

LA LEGÍTIMA

EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Por Ramón Domingo Posca *

I. Introducción.

El propósito de este trabajo es abordar algunos aspectos de la legítima hereditaria y sin pretender agotar su regulación e interpretación, considerándose las disposiciones del Código Civil y Comercial de La Nación. (Ley 26.994). El nuevo texto legal ha de auspiciar nuevos debates que al abrigo de la primera jurisprudencia seguramente se ha de compulsar el alcance que la doctrina ya vienen expresando respecto a las exclusiones, incorporaciones o modificaciones de las instituciones del derecho sucesorio.

La legítima constituye una institución con arraigo en el derecho sucesorio que compatibiliza la autonomía de la voluntad del causante con los derechos hereditarios de los herederos forzosos. Al tiempo que resulta la reglamentación en la legislación civil del derecho constitucional de propiedad, ha sido objeto de controversias doctrinarias y proyectos legislativos que antaño insinuaron en algunos casos su derogación y en otros una morigeración sustancial de las llamadas porciones legítimas. La doctrina ha estudiado esta evolución.¹

La constitucionalidad o inconstitucionalidad de la legítima motivó fuertes debates. MOLINARIO se inspira en la jurisprudencia de la Corte Nacional en cuanto sustenta que el impuesto degenera en exacción o confiscación cuando excede el 33 % del capital. Extendiendo

* Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Titular de Derecho de las Sucesiones (U.N.L.Z), Profesor Titular de Derecho Civil III (U.M. y UNLaM).

¹ MOLINARIO, Alberto D. "Inconstitucionalidad del monto de las cuotas legitimarias, LA LEY –Páginas de ayer –Año 3 –Número 11 –Diciembre de 2002. El autor reseña "En el Congreso nacional se presentaron diversos proyectos tendientes, unos a suprimir, lisa y llanamente, el sistema legitimario, implantando, en sustitución de aquél, la libertad de testar, y otros encaminados a reducir el monto de las asignaciones legitimarias". (Ver pág. 15 y sgtes). Con erudición cita entre aquellas iniciativas que propiciaban la supresión de la legítima, los proyectos de Carlos Carlés (1912), Ezequiel C. Olaso (1922), grupo diputados encabezados por Héctor Bergalli (1929). Con referencia a las iniciativas que propiciaban la morigeración de las cuotas de legítima, el destacado autor cita los proyectos presentados por Avelino Rolón (1915), Herminio J. Quirós (1922) y el Anteproyecto de Código Civil 1936 que siguió el criterio de Bibiloni. También propiciaban la disminución de las cuotas de legítima en épocas más recientes, el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 y el Proyecto de Ley presentado por el Diputado Alejandro Luis Rossi (2009).

el criterio a las legítimas, el autor sostiene: “La Constitución acuerda un derecho de testar que no es absoluto sino relativo, al condicionárselo a las leyes que reglamenten su ejercicio, pero su relatividad no consiente que sea desconocido en más de la tercera parte de lo que se transmitirá a favor de las personas imperativamente señaladas por la ley al ocurrir el fallecimiento del testador”.

“Por lo tanto, a través de la doctrina sentada por la Corte Sup. de Justicia de La Nación, que como ya lo hemos recordado es intérprete último y definitivo de la Constitución nacional, se llega, pues, a la conclusión que todas las legítimas organizadas por el Cód. Civil son inconstitucionales en cuanto exceden de la tercera parte del acervo transmisible”.²

La legítima es una institución protectora de la familia³ y ha sido trazada por Vélez Sarsfield siguiendo los contornos sociales de la época, considerándose que a mediados del siglo XIX el promedio de vida de las personas era muy inferior al actual y generalmente al morir los padres sus hijos eran menores, de allí que se tornaba necesario proveer mecanismos legales que aseguraran fundamentalmente al cónyuge y a los descendientes la mayor parte de la herencia.

El heredero a cuyo favor se instituye la legítima debe estar comprendido dentro de la categoría de herederos forzosos. El Código originario utiliza esa denominación e inclusive en algunas disposiciones alude a ellos empleando el rótulo de “heredero necesario” (Arts. 1085 y 1831), nominación que ha merecido la crítica de FORNIELES, quien señaló que constituye una “expresión inconveniente, porque despierta la idea del heredero necesario del derecho romano, que no podía renunciar, desconocido hoy de todas las legislaciones”.⁴

La legítima constituye una institución prácticamente universal. BORDA explica que solo en la mayor parte de Estados Unidos y Canadá, aferrados a sus tradiciones, se mantiene el principio de la absoluta libertad de testar.⁵

Es importante destacar que la modalidad clásica de legítima ha comenzado a converger en una solución diferente, a los efectos de proteger el interés familiar. El concepto se aleja del contexto de cuotas de legítimas y de porciones disponibles, sustituyéndose el sistema por prestaciones de alimentos. BORDA instruye sobre esta tendencia en el derecho comparado, afirmando: “En México y en los países centroamericanos (Honduras, El Salvador, Panamá, Guatemala, Nicaragua), la noción clásica de la legítima ha sido sustituida por la obligación de

² MOLINARIO, Alberto D. “Inconstitucionalidad del monto de las cuotas legitimarias, LA LEY –Páginas de ayer –Año 3 –Número 11 –Diciembre de 2002. (Ver págs. 24 y sgtes.).

³ FORNIELES, Salvador: Tratado de las Sucesiones, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1958, pág. 98

⁴ FORNIELES, Salvador: ob. Cit., pág. 98

⁵ BORDA, Guillermo A.: Tratado de Derecho Civil – Sucesiones- Tomo II, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2003, pág.83

dejar a ciertos parientes una parte de sus bienes en concepto de alimentos. Es decir, el principio es la libertad de testar, aunque esa libertad no es absoluta, pues debe hacerse reserva de ciertos bienes en favor de determinados parientes con el propósito de evitarles el peligro de caer en la indigencia. Es común que los beneficiarios de alimentos sean personas menores de edad, ancianas o con capacidades especiales. Coincidimos con el destacado autor en cuanto a que esta solución contraría los principios de justicia en que se funda la legítima.⁶ Se tratan de soluciones incompatibles con los fundamentos del derecho sucesorio. En nuestro país con anterioridad a la reforma se han formulado ideas al respecto.⁷

II. Concepto.

En el Código Civil originario se consideró que “La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia”. (Art. 3591 primer párrafo). Completa el ambiente legal el artículo 3714 al establecer que son herederos forzosos “aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos, sin justa causa de desheredación”. BORDA siguiendo la letra de la ley, provee la siguiente definición: “Legítima es la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por actos a título gratuito”.⁸ La desheredación, a mi criterio en forma incorrecta, ha sido derogada por el Código Civil y Comercial de La Nación. En el nuevo ordenamiento legal no hay una definición de legítima, limitándose a designar a los herederos que denomina legitimarios y que se limitan a los descendientes, los ascendientes y el cónyuge.

III. Inviolabilidad de la legítima.

⁶ BORDA, Guillermo A.: Tratado de Derecho Civil – Sucesiones- Tomo II, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2003, pág.83

⁷ XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires 26, 27 y 28 de septiembre de 2013. Comisión N° 7 –Sucesiones – Tema: “La Legítima y su protección”. La minoría propuso “reemplazar el sistema de legítima por el de libertad testamentaria y por un sistema de obligaciones alimentarias post mortem a favor del cónyuge, menores e incapaces, ascendientes y personas vulnerables”. La mayoría decidió la posición contraria.

⁸ BORDA, Guillermo A.: Tratado de Derecho Civil – Sucesiones- Tomo II, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2003, pág.78

Con la vigencia del código civil y comercial se ha de morigerar ostensiblemente la legítima hereditaria que si bien ha de quedar protegida por cuotas legitimarias menores, distintas innovaciones del nuevo ordenamiento legal que en alguna medida y dándose casos muy excepcionales podrían indirectamente afectar su intangibilidad. El sistema de legítima es de orden público y su protección se observa desde la voluntad del causante y desde las legitimaciones de los herederos forzosos.

Sigue vigente, no obstante ello, el principio clásico que prohíbe al testador imponer una limitación al goce de la legítima por parte de los llamados herederos forzosos. En el código originario esta prohibición esta prescripta por el artículo 3598. En este aspecto dispone el artículo 2447 del Código Civil y Comercial de La Nación el principio de protección: “El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, se tienen por no escritas”. En los “fundamentos” se explica: “Se mantienen las reglas de la inviolabilidad e irrenunciabilidad anticipada de la legítima, con la variante que se admite la constitución de un fideicomiso por el testador, en consonancia con las normas propuestas en materia contractual, pero siempre que no altere la legítima”. La disposición citada es concordante con el artículo 2493 – Fideicomiso testamentario -, cuyo último párrafo establece: “La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto, el caso previsto en el artículo 2448”. El supuesto de excepción se relaciona con la mejora a favor del heredero con discapacidad. Sin afectar la intangibilidad de la legítima el causante podrá, además de autorizar “la mejora estricta” (Art. 2448), imponer un estado de indivisión forzosa por un plazo no mayor a diez años (Art. 2330). Deben tenerse en cuenta también los “pactos de indivisión” realizados por los herederos por un plazo que no exceda los diez años y la eventual “oposición del cónyuge” en los casos previstos en el artículo 2332. La regulación en diversos aspectos relacionados con el estado de indivisión forzoso temporario no es novedosa porque mantiene criterios ya establecidos por la Ley 14.394.⁹ El fideicomiso testamentario incorporado por la Ley 24.441 ya constituía “un avance sobre el régimen cerrado e inflexible de la legítima”.¹⁰

⁹ AMARANTE, Antonio Armando, La legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Revista de Derecho de Familia y de las Persona, LA LEY, Año IV-Número 10-Noviembre 2012, pág.167

¹⁰ ORLANDI, Olga, “La legítima y sus modos de protección”, Abeledo Perrot, Buenos Aires2009, pág. 300

AZPIRI considera que la reforma debilita considerablemente la situación de los legitimarios, sin perjuicio de la protección señalada en los artículos 2447 y 2449 del Código Civil y Comercial de La Nación.¹¹

IV. El heredero no puede renunciar a la legítima futura.

No tiene ningún valor la renuncia anticipada de la legítima por quedar comprendida en un supuesto de prohibición de los pactos sobre herencia futura. El principio de irrenunciabilidad es ordenado en el nuevo texto legal que prescribe: “Es irrenunciable la porción legítima de una sucesión aún no abierta” (Art. 2449). La disposición es concordante con el artículo 2286 que establece que “Las herencias futuras no pueden ser aceptadas ni renunciadas”.

V. Los herederos forzosos y las distintas porciones legítimas.

V.1. La derogación del derecho hereditario de la nuera viuda sin hijos

Al derogarse la figura de la nuera viuda sin hijos la sucesión queda privada de una legitimaria incorporada al Código Civil con la reforma de 1968 (Art. 3576 bis texto Ley 17.711). Los argumentos para esta exclusión no son a mí entender suficientemente satisfactorias.¹²

La derogación de la figura de la nuera viuda altera un sistema afianzado de legitimarios, sin explicación concreta en los fundamentos del Código Civil y Comercial. Las dificultades que puede inquietar al intérprete y que ha destacado la doctrina para explicar la naturaleza de la nuera viuda sin hijos no es una razón válida para su exclusión. Al mismo tiempo que se instituye el derecho de mejora con loables propósitos de solidaridad familiar, se excluye a una legitimaria que fue incorporada al Código Civil por la Ley 17.711 en 1968 como un anticipo

¹¹ AZPIRI, Jorge O., Incidencias del Código Civil y Comercial –Derecho sucesorio -, N° 9, Hammurabi, Buenos Aires 2015, pág. 247

¹² En los fundamentos se explica con contradicción de algunos de los principios del nuevo ordenamiento jurídico, que “Se suprime el derecho hereditario de la nuera viuda porque, además de los ataques a su constitucionalidad al distinguir según sea hombre o mujer, altera los principios del derecho sucesorio y ocasiona un sinnúmero de dificultades interpretativas, especialmente después de la incorporación del matrimonio de personas del mismo sexo.”

histórico de aquellos principios del derecho privado constitucionalizado que hoy se escuchan en voz alta. Entendemos que no se ha aprovechado la evolución doctrinaria y jurisprudencial con fuerte sustento constitucional que estableció la equiparación del yerno viudo sin hijos a la situación de la nuera viuda sin hijos. Los tribunales con sólidos argumentos en algunos casos decidieron la concesión de los mismos derechos¹³ y en otros supuestos declararon la inconstitucionalidad del art. 3576 bis del Código Civil.¹⁴ Inclusive en el Parlamento Nacional ha ingresado en su oportunidad un proyecto de ley con esa finalidad.¹⁵ El mantenimiento de la nuera viuda sin hijos y la equiparación del yerno viudo sin hijos hubiera significado una protección integral de la familia sobre la base de la solidaridad familiar y social, permitiendo también cumplir con mayor plenitud los principios destacados en los fundamentos: Constitucionalización del derecho privado, Código de la igualdad y Código basado en un paradigma no discriminatorio. Debe tenerse en cuenta que el artículo 172 del Código Civil (Texto según Ley 26.618) en el párrafo segundo hace referencia que “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”, argumento que contribuye a sostener que las razones esgrimidas para excluir a la nuera viuda sin hijos por constituir una discriminación respecto del yerno, no resultan satisfactorias puesto que aplicando precisamente los mismos principios constitucionales que sirvieron para excluir a la nuera, ya no correspondería distinguir entre hombre o mujer, resultando de la ley que en todos los casos se tratan de contrayentes. La supresión de la figura de la nuera viuda sin hijos constituye una involución en el derecho nacional. En este aspecto se comete el mismo error del Anteproyecto de 1998. Hubiera sido correcto mantener los propósitos del artículo 3576 bis del Código Civil con inclusión del yerno viudo sin hijos y de ambos contrayentes en casos de matrimonio igualitario. Los reparos constitucionales que afirma la doctrina favorable a la supresión de la figura de la nuera viuda sin hijos yerran en su apreciación puesto que la equiparación a otros beneficiarios constituye una forma de no discriminar y

¹³ La Cámara Nacional Civil decidió: “Los términos del art. 3576 bis del Cód. Civil deben considerarse modificados, en el sentido de conceder al yerno viudo y sin hijos iguales beneficios que los que otorga a la nuera, pues una solución contraria implicaría contrariar los términos del art. 172 de dicho cuerpo normativo, modificado por la Ley 26.318, que prevé iguales requisitos y efectos al matrimonio con independencia de que los contrayentes sean de igual o distinto sexo”. (CNCivil, sala A, 2012/03/09 – Nazar Anchorena, José Agustín s/ sucesión ab intestato –Revista de Derecho de Familia y de las Personas, octubre 2012 –Año IV, N° 9, págs.. 155 y ss.; con comentario de MOREYRA, Javier Hernán y DELLATORRE, María Emilia: “La transformación del derecho acordado a la “nuera viuda sin hijos” a través del tiempo, las leyes y la jurisprudencia” en la revista citada, págs.. 155 y ss.

¹⁴ Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de 27ª Nominación de Córdoba, “M. o M., A.”, 30/4/2009, LLC 2009 (JUNIO), 549; LA LEY 08/09/2009, 10; LA LEY 2009-E, 367. En idéntico sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, “S.A. s/ suc. Ab intestato”, 08/11/2010, LA LEY 24/11/2010, 9; DFyP 2010 (diciembre), 214, LA LEY 2010-F, 366

¹⁵ Proyecto con Trámite Parlamentario 22/0572009, firmado por los Diputados Elisa Beatriz Carca y Claudia Fernanda Gil Lozano que proponía la modificación del artículo 3576 bis del Código Civil, equiparándose la situación de la viuda al viudo.

permite sostener la constitucionalidad del derecho. En todo caso y a los efectos de reivindicar el carácter de solidaridad familiar que dio sustento a la disposición originaria, la legislación podría limitar el derecho a comprobados casos de falta de capacidad económica de la persona beneficiaria. Las distintas teorías que ha generado la naturaleza jurídica de la nuera viuda sin hijos constituyen un debate académico. BORDA sostiene que la nuera es una heredera legitimaria. Expresa: “El reconocimiento del carácter de heredera de la viuda, además de la muy importante vocación potencial al todo, implica que ella puede eventualmente tener responsabilidad ultra vires si recurre en actos que entrañan la pérdida del beneficio de inventario; su vocación hereditaria está sometida a las causales de extinción establecidas en el art. 3576 bis, pero no a las causas de caducidad o revocación propias de los legados; la nuera tiene derecho a intervenir en la administración y en la partición de la herencia.”¹⁶ No se advierte en los fundamentos una explicación fundada sobre el alcance del debate y las soluciones que ha propuesto en cada caso la doctrina.

V. 2. Las porciones legítimas

A diferencia del artículo 3592 del Código Civil, el artículo 2444 del nuevo texto en el Título X – Porción legítima – enumera: “Legitimarios. Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge”.¹⁷

Es añejo el debate sobre el alcance de las cuotas de legítima establecidas en el Código Civil, considerándose la necesidad de su adecuación a porcentajes menores. En los países que admiten la legítima, las cuotas son variables, y en este aspecto las establecidas en el Código Civil son las más elevadas en el derecho comparado.¹⁸

En el nuevo ordenamiento civil y comercial se establece: “La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un

¹⁶ BORDA, Guillermo A. op. cit. pág. 61

¹⁷ En los fundamentos del entonces Anteproyecto se lee lo siguiente: “El Anteproyecto disminuye la porción legítima de los descendientes a dos tercios y la de los ascendientes a un medio, manteniendo la del cónyuge en esta última proporción; responde, de este modo, a una doctrina mayoritaria que considera excesivas las porciones establecidas por Vélez Sarsfield y más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante. Además se amplía la porción disponible cuando existen herederos con discapacidad, en consonancia con los tratados internacionales que protegen a estas personas, que han sido ratificadas por el país”.

¹⁸ BORDA, Guillermo A.: Tratado de Derecho Civil – Sucesiones- Tomo II, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2003, pág.83

medio” (art. 2445 primer párrafo). La solución sigue los principios de inveterada doctrina y del Proyecto de 1998, reduciéndose el monto de las cuotas de legítimas de los ascendientes, de 4/5 a 2/3; de los ascendientes, de 2/3 a 1/2. Se advierte una leve disminución de las cuotas de legítima con relación al código civil originario, con la salvedad que como derogación de la figura de la nuera viuda sin hijos, se adecua el enunciado de los legitimarios a esa nueva situación.

V. 3. Base patrimonial para el cálculo de la legítima.

Para calcular la legítima deben considerarse una masa patrimonial conformada por todos los bienes susceptibles de ser transmitidos por herencia y por todas las donaciones efectuadas por el causante en la medida que sean posibles las acciones protectoras de la legítima. Previamente corresponde deducir las deudas del causante, no computándose las cargas de la sucesión, para dar cumplimiento al principio de pagar primero a los acreedores. La situación de las cargas ha motivado opiniones contrarias. PÉREZ LASALA sostiene “que las cargas no son deducidas del relictum bruto, a efectos de determinar la legítima. El relictum líquido es formado deduciendo las deudas del relictum bruto, y al monto resultante se le agregan las donaciones. Sobre esa masa son calculadas la legítima y la libre disposición.”¹⁹ En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil la mayoría decidió: “Por activo líquido se entiende el de los bienes transmitidos por sucesión menos las deudas, pero no las cargas”. La minoría sostuvo que también las cargas debían deducirse para obtener el cálculo de la legítima.²⁰ Las deudas se deducen de la herencia y en este aspecto quedan incólumes las donaciones. Para ello deberá distinguirse que bienes quedan comprendidos en el concepto de herencia y las liberalidades y deudas que deben deducirse.²¹

Corresponde distinguir por proyectar efectos diferentes el régimen patrimonial del matrimonio que optaron los cónyuges (Art. 446, inc. d). Si han optado por el régimen de comunidad de ganancias o su establecimiento por falta de opción (Art. 463), regirá en caso de muerte de uno de los cónyuges un régimen similar al actual que distingue entre bienes propios y gananciales. En consecuencia disuelta la sociedad conyugal por muerte de uno de los esposos, la mitad ganancial del causante compone la herencia (Art. 498) e integra la base para calcular la legítima. Si los cónyuges hubieran optado por el régimen de separación de bienes (Arts. 505 y

¹⁹ PÉREZ LASALA, José Luís: “Tratado de Sucesiones” Tomo II –Parte Especial-, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, pág. 225

²⁰ XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires 26, 27 y 28 de septiembre de 2013. Comisión N° 7 –Sucesiones – Tema: “La Legítima y su protección”.

²¹ BORDA, Guillermo A., op. cit. Pág. 87

sgtes.) “la partición de los bienes indivisos se hace en la forma prescripta para la partición de las herencias” (Art. 508).

El cómputo de los bienes donados.

El código Civil y Comercial de La Nación establece que las porciones legítimas “se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación”. (Art. 2445 segundo párrafo).²²

Al activo líquido corresponde sumar el valor “de los bienes donados computables para cada legitimario” y este ejercicio debe hacerse a “la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación” (Art. 2445 segundo párrafo última parte). En consecuencia se han de considerar dos tiempos diferentes: a) El estado del bien se considerará a “la época de la donación”; b) Su valor se determinará “a la época de la partición”. Es importante en este aspecto la reforma por dotar de certidumbre a un sistema expoliado en el pasado por la inflación y las opiniones divergentes. El valor económico del bien establecido a la fecha de la partición es justo porque refleja un valor actual y real en una secuencia del sucesorio donde es necesario asegurar el principio de igualdad frente a la partición.

También se aclara la forma en que deben confeccionarse las porciones legítimas de cada descendiente, precisando que sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa, y para el del cónyuge, las hechas después del matrimonio”. (Art. 2445 tercer párrafo).

V. 4. Concurrencia de legitimarios.

Al aplicarse los mismos principios que en la sucesión intestada, tal como ya lo dictaba el artículo 3592 del Código Civil, los herederos excluidos siguiendo los distintos órdenes de

²² En los fundamentos se explica: “El cálculo del valor de los bienes donados se realiza, también con apoyo en el derecho francés vigente, sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación. Se dispone expresamente que para el cómputo de la porción de cada descendiente sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa, y para el del cónyuge, las hechas después del matrimonio. De este modo, se prevé la posibilidad de que esos actos tengan lugar cuando ya se conoce la existencia de la persona por nacer”.

preferencia también son privados de legítima. Si al causante le sobreviven ascendientes, descendientes y el cónyuge, los primeros carecen de legítima.

En los fundamentos se expresa que “Se mantiene la distinción de bienes propios y bienes gananciales cuando el cónyuge concurre con los descendientes, por considerar que la solución del Código Civil tiene fuerte arraigo social y debe ser mantenida.”

Concurrencia con descendientes. El artículo 2433 del Código Civil y Comercial establece con relación a la concurrencia con los descendientes que: “Si heredan los descendientes, el cónyuge tiene en el acervo hereditario la misma parte que un hijo”.

“En todos los casos en que el viudo o viuda es llamado en concurrencia con descendientes el cónyuge supérstite no tiene parte alguna en la división de bienes gananciales que corresponde al cónyuge fallecido”.

En consecuencia el cónyuge hereda sobre los bienes gananciales (tendrá derechos sobre los propios) si concurren los descendientes, con la aclaración que este sistema mantiene su vigencia del Código Civil y Comercial en la medida que los cónyuges hayan adoptado el régimen de comunidad. En caso que concurren varios legitimarios comprendidos en un mismo orden con el cónyuge y exclusivamente en el supuesto del régimen de comunidad de ganancias, la legítima se distribuye entre ellos en idéntica proporción y con aplicación de las disposiciones de la sucesión intestada.²³

Si el régimen patrimonial matrimonial es el de separación de bienes, no es posible hablar de bienes propios o gananciales y el cónyuge hereda como un hijo más en los bienes del causante.²⁴

Concurrencia con ascendientes. Cuando hay comunidad de ganancias, el cónyuge recibe la mitad de los bienes propios y la mitad de los bienes gananciales que se transmite por herencia. La otra mitad de los gananciales que correspondía al causante la recibirán los ascendientes.

Si rige el régimen de separación de bienes, la mitad la recibe el cónyuge y la otra mitad corresponde a los ascendientes.²⁵

²³ BORDA, Guillermo A., ob. Cit. Pág. 85

²⁴ PÉREZ LASALA, José Luís: “Tratado de Sucesiones” Tomo II –Parte Especial-, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, pág. 99

²⁵ PÉREZ LASALA, José Luís: “Tratado de Sucesiones” Tomo II –Parte Especial-, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, pág. 99

V. 5. Las legítimas no se acumulan.

Constituye una regla sustancial que facilita la conciliación entre cuota de legítima y porción disponible determinar que en ningún casos las distintas legítimas en supuestos de concurrencia se acumulan. En casi todos los casos sería imposible la acumulación puesto que excedería el 100% y se tornaría abstracta la porción disponible. La interpretación inveterada y pacífica ha sido “que todas las porciones legítimas deben salir de la más elevada (dentro de las que concurren), dejando incólume la porción disponible”.²⁶ El Código Civil y Comercial de La Nación institucionaliza la regla indicada: “Concurrencia de legitimarios. Si concurren sólo descendientes o sólo ascendientes, la porción disponible se calcula según las respectivas legítimas”

“Si concurre el cónyuge con descendientes, la porción disponible se calcula según la legítima mayor”. (Art. 2446).

V. 6. Diversos supuestos de concurrencia de legitimarios

Cuando concurren simultáneamente y en forma exclusiva los descendientes o a falta de estos los ascendientes, la legítima se distribuye entre ellos estableciéndose la porción correspondientes a cada categoría.

Cuando concurren descendientes por representación resulta aplicable el artículo 2428 del Código Civil y Comercial de La Nación, distinguiéndose según los supuestos allí previstos.

A falta de descendientes, Los ascendientes más próximos en grado dividen la herencia por partes iguales. (Art. 2431).

a) Concurrencia entre descendientes y cónyuge.

La legítima de los descendientes es dos tercios (2/3) y la del cónyuge un medio (1/2). La porción disponible se calcula considerando la legítima mayor, es decir dos tercios (2/3). (Art. 2446, párr. 2°).

²⁶ BORDA, Guillermo A., op. cit., pág. 85/86

De todas formas para la determinación de la legítima, con la reforma corresponde distinguir el régimen patrimonial matrimonial de los cónyuges. Según cada caso la conformación de la cuota de legítima, siguiendo las determinaciones de los regímenes de comunidad o separación de bienes.

b) Concurrencia entre ascendientes y cónyuge.

La legítima de ascendientes y del cónyuge es de un medio (1/2) en cada caso. (Art. 2445, párrafo primero). En este caso como no se acumulan las cuotas de legítima, corresponde tomar como cuota un medio (1/2) y al estar equiparables no corresponde hacer referencia a la cuota mayor. (Arg. Art. 2446 segundo párrafo).

El artículo 2434 del Código Civil y Comercial de La Nación establece para este supuesto de concurrencia: “Si heredan los ascendientes, al cónyuge le corresponde la mitad de la herencia”.

También en este caso para conocer cuáles son los bienes que componen la masa hereditaria para el cálculo de la legítima en cada caso, ha de considerarse el régimen patrimonial matrimonial establecido entre los cónyuges, a los efectos de diferenciar si fuera necesario, los bienes propios de los gananciales.

c) Parientes por adopción.

1) Legítima de los hijos adoptados en la adopción simple.

El adoptado y sus descendientes tienen los mismos derechos hereditarios que el hijo y sus descendientes por naturaleza. (Art. 2430). La legítima en este caso también alcanza a 2/3 partes. Los derechos se extienden a los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida. (Art. 2430 última parte).

Los hijos adoptivos concurren con el cónyuge del adoptante.

2) Legítima de los adoptantes en la adopción simple.

Los adoptantes en la adopción simple no heredan los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de sangre, ni la familia de origen los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de adopción. En los demás bienes los padres adoptantes heredan, excluyendo a los padres de origen. (Art. 2432).

Las cuotas de legítima de los adoptantes es $\frac{1}{2}$ en coincidencia con la correspondiente a los padres consanguíneos.

Los adoptantes concurren cónyuge del causante, en este caso el adoptado, y a sus efectos también la porción legítima alcanza $\frac{1}{2}$. (Art. 2445, párr. 1°).

VI. Mejora a favor del heredero con discapacidad.

El Código Civil y comercial amplía la porción disponible cuando existen herederos con discapacidad, siguiendo el nuevo orden de los tratados internacionales incorporados con jerarquía constitucional.

La mejora a herederos vulnerables constituye un aporte a la legislación nacional obedeciendo al mandato constitucional, incorporándose un mecanismo de protección inédito aunque conocido por su establecimiento en el derecho español. BORDA ya había anticipado esta modalidad señalando que en algunos países “hay entre la legítima y la porción disponible (de la cual el testador puede disponer sin limitación alguna) una tercera porción, de la que el testador puede disponer pero solo para ser distribuida entre los herederos forzosos, lo que le permite mejorar a alguno o algunos de ellos, sin perder su derecho a distribuir entre extraños la porción libre (Cód. Español, art. 808; colombiano, art. 1253; chileno, art. 1184)”.²⁷

Se regula en el Código Civil y Comercial: “El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A esos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración

²⁷ BORDA, Guillermo A.: Tratado de Derecho Civil – Sucesiones- Tomo II, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2003, pág.83

familiar, social, educacional o laboral”. (Art. 2448). La incorporación de mejora estricta ha habido sido propuesta en las XXV Jornadas Nacional de Derecho Civil.²⁸ En esa oportunidad la minoría propuso que además se extienda la mejora en beneficio de los niños. Esa importante destacar que en las mencionadas jornadas por unanimidad también se decidió: “Debe modificarse la definición de personas con discapacidad del art. 2448 del Proyecto 2012 adecuándola a la definición de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad (Ley 26.378)”.²⁹ Además se propuso también por unanimidad: “Debe modificarse el art. 2391 del Proyecto 2012 en lo que respecta a herederos con capacidad restringida que deben remplazarse por herederos con discapacidad”. Estas conclusiones constituyen un correcto criterio de interpretación del alcance de la incapacidad y de la protección de las personas vulnerables.

Los principios del derecho privado constitucionalizado, la no discriminación y la categorización de grupos de personas encuentran su aplicación en la citada disposición, siguiendo los caminos trazados por la Constitución Nacional, Los Tratados y la legislación específica también dictada como consecuencia de un nuevo orden jurídico. La ley promueve este nuevo instituto y no lo limita a modalidades concretas con alusión al fideicomiso. Deben quedar comprendidos también los supuestos de indivisión forzosa (Art. 2330), legados de cosa cierta y determinada (Art. 2498) o de alimentos (Art. 2509), derechos de usufructo (Art. 2129), de uso (Art. 2154) o habitación (Art. 2158), entre otros supuestos.³⁰

La apertura a nuevos derechos se cimenta con mecanismos de inclusión social. Sin embargo el sistema propuesto no da cobertura completa al no incluir al cónyuge supérstite. AMARANTE expresa que “la ley no exige el dictado de una acreditación judicial de la discapacidad, tampoco fija porcentuales mínimos en tales padecimientos”.³¹ Los legitimarios afectados eventualmente podrán mediante la acción de reducción, solicitar al juez la determinación de la razonabilidad del beneficio e incluso su limitación, a los efectos de preservar el principio de inviolabilidad o intangibilidad de la legítima.³² Esta alternativa nos parece razonable, especialmente cuando no se establecen en la ley porcentajes de incapacidad mínimos, quedando librado al intérprete la valoración de situaciones incluso fronterizas. Tampoco la legislación resuelve supuestos de recuperación de la salud.

²⁸ XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires 26, 27 y 28 de septiembre de 2013. Comisión N° 7 –Sucesiones – Tema: “La Legítima y su protección”.

²⁹ XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires 26, 27 y 28 de septiembre de 2013. Comisión N° 7 –Sucesiones – Tema: “La Legítima y su protección”.

³⁰ AMARANTE, Antonio Armando, La legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Revista de Derecho de Familia y de las Persona, LA LEY, Año IV-Número 10-Noviembre 2012, pág.167

³¹ AMARANTE, Antonio Armando, La legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Revista de Derecho de Familia y de las Persona, LA LEY, Año IV-Número 10-Noviembre 2012, pág.167

³² AMARANTE, Antonio Armando, op. cit., pág. 168

En estos casos los afectados serán todos los demás legitimarios, solución compatible con el principio de solidaridad y de asistencia familiar inherente a la figura creada. AMARANTE destaca que “No cabría que el conferente imponga la contribución sólo a algunos o excluya a otros; tampoco la ley prevé tal posibilidad, sin lo cual no podría quebrantarse la directriz de igualdad a mantenerse entre aquellos”.³³ Nos parece que la disposición va a ser objeto de controversias en numerosos casos, considerándose situaciones de desavenencia familiar y desigualdades económicas entre los herederos que carecen de fortuna personal.

VII. Actos de disposición de bienes inmuebles entre el causante y sus herederos forzosos.

El artículo 3604 del Código Civil establece una solución que intenta evitar el perjuicio que un contrato celebrado por el causante con uno de los herederos forzosos perjudique a los otros coherederos y en este aspecto tal prevención concierne a determinadas enajenaciones disfrazadas de actos onerosos que se han intentado con la deliberada intención de beneficiar a un heredero forzoso en particular más allá de los límites de la legítima. La simulación en este caso es de prueba difícil o imposible, de modo que la ley presume que el acto en apariencia es oneroso y como consecuencia de ello lo reputa gratuito. La actual legislación prevé la enajenación a título oneroso con reserva de usufructo y la renta vitalicia como variantes del acto de disposición. En estos casos la ley presume que el acto es gratuito, de allí que el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador y el excedente será traído a la masa de la sucesión. La legislación del código civil obedece a la reforma introducida por la Ley 17.711 que subsanó deficiencias técnicas de la originaria disposición.

La autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio también se explica en el contexto de la disposición citada al establecerse en su último párrafo que “Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido la enajenación y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima”.

Esta disposición se aplica cuando los actos que en apariencia son onerosos puesto que cuando no hay ninguna duda que son gratuitos corresponde aplicar las reglas de la colación y en

³³ AMARANTE, Antonio Armando, op. cit., pág. 168

este caso el valor de los bienes no se imputa a la parte disponible, como determina el artículo citado, sino a la porción hereditaria del heredero beneficiado por el causante.³⁴

La indócil situación provocadora de injustas atribuciones indirectas de la herencia constituye una cuestión multiplicadora de casos con similares efectos a los previstos en la legislación codificada. La reforma que consideramos en este artículo en el acápite “Transmisión de bienes a legitimarios”, amplía el espectro actual e incluye como actos a vigilar en los contratos onerosos la concesión del uso o habitación.³⁵ Dispone la disposición novedosa: “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 del acto y la intención de mejorar al beneficiario. Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado”-

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

“Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas”. (Art. 2461).

En los fundamentos se expresa que “Se proyecta solucionar un problema oscuro en la doctrina nacional: el de si las donaciones que exceden la suma de la porción disponible y la porción legítima del donatario están sujetas a reducción o si sólo se debe el valor del excedente a modo de colación. Se ha estimado preferible la solución según la cual, aunque haya dispensa de colación o mejora, esa donación está sujeta a reducción por el valor del exceso.”

La doctrina indaga el texto literal y resiste la solución legal en algunos aspectos, al objetar la prohibición al legitimario que ha consentido los contratos ostensiblemente gratuitos de reclamar la imputación de los respectivos valores y a demandar la colación. Se razona que ese impedimento colisiona con el carácter de orden público de la legítima y queda además comprendido dentro de la prohibición de renunciar a la legítima futura. (Art. 2449). Se añade que la disposición contradice la prohibición de celebrar pactos sobre herencias futuras. (Art. 1010).³⁶

³⁴ BORDA, Guillermo A., op. cit. Pág. 97

³⁵ En los fundamentos se afirma: “Se simplifica la figura del tan comentado artículo 3604 vigente y se trata de solucionar las dificultades interpretativas que muestra la jurisprudencia”.

³⁶ AMARANTE, Antonio Armando, La legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Revista de Derecho de Familia y de las Persona, LA LEY, Año IV-Número 10-Noviembre 2012, pág.174

VIII. Acciones protectoras de la legítima.

Se ha criticado la regulación legal de las distintas acciones protectoras de la legítima puesto que sus variedades son derivaciones de la acción de reducción. AMARANTE sostiene como un aspecto negativo de la reforma: “Respecto de las funciones de complemento y de reducción concierne, en cuanto ahora se las legisla como acciones distintas entre sí, cuando una y otra son meras facetas de lo mismo, dada su común naturaleza y porque ambas propenden en un mismo sentido”.³⁷ FERRER critica por no resultar útil, la diversificación de la acción de reducción en cuatro tipos de acciones.³⁸

El legitimario preterido tiene acción expedita para que se le entregue su porción legítima “a título de heredero de cuota” (Art. 2450). No se entiende esta limitación que hace estrecha la situación de un heredero cuya naturaleza no se compatibiliza con el llamado heredero de cuota. El heredero de cuota no deriva del llamado legal y obedece a una construcción del causante. La segunda parte del artículo citado también concede acción al legitimario cuando el difunto no deja bienes pero ha efectuado donaciones. La solución desvirtúa la condición de legitimario del perjudicado por la omisión al librarlo al régimen del artículo 2488, es decir asimilándolo al heredero de cuota. El perjuicio es evidente, bastando para ello considerar que “Los herederos instituidos en una fracción de la herencia no tienen vocación a todos los bienes de ésta, excepto que deba entenderse que el testador ha querido conferirles ese llamado para el supuesto de que no puedan cumplirse, por cualquier causa, las demás disposiciones testamentarias” (Art. 2488 primera parte). Resulta claro que una omisión del testador no puede cambiar la naturaleza del heredero forzoso cuyo título tiene bondades concretas, entre ellas el derecho de acrecer. La solución debe ser la inversa, es decir el carácter de heredero de cuota debe asignarse al instituido en cuyo favor podrá facilitarse la porción disponible. El heredero forzoso no puede transformarse en otra figura por una omisión del causante en su testamento. Se trata de una disposición reñida con el orden público a cuyo amparo se rechaza cualquier supuesto de violación de la legítima. La prohibición en este aspecto también comprende los casos de preterición de herederos forzosos.

³⁷ AMARANTE, Antonio Armando, La legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Revista de Derecho de Familia y de las Persona, LA LEY, Año IV-Número 10-Noviembre 2012, pág.175

³⁸ FERRER, Francisco A. M., El derecho de sucesiones en el Proyecto de Código Civil y Comercial, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Año 2012-3- Proyecto de Código Civil y Comercial II, pág.608

Dispone la segunda parte del artículo 2450 otro supuesto de procedencia de la acción de entrega de la legítima, al disponer: “También la tiene el legitimario cuando el difunto no deja bienes pero ha efectuado donaciones”. AMARANTE, con cita de FERRER, CÓRDOBA y NATALE, sostiene la opinión de estos autores, quienes afirman que para estos supuestos la acción específica que tiene el legitimario perjudicado es la de reducción.³⁹

Esa ambivalencia de conductas del causante enreda en su trama a las omisiones en perjuicio de un heredero forzoso o a los actos entre vivos que ha realizado a título gratuito. La ley prevé una misma dirección por dos trayectos distintos.

VIII. 1. Acción de reducción

Para mantener intacta la legítima convergen históricamente diversos principios que las legislaciones evolutivas han respetado. Ya hemos hecho referencia a ellas. El orden público hace escala en esta institución del derecho sucesorio. Reiteramos que están prohibidas las cláusulas que restringen la legítima y son nulos las cargas o gravámenes impuestos por el causante. La nulidad se impone en supuestos de renuncia o pacto sobre la legítima futura. El ambiente de defensa de la legítima se amplía con el ejercicio de otras acciones puntuales. El artículo 2452 limita la acción de reducción al caso de reducción de las instituciones de herederos de cuota y de los legados que han perjudicado la legítima. En los supuestos donde el causante ha realizado donaciones o legados en exceso, la acción de reducción es apta para en supuestos de liberalidades inoficiosas. Si el causante ha realizado partición cualquiera fuera su modalidad, es decir por donación o testamento, y con ello se afecta la legítima, el heredero forzoso tiene diversas acciones: a) Puede demandar la reducción para la cobertura de su legítima; b) Tiene expedita la acción de rescisión cuyo objeto es obtener la nulidad de la partición; c) En casos de exclusión total el heredero forzoso puede acudir a la nulidad por preterición de la partición por donación; d) Acción de complemento para aquellos supuestos donde el testador ha dejado por cualquier título al heredero forzoso, menos de su porción legítima. (Art. 2451)

VIII. 2. Orden en que debe efectuarse la reducción

³⁹ AMARANTE, Antonio Armando, op. cit., pág. 168.

El Código Civil originario prescribe que la reducción de las liberalidades hechas por el causante no afectará a las donaciones cuando puedan cubrirse la legítima reduciendo a prorrata o dejando sin efecto, si fuera necesario, las disposiciones testamentarias. (Art. 3602). Es decir primero se afectan a los legados y en caso de no ser suficiente, en ulterior instancia se reducirán las donaciones.

El orden legal de reducción de los legados se ha interpretado siguiendo al artículo 3795 última parte del Código Civil, afirmándose que en primer término se pagarán los legados de cosa cierta, en segundo lugar los remuneratorios y finalmente los de cantidad. En cada una de las categorías enunciadas la reducción se practica a prorrata. Compartimos la opinión de BORDA en cuanto a que hubiera sido preferible por estricta justicia reducir todos los legados a prorrata sin distinguir por categorías, siguiendo la mejor legislación comparada.⁴⁰

En esta cuestión también prevalece el principio de la autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio, al admitirse que el causante puede alterar en su testamento el orden legal de reducción de los legados. BORDA con justeza sostiene que el artículo 3795 del Código Civil constituye una regla supletoria de la voluntad del causante.⁴¹ Estamos de acuerdo, la solución legal no es imperativa y no advertimos que constituya una regla de orden público.

Diferente situación se plantea en el Código Civil y Comercial de La Nación que establece una regla inédita de reducción de las disposiciones testamentarias. El artículo 2452 en su primera parte expresa: “A fin de recibir o complementar su porción, el legitimario afectado puede pedir la reducción de las instituciones de herederos de cuota y de los legados en ese orden.”

En cuanto al orden legal de reducción de los legados, el último párrafo del artículo 2452 reenvía al segundo párrafo del artículo 2358, incluido en el Capítulo 5 – Pago de deudas y legados -. Precisamente la disposición guiada expresa el procedimiento de pago. “El administrador debe pagar a los acreedores presentados según el rango de preferencia de cada crédito establecido en la ley de concursos”.

“Pagados los acreedores, los legados se cumplen, en los límites de la porción disponible, en el siguiente orden: “

“a. los que tienen preferencia otorgada por el testamento;”

“b. los de cosa cierta y determinada;”

⁴⁰ BORDA, Guillermo A., op. cit. pág. 115

⁴¹ BORDA, Guillermo A., op. cit. pág. 115

“c. los demás legados. Si hay varios de la misma categoría, se pagan a prorrata”.

En este aspecto resulta evidente que el nuevo ordenamiento legal subsana omisiones legislativas que han sido cubiertas por la doctrina y ha seguido el sendero trazado por los intérpretes.

Las donaciones tal como ya se ha dicho quedan intactas en la medida que la reducción de los legados asegure la legítima hereditaria. Las donaciones se reducen siguiendo el orden inverso a sus fechas. Esta interpretación es doctrinaria porque el código civil no alude a la cuestión.

BORDA expresa al respecto: “Esta solución, indudablemente acertada, se funda en que cuando el causante hizo la primera donación, no quedó afectada con ella su legítima; el acto era válido e inatacable. Si la legítima se vio comprometida es porque hizo otras donaciones posteriores, cuando ya no podía hacerlo”. El autor interpreta que a diferencia de los legados, el causante no puede imponer un orden distinto de reducción de las donaciones. Las donaciones constituyen actos entre vivos y significan que en principio son irrevocables, de modo que al respecto no hay margen para la voluntad del causante.⁴²

En este aspecto también el código civil y comercial de La Nación ofrece una solución legal compatible con la mejor doctrina que ha sabido resolver los supuestos de anomia. Dispone el artículo 2453 el orden de reducción de las donaciones, estableciendo que “Si la reducción de las disposiciones testamentarias no es suficiente para que quede cubierta la porción legítima, el heredero legitimario puede pedir la reducción de las donaciones hechas por él causante. Se reduce primero la última donación, y luego las demás en orden inverso a sus fechas, hasta salvar el derecho del reclamante. Las de igual fecha se reducen a prorrata.”

La flamante disposición ratifica el principio que las donaciones se reducen en caso de no ser suficientes los legados para cubrir la legítima y que dándose el caso el orden de reducción se inicia con la última donación. Es también plausible que se determine legalmente que frente al supuesto de varias donaciones efectuadas en la misma fecha, la reducción se practique a prorrata. La lógica se impone en este tramo del Código Civil y Comercial de La Nación. Sin embargo con relación a donaciones simultáneas, resulta acertada la opinión doctrinaria que permite la elección del donante en la medida que surja en forma expresa. Esta doctrina a mi entender se mantiene con la vigencia del nuevo ordenamiento civil y comercial. Borda explica al respecto: “Las donaciones hechas simultáneamente deben reducirse a prorrata. En este caso, y siempre que en el mismo acto de la donación el donante deje constancia de su voluntad de que

⁴² BORDA, Guillermo A., op. cit. pág. 115/116

una de ellas sea reducida antes que la otra, debe respetarse el orden que el fija, como ocurre con los legados, pues al aceptar la donación con esa condición, el donatario sabe que tendrá que someterse primero a los efectos de la acción de reducción. El caso es poco probable en la práctica.⁴³

VIII. 3. Efectos de la reducción de las donaciones.

El principio general compatible con la naturaleza de la acción: la restitución debe hacerse en especie.

Nuestro derecho originario desestima que la acción de reducción pueda entenderse como un título de crédito contra el donatario, quien de asimilarse ese concepto quedaría obligado a restituir el valor necesario para completar la legítima. La solución que impulsa el sistema nacional procura la restitución en especie. Una nota concordante con tal principio es que la acción de reducción provee efectos reipersecutorios que habilitan al heredero forzoso a reclamar la cosa a terceros que contrataron con el donatario. Esta solución surge del artículo 3955 del Código Civil. La acción reipersecutoria está regulada en el Código Civil y Comercial de La Nación que prescribe: “El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legitimaria” (Art. 2458). Es razonable que la restitución se haga en especie como modo de asegurar los derechos de los herederos forzosos en situaciones donde actúan arteramente los donatarios. Ello no significa que pueda excepcionarse el principio de restitución en especie cuando sustitución por su valor permita el menor gravamen a los donatarios o eventuales terceros. Se trata de una modalidad con una finalidad práctica y económica que ha de simplificar las controversias y disminuir los litigios. La reforma en este aspecto es incuestionable al permitir conciliar los intereses del heredero forzoso con la situación actual de los terceros. A falta de acuerdo sobre el precio las partes podrán solicitar su determinación al juez que ha entendido en la sucesión mediante el procedimiento más breve. El ejercicio de la acción plantea dificultades que ha resuelto la doctrina. Entre estas situaciones fronterizas quedan comprendidas las donaciones a extraños, la pérdida de la cosa, los supuestos de mejoras, la constitución de usufructo, uso, habitación o renta vitalicia, las donaciones a herederos y los legados.

⁴³ BORDA, Guillermo A. op. cit. pág. 116,

Los efectos de la reducción de las donaciones se regulan en el Código Civil y Comercial de La Nación disponiéndose que “Si la reducción es total, la donación queda resuelta”.

“Si es parcial, por afectar sólo en parte la legítima, y el bien donado es divisible, se lo divide entre el legitimario y el donatario. Si es indivisible, la cosa debe quedar para quien le corresponde una porción mayor, con un crédito a favor de la otra parte por el valor de su derecho”.

“En todo caso, el donatario puede impedir la resolución entregando al legitimario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima.”

“El donatario es deudor desde la notificación de la demanda, de los frutos o, en caso de formular la opción prevista en el párrafo anterior, de intereses”. (Art. 2454).

La solución supera a la legislación originaria y resuelve planteos prácticos. También facilita obviar la resolución y la restitución en especie. El principio de conservación del contrato de donación permite respuestas oscilantes según el carácter indivisible o divisible del bien donado. La compensación en dinero en proporción al valor de la porción legítima permite mayor confianza en las bondades de un bien cuyo antecedente es una donación, despejándose con ello todo concierto sobre la idea de un dominio imperfecto. La circulación de los bienes donados será mayor.

Otra cuestión controvertida en el derecho originario se resuelve correctamente, subsanando lagunas y dificultades de interpretación. El caso de perecimiento de lo donado es tratado del siguiente modo: “Si el bien donado perece por culpa del donatario, éste debe su valor. Si perece sin su culpa, el valor de lo donado no se computa para el cálculo de la porción legítima. Si perece parcialmente por su culpa, debe la diferencia de valor; y si perece parcialmente sin su culpa, se computa el valor subsistente”. (Art. 2455).

VIII. 3.1. Insolvencia del donatario.

Otro supuesto particular con dificultades de interpretación es la insolvencia del donatario, situación que podría tornar abstracto el derecho del legitimario para ejercer la acción reipersecutoria. Al respecto establece el Código Civil y Comercial de La Nación que: “En caso de insolvencia de alguno de los donatarios e imposibilidad de ejercer la acción reipersecutoria a que se refiere el artículo 2458, la acción de reducción puede ser ejercida contra los donatarios de fecha anterior. (Art. 2456).

VIII. 3.2. Derechos reales constituidos por el donatario.

Dispone el Código Civil y Comercial de La Nación: “La reducción extingue con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores”. (Art. 2457).

Constitución de usufructo, uso, habitación o renta vitalicia.

El Código Civil y Comercial de La Nación prescribe: “Si la disposición gratuita entre vivos o el legado son de usufructo, uso, habitación, o renta vitalicia, el legitimario o, en su caso, todos los legitimarios de común acuerdo, pueden optar entre cumplirlo o entregar al beneficiario la porción disponible”. (Art. 2460).

IX. La prescripción de la acción de reducción.

El Código Civil y Comercial de La Nación establece un plazo de prescripción adquisitiva que constituye una novedad respecto a la acción de reducción y que en la mayoría de los casos implicaría la derogación en los hechos de la legítima hereditaria. A diferencia del Código Civil donde únicamente se considera el plazo de prescripción decenal por considerarse que se trata de una acción personal (Art. 4023 y su nota) cuyo cómputo se inicia a partir de la muerte del causante (Art. 3955), esta innovación que no consulta los propósitos de la institución de la legítima, ensaya un criterio que considera la situación del donatario o del subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Verificada la situación descrita en la disposición, la acción de reducción no sería procedente. (Art. 2459). Esta situación constituye una paradoja puesto que recién con la apertura de la sucesión los herederos forzosos estarían en condiciones de demandar la reducción por derivación de la prohibición sobre pactos sobre herencias futuras. En tanto y simultáneamente a la imposibilidad de hacer valer su legitimación los herederos forzosos, ya se viene computando el plazo de prescripción adquisitiva. Esta situación injusta vulnera el derecho de propiedad de los sucesores pudiéndose dar casos donde los legitimarios son incapaces al tiempo de la posesión del donatario y mantienen aún ese estado a la muerte del causante, con el notable perjuicio para sus intereses en una evolución de la vida donde no pueden valerse por sí mismos. Ello contraría el fundamento de la legítima hereditaria. El perjuicio se agrava

considerablemente porque en estos supuestos también se aplica el artículo 1901 del nuevo ordenamiento legal que regula la unión de posesiones.

No nos convencen los “fundamentos” en cuanto: “Se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve”, con la finalidad de intentar solucionar “el grave problema que las donaciones tienen en el tráfico jurídico”. Más grave nos parece someter a plazos breves y computados en vida del causante el derecho del legitimario, tornándose de este modo abstracto en aquellos casos donde la prescripción adquisitiva volatiliza a una institución de orden público. En este caso nos parece más atinado proteger el orden público familiar inherente a los fundamentos del derecho sucesorio en vez de privilegiar a los beneficiarios de actos a título gratuito frente a las hipótesis de circulación del bien donado.

Además el plazo de prescripción de la acción de reducción, que a diferencia de la prescripción adquisitiva breve comienza a computarse desde la muerte del causante, se reduce de diez años a cinco años al resultar aplicable el plazo común de prescripción. (Art. 2560).

Ningún plazo de prescripción adquisitiva breve puede ser computado en vida del causante puesto que esas liberaciones que concede el tiempo no son afines al derecho sucesorio donde las legitimaciones son meras expectativas. Antes de la apertura de la sucesión el heredero forzoso no puede ser perseguido por ningún plazo de prescripción. BORDA enseña al respecto: “Ni el donatario, ni sus sucesores, podrán invocar la prescripción adquisitiva alegando la posesión de diez o veinte años, se atribuyan o no justo título y buena fe. Como el legitimario no ha podido actuar hasta el momento de la muerte del causante, es lógico que no pueda ser perseguido hasta entonces por ningún término de prescripción”.⁴⁴ Este principio que no ha sido seguido el Código Civil y Comercial ha de exigir planteos constitucionales para la restitución de su naturaleza en el derecho privado constitucionalizado.

X. CONCLUSIONES

1. La legítima en la reforma mantiene su carácter de orden público y el sistema imperativo de su protección, con modalidades derivadas de la voluntad del testador que en casos muy particulares podrían afectar su intangibilidad. Las notas características del nuevo sistema se conforman con la reducción de las legítimas, la incorporación del instituto de la mejora, la disminución de los

⁴⁴ BORDA, Guillermo A. op. cit. pág. 129

legitimarios por exclusión de la nuera viuda sin hijos, la derogación de la desheredación, la limitación de la acción de reducción por prescripción adquisitiva del donatario y la reformulación de conceptos de la acción de reducción, entre ellas la disminución del plazo de prescripción de diez a cinco años. Algunos de estos ejes han de transitar por caminos sinuosos que dificultará la labor del intérprete.

2. La derogación de la desheredación perjudica el principio de autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio e impide al causante sancionar la conducta de sus herederos en la medida que obre con justa causa.

3. La derogación de la figura de la nuera viuda altera un sistema afianzado de legitimarios, sin explicación concreta en los fundamentos del Código Civil y Comercial.

4. La incorporación del instituto de mejora a favor de heredero con discapacidad constituye una de las novedades más auspiciosas y se fundamenta en el principio de solidaridad familiar en el derecho sucesorio.

5. Correctamente la reforma faculta al legitimario para perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. La solución es evolutiva y considera la trascendencia de los bienes muebles registrables.

6. Si bien el artículo 2458 del Código Civil y Comercial de La Nación no distingue entre terceros de buena o mala fe, debe interpretarse que la acción reipersecutoria también procede contra el tercero de buena fe y a título oneroso por resultar la solución más compatible con la defensa de la legítima.

7. El principio de restitución en especie deja de ser absoluto. El dominio resoluble implícito en la acción de reducción cede cuando el donatario y el subadquirente demandado en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima. La solución que provee el artículo 2458 del Código Civil y Comercial de la Nación facilita la circulación de los bienes registrables. La jurisprudencia deberá resolver aspectos prácticos relacionados con la determinación del precio.

8. La prescripción adquisitiva breve y su cómputo desde la posesión del bien donado no se concilia con la intangibilidad de la legítima y su protección. Los herederos forzosos no podrán en vida del causante controvertir su voluntad y en muchos casos probablemente a la apertura de la sucesión los donatarios ya hayan consolidado su título. La solución legal es inconstitucional porque afecta el derecho de propiedad del legitimario.

9. El Código Civil y Comercial de La Nación si bien es objeto de críticas en cuanto a omisiones o defectos en la articulación de alguna institución del derecho sucesorio, innova con suficiencia en otros aspectos al definir con acierto cuestiones controvertidas y considerar situaciones no reguladas con anterioridad. La reforma también constituye una propuesta para indagar soluciones, tarea que las actuales generaciones de abogados y de jueces han de enhebrar con paciencia y estudio.