi en estos términos:

También el derecho francés, en la reforma de 2006, teniendo en cuenta la evolución de la sociedad, el aumento de la esperanza de vida, la multiplicación de las familias reconstruidas y los cambios económicos, modera notablemente el principio de prohibición de los pactos sobre herencia futura. Todo heredero legitimario tiene la posibilidad de renunciar por anticipado, es decir, antes de la apertura de la sucesión, al ejercicio de la acción destinada a la reducción de las donaciones que pudiesen afectar su reserva hereditaria. La renuncia puede aplicarse a todo o a parte de los derechos reservatarios sobre una donación ya hecha y especialmente referida en el acta de renuncia.⁶⁷

67. Ídem, p. 19.

68. MEDINA, Graciela, ob. cit. (cfr. nota 7), p. 66.

69. VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes de matrimonio*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 307; LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., "Los regímenes patrimoniales-matrimoniales después de la reforma introducida por la ley 17.711", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 139, p. 1186; LAMBER, Rubén A., *Donaciones*, Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 77.

70. FERRARI CERETTI, Francisco, "La preterición de herederos forzosos no es causal de nulidad del testamento, sólo obliga a salvar la legítima de la nuera viuda; en lo restante es válido el testamento", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 835, octubre-diciembre 1993; en igual sentido observa: "Por lo tanto, a la nuera viuda sin hijos debe asignarse la cuarta parte de las 4/5 partes que hubieran correspondido al hijo prefallecido del causante".

71. Ver nota extendida en p. 288.

El principio de prohibición de pactos sobre herencia futura no es absoluto en nuestro Código actual y existen varias excepciones:⁶⁸ la partición por ascendiente (arts. 3514 y ss.); los pactos de continuidad de socios sobrevivientes con exclusión de los herederos del fallecido en las sociedad civiles y comerciales; el pacto del modo de incorporación de los herederos del socio fallecido; las donaciones que los esposos se hagan para después del fallecimiento (arts. 1233-1237 Código Civil) para la doctrina que considera que mantienen validez sólo como convención matrimonial después de la reforma del artículo 1217 del Código Civil por la Ley 17.711.⁶⁹

3.4. *El proyecto de derogar el artículo 3576 bis del Código Civil*

El Proyecto de unificación actual deroga el derecho sucesorio a la nuera viuda sin hijos, que podía pedir un cuarto de la legítima individual que le hubiera correspondido a su cónyuge,⁷⁰ incorporado por la Ley 17.711 en el art. 3576 bis.

Si bien la tendencia legislativa de los últimos años en cuanto a la equiparación de géneros hubiera hecho aparecer lógico que también se incorpore al yerno en las mismas condiciones,⁷¹ cuando estuviese en situación desfavorable y el cónyuge fallecido era el sostén económico, la reforma resuelve la cuestión derogando este vínculo como causal de sucesión universal. Varios autores habían expresado ante esta cuestión que debería meditarse seriamente si se justifica en la actualidad

conceder este derecho hereditario a los parientes por afinidad. Las Jornadas Notariales de Derecho Civil de septiembre de 2009 por unanimidad recomendaron “la derogación del artículo 3576 bis del Código Civil”.

Sin embargo, dentro de una reforma que mantiene en términos similares institutos preexistentes, como la atribución preferente al desfavorecido del establecimiento comercial, industrial o agropecuario –con semejanzas a la indivisión hereditaria impuesta por el cónyuge supérstite consagrada por el artículo 53 de la Ley 14.394–, el sostenimiento del derecho real de habitación a favor del cónyuge supérstite –actualmente establecido en el artículo 3.573 bis del Código Civil– y el derecho de alimentos postmórtem que confiere el proyectado artículo 434 inciso a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse, previendo la transmisión de la obligación alimentaria a los herederos de alimentante, no encuentra una acabada explicación la derogación, en lugar de prever la ampliación al yerno, dejando al juez que aprecie las circunstancias de imposibilidad de autosustentarse. Pero en la nueva economía de reforma deberá pensarse en la analogía con estos alimentos postmórtem no sólo para el caso de divorcio, sino también para el caso de disolución del vínculo por fallecimiento, imponiendo esta obligación alimentaria a los herederos del causante (en el caso, los ascendientes por la falta de descendientes). Aunque en este caso no tendrá una acción de protección como es la de reducción.

4. Ampliación de las causales de desheredación

La desheredación es un derecho personal para privar de su legítima a los herederos legítimos a través de un testamento válido, que debe designar específicamente al desheredado y expresar concretamente la causa legal en que se basa. Es un instituto destinado a privar al heredero legítimo de su porción legítima por las causas determinadas sin privarlo de su condición de heredero.

El artículo 3747 del Código Civil establece las causas por las cuales pueden los ascendientes desheredar a sus descendientes;⁷² el artículo 3748 del Código Civil dispone que también puede el descendiente desheredar al ascendiente por las dos últimas causas del artículo anterior. Las casuales de deshe-

72. “1. Por injurias de hecho, poniendo el hijo las manos sobre su ascendiente. La simple amenaza no es bastante.
2. Si el descendiente ha atentado contra la vida del ascendiente.
3. Si el descendiente ha acusado criminalmente al ascendiente de delito que merezca la pena de cinco años de prisión o de trabajos forzados”.

redacción son taxativas, no se pueden por analogía incluir otras causales que las establecidas en el referido artículo 3747 del Código Civil “con una parquedad que raya en deficiencia”.⁷³

La XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2009 propusieron nuevas causales de desheredación:

Debe incluirse como causal de desheredación el abandono voluntario y malicioso, teniendo por comprendidas en la desheredación las causales de indignidad e instaurar un régimen único de causales para descendientes, ascendientes y cónyuge.

En consecuencia, se propone por unanimidad una nueva redacción del artículo 3747, que establece que los herederos pueden desheredarse mutuamente por injurias graves, atentado contra la vida, el referido abandono voluntario y malicioso y las demás casuales previstas para la indignidad.

El actual artículo 3291 del Código Civil dispone quiénes son incapaces de suceder por indignos, y la referida jornada propone agregar el siguiente artículo 3291 bis del Código Civil:

Son indignos de suceder los herederos que hubieren cometido los delitos comprendidos en el artículo 3291 del Código Civil contra el autor de la sucesión, su cónyuge, conviviente, ascendientes, descendientes y hermanos. [Por unanimidad].

Es de advertir que propone que son incapaces de suceder los condenados por delito o tentativa de homicidio también contra los hermanos y el conviviente. Más allá de las diferencias existentes entre un matrimonio y un concubinato, desde la perspectiva de la jornada se incluye al conviviente en la ampliación de las causales de indignidad y desheredación.

5. Acciones de protección de la legítima y la seguridad jurídica

Las acciones de protección de la legítima de orden público son consagradas por el ordenamiento jurídico en primer lugar a través de distintas prohibiciones: a) de todo pacto de herencia futura (art. 1175, Código Civil); b) de aceptar o repudiar una herencia futura (art. 3311, Código Civil); c) de transar sobre derechos eventuales a una sucesión ni sobre la sucesión de una

73. MEDINA, Graciela y PÉREZ LASALA, José L., ob. cit. (cfr. nota 15), p. 109.

persona viva (art. 848, Código Civil); d) prohibición del testador de imponer algún gravamen o condición a las porciones legítimas, las que se consideraran no escritas. También, con distintas acciones: a) de reducción (arts. 3537 y 3601, Código Civil); b) de rescisión de la partición por donación o por testamento (art. 3536, Código Civil); c) de complemento a favor del heredero forzoso, al que el testador dejase menos de la legítima (art. 3600, Código Civil); y d) de nulidad de la partición por donación de ascendiente en el caso de preterición de herederos (art. 3528, Código Civil).

Los efectos de la acción de reducción han sido objeto de desencuentro entre la doctrina de los autores, la experiencia tribunalicia y la realidad del tráfico negocial. No podemos basarnos en teorizaciones apegadas a esquemas ajenos al sistema jurídico, que nos demuestra que se considera que las donaciones se tratan de actos inconvenientes,⁷⁴ incluso que deberían ser suprimidas. Sin embargo, es el legislador el que ha fijado la orientación y el sentido de las disposiciones que reglamentan las donaciones y las acciones protectoras de la legítima.

Los ascendientes acuden a la donación a favor de sus descendientes fundados, en la mayoría de los casos, en razones de necesidad por la edad avanzada, en especial con la prolongación de las expectativas de vida, que en muchos casos imposibilita a los titulares de cumplir eficazmente con la carga de administrarlos o manejar los negocios, o de la conveniencia de que sean sus hijos los titulares actuales de sus bienes, que también serán de ellos por su fallecimiento.

Pérez Lasala, luego de señalar el reducido campo de acción del artículo 3955 del Código Civil, que será aplicable a los sucesivos adquirentes a título gratuito o a título oneroso de mala fe, sostiene que:

... si bien la legítima es de orden público, también lo es la protección del tráfico jurídico, que es lo que busca la parte final del art. 1051. Incluso balanceando, a los efectos del orden público, estos dos preceptos, nos parece mayor proyección jurídica el art. 1051.⁷⁵

La realidad nos muestra que ninguno de los operadores del derecho vivimos aislados y, frente a un tema tan importante como es la seguridad jurídica, nos debemos inclinar por la posición más racional, que contemple la realidad social y la normativa vigente.

74. FORNIELES, Salvador, ob. cit. (cfr. nota 64).

75. MEDINA, Graciela y PÉREZ LASALA, José L., ob. cit. (cfr. nota 15), p. 87.

Sabemos que los jueces sientan sus doctrinas frente al caso concreto cuando la legítima ha sido violada, con el único afán de no resolver en la injusticia, garantizando la seguridad jurídica. Es precisamente la seguridad jurídica dinámica relacionada con el interés general, que la doctrina no puede desentenderse al margen de cualquier teorización ajena a ella, que ha llevado al desencuentro interpretativo del tema de la legítima.

Así y a modo de conclusión, nos resta destacar que las operaciones de ejercicio que el escribano desarrolla en el cumplimiento de la función pública notarial garantizan la seguridad jurídica estática y dinámica en el tráfico jurídico, fuera del ámbito del conflicto que debe dirimirse en los estrados judiciales.

6. Ponencias

- 1) La reforma del derecho sucesorio y del instituto de la legítima en particular debe reconocer mayor injerencia de la autonomía de voluntad, como derivado constitucional de la autonomía personal, en armonía con el orden público de protección de los herederos y de la seguridad jurídica dinámica del tráfico de los bienes.
- 2) Se auspicia la ampliación de la autonomía de la voluntad mediante modificaciones tendientes a: a) la ampliación de la porción disponible al menos en 1/3 de los bienes partibles, sea por actos de última voluntad o entre vivos; b) la flexibilización de las cuotas legitimarias, con la ampliación de una mejora especial adicional, preservando el interés de las personas en situaciones de vulnerabilidad en una cuota igual a la porción disponible; c) la ampliación de excepciones a pactos sobre herencia futura de carácter distributivo en general y renunciativo para casos específicos; d) la admisión de disposiciones testamentarias o pactos de herencia futura tendientes a permitir la continuidad de la explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, etc., sea mediante la transmisión de bienes o participaciones societarias, que constituyan empresas familiares o unidades económicas, que sea en sustento de la familia; e) la admisión de la representación postmórtem para el cumplimiento de obligaciones contraída en vida por el causante.

- 3) Tanto la interpretación del derecho actual como toda reforma legislativa de las acciones de protección de la legítima deben tender a una adecuada armonización entre cuestiones de orden público, como el derecho de los herederos legitimarios y la seguridad del tráfico y disposición de los bienes que no se pueden indisponer. No pueden conformar una limitación a la voluntad del causante a través de un ejercicio abusivo de estas acciones o su interpretación.
- 4) Se propicia la ampliación de las causales de desheredación e indignidad.

Notas extendidas

9. “La recepción del principio de la autonomía de voluntad en el derecho sucesorio debe tener como límite el principio de solidaridad y responsabilidad que surja de las necesidades concretas y el reconocimiento hacia aquellos que beneficiaron al causante, contemplándose a los integrantes de diversos núcleos familiares o convivenciales” (ORLANDI, Olga E., ob. cit. [cfr. nota 1], p. 24).

15. “A los legitimarios se los denomina comúnmente herederos forzosos, expresión genérica carente de exactitud. La frase herederos forzosos tiene su origen en el derecho romano justineano, en el cual sólo se podía dejar la legítima a título de herencia y no por cualquier título; el testador tenía que nombrar heredero al legitimario si no quería incurrir en preterición” (MEDINA, Graciela y PÉREZ LASALA, José L., *Acciones judiciales en el derecho sucesorio*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 3).

16. UGARTE, Luis A., “Cálculo de la legítima hereditaria. Incidencia de un fallo plenario”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 889, julio-septiembre 2007, p. 79-99.

17. Está prevista en el artículo 3410 del Código Civil, que dispone: “Cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendiente y cónyuge, el heredero entra en posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignorase la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia”. El proyectado art. 2337 de la Reforma 2012 mantiene este criterio y dice en lo pertinente: “Investidura de pleno derecho. Si la sucesión tiene lugar entre ascendiente, descendiente y cónyuge, el heredero queda investido en su calidad de tal desde el día de la muerte causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia...”. Sin embargo, establece que sólo para transmitir bienes registrables su investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria de herederos, debiendo notarse que a los fines de la adquisición de la herencia se lo considera investido como tal, pero genera así una limitación a la legitimación para disponer bienes registrables en particular, condicionado a dicho auto judicial, pero que no impide la transmisión de la universalidad como tal, mediante el contrato de cesión de derechos hereditarios.

22. Estas normas se mantienen en los arts. 2338, 2438 y 2439 del Proyecto, donde se aclara la cuestión en que la investidura de los colaterales corresponde al juez; la de los herederos testamentarios basta con la declaración de voluntad del testamento, haciendo la salvedad de que los instituidos por testamento sean ascendientes, descendientes o cónyuge, en que se resuelve legalmente en el sentido sostenido por la doctrina actual.

23. Ver CNCiv., Sala H, 28/4/2011, “D. M. C. A. c/ P., C. H. y otro s/ colación”, donde “se comparte una añeja jurisprudencia que estableció que el silencio del donante no

tiene la significación de una mejora sino de una antelación de cuota, dado que para variar este sentido, es necesario que se dispense al donatario de la obligación de colacionar conforme el principio sentado en el art. 3484” (en *ELDial Express*, 1/6/2011).

24. El art. 3476 del Código Civil dispone: “Toda donación entre vivos hecha a herero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante sólo importa una anticipación de su porción hereditaria”.

25. Así lo establece la primera parte del art. 3477 del Código Civil: “Los ascendientes y descendientes, sean unos y otros legítimos o naturales, que hubiesen aceptado la herencia con beneficio de inventario o sin él deben reunir a la masa los valores dados en vida por el difunto”.

26. Respecto de las cuestiones relacionadas con la proporcionalidad que les corresponde a los hijos de vínculo doble y de vínculo simple, ver CNCiv., Sala F, 18/2/2005, “B. C., F. M. c/ B., F. E. A, J. y otros”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 19/5/2005 (t. 2005-C, p. 391).

71. Juzg. 1ª Civil y Comercial 27, Nominación Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, 30/4/2009, “M. ó M., A., Declaratoria de herederos”: se dispuso conceder el derecho sucesorio al yerno viudo en la sucesión de su suegra; declara inconstitucional el art. 3576 bis del C.C. porque discrimina arbitrariamente entre el hombre y la mujer por razón de sexo, lo que le corresponde a ambos en iguales condiciones frente a las sucesiones de sus suegros...”.