



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Carrera de Abogacía.

“Legítima hereditaria en el nuevo código civil y comercial de la nación”.

2015

Tutor: Dr. Cutruneo Federico.

Alumno: Cristian Hernán López López.

Título al que aspira: Abogado.

Fecha de presentación: Noviembre de 2015.

Dedicatorias y Agradecimientos.

Todo mi amor y mi más profundo y sincero agradecimiento a mis amados padres, que con las más rudimentarias herramientas, pero solo con la inmensidad del amor me ayudaron a llegar a este sueño familiar.

A ustedes que colaboraron y apoyaron en cada paso, mis adorados hermanos, mi gratitud eterna.

A vos que me apoyas día a día para seguir adelante.

Y a todos y cada uno de los amigos y profesores que colaboraron y ayudaron en mi formación.

Resumen

El presente trabajo es una interpretación y evaluación de la reforma introducida por el nuevo código civil y comercial de la nación Argentina respecto de la legítima hereditaria. Es importante mencionar que este instituto es de suma importancia en nuestra legislación, muchas páginas se han escrito sobre su estudio y distintas posturas se han esgrimido al respecto. Es este trabajo un análisis de la cuestión y trata de aportar una mirada crítica a la reforma que se le introdujo al sancionar el nuevo código civil.

En esta obra, y en su primer capítulo, encontramos una breve reseña de la legítima sucesoria a lo largo de la historia, comenzando con la época romana pasando a lo largo de los años por sus modificaciones y las distintas formas cómo esta fue tratada por los legisladores en su momento, hasta llegar a nuestros días. El derecho comparado y nuestro derecho patrio han ido modificando su estructura y sus instituciones, buscando adaptarse a las realidades que imperaban en cada época. Nuestra legislación no escapa ni escapó a ese crecimiento y constante adaptación.

Podemos encontrar en el capítulo número dos de este trabajo un estudio de la legítima hereditaria en la profundidad apropiada para esta obra, donde se tocan temas como el concepto de la misma, para poder conocer como la identifican distintos autores. Encontramos la naturaleza jurídica de la legítima y otros puntos de importancia para su estudio.

Para poder profundizar aún mas y conocer el tema en cuestión, realizamos en el capítulo número tres, un estudio de las legislaciones comparadas. Buscamos el derecho en el cual se basa nuestra legislación y las legislaciones que tienen relación directa con la nuestra, como es el caso de Latinoamérica. Pero también caminamos posturas totalmente contradictorias a la local, reglas como lo son las legislaciones anglosajonas, que no por tener una mirada diferente del tema son menos importantes. Creemos que la diversidad de puntos de vista puede aumentar el conocimiento y una mayor comprensión del tema.

En el caso del tema central de este trabajo, vamos a observar como a lo largo de los años se fueron modificando posturas y sobre todo como afectan los institutos de Orden Público y Autonomía de la Voluntad en la Legítima Hereditaria. Además podemos encontrar las distintas posturas doctrinarias sobre mayores o menores porcentajes de la porción disponible, sobre todo respecto al nuevo código civil y

comercial que hoy nos rige. En este último caso se ha incrementado esa porción disponible y se observan críticas a favor y en contra de dicha modificación.

Por otro lado vamos hacer referencia y estudiar el artículo 2448 del nuevo código civil y comercial de la república Argentina. Este es un instituto novedoso para nuestra legislación, introduce una novedad y la vamos analizar como tal. Tanto respecto de sus beneficios o no, cómo puede afectar en los demás herederos forzosos, y si la encontramos en el derecho comparado.

Estado de la Cuestión.

A lo largo de los años el tema de la legítima hereditaria se ha ido tocando de muchas maneras, como dijimos en su momento son muchos los autores que han escrito sobre el tema, desde la antigüedad hasta llegar a nuestros días. Esto se debe a la gran importancia que posee el tema en cuestión. El destino de los bienes de una persona luego de su muerte, tiene gran trascendencia.

Algunos (nuestro caso) ubican a la legítima como una cuestión de orden público, es decir no puede ser dejada de lado por los particulares. No se puede disponer a discreción de los bienes para cuando uno ya no esté en este mundo. Nuestra legislación establece ciertas reglas, ciertas personas a las cuales corresponden los bienes del titular luego de su fallecimiento. Se establece una porción, y al mismo tiempo otro tanto, del cual se puede disponer a su criterio.

Este instituto tiene distintas raíces, por un lado la que permite una amplia libertad de testar y por otro, la citada con anterioridad. Los autores han escrito sobre esta libertad, sí debe ser amplia, sí es correcto que el estado reduzca esta libertad en desmedro de la autonomía de la voluntad, pero en protección a uno de los cimientos más importantes de nuestra sociedad, como lo es a familia. Se estudió cuál es la medida de esa protección, es decir, a quienes debe alcanzar, en qué cuantía debe hacerlo, y otras cuestiones más que fundamentales a la hora de hablar sobre legítima.

Autores de la talla de Luis Ovsejevich, Roberto M. Natale, Francisco Ferrer, Aquiles Guaglianone, José Luis Pérez Lasala, Jorge Maffia, Marcos Córdoba, María J. Méndez costa, entre otros, han desarrollado el tema de manera amplia y esclarecedora.

Los estudios que se realizaron llevaron a distintas modificaciones del punto en cuestión, todas adaptándose a la época en que se realizaba. Las sociedades, a medida que caminan los años van modificando sus modos, sus costumbres y el derecho se debe ir adaptando a esas nuevas formas que toma la sociedad. Es por esto que no fueron pocas las modificaciones que fue sufriendo el instituto de la legítima hereditaria. Y no solo hablamos de las modificaciones locales, como podemos ver en la reforma del código de Vélez por la ley 17.711 del año 1968 y la que se introdujo en el actual código civil y comercial de la nación, sino también las modificaciones y adaptaciones que se fueron dando a lo largo de la humanidad. Ya desde su “nacimiento” en el derecho romano, como las reformas, que se fueron dando en nuestro tema, durante la edad media, fuertemente influenciadas por las corrientes doctrinarias de la época.

No es menos importante remarcar, que así como los doctrinarios fueron aportando su punto de vista de la cuestión. De una manera diferente lo hicieron los jueces a través de la jurisprudencia, que no es poca en relación al tema que nos ocupa. Con esto quiero decir, y sin entrar en detalles, que en gran medida y de maneras muy variadas los tribunales de la república fueron tomando posiciones en diferentes temas relacionados con la cuestión de la legítima. Y cuando me refiero a diferentes temas hago referencia entre otros a: mejoras, inventario y avalúo, donaciones, renuncia, etc.

Además de lo ya mencionado, podemos observar que las discusiones de los catedráticos en las distintas épocas, fueron abriendo el camino para las modificaciones que antes citamos, podemos notar esta cuestión por ejemplo, en las III Jornadas de derecho civil (Tucumán, 1967) se aprobó la siguiente conclusión: “Siguiendo los lineamientos de la legislación comparada, debe concederse un prudente aumento de la porción disponible y una correlativa disminución de la porción legítima”.

Idéntica formulación se aprobó en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995): “Deben reformarse los arts. 3593 y 3594 CC, reduciendo la legítima de los descendientes a las dos terceras partes y la de los ascendientes –al igual que el cónyuge– a la mitad de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiera donado”.

Por lo tanto como podemos notar, la última modificación por ley 26.994 que unificó el código civil y comercial de la nación, lo que hizo en el caso de la legítima, tema que nos ocupa, fue responder a una realidad y a un pedido que desde la doctrina se venía dando desde hace varios años.

Marco teórico.

En el presente trabajo lo que se intenta es analizar desde sus inicios el instituto de la legítima hereditaria. Desde sus comienzos pasando por sus distintas etapas, es decir, como fue cambiando su estructura su formación y las relaciones de la misma con otros conceptos del derecho. El artículo 3591 del código de Vélez Sarsfield sostiene, “Art 3591 La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos”. El nuevo código civil y comercial de la nación le introduce modificaciones que van a tratarse en este trabajo, al tema lo trata en el “libro 5, título 10”.

Además del trabajar sobre el concepto y estudiar sus elementos, vamos a detenernos en una histórica discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica de la legítima hereditaria. Existen en esta cuestión dos posturas distintas que a lo largo de los años no pudieron zanjar sus diferencias. Las vamos a delinear y entender la cuestión a la luz del nuevo código.

Otro tema importante a tratar en este trabajo, y un tema novedoso para nuestra legislación es el artículo 2448 del código civil y comercial, “Mejora a favor de heredero con discapacidad. 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 estos 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 familiar, social, educacional o laboral”.

En este último caso vamos a analizar la cuestión desde el punto de vista de la doctrina, sus comentarios, y los posibles beneficios o inconvenientes que este artículo puede acarrear.

Toda la obra que se presenta bajo el título de “**Legítima hereditaria en el nuevo código civil y comercial de la nación**”, trata de entender y buscar un análisis crítico de la cuestión. Tratando de dar luz a cuestiones poco discutidas hasta el momento, debido al corto plazo de vigencia de dicho código. La idea de este trabajo es

relacionar las modificaciones y las innovaciones con sus raíces y con el derecho comparado, como lo dije anteriormente de una manera crítica y lo más objetiva posible.

Introducción.

En este punto vamos a tratar de explicar brevemente cuáles son los puntos de referencia de esta obra. Particularmente se eligió este tema debido al gusto personal por la materia, ya que desde el momento en que cursé Derecho sucesorio me interesó sobre manera el tema de la legítima hereditaria.

Por otro lado, la reciente reforma del código civil y comercial de la nación, creo que repercute en la vida diaria de todos los ciudadanos y en especial el tema del que trata este trabajo, entiendo que es fundamental para todos nosotros. En particular creo que marca varios puntos de nuestra vida, no sólo el destino de nuestros bienes a la hora de dejar este mundo, sino también las relaciones con nuestra familia, con otras personas a las cuales puedo ayudar, la relación con acreedores. Por esto y otros puntos más creo que es un tema de suma importancia que cobra aun más trascendencia, como dije, por la reciente reforma que se introdujo.

Respecto al problema que plantea esta tesis final, es simple y conciso **“LA LEGITIMA HEREDITARIA EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION”**. Trataré de afrontar este problema a través de un análisis y estudio de la cuestión, realizando una recopilación de todas las etapas y todas las visiones que dicho instituto tiene en el derecho local y el derecho comparado.

A lo largo de este trabajo se podrá observar cómo fue evolucionando la Legítima hereditaria, y trataremos en definitiva de entender si es correcto o no la reforma de la ley 26.994 sancionada el 1 de Octubre del 2014 y promulgada el 8 de Octubre del mismo año. Al hablar de correcta o no, hacemos referencia al punto de vista de la doctrina y una vez entendido este estudio, a la realidad social, es decir tratar de dilucidar, si es en cierto punto posible, como esta reforma impactará en la sociedad.

Luego de lo dicho hasta este momento, agregaremos brevemente, en la última instancia de este trabajo, un estudio y análisis de un instituto novedoso que incorporó la

reforma del código civil y comercial, como lo es la del artículo 2448. “Mejora a favor de heredero con discapacidad”.

Respecto de la hipótesis que se plantea, podemos sostener, que como se puede ver a lo largo de los años y como la doctrina lo ha manifestado en distintos momentos, **“Entendemos correcta la disminución de la legítima hereditaria”**. A lo largo de este trabajo y especialmente en los últimos capítulos vamos a demostrar nuestro razonamiento, pero adelantamos que creemos de gran avance dicha reforma. Por un lado, porque era excesiva la legítima establecida por nuestro codificador, y por otro, porque es fundamental dar al causante una cuota más de disponibilidad sobre sus bienes. Creemos que la legislación debe incrementar la autonomía de la voluntad en la medida de lo posible y siempre que no afecte intereses mayores.

Objetivo General.

En el presente trabajo buscamos como objetivo general analizar y estudiar el instituto de la legítima hereditaria en el nuevo código civil y comercial de la nación Argentina. A lo largo de esta tesis vamos a observar sus distintas vertientes, como se fue desarrollando a lo largo de la historia y como impacta en la sociedad, es decir, trataremos de entender como fue para nuestra sociedad este instituto tan importante y como podría afectar la reforma recientemente planteada.

La hipótesis planteada afirma la conveniencia de la reforma y la respectiva ampliación de la porción disponible. Esta afirmación se tratará de demostrar a lo largo de estas páginas.

Objetivo Específico.

Por otro lado y ya hablando específicamente y de manera detallada de lo que se busca en esta tesis, trataremos de comparar la legítima hereditaria con los distintos momentos de la historia, así como también con la legislación actual de distintos países de la región y del mundo. Además de lo mencionado buscaremos visualizar el impacto

de la reforma en la sociedad, es decir, como podría resultar el cambio en la costumbre testamentaria de nuestra sociedad, si es que ésta existe.

Además se busca desarrollar un estudio detallado del instituto de la legítima, analizaremos el concepto de la misma, así como la naturaleza jurídica y otros elementos importantes.

Capítulo I.

Antecedentes históricos de la sucesión y la Legítima Hereditaria.

Sumario: I-1. Introducción. I-2. El derecho romano. I-3. La sucesión en la edad media. I-4. La sucesión en la edad moderna. I-5. La sucesión en el Derecho argentino. I-6. La sucesión en el código de Vélez. I-7. Conclusión del Capítulo.

Capítulo I.

Antecedentes históricos de la sucesión y la Legítima Hereditaria.

I-1. Introducción.

En este capítulo vamos hacer referencia a la historia del tema que nos ocupa, es decir, trataremos de investigar a grandes rasgos la cuestión de la sucesión, como se daba a lo largo de la historia, como fueron sus comienzos. Y en especial como fue surgiendo la legítima hereditaria, como se fue modificando a lo largo de las distintas sociedades.

También haremos referencia al final del capítulo a como se introdujo el tema de nuestro trabajo en la legislación local y como se fue adaptando a los diferentes momentos sociales de nuestro país, es decir las modificaciones que se le fueron implementando.

I-2. El derecho romano.

En tiempos remotos en Roma, por la estructura familiar, el heredero era el sucesor en la potestad soberana sobre el grupo agnaticio o sobre la gens y, en su consecuencia, también en los bienes, o sea, que la herencia originaria servía como medio de traspaso de la soberanía, en lugar de traspaso patrimonial¹. No es posible aún en esta época primitiva diferenciar el derecho de la religión, la moral o la filosofía, en ese contexto, la herencia no importa transmitir los bienes privados por la muerte de su titular, sino que consiste en el mantenimiento de la unidad de un grupo primario sobre la mudanza terrestre.²

¹ Ver Bonfante, Pedro, Instituciones de Derecho Romano, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1979, pp. 553/554.

² Guaglianone, Aquiles H., Historia y legislación de la legítima, Bs. As., 1940, (s.e), Tesis laureada con el premio Eduardo Prayones y recomendada al Premio Facultad (1939)

La ley XII de las Tablas consagraba el derecho absoluto de disponer del patrimonio según la voluntad del testador, en tanto el testamento cumplierse con ciertos requisitos. Esta libertad absoluta del paterfamilias según el *ius civile*, conllevaba tanto la posibilidad de instituir heredero a quien quisiera cuanto la de desheredar a los sui heredes aún sin fundamento³. Las XII Tablas llamaban a suceder en primer lugar a los *heredes sui*, esto es, a los que se hallan sometidos a la patria potestad del difunto en el momento de su muerte, después a los agnados y finalmente a los gentiles; de esta forma, por un lado, los hijos quedaban excluidos de la herencia de su madre (si ésta no había contraído matrimonio *cum manu*), los hijos emancipados quedaban también excluidos de la herencia de su padre, ya que no estaban sometidos a *supatria potestas*. Pero la gran transformación sufrida por la sociedad romana ya a finales de la época republicana, afecta paulatinamente al antiguo sistema de la familia agnaticia, que empieza a perder importancia a favor del concepto de familia cognaticia (basada en vínculos de sangre), repercutiendo decisivamente tal transformación en el derecho sucesorio.

Pacificación del primitivo *ius civile*

El duro concepto y tratamiento del *ius civile* se fue morigerando por obra del derecho honorario, y el Pretor empieza a considerar justo llamar a la herencia a parientes del difunto unidos por lazos de sangre, aunque no formen parte de la familia agnaticia (por ejemplo los hijos emancipados). Ahora bien, dado que el Pretor no podía conceder la cualidad jurídica de heredero, se limitó a conceder la posesión de los bienes hereditarios, si así lo estimaba conveniente y en atención a determinados presupuestos, a aquéllos que la solicitaban: en esto consistía la institución de la *bonorum possessio*, un verdadero sistema sucesorio, que convive durante largo tiempo junto al del derecho civil⁴.

³ Ver Di Pietro, Alfredo, Derecho Privado Romano, Bs. As., Depalma, 1999; Guaglianone, Aquiles H., *Ibid*, p. 126.

⁴ Derecho Privado Romano, Antonio Ortega Carrillo de Albornoz. Páginas 314-316.

Aplicación y realidad de la *bonorum possessio*.

Ese instituto surge probablemente con funciones auxiliares, acordando una protección posesoria a quien sostuviera tener derecho a una determinada herencia. La persona que entendía ser heredero se dirigía al Pretor exponiendo el fundamento de su derecho, o exhibiendo el testamento o invocando el vínculo de parentela que lo ligaba al difunto; a continuación el Pretor lo autorizaba a entrar en posesión de los bienes hereditarios, concediéndoles al mismo tiempo el *interdictum quorum bonorum*, con el que podían actuar frente a los detentadores de tales bienes para así obtener la posesión, sin necesidad de acudir a la *hereditatis petitio* y a su complicado procedimiento.

Sistemas sucesorios paralelos y complementarios

En toda la situación comentada con anterioridad nos encontramos, pues, ante la coexistencia de dos sistemas sucesorios que no debemos considerar contradictorios, sino paralelos y en ocasiones complementarios:

Sistema sucesorio civil

Aquel sistema, que atribuía a determinados individuos el título y la cualidad de *heres* (heredero), con las consecuencias jurídicas inherentes a tal cualidad.

Sistema sucesorio pretorio

Aquel sistema pretorio, que concedía a determinadas personas la posesión de los bienes del causante y acciones ficticias (*actiones ficticiae*) para exigir el objeto de los créditos de éste frente a sus deudores.

Tal dualidad de sistemas convivió durante toda la época clásica, y todavía en época postclásica (aunque ya no existe la distinción entre *ius civile-ius honorarium*) se

continúa hablando de herederos *y bonorum possessores*, aunque ahora ya, la diferencia entre *bonorum possessio* y *hereditas* o sucesión civil sólo tiene un valor formal.

El emperador Justiniano, en su gran tarea de armonizar las leyes del imperio, fusionó los dos sistemas pero no de un modo completo. En Derecho justiniano la herencia civil es el sistema que prevalece, aunque existen casos en que la *bonorum possessio* se utilizaba como supletorio.

I-3. La sucesión en la edad media.

En esta etapa de la historia continúa de alguna manera el derecho romano, debiendo considerarse que, en principio, en el Imperio de Oriente, se continuó aplicando hasta la caída de Constantinopla en 1453, básicamente el derecho justiniano sin mayores modificaciones.⁵ Por otra parte, la destrucción del Imperio Romano de Occidente a partir de las invasiones bárbaras tampoco acarrió como consecuencia la pérdida de vigencia del derecho romano, que continuó en las obras jurídicas de los bárbaros. En este punto del trabajo nos interesa especialmente el derecho medieval español por la influencia que luego tendrá en el derecho de Indias y en el argentino.

La gran influencia del derecho romano en los reinos de Castilla y León fue definitiva a partir de las “Siete Partidas” del rey Alfonso X “el Sabio”, publicadas por él entre 1256 y 1265, que tuvieron como fuentes tanto la compilación justiniana cuanto a los glosadores y posglosadores.⁶ En cuanto a lo que nos interesa en esta obra, el derecho sucesorio castellano en la Alta Edad Media, podemos decir, como idea general, que la sucesión se identificó con la sucesión legítima. Vale decir que la transmisión de bienes a través de un testamento, que para el derecho romano —como vimos— no sólo era una forma de sucesión sino la más importante, no se consideraba sucesión.⁷

Es fuerte la relación (tal como quedó visto) entre el derecho sucesorio y el contexto social de cada época; en especial con la concepción de sociedad y de familia.

⁵ Ver Vogel, Carlos Alfredo, Historia del Derecho Romano, Bs. As., Editorial Perrot, 1957, pp. 289/290.

⁶ Ibid, pp. 337/347

⁷ Ver Levaggi, Abelardo, Manual de Historia del Derecho Argentino (castellano-indiano/nacional), Bs.As.,Ed. Depalma, 1996, tomo II, p. 335.

La razón del desplazamiento de la adquisición testamentaria a título universal en esta época se debió al arraigo de la comunidad familiar, que impuso la sucesión del grupo familiar. En esta sucesión familiar, no había propiamente una transmisión de bienes, sino un cambio de titularidad, siendo el heredero considerado tal aún en vida del titular de los bienes.

Es importante observar con especial atención la fuerte concepción religiosa de los cristianos españoles de esta época, mediante la cual se consideraba a esta vida como un paso, por lo que la mayor preocupación era prepararse correctamente para la muerte y la salvación del alma. Esta manera de ver las cosas influirá en los actos jurídicos *mortis causa*, provocando que se hiciesen mediante éstos limosnas, donaciones destinadas al culto, e incluso disposiciones en favor del alma. No obstante, cuando el causante tenía hijos u otros descendientes, su facultad de realizar estas donaciones se veía limitada a una parte o cuota del patrimonio, que oscilaba entre la mitad y el quinto de los bienes. Así reaparece la legítima, aunque no ya como una limitación a la sucesión testamentaria, sino como una porción de los bienes indisponible para aquellos que contaban con descendencia.

En la Baja Edad Media (que podemos ubicar entre los siglos XII y XV), contrariamente a la situación descrita recién, se dio en España un apogeo de la sucesión testamentaria. El paso de un período a otro se fue dando lentamente, y un hecho fundamental en el campo jurídico estuvo dado por la recepción del derecho romano-canónico, hecho que fue dándose en forma gradual y con el apoyo del poder real. En definitiva, con el renacimiento del derecho justiniano a partir de la recepción arriba apuntada, y, por tanto, la reaparición del testamento romano, la Iglesia encontró propicia la ocasión de testar para llevar a cabo obras de caridad y de sostenimiento de la propia Iglesia, pudiendo tener vocación hereditaria el alma del difunto, lo que significaba aplicar toda o parte de la herencia a su salvación. En este contexto, y en cuanto a la legítima, podemos decir que la llamada “vocación hereditaria del alma” se veía limitada ante la existencia de hijos o parientes, en cuyos casos la cuota *pro anima* se fijaba en general en el quinto de los bienes. Reapareció también la posibilidad —en el Fuero Juzgo y el Fuero Real— de establecer una “mejora” (que era propia del derecho visigótico), que consistía en una cuota hereditaria que el testador podía acumular a la legítima de un descendiente, mejorando así su situación en la sucesión, lo que constituía un medio para privilegiar a uno de sus hijos sobre otros, por diversos motivos (debilidad

o incapacidad del heredero, preferencia del padre, premio). Esta mejora podía realizarse tanto por actos entre vivos como mortis causa.

En definitiva se podría sostener como para clarificar conceptos que, contrariamente al derecho sucesorio en la Alta Edad Media, que se inspiraba principalmente en la idea de propiedad familiar, el derecho sucesorio de la Baja Edad Media, a partir de la Recepción, tuvo un sesgo más individualista. En América se aplicó el derecho sucesorio castellano, con las características propias de la Baja Edad Media y del período moderno, por lo cual, tal como en España, el testamento constituyó el núcleo del derecho sucesorio indiano.⁸ Podemos encontrar en esta época dos ordenamientos distintos, uno para los españoles y otro para los indios, en favor de los cuales se establecían ciertos privilegios, considerando su escasa formación cultural. Por lo tanto vemos que se continúa en esta etapa (en América) con el régimen antes descrito.

I-4. La sucesión en la edad moderna.

El racionalismo jurídico propio de los siglos XVIII y XIX, que concebía la idea de que el derecho debía ser el mismo para todos los tiempos y todas las culturas, trajo como consecuencias un derecho más universal, ajeno a la tradición jurídica propia de cada pueblo, una creciente importancia de la ley como fuente casi exclusiva del derecho, en desmedro de las restantes, y desembocó en el movimiento codificador. Por otra parte, a raíz del individualismo también imperante en la época, se consideraba a la sucesión ab-intestato como un “testamento tácito” fundado en la presunta voluntad del causante, lo que encaminó, a su vez, a regular cada vez más el testamento, contra la voluntad de su autor.⁹

Así, en el derecho francés, a partir de la Revolución de 1789 se ensalzaron las libertades individuales y la propiedad individual, pero, paradójicamente, no se favoreció al testamento, al que se le consideraba como instrumento de concentración de riqueza, fuente de privilegios y motivo de discordia entre las familias. La sucesión se entendió como una mera consecuencia del derecho de propiedad, por lo que se extendió el interés en proteger a los descendientes.

⁸ Ver Levaggi, Abelardo, op. cit., p. 251.

⁹ Ibid, op. cit., pp. 255/256, con citas de Grocio y Puffendorf.

No obstante, es de destacar que este pensamiento llegó a España con posterioridad a Francia y que, durante los siglos XVI y XVII, pervivió en España y en los territorios americanos el derecho tradicional.

Ejemplo de este nuevo modo de pensar es la postura del jurista inglés Jeremías Bentham, quien, invirtiendo el orden romano, consideraba en primer lugar la sucesión ab intestato y en segundo lugar la testamentaria, dándole al testamento, contrariamente al derecho tradicional, una función de medio supletorio para atemperar o corregir los defectos de la aplicación de la ley general.¹⁰ Atento a lo mencionado y ante tal situación de cosas, podríamos decir que la institución de la “legítima” se vio por una parte “debilitada” o bien disminuida en cuanto a su aplicación efectiva en tanto y en cuanto disminuyó también la redacción de testamentos, mas, por otra parte, se vio consolidada y fortalecida como un freno legal puesto a la voluntad del testador, considerada muchas veces caprichosa e inicua frente a la justicia impuesta por la ley.

I-5. La sucesión en el Derecho argentino.

Como primer punto de referencia podemos sostener, que luego de la independencia argentina y anterior al código de Vélez se siguió con la aplicación del derecho indiano, con excepción de lo establecido por distintas disposiciones nacionales o locales de los gobiernos patrios, influidas por las ideas imperantes en la época.

Enfocándonos ya en nuestra legislación (código civil de 1869), encontramos en este caso que, Contrariamente a lo que sucede con la mayor parte del Código Civil Argentino, en materia sucesoria, Vélez Sarsfield no contó con la guía de Freitas, siendo el libro cuarto de su Código obra personal del propio Vélez, quien en algunos casos tomó como fuente el derecho indiano y en otros no, adoptando también soluciones propias del derecho provincial o extranjero y, en cualquier caso, del derecho romano, fuente próxima o remota de casi todas las restantes.

Conforme al sistema original del Código Civil argentino, al testador no le era permitido, teniendo herederos forzosos, instituir heredero a un extraño o a alguno de dichos herederos en desmedro de otros; la preterición de alguno o todos los herederos forzosos en línea recta, anulaba la institución de heredero, quedando sólo válidas las

¹⁰ Ver cita de Bentham, Jeremías Tratados de legislación civil y penal, Madrid, 1821, T. II, p. 46, en Tau Anzoátegui, Víctor, op. cit., p. 97

mandas y mejoras que no fueran inoficiosas¹¹. Por otra parte, Vélez entendió a la legítima como derecho global y no como derecho individual de cada uno de los llamados a recibirla, razón por la cual, por una parte, su porcentaje no varía, independientemente de la cantidad de legitimarios y, por la otra, la desaparición o exclusión de alguno de ellos redunda en beneficio de los restantes, no pasando a engrosar la porción disponible del patrimonio del testador¹².

Ahora bien, en cuanto a la legítima la regulo de la siguiente manera, la de los hijos legítimos era de cuatro quintos de todos los bienes del causante comprendiendo aquellos que deben colacionarse; la de los ascendientes legítimos era de dos tercios de los bienes de la sucesión, la de los cónyuges, la mitad de los bienes de la sucesión aunque fueran gananciales, la de los hijos naturales la mitad de los bienes del difunto, la de los padres naturales la mitad de los bienes, salvo que el hijo natural estuviese casado en cuyo caso sería un cuarto de la sucesión y, si el hijo natural hubiese tenido descendencia, el padre natural no tenía legítima.

El Código de Vélez sancionó de nulidad a las disposiciones testamentarias que impusieran gravámenes o condiciones a las porciones legítimas (art. 3598), y a las renunciaciones o pactos sobre la legítima futura (art. 3599) y estableció que las disposiciones testamentarias que menguasen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de estos últimos, a los términos debidos (art. 3601) y que “el heredero forzoso a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, sólo podrá pedir su complemento” (art. 3600).

Podemos observar la forma que Vélez trato a la sucesión y en especial a la legítima. Queda claro, en definitiva, que Vélez decidió dar prioridad a la sucesión intestada frente a la testamentaria, estableciendo —entre otras disposiciones— una porción legítima para los herederos forzosos.

Es importante destacar la inmensa obra de nuestro codificador, pero podemos notar, entiendo debido a la diversidad de fuentes, y la doctrina así lo hizo durante muchos años, que varios artículos generaron discrepancias y posturas encontradas tanto en doctrina como en jurisprudencia. Esta última cuestión trajo aparejada distintas modificaciones legislativas a medida que transcurrieron las décadas.

¹¹ Ver texto original artículo 3715; Cafferata, José I, op. cit., pp. 65/66.

¹² Ver Cafferata, José I., op. cit., pp. 67/72, con citas de Borda y Machado

I-6. La sucesión en el código de Vélez.

Como dijimos anteriormente, distintas leyes fueron actualizando el código de Vélez a las épocas que transcurrían.

La ley 14.367 (promulgada el 11 de octubre de 1954), suprimió las “... discriminaciones públicas y oficiales entre los hijos nacidos de personas unidas entre sí por matrimonio y de personas no unidas entre sí por matrimonio y las calificaciones que la legislación vigente establece respecto a estos últimos” eliminando así las distintas calificaciones que establecía el Código Civil respecto de los hijos nacidos fuera del matrimonio y unificando todas las clases en la de hijos extramatrimoniales, y estableció su aplicación en materia de derecho sucesorio a las sucesiones que se abrieran con posterioridad a la promulgación de esta ley, disponiendo que “los hijos nacidos fuera del matrimonio tendrán en la sucesión del progenitor un grado igual a la mitad del que asigna la ley a los hijos nacidos dentro del matrimonio” y que “la porción disponible del progenitor, a cuya sucesión concurrieran hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, queda limitada a la décima parte de su acervo”¹³.

La reforma introducida al Código Civil por la ley 17.711 (BO del 26 de abril de 1968) intentó, en cuanto a la legítima hereditaria, eliminar imprecisiones e incongruencias que habían dado lugar a las diversas interpretaciones y debates suscitados entre distintos autores y también en la jurisprudencia.

También para terminar con el debate acerca de la naturaleza jurídica de la legítima, se derogó el art. 3354 del Código Civil, que establecía que el heredero podía renunciar a la herencia y conservar la legítima, supuesto evidentemente incompatible con el hecho de que ésta fuera *pars hereditatis*. Esta derogación confirmó, en opinión de Borda, que la legítima, en nuestro derecho, es parte de la herencia¹⁴. No obstante, ello no finiquitó en forma absoluta el debate, como lo veremos más adelante.

Una reforma más trascendente introdujo la ley 17.711 en lo referido a la preterición de herederos forzosos. Mientras Vélez previó para este caso (art. 3715 del Código Civil) como consecuencia la nulidad de la institución testamentaria sin perjuicio de la validez de las mandas o mejoras que no fueran inoficiosas, siguiendo así la

¹³ Artículos 1, 7, 8 y 9 de la ley 14.367.

¹⁴ Ver Borda, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Bs. As., Ed. Perrot, 1971, p. 580.

tradicción romana e hispánica, conforme lo disponían la Novela 115 de Justiniano, las Leyes de Toro y las Partidas, la nueva redacción del citado artículo prevé que tal preterición “no invalida la institución hereditaria” por lo que “salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido”. La reforma eliminó también la referencia que había a los herederos forzosos “en la línea recta” en tanto a todos los herederos forzosos (incluso, claro está, al cónyuge supérstite) les corresponde una porción legítima. Esto está a favor, evidentemente, de respetar por una parte la legítima y por otra parte la voluntad del testador en cuanto no sea incompatible con la primera.

Otra modificación importante y como último punto a citar tenemos la ley 23.264 (BO, 23/10/1985) en su art. 19, derogó la ley 14.367 y eliminó todas las diferencias entre hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, razón por la cual derogó los arts. 3596 y 3597 referido a la legítima de los hijos naturales y de los padres naturales y modificó los arts. 3593 y 3594 unificando la legítima de los padres —tanto legítimos como naturales, según la antigua clasificación eliminada— en dos tercios de los bienes del testador y la de todos los hijos en cuatro quintos de dichos bienes.

I-7. Conclusión del capítulo.

Para concluir con este capítulo vamos hacer un breve resumen, así nos queda claro cuales fueren las cuestiones más importantes, a grandes rasgos, durante la historia de la sucesión y la legítima hereditaria.

Siempre que se habla de historia creo que es fundamental arrancar por donde comenzó todo. Por tal motivo nos remontamos al comienzo del capítulo al Derecho Romano, en este caso nos dimos cuenta que al principio la sucesión se trato más que nada de una forma de transmitir la soberanía, es decir, no era entendida como en la actualidad, sino que buscaba mantener la agrupación de individuos primitiva (la gens), sin importar lazos de sangre.

Luego de lo comentado, nos vamos a situar a finales de la República romana, en este momento histórico la sociedad sufre distintas modificaciones y se comienza a

dar paso a lo que se conoció como la obra del “Pretor”, con esto se comienza a llamar a la sucesión a quienes tenían lazos de sangre, ya no solo a la familia agnaticia.

Existían dos sistemas sucesorios en esta época romana, por un lado el sistema sucesorio civil y por otro el sistema sucesorio pretorio, pero es importante destacar que estos no se excluían sino que se complementaban. Fue Justiniano en su tarea codificadora quien unificó los sistemas, pero no es su totalidad.

Más adelante en la historia, notamos la gran influencia del Derecho Romano, pero ya en la edad media, por un lado en el Imperio Romano de Oriente se siguió aplicando este hasta la caída de Constantinopla en 1453, básicamente el Derecho Justiniano. Por otra parte, la caída del Imperio Romano de Occidente a manos de los bárbaros, tampoco acarreo la pérdida de vigencia del Derecho Romano, este siguió en las obras jurídicas de los bárbaros.

Por otro lado, podemos observar como el Derecho del Imperio influyó en los reinos de Castilla y León, que fue definitivo con las “Siete Partidas” del Rey Alfonso X. “El Sabio”. Aquí podemos notar un derecho sucesorio que desplaza de alguna manera la posibilidad testamentaria, y esto debido al fuerte arraigo de la época por la comunidad familiar. Se podría decir que no había una transmisión de bienes sino un cambio de titularidad.

Debido a las ideas imperantes en la época, se buscaba la salvación del alma, este era un momento de paso para otra vida mejor. Por todo lo dicho, una forma de buscar salvación era a través de donaciones y es en este momento cuando resurge la legítima hereditaria, ya que estas donaciones se limitaban a una cuota, existía una limitación a la sucesión testamentaria.

Ya en la baja Edad Media, existió un resurgimiento de la sucesión testamentaria y tal vez esto se debió a la recepción del Derecho Romano-Canónico.

Por último pudimos expresar en este capítulo como se fue dando el instituto de la sucesión y la legítima hereditaria en el Derecho local. En un primer momento y luego de la independencia y hasta la codificación de Vélez Sarsfield, se siguió aplicando el Derecho indiano.

Ahora bien, respecto de nuestro código civil, en este caso y lo que respecta al libro de las sucesiones, Vélez no contó con la ayuda de Freitas, por lo tanto es de su

obra personal en su totalidad, claro que con gran influencia del Derecho Romano y las ideas que imperaban en la época. Es por todo lo dicho, que queda bien claro que nuestro codificador decidió dar prioridad a la sucesión intestada frente a la testamentaria, estableciendo , entre otras disposiciones – una porción legítima para los herederos forzosos. Respecto de esta última aclaración y a modo de comenzar a dar claridad sobre nuestra hipótesis, mostrándonos a favor de la última reforma, que reduce la legítima hereditaria, podemos sostener que como se puede observar en este capítulo y como se verá en el siguiente, entendemos exagerada la porción legítima establecida por nuestro codificador. Y entiéndase que nuestro análisis hace referencia a la escasa posibilidad de disponer que otorga al causante. A nuestro modo de ver las cosas debería ser más amplio, como a lo largo de los años lo manifestó la doctrina.

Capítulo II.

La legítima hereditaria.

Sumario: II-1.Introducción. II-2. Concepto y análisis. II-3. Naturaleza Jurídica de la Legítima hereditaria. II-4. Inviolabilidad de la legítima. II-5. Irrenunciabilidad de la legítima futura. II-6. ¿Quiénes son los legitimarios? II-7. Conclusión del capítulo.

Capítulo II.

La legítima hereditaria.

II-1. Introducción.

A lo largo de este capítulo vamos a introducirnos en el estudio y análisis de los conceptos de la legítima hereditaria. Vamos a conocer en profundidad a que se refiere el instituto estudiado y sus alcances. Podremos encontrar en el presente capítulo distintas definiciones de autores destacados en la materia. Además realizaremos un análisis de la naturaleza jurídica de la legítima hereditaria, más precisamente pondremos de manifiesto dos posturas que a lo largo de los años no pudieron zanjar sus diferencias y veremos si el nuevo código civil y comercial de la nación pudo acercar dichas aguas.

Además de lo dicho hasta este momento, vamos hacer referencia a temas de suma importancia, como lo son la inviolabilidad de la legítima y la Irrenunciabilidad de la legítima futura. Para terminar dicho capítulo haciendo referencia a “quienes son los legitimarios”.

II-2. Concepto y análisis.

Este instituto, materia de nuestro estudio, tiene un importante arraigo en nuestra tradición cultural. Al deferirse forzosamente una cantidad de bienes a los sucesores legitimarios del causante y prohibirse actos de este que puedan dejarlos desamparados, responde a la necesidad de proteger a la familia como núcleo esencial de la sociedad.

El código civil de Vélez Sarsfield no daba una definición de legítima hereditaria amplia y exacta según distintos autores, y era coherente, ya que se sostenía que no es propio de un código hacerlo. Este cuerpo legal sostenía en su artículo 3591, que “es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos”.

Conviene aclarar que si bien el Código se refiere a la legítima como parte de la herencia, en rigor de verdad, el concepto es más amplio, ya que no sólo están comprendidos los bienes dejados por el de cujus, es decir el patrimonio o herencia, sino que además se deben incluir los bienes donados por el causante en vida. De manera tal que los herederos no sólo pueden atacar el testamento que ha afectado su legítima, sino también las donaciones.

Podemos sostener luego de esta introducción que la legítima hereditaria es la porción del patrimonio del causante de la cual no pueden ser privados sus herederos forzosos por actos a título gratuito salvo justa causa de desheredación, (ya no en el Código civil y Comercial de la Nación).

Como se dijo en estas primeras páginas, esta porción legítima, es decir la que les corresponde a los herederos forzosos, es el objeto de estudio de esta tesis, principalmente respecto de su última reforma en el nuevo código civil y comercial de la nación. Respecto de esta porción legítima, entendemos de suma importancia en nuestro derecho y en la vida la protección del núcleo familiar, pero como ya se dijo en su momento, creemos exagerada la legítima del código de Vélez, a nuestro criterio se limita en gran medida la posibilidad de disponer del causante. Una vez dicho esto, creo importante sostener que debemos entender a nuestro codificador en relación a la época en que fue redactado y sobre todo mencionar que no conto con una fuente “directa” como en otras cuestiones.

Ahora bien, para el estudio que voy a desarrollar necesitamos citar algunas definiciones de distintos autores, para dar luz a nuestro tema de estudio. Tener bien en claro el instituto del que hablamos y entender los puntos de vista de los doctrinarios puede ayudarme en el trabajo a desarrollar.

Pérez Lasala la define de la siguiente manera “La legítima es una limitación legal y relativa a la libertad de disponer por testamento o donación, que lleva como consecuencia la reserva de una porción de la herencia o de bienes líquidos a favor de los denominados “legitimarios”, de cuya porción pueden ser privados por justa causa de desheredación invocada en el testamento”¹⁵.

¹⁵ Pérez Lasala, José Luis, “Curso de derecho sucesorio”, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998. p. 799

Salvador Fornieles define la legítima con claridad y simpleza de la siguiente manera: “La legítima es una institución protectora de la familia. Cuando una persona tiene hijos, padres o cónyuge, la ley le restringe la facultad de donar sus bienes o de hacer legados, no permitiéndole beneficiar a los extraños sino en cierta medida”¹⁶.

Por último podemos citar el concepto de legítima según la Enciclopedia Jurídica Omeba¹⁷, pues en ella están contemplados en forma sintética todos los elementos que hemos venido desarrollando: “la legítima es el derecho de ciertos parientes próximos – denominados legitimarios – sobre determinada porción del patrimonio del causante a cubierto frente a las disposiciones liberales de éste, sin justa causa de desheredación”.

Podemos observar que la institución de la legítima surge como una limitación impuesta por el legislador a la libre transmisión de los bienes para después de la muerte, consistente en la obligación del testador de dejar una porción de sus bienes a determinados herederos denominados forzosos.

Toca luego de esta introducción a los conceptos, analizar los elementos contenidos en ellos: Decimos que es una limitación legal porque está impuesta por imperio de la ley. Afirmamos que es relativa porque :1) Cesa por las causales de desheredación 2) Solo afecta los actos a título gratuito y no a los onerosos 3) Su violación no causa la nulidad de los actos gratuitos inter vivos, aunque si su reducción 4) No recae sobre bienes concretos sino sobre una cuota del patrimonio del causante.¹⁸ Es decir que el causante en vida puede disponer de su patrimonio, puede muy bien consumirlo, o disponerlo a título oneroso. Lo que no puede es disponerlo a título gratuito por actos inter vivos o mortis causa, fuera de la cuota de libre disposición.

Tanto de los conceptos como del análisis surge bien claro, que la legítima hereditaria se presenta desde dos puntos de vistas o mejor dicho desde dos caras de una misma moneda, una positiva o de garantía, que consiste en asegurar a los herederos forzosos el derecho a una porción de la herencia por imperio de la ley; y una negativa o de restricción, que coarta la autonomía de la voluntad al impedir que el causante, en su testamento o por las donaciones realizadas en vida, disponga libremente y en forma absoluta de sus bienes. Ambas facetas surgen del art. 3591 del Código Civil de Vélez. En

¹⁶ Fornieles, Salvador, “Tratado de las sucesiones”, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina S.A., Cuarta Edición, 1958, p. 98

¹⁷ Ovsejevich, Luis, “La Legítima” en: Enciclopedia Jurídica Omeba, 33 V, Tomo XVIII, Buenos Aires, Bibliografía Omeba Editores Libreros, 1964.p. 61

¹⁸ PEREZ LASALA, José Luis " Derecho de Sucesiones - parte especial" T II, N 769, siguiendo a Alfredo García -

la primera parte de la norma aparece su faz positiva: La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. De la segunda parte emana su faz negativa: La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos. La doctrina nacional ha definido la legítima, resaltando uno u otro aspecto, como un derecho de sucesión sobre determinada porción del patrimonio del causante protegido por la ley ¹⁹ ; como el derecho de que gozan ciertos herederos sobre una determinada cuota de la herencia que garantiza la ley frente a las liberalidades que por actos entre vivos o por testamento hubiese efectuado el causante ²⁰ ; como una limitación legal y relativa a la libertad de disponer por testamento o donación ²¹ .

II-3. Naturaleza Jurídica de la Legítima hereditaria.

Desentrañar los orígenes y la función de la legítima nos lleva a sus efectos, que varían según la posición que se tome, por esto es de suma importancia el estudio de la misma.

Nuestro codificador no ha contribuido a la aclaración de la misma, pues en el Código civil encuentran puntos de apoyo los dos sistemas que desde hace décadas divergen sobre la naturaleza jurídica de la legítima. Es decir, el que la considera como "parte de los bienes o *pars bonorum*", y el que la conceptúa como "parte de la herencia o *pars hereditatis*". El primero, que deriva del Derecho romano, acepta que en caso de renuncia a la herencia se conserve el derecho a la legítima, porque ambos derechos son independientes. En cambio, el segundo, que viene del Derecho germánico, señala que si se pierde el derecho a la herencia, sea por renuncia, sea por otras causas, como lógica consecuencia desaparece el derecho a la legítima. O sea, sostiene la identificación entre ambos derechos. En nuestro Código han encontrado sustento los partidarios de ambas teorías, debido a la diversidad de fuentes tomadas y hasta contradictorias como lo son en este tema el Proyecto de García Goyena y por otro el modelo francés.

¹⁹ MAFFIA, Jorge O., Manual de derecho sucesorio. Depalma, Buenos Aires 1989, t. II, p. 100 3

²⁰ ZANNONI, Eduardo A., Tratado de derecho civil. Derecho de las sucesiones. Astrea, Buenos Aires 2001, t. II, p. 153

²¹ PEREZ LASALA, José L. en PEREZ LASALA – MEDINA, Acciones judiciales en el derecho sucesorio. Depalma, Buenos Aires 1992, p. 3

Por otro lado la discusión entre juristas se instala a partir de la siguiente dualidad: Quienes gozan de la legítima lo hacen a partir de su calidad de herederos, entonces la naturaleza de la legítima será *pars hereditatis* o no es necesaria la calidad de herederos para gozar de esta protección, o sea *pars bonorum* o parte de los bienes. Los que defendían la segunda propuesta fundaban su alegato en que la legítima era un derecho alimentario conforme la tradición romana y el art. 307 de la costumbre de París, por el cual el hijo podía retener la donación aunque excediese la porción disponible habiendo renunciado a la herencia. Pérez Lasala dice que la diferencia entre ambos concepto se limita a la existencia o inexistencia de responsabilidad frente a las deudas del causante, es decir que si la ha recibido como *pars hereditatis* debe responder por las deudas, en cambio si la ha recibido como *pars bonorum* deberá sufrir el ajuste de su cuota ²².

Es decir, si se considera la legítima como parte de los bienes, el heredero no tiene necesidad de tomar la calidad de tal para reclamarla. Le está adjudicada por la ley independientemente de su condición de heredero: por el solo hecho del vínculo de sangre (o conyugal, agregamos nosotros), y nada más. Pero si se la califica como una parte de la herencia, la calidad hereditaria es indispensable para poder reclamarla. De tal manera que si no se acepta la herencia, no puede reclamarse la legítima. Según el primer sistema \neg pars bonorum \neg el que repudia la herencia, puede reclamar su legítima. De acuerdo con el segundo \neg pars hereditatis \neg para obtener la entrega de legítima se requiere la calidad de heredero, es decir, la aceptación de la herencia.

Algunos autores sostienen que la legítima halla su fundamento en los siguientes antecedentes: 1) La reserva consuetudinaria, en cuanto hallaba su justificación en la necesidad de conservar una cierta categoría de bienes –los propios– dentro de la familia. 2) La institución de la legítima tradicional, basada en que el causante traicionaba su deber para con sus parientes cercanos cuando incurría en liberalidades excesivas. La legítima tiene, pues su razón de ser en la “noción de deber familiar”, al igual que en el caso de la sucesión ab intestato. En otras palabras, cuando hay herederos forzosos la ley impone límites a la libertad de testar en favor del “deber familiar”.

Suele realizarse en doctrina una relación entre la legítima y el deber alimentario, estableciendo que ambos conceptos se vinculan con el “deber familiar”. Pero en tanto la obligación alimentaria supone una necesidad, la atribución de la legítima no tiene en cuenta la fortuna del heredero.

²² Pérez Lasala, José Luis, “Curso de derecho sucesorio”, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998. p. 796

Los redactores del Código Civil Francés consideraron a la legítima como un “factor de estabilidad social”, y por esto motivo algunos lo tildaron de código burgués, ya que se buscaba sostener imperiosamente la situación económica de los padres y permanecer en así en la clase social de origen.

En definitiva, y más allá de las distintas opiniones de los autores, podemos concluir que, en los términos del art. 3591 del código de Vélez para acceder a la legítima es necesario ser heredero forzoso del causante, y que en consecuencia la naturaleza jurídica de la legítima es *pars hereditatis*.

El nuevo código civil y comercial, por su parte, no explicita cual es la naturaleza jurídica de la legítima. Por un lado, elimina el concepto de legitima como “porción de la herencia, de modo tal que podríamos presuponer que se acerca entones a una legítima *pars bonorum*, sin embargo, cierto es que los únicos legitimarios expresamente señalados en la ley son herederos, por lo que aparentemente la única vía explicita legal para merecer una legitima es poseer la condición de heredero.

Si bien sobre esta base se podría sostener entonces, que para el nuevo código la legítima es *pars hereditatis*, como se verá, para cierta parte de la doctrina, la existencia de acciones diferenciadas de entrega de la legítima (art. 2450), de complemento (art. 2451) y de reducción (art. 2452), permitiría que se pueda escindir la legítima de la vocación hereditaria. Esta idea sumada a que aun no se han resuelto expresamente los casos de legitimarios no herederos, salvo el de la nuera viuda sin hijos que se suprimió, nos lleva a concluir que el debate doctrinario sobre la naturaleza de la legítima continuará.

II-4. Inviolabilidad de la legítima.

Siendo la legítima un derecho concedido por la ley, ella debe hacerse acreedora de defensas, porque si no sería meramente un principio doctrinario, susceptible de ser dejado sin efecto o menguado por la voluntad del causante. Si se la mantiene intangible frente a las disposiciones que realice el difunto sobre su monto, también lo debe ser con respecto a los gravámenes o condiciones que se le establezcan. De este modo se prohíbe que indirectamente se llegue al resultado de afectar la integridad de la porción legitimaria. Es el artículo 3598 del Código de Vélez, el que garantiza ese derecho al disponer: "El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones

legítimas declaradas en este Título. Si lo hiciere se tendrán por no escritas". Con esta disposición refleja las normas del derecho romano Justiniano, para el cual se entendían como no escritas las cláusulas que afectan la legítima. Esta protección a la legítima la podemos encontrar también en el derecho germánico y el antiguo derecho español.

Así nuestro Código aplica la sanción de tenerlas por no escritas a las disposiciones indirectas, que sin afectar en sí el monto de la legítima, la sujetan a condiciones suspensivas o resolutorias, o a plazos ciertos o inciertos del mismo carácter, o a cargos. En cambio si se menoscaba la legítima directamente por disposiciones gratuitas, sea inter vivos, sea mortis causa, entran a actuar las acciones previstas en los artículos 3600 y 3601: de complemento y de reducción.

Artículo 3.600. El heredero forzoso, a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, sólo podrá pedir su complemento.

Artículo 3.601. Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos, se reducirán, a solicitud de éstos, a los términos debidos.

Ambas acciones, la de complemento y la de reducción, son el anverso y reverso de la moneda. La primera se refiere a la integración de la cuota (el complemento), en tanto que la segunda determina el modo de lograr dicho complemento, a través de la reducción de las disposiciones testamentarias o de las donaciones inoficiosas hechas por el causante.

”Entonces tendremos la consecuencia fundamental: la reducción sólo se ejerce hasta lograr el complemento de la legítima (...). El art. 3600 constituirá, así, a nivel normativo, la expresión del límite con que opera toda reducción: el complemento de la legítima”²³. Cuando las liberalidades del causante afectan la legítima de los herederos forzosos deben ser reducidas a fin de protegerla. Para lograr este complemento los herederos pueden ejercer la acción de reducción, bien por vía de la acción, solicitando la restitución de los bienes en poder de terceros o bien, por vía de la excepción, negándose a entregar un legado que excede la porción disponible. Todos los herederos forzosos pueden ejercer esta acción, conforme lo dispuesto en los art. 3601; respecto de las donaciones el art. 1832, inc.1 establece que sólo pueden solicitar su reducción los herederos que existían al momento de la donación, salvo que existieran descendientes

²³ Zannoni, Eduardo A., “Derecho de las Sucesiones”, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997, p. 187

que tuvieran derecho a ejercer dicha acción, quienes en tal caso también podrán ejercerla. La acción se promueve ante el juez que interviene en la sucesión, contra donatarios o legatarios. Además los herederos forzosos pueden, después de la muerte del causante, renunciar a la acción en forma expresa o tácita.

En nuestra jurisprudencia se encuentra gran cantidad de fallos en los que se ha defendido la inviolabilidad de la legítima. Así se ha resuelto que si una cláusula del testamento autorizase al albacea u otra persona para administrar y ocupar los bienes comprendidos en la legítima, dicha disposición sería nula, pudiendo los legitimarios entrar inmediatamente en la administración de los bienes²⁴. También se falló que el testador no puede privar al padre del legitimario menor de edad de la administración y usufructo de los bienes comprendidos en la legítima²⁵; esta situación sucede cuando el abuelo testador, cuya hija falleció, trata de privar de todo derecho a su yerno, sobre los bienes que deja a los nietos. Asimismo se ha resuelto que la legítima le viene al heredero de la ley, no de la voluntad del causante, contra la cual precisamente ha sido creada; y que ella es un derecho personal del heredero, en ejercicio del cual está autorizado para atacar los actos del causante que la comprometan, aunque por otra parte sea el continuador y representante de su persona; además que el heredero cuando obra en defensa de su legítima es un tercero con respecto a su autor^{26 27}.

En última instancia debemos mencionar a la ley 14.394, que en sus artículos 51 y siguientes ha modificado en parte el principio de la inviolabilidad de la legítima al autorizar al testador que imponga a sus legitimarios la indivisión de todos los bienes, por un plazo no mayor de diez años; siendo susceptible de extenderse de existir menores. Esta alteración a la integridad de la legítima, se realizó con el fin de proteger a la familia, con lo cual una vez más notamos la íntima relación entre las instituciones sucesión —en nuestro caso legítima— y familia como se hizo referencia en este trabajo.

²⁴ Cám. Civ. 2ª Cap. 15-11-1926 y 9-11-1947, en t. 23-224, y J. A., 1947-III-528, respectivamente. Cám. Nac. Civ. "D", 29-6-1954, en L. L., t. 75- 51

²⁵) Cám. Civ. Cap., Sala B, 13-7-1953, en L. L., t. 71-725, y J. A., 1954-I-260

²⁶ Sup. Corte Mendoza, Sala I, 8-7-1960, en L. L., 105-465.

²⁷ En otros fallos se ha resuelto: Que sólo tiene eficacia en lo que a la porción disponible del testador se refiere, la disposición según la cual los bienes que reciba su heredera legitimaria no podrá administrarlos su marido (Cám. 1ª, La Plata, 6-6-1924, en J. A., t. 13-253); que carece de efectos con respecto a los legitimarios la cláusula por la que el testador impone a sus herederos legitimarios el patrocinio de determinado abogado en el trámite del juicio sucesorio (Cám. Nac. Civ., Sala C, 7-8-1952, en J. A., 1952-IV-255); el testador no puede imponer un condominio a sus legitimarios (Cám. Civ. 1ª, 6-7-1931, en J. A., t. 36-105); la facultad de prohibir la enajenación que el art. 2613 reconoce al testador no es aplicable a los bienes que entran en la porción legítima del heredero (Cám. Civ. 1ª, 14-12-1932, en J. A., t. 40-426).

II-5. Irrenunciabilidad de la legítima futura.

La renuncia de la legítima o un pacto sobre esta, anterior a la apertura de la sucesión son nulos de nulidad absoluta, por tratarse de supuestos incluidos en la prohibición de los pactos sobre herencia futura (artículos 18, 953, 872, 848, 1175, 1176, 3311, 3312, y 1449).

Si la renuncia hubiera sido realizada mediante un pacto oneroso, el renunciante que ahora reclama su legítima debe colacionar lo que hubiere recibido por ella (art. 3599 in fine) lo que se debe a que la disposición presume que el precio de la renuncia lo ha pagado el causante. Por lo tanto, de su porción hereditaria se le descontará el valor de lo que haya percibido en razón del convenio.

Si el precio lo hubiesen pagado los otros coherederos, ya no procederá la colación, pero, de todos modos, como el acto es nulo, deberá devolverles lo que hubiera recibido como precio (art. 1052).

II-6. ¿Quiénes son los legitimarios?

A lo largo de este capítulo nos fuimos empapando de la legítima hereditaria, su concepto, la naturaleza jurídica y otros temas de suma importancia. Es fundamental ahora comprender y desarrollar, quienes son las personas que tienen derecho a ella (legitimarios). Este análisis en principio lo vamos a realizar sobre el código de Vélez Sarsfield, para luego, en capítulo aparte, analizar las reformas del nuevo código civil y comercial de la nación.

Nuestro Código civil, en su artículo 3592, dispone que "tienen una porción legítima todos los llamados a la sucesión intestada, en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del título anterior".

A esas personas titulares de la porción legítima, el Código las ha denominado de diversas maneras en su articulado. Volviendo al ya estudiado artículo 3591, observamos que a las personas con derecho a la legítima las titula "herederos forzosos". Expresión

que también emplea en otros artículos, tales como el 3476 en su redacción actual, el 3599, 3600, 3601 y el 3714, dándonos en este último el concepto de heredero forzoso: "Son herederos forzosos, aunque no sean instituidos en el testamento, aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos, sin justa causa de desheredación".

Asimismo, el codificador utiliza en varias oportunidades la expresión "herederos legítimos" para nombrar a las personas a que alude el artículo 3592.

Es más clarificador y correcto (a mi entender) el uso de la expresión "legitimarios" para designar a las personas que tienen una porción legítima.

Los herederos forzosos o legitimarios son aquellos que tienen derecho a la porción legítima, y están llamados a la sucesión intestada según lo establecido en el Código en el Libro XV, Título IX, Sección I, arts. 3565 a 3584, excluyendo a los parientes colaterales, que no son forzosos (art. 3592).

Por tanto son herederos forzosos o legitimarios los descendientes, ascendientes y el cónyuge (con vocación hereditaria) debiendo agregar, como situación especial de legitimaria no heredera, a la nuera viuda y sin hijos, que contempla el art. 3576 bis. El Código determina la porción legítima de los herederos forzosos en los arts. 3593, 3594 y 3595.

II-7. Conclusión del capítulo.

Para concluir este capítulo podemos decir, como se ha sostenido a lo largo del mismo, que la legítima hereditaria no fue definida por el codificador en su momento, y esto porque Vélez no lo creía correcto en una obra codificadora. Podemos decir que la legítima, a grandes rasgos, se da al deferirse forzosamente una cantidad de bienes a los sucesores legitimarios del causante y prohibirse actos de este que puedan dejarlos desamparados. Es una limitación al testador impuesta por el legislador. Entendemos, como lo hizo durante varios años la doctrina y así lo manifestó, que las porciones de la legítima debían disminuir en beneficio a la libertad de disponer de los bienes.

Más adelante queda de manifiesto la naturaleza jurídica de la legítima hereditaria. Por un lado los que la consideran parte de los bienes y por otro los que sostienen que es parte de la herencia. Como se sostuvo en su momento el codificador no deja claro cuál

es su postura y ambas teorías encuentran sustento en su código, esto debido a la diversidad de fuentes que se utilizaron, como también se sostuvo en parte de este trabajo.

Se podría decir cómo surge del art. 3591 del código de Vélez, y prescindiendo de las opiniones doctrinarias, que la naturaleza jurídica de la legítima es *pars hereditatis*.

Ahora bien, el nuevo código civil y comercial de la nación como se dijo en este capítulo, no define la situación y entendemos que seguirá la discusión al respecto.

Por su parte, también se trato un tema de suma importancia, como lo es la inviolabilidad de la legítima hereditaria haciendo referencia a las acciones de complemento y reducción arts. 3600 y 3601 respectivamente. Estas acciones citadas, son fundamentales para que la legítima hereditaria no sea solo un pronunciamiento de la doctrina. En otras palabras, y para dejarlo claro, la cuestión de la inviolabilidad de la legítima hace referencia especialmente a que las liberalidades del causante no afecten el Derecho a la legítima de los herederos forzosos.

En última instancia, se realizó una reseña sobre quiénes son los legitimarios según el código de Vélez. En el capítulo N° V. haremos referencia a las reformas del código civil y comercial de la nación respecto de este tema, poniendo especial ímpetu en nuestra hipótesis, que hace referencia a la correcta decisión de disminuir las porciones legítimas incrementando la libertad del causante. Además se podrá observar un instituto novedoso y que amplía aun mas esta libertad a la que hacemos referencia, como lo es la mejora estricta.

Capítulo III.

La legítima en el derecho comparado.

Sumario: III-1. Introducción. III-2. Derecho español. III-3. La legítima en América Latina y Centro América. III-4. La legítima en el derecho francés. III-5. Derecho anglosajón. III-6. Conclusión del Capítulo.

Capítulo III.

La legítima en el derecho comparado.

III-1. Introducción.

En este capítulo vamos hacer un estudio sobre el Derecho Comparado y como tratan las distintas legislaciones tanto en América, como en Europa a la legítima hereditaria. Realizando a tal fin un estudio de la procedencia de estas teorías. Es decir, por un lado las que poseen preeminencia en la capacidad absoluta y amplia de testar y por otro, las que restringen esta autonomía, en protección de ciertos herederos llamados forzosos según la legislación que corresponda. Además de lo comentado, vamos a observar como el Derecho Comparado trata el instituto de la legítima hereditaria respecto a porcentajes y formas de protección. Vamos a notar que existen distintos institutos para proteger a ciertas personas y en distintas escalas respecto de los herederos forzosos.

III-2. Derecho español.

El sistema del código civil español sigue la tradición del derecho castellano o derecho de mejoras. En la actualidad el art. 823 establece: “El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza, ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima”. Para la legislación española la legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos. (Art. 806 CC).

“Son herederos forzosos: 1º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 3º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código” (artículo 807 Código Civil).

Además el art. 808 establece que “constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La tercera parte restante, será de libre disposición”. Entonces, a los hijos y demás descendientes, les corresponde un tercio, que recibe el nombre de legítima corta, y que se distribuye en partes iguales entre ellos. Ese tercio se hereda en plenipropiedad, es decir, la nuda propiedad y el usufructo a la vez. Pero, también tienen derecho a otro tercio, el de mejora o legítima larga, que se destina a los hijos y nietos. No tiene por qué ser a partes iguales.

Los padres y demás ascendientes, a falta de descendientes, que sobrevivan tienen derecho a un tercio de la herencia, si existe cónyuge viudo, o a la mitad de la herencia, si el fallecido no tenía cónyuge.

El cónyuge viudo, su legítima es siempre en usufructo, y será menor o mayor, según con quién concurra a la herencia, si hay hijos u otros descendientes, le corresponde el usufructo de un tercio (el de mejora) de la herencia, si sólo hay ascendientes, la legítima es el usufructo de la mitad de la herencia, y si no hay ascendientes ni descendientes del fallecido, heredará el usufructo de dos tercios de la herencia.

En España coexisten, junto al Derecho Común, los derechos forales, que se aplican en los territorios referidos como son Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, parte de Vizcaya y Álava. En estos territorios, rigen otras particularidades, como sucede en Cataluña, por ejemplo, donde la legítima consiste en la cuarta parte del valor de la herencia y, a diferencia del Derecho Común, el cónyuge superviviente no tiene derechos legitimarios, ni tampoco los abuelos a falta de los padres. El cónyuge sólo tiene derecho a la cuarta viudal, es decir a la cuarta parte de la herencia del fallecido y las rentas y salarios que perciba y al beneficio del "año de luto", que le da el derecho al usufructo de toda la herencia durante ese período.

En la actualidad la Ley 10/2008, en el libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones establece: En el art. 451-1: la legítima confiere a determinadas personas el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial que éste puede atribuirles a título de institución hereditaria, legado, atribución particular o donación, o de cualquier otra forma.

Son legitimarios todos los hijos del causante por partes iguales. Si el causante no tiene descendientes que le hayan sobrevivido, son legitimarios los progenitores por mitad. Éstos no tienen derecho a legítima si el causante tiene descendientes pero han sido desheredados justamente o declarados indignos.

En el art. 355: el importe de la legítima es la cuarta parte del valor de los bienes de la herencia que tenían al tiempo de fallecer el causante, con deducción de sus deudas y de los gastos de su última enfermedad, entierro y funeral, añadiéndoles los bienes donados por el causante.

III-3. La legítima en América Latina y Centro América.

El Código Civil peruano en los arts. 723 y ss. Establece que son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge. El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes y si tuviera sólo ascendientes puede disponer hasta la mitad de sus bienes.

El Código colombiano (art. 1242) establece que la mitad de los bienes, se dividen por cabezas o stirpes entre los respectivos legitimarios, según el orden y reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esta división en su legítima rigurosa. Pudiendo el testador disponer de la otra mitad libremente.

Por su parte el Código Civil de Uruguay, en su art. 870 establece asignaciones forzosas que el testador está obligado a hacer y que de no hacerlas se suplirán aun en perjuicio de sus disposiciones testamentarias, tales como: alimentos, la porción conyugal y las legítimas. Define esta última en su art. 884 como la parte de los bienes que la ley asigna a cierta clase de herederos, independientemente de la voluntad del testador y de que éste no puede privarlos, sin causa justa y probada de desheredación.

Estos herederos legitimarios son los ascendientes y los descendientes. Establece una cuota variable según el número de descendientes: habiendo un hijo la cuota será de 1/2, dos hijos de 2/3, tres hijos o más de 3/4 y para los ascendientes 1/2 en los arts. 885 a 887.

Prevé para el cónyuge supérstite, cuando carece de bienes, una porción conyugal de 1/4 o como un hijo más y la asignación de alimentos *post mortem* en los arts. 871 a 878.-

El Código Civil Brasileño también establece como legítima, respecto de ascendientes, descendientes y cónyuge, la mitad de la herencia, limitando el poder de disposición del causante por testamento (arts. 1846 y 1857). Del mismo modo que la legislación uruguaya establece alimentos *post mortem*, transmitiendo las obligaciones alimentarias del causante a los herederos (art. 1700).

La legislación civil de Costa Rica forma parte del grupo de países latinoamericanos (El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, México) que se ha inclinado abiertamente a hacer prevalecer la libertad de testar y dejar en un plano supletorio a la sucesión legítima. Así lo resuelve al legislar sobre la sucesión legítima: Si una persona muriere sin disponer de sus bienes o dispusiere sólo en parte, o si, habiendo dispuesto, el testamento caducare o fuera anulado entrará a la herencia sus herederos legítimos (art. 571). Por otro lado, en el art. 595, establece que el testador podrá disponer libremente de sus bienes siempre que asegure los alimentos de su hijo menor hasta la mayoría de edad o durante toda la vida si tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo, y asegurar la manutención de sus padres y de su consorte mientras lo necesiten. La obligación de dejarles alimentos cae si los mencionados poseen bienes suficientes para su subsistencia.

Por su parte, Cuba no utiliza los términos legítima ni porción legítima. El código determina que existen herederos especialmente protegidos. Ellos son: a) los hijos o sus descendientes cuando aquéllos hubieran pre-fallecido, b) el cónyuge sobreviviente y c) los ascendientes (art. 493.1). Estos son herederos especialmente protegidos con la mitad de la herencia (art. 492.1) siempre que “no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante” (art. 493.1).

El Salvador adopta un régimen de libertad de disposición del causante sobre todos los bienes que componen su patrimonio, pero si se encuentra obligado a brindar prestación alimentaria a determinadas personas debe asignarlas en el testamento. En ese sentido establece que el testador puede disponer libremente de sus bienes a favor de una o varias personas que tengan la capacidad legal para heredar (art. 996, 2º párr.) y que las leyes regulan la sucesión en caso de que el difunto no haya dispuesto de sus bienes o no dispuso conforme a derecho o sus disposiciones no han tenido efecto (art. 981).

Asimismo, consagra las asignaciones alimenticias, determinando que el testador debe designar en el testamento la cuantía de las asignaciones a que está obligado de acuerdo al Código de Familia y si no hiciere o si la asignación fuese menor a la correspondiente, el juez ante el reclamo del alimentario puede determinarla hasta un monto que no supere la tercera parte del patrimonio líquido del causante (art. 1141).

En México el Código Civil para el Distrito Federal, destina el Libro Tercero a las sucesiones. En él sigue el sistema de los países anglosajones, habilitando al testador la libre disponibilidad de toda la herencia y otorgándole a la sucesión legítima un carácter supletorio. En efecto, la sucesión legítima sólo se abre a falta de testamento o cuando el testador dispone sólo parcialmente de sus bienes o el testamento es declarado nulo o bien cuando el heredero instituido fallece antes que el testador o repudia la herencia o no cumple la condición que se le impuso (art. 1599). Pero la ley impone al testador dejar una pensión alimentaria a ciertos parientes, al cónyuge, a los ascendientes e incluso a quien convivió con él los últimos cinco años que precedieron a la muerte o con quien tuvo hijos (art. 1368), siempre que no haya parientes en grado más próximo en condiciones de cumplir con la obligación alimentaria (art. 1369). Existiendo la obligación alimentaria para con alguna de las personas mencionadas en el art. 1368, la omisión en otorgar la pensión alimentaria convierte al testamento en inoficioso (art. 1374).

III-4. La legítima en el derecho francés.

La ley 72-3, de 1972 establece a favor de determinados herederos una porción legítima de distribución obligatoria. La cuota varía según la cantidad de herederos que concurren. Originariamente el art. 913 del Código Civil Francés establecía que el causante no podía hacer liberalidades, por actos entre vivos o por testamento, que excedieran la mitad de sus bienes si a su muerte tenía un hijo; la tercera parte, si dejaba dos hijos y la cuarta parte si dejaba tres o más hijos. El art. 914 se refería a la existencia de ascendientes, estableciendo que la porción disponible era de la mitad de sus bienes, si no había descendientes y los ascendientes eran de ambas líneas, paterna y materna; en cambio era de las tres cuartas partes si dejaba ascendientes de una sola línea.

La ley francesa 2001-1135 del 3 de diciembre de 2001 introdujo una reforma importante en el ámbito sucesorio, propiciada por la sentencia del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos del 1 de febrero de 2000. Esta reforma se refiere a aspectos esenciales del derecho sucesorio tales como: una reorganización del sistema sucesorio ab – intestato mejorando la situación hereditaria del cónyuge superviviente, la supresión de la discriminación a los hijos adulterinos, equiparando los hijos naturales con los legítimos e incorporando nuevas reglas sobre los requisitos para suceder y sobre las pruebas de la calidad de heredero.

Luego de una importante reforma introducida en el año 2006, sólo son legitimarios en derecho francés los descendientes y el cónyuge (artículo 913); la reforma de 2006 ha suprimido la legítima (la réserve) de los ascendientes. La porción de legítima de los descendientes depende de cuántos concurren a la sucesión: es de la mitad del caudal si el causante deja un solo hijo, de dos tercios, si deja dos o de tres cuartos, si deja tres o más (artículo 913). La legítima del cónyuge, si no hay descendientes, es de una cuarta parte del caudal (artículo 914).

III-5. Derecho anglosajón.

Esta forma de ver el derecho, es la que abarca la libertad de testar, siempre más amplia que la de tradición romanista.

Posicionándonos en el derecho Inglés, si bien existe libertad de testar, se protege a ciertos parientes y al cónyuge con un derecho de alimentos.

La Family Provision de 1938, modificada por la Provision for family and dependants de 1975, otorga al cónyuge, a los hijos y a otras personas que en vida del causante dependieran de éste una cuota alimentaria “reasonable financial provision” o renta razonable. En el caso del cónyuge serán los bienes que le hubieran correspondido en un divorcio, en el caso de los hijos la cuota tendrá carácter asistencial.

Esta ley, cuya traducción sería Provisión para la familia y las personas a cargo, establece que cuando una persona muere teniendo su domicilio en Inglaterra y Gales, y es sobrevivido por el cónyuge, los hijos o cualquier persona que no siendo su hijo haya recibido del difunto el trato de tal, pueden solicitar la family provision ante los tribunales.

El tribunal goza de una amplia discreción tanto para decidir si concede la family provision como su cuantía, debiendo tener en cuenta, los siguientes aspectos: los recursos financieros y las necesidades financieras que el solicitante tenga o pueda tener

en el futuro previsible; las obligaciones y responsabilidades que el fallecido tenía hacia cualquier solicitante; el patrimonio de la persona fallecida; cualquier discapacidad física o mental de cualquier solicitante o beneficiario de la herencia o cualquier otro asunto, incluyendo la conducta del solicitante o de cualquier otra persona que en las circunstancias del caso, el tribunal considere pertinente. Si el solicitante fuera el cónyuge el Tribunal deberá considerar su edad y la duración del matrimonio; la contribución realizada por el solicitante para el bienestar de la familia de los fallecidos, incluyendo cualquier contribución realizada para el cuidado de la casa o de la familia.

III-6. Conclusión del Capítulo.

En el mundo podemos observar, respecto a la disposición de los bienes del causante, dos posturas o puntos de vista sobre el tema, una contrapuesta a la otra. Encontramos por un lado las que permiten una libre y amplia disposición de los bienes, sin poner mayores trabas a la libertad del causante a la hora de decidir sobre sus bienes. Ejemplo de esta primera postura podemos citar los países con raíces anglosajonas y como quedo de manifiesto en este trabajo países como El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, México. Y por otro lado, como postura contrapuesta, encontramos legislaciones que vienen de raíz romanista, es decir como se pudo observar a lo largo de esta obra, una posición en la cual el código de Vélez y el actual se enrolan, así como la legislación española que se detallo también en este capítulo. Y sobre esta última posición podemos decir que por el contrario, es de tinte más restrictiva a la hora de disponer de sus bienes, estableciendo una porción legítima a favor de los herederos “legitimarios o forzosos” y dejando otra porción para disponer libremente.

Como se puede ver a lo largo de estas últimas páginas y como queda más claro en esta conclusión, encontramos legislaciones que restringen, en cierto modo, la autonomía de la voluntad del testador, entienden que la legítima es inviolable y le asignan distintos porcentajes, los cuales no pueden ser dejados de lado por el causante. A su vez encontramos legislaciones que se orientan mas a una amplia autonomía de la voluntad, pudiendo el causante disponer ampliamente de sus bienes post mortem. Utilizando estas últimas diferentes medios que se vieron en su momento para la protección de ciertos casos.

Por otro lado es dable mencionar, como surge de los ejemplos plasmados en este capítulo, que la porción legítima en mayor o menor medida es más amplia en el Derecho Comparado que en nuestro caso. Se adoptan distintos medios de protección, se plasman distintos porcentajes, pero a nuestro entender es evidente que la libertad testamentaria es mayor en el Derecho Comparado, la restricción de nuestro derecho era una de las más amplias. Es importante mencionar que esta cuestión debía ser entendida en nuestra legislación, como en definitiva sucedió en la reforma del código civil que veremos más adelante.

Capítulo IV.

Reforma del nuevo código civil y comercial de la nación.

Sumario: IV-1. Introducción. IV-2. La reducción de la nómina de legitimarios. IV-3. La desheredación. IV-4. La legítima hereditaria en el nuevo código. IV-4.1 Modificación en las cuantías de legítima. IV-4.2 El modo de calcular la legítima hereditaria. IV-5. Valuación de las donaciones. IV-6. La reducción de las donaciones. IV-6.1. Acción de reducción. IV-6.2. La Limitación a la Acción de Reducción por Prescripción Adquisitiva del Donatario. IV-7. Mejora a favor de heredero con discapacidad. IV-7.1. Introducción a la mejora estricta. IV-7.2. Análisis del artículo 2448 del código civil y comercial. IV-7.3. El Instituto de la Mejora estricta. IV-7.4. Exclusión del cónyuge discapacitado. IV-8. Conclusión del Capítulo.

Capítulo IV.

Reforma del nuevo código civil y comercial de la nación.

IV-1. Introducción.

En este capítulo nos vamos a enfocar en la reforma del código civil y comercial de la nación, luego del estudio que se realizó a lo largo de este trabajo vamos a proponer una crítica a la reforma, para llegar a una conclusión sobre el problema planteado, es decir, “La legítima hereditaria en el código civil y comercial de la nación”.

Cabe señalar que la legítima encuentra hondo arraigo en nuestra tradición cultural. Así, al deferirse forzosamente una cantidad de bienes a los sucesores legitimarios del causante y prohibirse actos de este que puedan dejarlos desamparados, responde a la necesidad de proteger a la familia como núcleo esencial de la sociedad. El nuevo código civil y comercial de la nación entonces ratifica la valía del sistema, aun con las disminuciones en las porciones legítimas.

Para dejarlo bien en claro, es necesario sostener nuevamente que el nuevo código ha mantenido la norma de protección de una parte de la herencia en favor de los familiares más cercanos, a partir del fundamento de la solidaridad familiar. En ese sentido, la porción legítima revalida su condición de instituto de orden público imperativo y que por lo tanto, no puede ser afectada por voluntad del propio titular de los bienes. Por otro lado y como correlato de lo antes mencionado vamos a observar la reducción planteada en el código civil y comercial de la nación respecto de la legítima hereditaria y nuestro criterio a favor de dicha reducción.

IV-2. La reducción de la nómina de legitimarios.

El artículo 3592 del código de Vélez rezaba lo siguiente: “Tienen una porción legítima, todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del título IX”.

En el código de Vélez los herederos forzosos eran quienes poseían una porción legítima: los descendientes legítimos, los ascendientes legítimos, el cónyuge, los hijos naturales, y el padre natural.

Luego de las reformas de las leyes 17.711 y 19.134 la nomina quedo de esta manera: descendientes legítimos, hijos adoptivos, descendientes legítimos o extramatrimoniales del hijo adoptivo, ascendientes legítimos, padres adoptivos, cónyuge, hijos extramatrimoniales, padre natural y nuera viuda sin hijos.

La ley 23.624 equiparo a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, así como a los ascendientes matrimoniales y extramatrimoniales o naturales, así que la nomina se simplifico y quedo de la siguiente manera; ascendientes, descendientes, cónyuge, hijos adoptivos y sus descendientes, padres adoptivos y la nuera viuda sin hijos.

Por último ya hace varios años la ley 24.779 en materia de adopción facilito las cosas y los legitimarios quedaron clasificados de la siguiente manera: descendientes, ascendientes, padres adoptivos, cónyuge y nuera viuda sin hijos.

Estos titulares de una porción legítima de la herencia han recibido distintos nombres, en el código de Vélez se los nombraba de distintas maneras a lo largo del articulado. Por un lado se hablaba de herederos forzosos (arts. 3591, 3476, 3599, 3600, 3601) y por otro lado aparece la denominación de herederos legítimos (arts. 3606, 3604, 3605) y también los encontramos como herederos necesarios (arts. 1805 y 1831). La nueva regulación ha efectuado, con acierto, la unificación de las diferentes denominaciones utilizadas para referirse a aquellos herederos que cuentan con la protección de una porción legítima de la herencia, bajo el concepto de "legitimarios", con la única excepción del art. 2493, relacionado con el fideicomiso testamentario, que se refiere a ellos como "forzosos", cuestión esta que, consideramos debería haberse contemplado, para lograr una uniformidad terminológica completa. La fuente inmediata de esta nueva norma es el art. 2394 del Proyecto de unificación de 1998.

Ahora bien, es importante y fundamental para este trabajo indicar que la nueva y reducida nómina de legitimarios la integran ahora solo los ascendientes, los descendientes y el cónyuge. Según lo establece el art. 2444 del código civil y comercial de la nación, "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”. Así, se ha eliminado la figura de la nuera viuda sin hijos, que tenía una porción legítima en la herencia (artículo 3576 bis), considerando la reforma que es un instituto que no tiene relación con la realidad actual.

IV-3.La desheredación.

Debe decirse que Vélez admitió, como causales autónomas que contrarían la vocación sucesoria, tanto la desheredación como la indignidad, siguiendo al derecho español.

El nuevo código ha suprimido la desheredación. En los Fundamentos de la reforma se explica que se procedió a introducir modificaciones a las causales de indignidad sucesoria para adaptarlas a la denominación de los delitos en el Código Penal, incorporando un nuevo inciso, vinculado a las causales de revocación de las donaciones, y entendiendo que esa era una solución que permitiría, derogar el régimen de la desheredación, para evitar una doble regulación para situaciones prácticamente idénticas.

Resulta discutible este razonamiento, pues los efectos de la desheredación nada tienen que ver con los efectos de una eventual revocación de donación. Por otra parte, la configuración de la indignidad es muy diferente a la de la desheredación.

Si se determina que ciertos parientes reciben necesariamente una porción de los bienes del difunto, aun contra la voluntad de éste, se debe admitir también el derecho del testador de excluirlos por justas causas. La desheredación es un medio más para defender la legítima de los herederos forzosos, ya que justamente es por su intermedio que se evita que adquieran la herencia personas que han realizado actos o conductas ofensivas para el causante.

El testador, al contar con la posibilidad de excluir de su herencia a estos sucesores, no sólo “castiga” a aquellos que lo han ofendido, sino que también protege y defiende la herencia de los demás herederos, al impedir que aquellas personas concurren con ellos a ese llamamiento.

Por tal causa, esta supresión no fortalece al instituto de la legítima, ya que ésta puede terminar derivándose a un beneficiario que no se la merezca por haber realizado actos contrarios al causante, con lo que se hubiera quebrado ese fundamento de solidaridad familiar y afecto mutuo que sirve de base a la legítima.

Luego de lo dicho hasta este momento es importante sostener que luego de ciento cuarenta y cinco años de vigencia del código civil de Vélez, las causales de desheredación estipuladas por el codificador han quedado desactualizadas, claramente se imponía una revisión profunda para adaptarlas a la sociedad actual, pero no su supresión.

IV-4.La legítima hereditaria en el nuevo código.

IV-4.1 Modificación en las cuantías de legítima.

En este caso vamos a desarrollar nuestra hipótesis. **“Entendemos correcta la disminución de la legítima hereditaria”**.

Si la subsistencia del sistema es adecuada, también lo es la disminución de las porciones individuales asignadas a descendientes y ascendientes, solución que permite brindarle una mayor libertad al testador. Se prevé una reducción para los descendientes a dos tercios, para los ascendientes a un medio, manteniéndose en esta última proporción la legítima del cónyuge (art. 2445). No debe olvidarse que la legítima de los primeros en nuestro régimen civil es la más alta del derecho comparado (cuatro quintos).

En los Fundamentos del nuevo código se sostiene que las porciones legítimas del Código de Vélez eran excesivas y era necesario ampliar la posibilidad de libre disposición del causante de sus bienes. Es cierto que esas legítimas lucían altas, pero tenían y tienen aún ahora luego de la reforma, un fundamento muy claro de solidaridad y fortalecimiento familiar.

El nuevo código recoge así un reclamo esperado desde hace tiempo por la mayoría de la doctrina y presente en todos los proyectos integrales de reforma del Código, en proyectos individuales y en propuestas de las Jornadas de Derecho Civil.

Fija el nuevo código civil y comercial idénticas cuantías que el Proyecto de 1998, que tanta influencia tuvo en su elaboración. Los autores de 1998, al fundamentar el cambio, expresaron que la disminución de las legítimas encuentra su razón de ser en la “observación reiterada por la doctrina que considera excesivas las porciones establecidas por Vélez Sarsfield y más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante”²⁸. Análogas palabras surgen de los fundamentos del nuevo código como se dijo anteriormente.

La reforma de esta cuestión se trata de uno de los principales aspectos que en materia sucesoria contiene la reforma proyectada. De nuevo, juzgo razonable el cambio, porque al conferir mayor autonomía, flexibiliza el sistema, pero sin desnaturalizarlo.

El supuesto beneficio que trae esta reducción de porciones legítimas se deberá verificar en los hechos, donde se comprobará si esta ampliación de facultades de disposición del causante, provoca un cambio en la denominada cultura testamentaria, que en nuestro derecho es casi inexistente. Si esto no ocurre, la reducción de legítimas habrá sido un cambio, sin muchos efectos concretos en la realidad.

Vamos a observar la cuestión aun en más detalle, para así comprender de manera definitiva la cuestión de la reforma, realizando una breve comparación con el código civil de Vélez Sarsfield y el actual código civil y comercial de la nación.

a) Descendientes :

Abarca a los hijos del causante y a sus descendientes. Éstos heredan por derecho de representación a su padre premuerto en la sucesión del ascendiente y son, también, herederos forzosos. Los descendientes excluyen a los ascendientes. El código de Vélez les aseguraba una porción legítima de cuatro quintos (art. 3593 Cód. Civ.). El Código Civil y Comercial agrega una tercera fuente filiatoria, la de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida (art. 558 Cód. Civ. y Com.), y garantiza a todos los descendientes por igual una porción legítima de dos tercios (art. 2445 Cód. Civ. y Com.).

b) Ascendientes:

Abarca a los ascendientes biológicos y a los adoptivos, con la salvedad de que si concurren los padres adoptivos a la sucesión del adoptado por adopción simple, no se

²⁸ Cf. Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, ver el pto. 319 de los Fundamentos, p. 144.

incluyen en la masa de cálculo los bienes que éste hubiera recibido a título gratuito de su familia biológica (art. 333 Cód. Civ.). Igual criterio sigue la nueva legislación, excluyendo los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia de origen, con la salvedad de que si en consecuencia quedaran bienes vacantes, la exclusión no opera (art. 2432 Cód. Civ. y Com.). La legítima anterior era para ellos de dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados (art. 3594 Cód. Civ.) y se reduce a un medio en la nueva legislación (art. 2445 Cód. Civ. y Com.).

c) Cónyuge

En ambos regímenes la legítima del cónyuge supérstite es de un medio cuando no concurren a la herencia descendientes ni ascendientes del causante (art. 3595 Cód. Civ. – art. 2445 Cód. Civ. y Com.) E incluye, en este caso, los bienes gananciales correspondientes al difunto.

Si el cónyuge concurre con descendientes, su legítima participa de la porción mayor asignada a sus coherederos, pero queda excluido por éstos de los bienes gananciales del causante (art. 3576 Cód. Civ. – art. 2446 y 2433 Cód. Civ. y Com.).

En virtud de haberse disuelto la sociedad conyugal como consecuencia del fallecimiento del cónyuge, para determinar la legítima será necesario llegar primero a “la liquidación y división de la sociedad conyugal para luego determinar el haber líquido de bienes propios del cónyuge pre-fallecido”.

Ante la nueva legislación civil la expresión sociedad conyugal debe ser traducida como comunidad, y teniendo en cuenta la innovación introducida en cuanto al derecho de opción entre dos regímenes de bienes en el matrimonio, se hace imperioso aclarar que lo afirmado en el párrafo anterior será de aplicación sólo en los casos que a la muerte del causante los cónyuges se encontraran sometidos al régimen de comunidad o que habiendo ya mudado de régimen no hubieran efectuado la liquidación y división de la comunidad. No así si se encontraran regidos por la separación de bienes, debido a que en este régimen los bienes de cada cónyuge conforman una masa patrimonial única, sin distinción entre propios y gananciales.

Cuando, a falta de descendientes, el cónyuge concurre con los ascendientes del causante, participa sobre los bienes propios y gananciales del difunto. En tal caso, la porción legítima del cónyuge en el régimen vigente se calcula sobre la mayor porción asignada a los ascendientes. En cambio, en el nuevo régimen la legítima

correspondiente al cónyuge coincide con la de los ascendientes en la mitad de la herencia (art. 2445 Cód. Civ. y Com.).

Para dejar aun más clarificada la cuestión vamos a realizar la comparación en un cuadro que no deja dudas sobre la reforma reciente.

LEGITIMARIOS	Código Civil.	Código civil y comercial. Ley 26.994
DESCENDIENTES	4/5	2/3
ASCENDIENTES	2/3	1/2
CONYUGE	1/2	1/2

IV-4.2 El modo de calcular la legítima hereditaria.

El art. 3602 del código de Vélez, establecía que para fijar la legítima se atendería al valor de los bienes quedados por muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregaría el que tenían las donaciones, aplicando las normas del art. 3477.

Para poder determinar la masa hereditaria se debía realizar ciertos cálculos que tenían los siguientes factores; determinación de los bienes en poder del causante a su fallecimiento, deducción de las deudas, determinación de los bienes donados por actos entre vivos, y valuación de esos bienes.

IV-5. Valuación de las donaciones.

La cuestión que aquí interesa es el modo de valuar las donaciones que hizo el causante en vida, para así poder calcular la legítima (recuérdese que para determinar la

legítima se toma no solo el valor líquido de la herencia al tiempo de la apertura del sucesorio sino además el valor de los bienes donados en vida por el difunto). Si el sistema del Código de Vélez estableció que el valor de las liberalidades debía tomarse al tiempo en que fueron hechas, la ley 17.711 cambió dicha opción y fijó que deben evaluarse al tiempo de la apertura de la sucesión, con la salvedad de que los jueces –en caso de créditos o sumas de dinero– pueden determinar un equitativo reajuste según las circunstancias el caso, a fin de evitar soluciones injustas (arts. 3602 y 3477).

El texto según ley 17.711 fue criticado por cierta doctrina (v. gr. Belluscio²⁹) y el Proyecto de 1998 propuso volver al régimen del Código Civil. Se estimó que la valuación al tiempo de la muerte crea inconvenientes a partir de las contingencias que afectan las cosas entre la donación y la apertura de la sucesión (mejoras o pérdidas en los bienes por ejemplo); por ello lo más equitativo, así se expresó, resulta tomar en cuenta la alteración del poder de la moneda pero siempre partiendo del valor al tiempo de la donación.

El nuevo código civil y comercial de la nación contiene por un lado una norma específica según la cual los bienes donados se computan “a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación” (art. 2445; misma solución en materia de colación, art. 2385). Pero a la vez brinda la norma del art. 2418, inserta en la sección que regula la partición por donación y que determina lo siguiente: “En todos los casos, para la colación y el cálculo de la legítima, se debe tener en cuenta el valor de los bienes al tiempo en que se hacen las donaciones, apreciado a valores constantes”.

El párrafo 3º del art. 2445 dispone que “para el computo de la porción de cada descendiente solo se tomara en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos (300) días anteriores al nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa el legitimario y para el del cónyuge, las hechas después del matrimonio”. La razón de ser del plazo fijado de 300 días corresponde al plazo máximo de gestación, establecido en el art. 20, razón por la cual se prevé la inclusión del heredero por nacer, quien también tendrá llamamiento a la sucesión del causante.

El nuevo código modifico la regulación anterior, que estipulaba en el art. 1832 primer párrafo, que “la reducción de las donaciones solo puede ser demandada por los

²⁹ Cf. Belluscio, Augusto C.: El valor de las donaciones a los efectos de la colación y del cálculo de la legítima en el Código Civil y en la ley 17.711, LL 135, sec. doctrina, pp. 1241 y ss.

herederos forzosos que existían en la época de la donación, empero si existían descendientes que tuvieran derecho a ejercer la acción, también competará el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación”.

Para dar por cerrado este tema y para que no queden dudas sobre el cálculo de la legítima, vamos a establecer la fórmula para llegar a ella.

Para efectuar este cálculo, la nueva norma propone la siguiente fórmula: habrá que sumar el 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. De la aplicación de esta fórmula habrá que establecer el caudal relicto transmisible por muerte (activo bruto), deduciéndosele las deudas.

IV-6. La reducción de las donaciones.

En este caso vamos hacer referencia a las liberalidades del causante que pueden perjudicar la legítima hereditaria, existen acciones que los herederos pueden tomar cuando esto sucede. Además de lo mencionado y las reformas respectivas encontramos la prescripción de la acción de reducción que será mencionada en este capítulo.

IV-6.1. Acción de reducción.

Se la diversifica en cuatro tipos de acciones:

a) Acción por “entrega de la legítima”: dispone el artículo 2450 que “El legitimario preterido tiene acción para que se le entregue su porción legítima a título de heredero de cuota”. La circunstancia de que el testador en su testamento haya instituido heredero omitiendo al heredero forzoso, no significa cambiarle a éste la naturaleza de su título, y privarlo injustificadamente del derecho de acrecer. Reclamará su legítima en calidad de heredero universal legitimario. Quien queda en calidad de heredero de cuota es el instituido, reducido a la porción disponible.

El heredero forzoso siempre conserva su calidad de tal, y su derecho de acrecer.

- b) Acción de complemento: el artículo 2451 refiere a la acción de complemento cuando el legitimario recibe por cualquier título menos de su porción legítima;
- c) Acción de reducción de disposiciones testamentarias: el artículo 2452 alude a la acción de reducción, limitándola al caso de reducción de las instituciones de herederos de cuota y de los legados que han afectado la legítima del heredero forzoso;
- d) Acción de reducción de donaciones: el artículo 2453 se refiere a la reducción de donaciones inoficiosas. Se superpone con el segundo párrafo del artículo 2450, que atribuye la acción al legitimario “cuando el difunto no deja bienes pero ha efectuado donaciones”. En ambos supuestos la acción específica que tiene el legitimario es la de reducción, sea que el causante haya efectuado a la vez liberalidades testamentarias y donaciones, o solamente haya repartido su patrimonio mediante donaciones. La distinción es superflua.

IV-6.2. La Limitación a la Acción de Reducción por Prescripción Adquisitiva del Donatario.

El nuevo Código introduce una importante novedad en el estatuto de la Acción de Reducción de donaciones, ya que limita su alcance temporal al fijar lo que denomina una “prescripción adquisitiva” de 10 años a favor del donatario o sub adquirente ulterior (art. 2459). Quien haya poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión, no podrá ser demandado por el legitimario.

El texto no es preciso por lo que debe aclararse que en este caso, el donatario no adquiere el bien por dicha usucapión decenal, sino que se establece que en el caso al cumplirse los diez años de posesión ya no podrá accionarse por acción de reducción contra una donación que afecte la legítima. Lo interesante de esta novedad es que esa posesión puede cumplirse, consolidando el dominio, aun durante la vida del causante, lo que le impediría al legitimario de ejercer las acciones protectivas que le concede la ley.

La innovación persigue solucionar problemas del tráfico jurídico de bienes, y así está dicho en los fundamentos, pero desde el punto de vista de la Legítima es una medida que debilitará los derechos de los legitimarios, en orden a otorgar perfección a los títulos de dominio.

La Transformación de la Acción de Reducción. El nuevo código limita el alcance reipersecutorio de la acción de reducción de la legítima, ya que en los nuevos arts. 2454 y 2458 se admite que entablada una acción de reducción con efectos naturalmente reivindicatorios reales, exista la posibilidad para el donatario o bien para el subadquirente de desinteresarse al legitimario entregando la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción. De esta forma esa importante acción reipersecutoria de protección de la legítima, se desdibuja y pierde caracteres esenciales para acercarse más al concepto de una acción personal, que concluye en una entrega dineraria o de un valor. Se trata de una nueva medida para ayudar al tráfico jurídico de bienes registrables, que sin embargo, debilita al instituto de la Legítima.

IV-7. Mejora a favor de heredero con discapacidad.

IV-7.1. Introducción a la mejora estricta.

En este capítulo vamos a estudiar un instituto novedoso para nuestra legislación, como lo es la mejora a favor de heredero con discapacidad. En este caso analizaremos la reforma según el artículo 2448 del nuevo código, y trataremos de entender su alcance, además de aportar alguna crítica que pueda ayudar en el estudio del tema.

Como se pudo notar a lo largo de esta obra y como queda claro en nuestra legislación, la legítima hereditaria es un instituto de orden público, y es la ley quien establece su porcentaje sin dejar margen al causante, respecto a poder modificarla. La Mejora estricta es una excepción a esta regla, es decir el causante puede tomar una parte de la legítima hereditaria para mejorar a un descendiente o ascendiente con discapacidad.

Por lo expuesto en el párrafo anterior y por la novedad del tema, entiendo de suma importancia el estudio del mismo.

IV-7.2. Análisis del artículo 2448 del código civil y comercial.

El Código Civil y Comercial introduce el instituto de la mejora, desconocido hasta ahora en nuestra legislación, posibilitando al causante distraer una parte de la legítima para mejorar exclusivamente a herederos con discapacidad, sean descendientes o ascendientes. Esta reforma responde al principio integral de asistencia y solidaridad entre los miembros de una familia.

En los “fundamentos” del Proyecto de código civil y comercial, sancionado luego por la ley 26.994, además de ponderarse como “más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante”, se dice que mediante la incorporación de este instituto “se amplía la porción disponible cuando existan herederos con discapacidad, en consonancia con los tratados internacionales que protegen a estas personas, que han sido ratificado por el país”.

Así lo dispone en la primera parte del art. 2448, precisando que 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 continuación, la misma norma determina quiénes son las personas beneficiarias de la institución al disponer que a estos 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 familiar, social, educacional o laboral.

Entendamos el concepto de discapacidad según como fue tratado en nuestra legislación. En la evolución histórica del tratamiento dispensado a las personas con discapacidad, pueden distinguirse tres momentos:

a) Modelo de prescindencia:

Que considera que la causa que dan origen a la discapacidad son religiosas, y que la persona con discapacidad no tienen nada que aportar a la sociedad. La consecuencia de esta postura es prescindir de estas personas.

b) Modelo rehabilitador:

Por el contrario, el modelo rehabilitador entiende que las causas que dan origen a la discapacidad son científicas: una limitación física, psíquica, mental o sensorial individual de la persona. La vida de una persona con discapacidad se considera menos valiosa que la del resto de las personas, aunque esa suposición pueda ser revertida en el caso de que la persona sea rehabilitada.

c) Modelo social:

Este último es el que ha sido aceptado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378) y considera que las causas que le dan origen a la discapacidad no son científicas, sino que son preponderantemente sociales. Se parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. Así, se entiende que no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas – incluyendo las que tengan una discapacidad- sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Se busca, entonces, eliminar las barreras impuestas por la sociedad que no permiten su plena inclusión, de modo de que las personas con discapacidad puedan ser aceptadas tal cual son.

Respecto al criterio tomado por la legislación argentina. El art. 2º de la ley 22.431 se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social educacional, o laboral, conceptualización recogida luego por el art. 9º de la ley 24.901.

Como se puede apreciar, la definición de “persona con discapacidad” que adopta el art. 2448 del nuevo código, ha sido tomada de las leyes mencionadas anteriormente, poniendo el acento en la deficiencia de la persona.

Se ha objetado que la norma contiene una definición más restrictiva que la que establece la Convención sobre los derechos de las Personas con discapacidad y que

hubiere sido preferible adoptar el texto de la Convención a los efectos de unificar la definición³⁰.

En efecto el art. 1° de la Convención aprobada por la república Argentina según ley 26.378 establece: Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Por lo tanto, para entender la discapacidad ya no se pone el acento en las deficiencias de las personas, sino en las barreras que la sociedad les coloca, y es en esa interacción de donde justamente surge la discapacidad.

Rolleri y Olmo sostienen que teniendo en cuenta la definición de “persona con discapacidad” que recepta el art. 2448 no se ajusta a los lineamientos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (“modelo social”) sino que retoma el “modelo médico-rehabilitador”, sería oportuno entonces como lo mencionamos anteriormente, revisar la parte final de este artículo de modo de adaptar dicha definición a la establecida en el tratado internacional. Por todo ello, definen al heredero con discapacidad como aquella persona humana que tenga deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás y a la que se les transmite la universalidad o una parte indivisa de la herencia.

IV-7.3. El Instituto de la Mejora estricta.

Ahora bien, ya enfocados en el instituto que se analiza, resulta un avance para el derecho sucesorio, flexibilizar el principio de intangibilidad de la legítima, mediante la afectación de una parte de ella para destinarla a beneficiar a parientes con discapacidad, quienes pueden encontrarse en condiciones desfavorables respecto a los demás herederos, haciéndose por ello acreedores a una mayor protección familiar.

³⁰ MASSANO, María A.- ROVEDA, Eduardo G., La legítima hereditaria y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. LA LEY, Revista DFyP 2013 (septiembre), p. 103

La mejora, como beneficio adicional que recibe el heredero, no está impuesta por la ley sino que es un derecho que puede ejercer el causante, en tanto la ley lo habilita a tomar una porción mayor que la parte disponible.

En nuestro caso, el legislador apela a la buena voluntad del causante y le permite tomar, además de la porción disponible, 1/3 de 2/3 asignados a los descendientes o 1/3 sobre 1/2 asignado a los ascendientes, para mejorar a un heredero, descendiente o ascendiente, con discapacidad. La ley le permite efectivizar la mejora por cualquier medio, sea por el testamento o, incluso, por fideicomiso.

A diferencia de lo que ocurre en la legislación comparada, el causante no podrá recurrir a la mejora para beneficiar a cualquier legitimario. La norma lo restringe a las personas con discapacidad.

La incorporación de esta mejora responde al modelo clásico español, ha merecido consenso en doctrina, y su incorporación fue sugerida de *lege ferenda* en diversas Jornadas de Derecho Civil, con algunas variantes de quién podría beneficiarse con la mejora y hasta que monto podría utilizarse la misma. El proyecto de 1998 estudio la posibilidad de dar al causante “dos porciones disponibles”, una de las cuales (que vendría a identificarse con la mejora) para favorecer al “especialmente necesitado” de los descendientes del testador, como existe en algunos derechos extranjeros, pero la mayoría se pronuncia a favor de no introducir la institución “por considerarla de difícil justificación en cada caso concreto”.

IV-7.4. Exclusión del cónyuge discapacitado.

La norma que se estudia en este capítulo, es decir el art. 2448 del nuevo código, refiere como beneficiarios de la mejora únicamente a los “descendientes o ascendientes” excluyendo, según nuestro criterio, injustificadamente, al cónyuge supérstite.

Como sostiene Rolleri y Olmo, si bien es cierto que podría alegarse que el cónyuge supérstite ya goza de medidas de protección tales como las referidas al hogar conyugal, o el derecho Real de Habitación, no es menos cierto que ellas alcanzan a todo cónyuge, independientemente de contar o no con una discapacidad. Por lo tanto, el hecho de que goza de una protección podría alegarse también de los otros herederos legitimarios al asignárseles una porción legítima.

Nada alejado de la realidad es que el supérstite cuente con similar edad y salud que el causante mismo, por lo cual, previendo esta circunstancia y evaluando la situación de discapacidad en la que puede encontrarse, no parece justo excluirlo de la posibilidad de poder contar con esta mejora, mucho más cuando en definitiva es el mismo causante-testador quien decidirá el otorgamiento de dicho beneficio.

IV-8. Conclusión del capítulo.

En esta oportunidad se puede observar en primer término como fueron cambiando a lo largo de las décadas la composición de a quienes se consideraba titulares de la porción legítima (herederos forzosos). Llegando hasta la actual redacción del código civil y comercial de la nación donde queda bien en claro según el art. 2444. "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".

Pudimos desarrollar en esta oportunidad nuestra hipótesis, es decir, **“entendemos correcta la disminución de la legítima hereditaria”**.

Entendemos como se dijo en su momento, que esta solución permite brindarle una mayor libertad al testador. Dejando de lados las porciones, que ya fueron mencionadas en detalle en el punto IV-4.1. Creemos también que la reforma actualiza el instituto de la legítima, en referencia al Derecho Comparado. La legítima hereditaria del código de Vélez era una de las más altas del mundo, y es importante destacar que dicha reducción recoge un reclamo que surgía hace tiempo de la doctrina nacional.

Como se ha expuesto a lo largo de este capítulo número cuatro, entendemos que la mejora estricta es un instituto de suma importancia para nuestra legislación. El código civil y comercial ha recogido, con buen tino, esta mejora a favor de heredero con discapacidad. Creemos importante la posibilidad de ampliar la parte disponible como se dijo durante este capítulo, en la situación que se da en este caso, es decir ante la presencia de un heredero con discapacidad. El principio de asistencia y solidaridad familiar es rector de esta modificación, pensamos que así como la porción de la legítima hereditaria tiene sus bases en la unidad familiar, esta mejora a favor de quien no se

encuentra en igualdad de condiciones respecto de los demás herederos, es más que justificable.

Por otro lado, creemos, como ya se sostuvo, que no se justifica la exclusión del cónyuge discapacitado en la redacción del art. 2448 del nuevo código, hacemos referencia a lo expresado en su momento.

Capítulo V.

Conclusiones.

Sumario: V-1 Conclusión final. V-2. Propuesta Final.

Capítulo V.

V-1. Conclusión Final.

Para comenzar esta conclusión respecto del problema planteado y la hipótesis que desarrollamos en este trabajo, me parece de suma importancia realizar un breve recuento de lo que se estudió y se trató de investigar a lo largo de estas páginas.

Este trabajo intentó realizar una crítica a la nueva legislación civil y comercial de la nación. Más precisamente, el problema planteado es y fue durante la presente obra, **“La Legítima Hereditaria en el nuevo código civil y comercial de la nación”**. Como quedo bien claro en esta tesis, a mí entender, es importantísimo para la vida de todo ciudadano el instituto de la legítima hereditaria, más aun con la reciente reforma. El problema surge, personalmente hablando, desde la mirada de la realidad, es decir, como puede repercutir en la sociedad y en las personas la disminución de la legítima y la correlativa ampliación de la parte disponible.

Como dije en el principio de este capítulo vamos a refrescar algunos conceptos, y sobre todo cual es la hipótesis planteada por quien suscribe.

Como se manifestó a lo largo del capítulo numero 2, la legítima hereditaria es la porción del patrimonio del causante de la cual no pueden ser privados sus herederos forzosos por actos a título gratuito. Es un instituto que tiene una larga tradición en nuestra cultura legislativa, así como también está presente a lo largo de la historia en el Derecho Comparado, como se observo en el capítulo numero 3.

Respecto a este último punto, Derecho Comparado, pudimos ver que existen dos posturas contrapuestas, como lo son quienes permiten una amplia libertad testamentaria y quienes en más o en menos, restringen esta libertad adoptando el instituto de la legítima hereditaria. Ambas posturas tienen sus raíces históricas como se observo oportunamente.

Es decir que entran en juego principios fundamentales de nuestra legislación, por un lado el orden público, que no puede ser dejado de lado por los particulares, y por otro la autonomía de la voluntad. Con esto hago referencia, sobre todo las cosas, que la reforma afecta uno u otro principio, es decir, al reducir la porción afecto de alguna manera a los herederos forzosos, pero es indiscutible que se amplía la posibilidad de disponer libremente de los bienes por parte del causante, en otras palabras se amplía la autonomía de la voluntad.

Respecto a la hipótesis planteada, y ya entrando de lleno en la conclusión que aportamos, podemos decir que la reducción en la legítima hereditaria es sumamente positiva para nuestro derecho. Entendemos que esta reducción pone a nuestra legislación a la altura del Derecho Comparado. Por otro lado amplía de manera correcta la parte disponible del causante, obviamente para que este pueda decidir qué hacer con sus bienes, es fundamental dicha reforma, ya que realiza un importante aporte acrecentando la libertad testamentaria pero manteniendo la protección de los herederos forzosos. Tema no menor debido a nuestra cultura familiar, nuestros antecedentes romanistas, basamento de nuestra legislación.

Para terminar dejando claro nuestra hipótesis, decimos que nos parece más que correcta la disminución planteada. Solo resta observar a medida que corra el tiempo, si esto se transforma o mejor dicho, si esta reducción y ampliación de la porción disponible tiene como correlato un crecimiento de la cultura testamentaria casi inexistente en nuestro país. Observamos con criterio optimista esta posibilidad.

Por otro lado y como segundo problema planteado “la mejora estricta” pudimos observar con detenimiento la novedad legislativa que encuentra relación con otras legislaciones del mundo como lo es el derecho español. Se planteo la discusión respecto del concepto que el nuevo código civil y comercial de la nación utiliza en su art. 2448 “herederos con discapacidad” y se llegó a la conclusión de que debe adoptarse el mismo concepto de la Convención sobre los derechos de las Personas con discapacidad aprobada por la república Argentina según ley 26.378.

Pero ya dando una respuesta a nuestro segundo problema planteado, entendemos de un gran avance la introducción de dicha mejora. Según nuestro criterio pone en un pie de igualdad al heredero con discapacidad respecto de los otros y esto es de suma importancia. Desde nuestra visión, la reforma respecto de la mejora estricta, acerca nuestra legislación a los tratados internacionales y a al Derecho Comparado.

Creemos como se sostuvo en los fundamentos que esta decisión refuerza lazos familiares y se basa en principios de asistencia y solidaridad familiar.

Además de lo que se manifestó respecto de los beneficios de este nuevo instituto, sostenemos que guarda coherencia con la disminución de las porciones legítimas, ya que en el caso del art. 2448, el causante amplió su parte disponible en beneficio de un heredero con discapacidad.

Por otro lado dejamos planteado nuestra opinión respecto a la no mención del cónyuge discapacitado en la redacción del art. 2448, no entendemos cual fue el motivo de dicho apartamiento y sostenemos que dicha observación debería ser tenida en cuenta.

V-2. Propuesta del Trabajo.

Para terminar esta tesis y luego de estudiar el instituto de la legítima hereditaria de manera detallada, compararla con otras legislaciones y observar sus distintos elementos podemos concluir y proponer según el criterio personal de quien suscribe, en primer lugar, que la ampliación de derechos a nuestro entender es siempre un paso adelante en nuestra sociedad, es por esto que entendemos como se manifestó ya en distintos momentos del trabajo, que ampliar la porción disponible del causante es un gran avance para nuestra legislación. En segundo lugar entendemos que la protección de los herederos legítimos no se perjudica con este avance y por otro lado creemos y **proponemos que en futuras reformas se pueda ampliar aun más la disponibilidad del causante**. Según nuestro criterio el causante debe tener amplias libertades para disponer de sus bienes, quien más que el mismo para destinar según su mejor criterio todo el esfuerzo de una vida. Creemos que esta ampliación futura y la que ya se analizó en este trabajo se transformará paulatinamente en un crecimiento en la cultura testamentaria en nuestro país.

Dejamos como interrogante y como disparador a futuro, que la protección de los herederos forzosos debe buscarse en otros institutos que no conlleven la reducción del criterio del causante. Existen legislaciones en las que se observa una amplia disponibilidad y una protección acorde a la unidad familiar, fueron mencionadas a lo largo de esta tesis.

Bibliografía General.

Bentham, Jeremías. “Tratados de legislación civil y penal”. Madrid, 1821, T. II, p. 46, en Tau Anzoátegui, Víctor, op. cit., p. 97.

Bonfante, Pedro, “Instituciones de Derecho Romano”. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1979, pp. 553/554.

Di Pietro, Alfredo, “Derecho Privado Romano”. Bs. As., Depalma, 1999;

Fornieles, Salvador, “Tratado de las sucesiones”. Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina S.A., Cuarta Edición, 1958, p. 98.

Guaglianone, Aquiles H. p. 126.

Levaggi, Abelardo, “Manual de Historia del Derecho Argentino”. (castellano-indiano/nacional), Bs.As.,Ed. Depalma, 1996, tomo II, p. 335.

Maffia, Jorge O., “Manual de derecho sucesorio”. Depalma, Buenos Aires 1989, t. II, p. 100 3.

Ortega Carrillo de Albornoz, Antonio. “Derecho Privado Romano”.
Páginas 314-316.

Pérez Lasala, José Luis, “Curso de derecho sucesorio”. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998. p. 799, p. 796.

Rivera, Julio Cesar y Medina, Graciela., “Código civil y Comercial de la Nación Comentado”.

Vogel, Carlos Alfredo, “Historia del Derecho Romano”. Bs. As., Editorial Perrot, 1957, pp. 289/290.

Zannoni, Eduardo A., “Tratado de derecho civil”. Derecho de las sucesiones. Astrea, Buenos Aires 2001, t. II, p. 153.

Bibliografía Específica.

“Fundamentos del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”.

Belluscio, Augusto C.: El valor de las donaciones a los efectos de la colación y del cálculo de la legítima en el Código Civil y en la ley 17.711, LL 135, sec. Doctrina, pp. 1241 y ss.

Berenguer, Marcela Claudia. “La flexibilización de la legítima hereditaria”.

Borda, Guillermo A., “La reforma de 1968 al Código Civil”. Bs. As., Ed. Perrot, 1971, p. 580.

Ferrer, Francisco. “El derecho de sucesiones en el proyecto de Código Civil y Comercial”.

Guaglianone, Aquiles H., “Historia y legislación de la legítima, Bs. As., 1940, (s.e), Tesis laureada con el premio Eduardo Prayones y recomendada al Premio Facultad (1939)

Izarrualde, Horacio. “La Legítima Hereditaria”.

MASSANO, María A.- ROVEDA, Eduardo G., La legítima hereditaria y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. LA LEY, Revista DFyP 2013 (septiembre), p. 103.

Natale, Roberto M. “La Acción de Reducción”. Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmasio Velez Sarsfield”.

Ovsejevich, Luis, “La Legítima” en: Enciclopedia Jurídica Omeba., 33 V, Tomo XVIII, Buenos Aires, Bibliografía Omeba Editores Libreros, 1964.p. 61

Pestalardo, Alberto y Berasategui, Inés. “La Legítima Hereditaria en el Proyecto de Código Civil y Comercial”.

Índice.

Agradecimiento.....	1
Resumen.....	2
Estado de la cuestión.....	3
Marco Teórico.....	5
Introducción.....	6
Objetivo General.....	7
Objetivo Específico.....	7

Capítulo I.

Antecedentes históricos de la sucesión y la legítima hereditaria.

I-1.Introduccion.....	9
I-2. El Derecho Romano.....	9
I-3. La Sucesión en la Edad Media.....	12
I.4. La sucesión en la Edad Moderna.....	14
I-5. La Sucesión en el Derecho argentino.....	15
I-6. La Sucesión en código de Vélez.....	17
I-7. Conclusión de capitulo.....	18

Capítulo II.

La Legítima Hereditaria.

II.1. Introducción.....	21
II-2. Concepto y Análisis.....	21
II-3. Naturaleza Jurídica de la Legítima Hereditaria.....	24
II.4. Inviolabilidad de la Legítima.....	26
II-5. Irrenunciabilidad de la Legítima Futura.....	29
II-6. ¿Quiénes son los Legitimarios?.....	29
II-7. Conclusión del capítulo.....	30

Capítulo III.

La Legítima en el Derecho Comparado.

III-1. Introducción.....	32
III-2. Derecho español.....	32
III-3. La Legítima en América Latina y Centro América.....	34
III-4. La Legítima en el Derecho francés.....	36
III-5. Derecho Anglosajón.....	37
III-6. Conclusión del capítulo.....	38

Capítulo IV.

Reforma del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

IV-1. Introducción.....	40
IV-2. La Reducción de la Nomina de Legitimarios.....	40
IV-3. La Desheredación.....	42
IV-4. La Legítima Hereditaria en el Nuevo Código.....	43
IV-4.1. Modificaciones en la cuantía de la Legítima.....	43
IV-4.2 .El Modo de Calcular la Legítima Hereditaria.....	46
IV-5. Valuación de las Donaciones.....	46
IV-6. La reducción de las donaciones.....	48
IV-6-1. Acción de reducción.....	48
IV-6.2. La Limitación a la Acción de Reducción por Prescripción Adquisitiva del Donatario.....	49
IV-7. Mejora a favor de heredero con discapacidad.....	50
IV-7.1. Introducción a la mejora estricta.....	50
IV-7.2. Análisis del artículo 2448 del código civil y comercial.....	51
IV-7.3. El Instituto de la Mejora estricta.....	53
IV-7.4. Exclusión del cónyuge discapacitado.....	54
IV-8. Conclusión del capítulo.....	55

Capítulo V.

Conclusiones

V-1. Conclusión Final.....	57
V-2. Propuesta Final.....	59
Bibliografía General.....	60
Bibliografía Especifica.....	62
Índice.....	64