

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21



LA LEGÍTIMA
NECESIDAD DE UNA REFORMA

MARÍA ELIANA MARINACCIO
ABOGACÍA

-2012-

RESUMEN

En el presente trabajo se tratará la necesidad de una modificación a nuestro actual sistema de legítima, principalmente porque ha quedado muy desactualizado en relación con el derecho comparado, donde las porciones asignadas son menores que las de nuestro país.

Además es innegable el cambio que ha sufrido nuestra sociedad, que no puede ser dejado de lado a la hora de pensar en un régimen sucesorio.

Así lo demuestra la presentación de diferentes proyectos propuestos en esta materia, en los cuales se resalta la importancia de reducir la legítima, para lograr mayor libertad a la hora de disponer de los bienes, pero manteniendo la protección familiar.

Es por todo lo mencionado que se plantea una reforma, una nueva redacción de los artículos 3593 y 3594 del Código Civil, acorde con los tiempos actuales, y congruente con los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras claves: Legítima. Reforma. Artículos 3593 y 3594. Actualización. Libertad. Protección familiar. Proyectos de modificación.

ABSTRACT

In this paper we are going to treat the need of a change in our system of legitimate because it has become very outdated, in relation to comparative law, where assigned portions are less than in our country.

Also is undeniable the change that our society has suffered, which can not be neglected when thinking about a system of succession.

This is demonstrated by the presentation of several projects in this area, where the importance of reducing the legitimate gives more freedom to dispose of the property, but preserving the family protection.

For all the mentioned we propose a new wording of Articles 3593 and 3594 of the Civil Code, according to actual's times, and consistent with the basic principles of our legal system.

Keywords: Legitimate. Reform. Articles 3593 and 3594. Update. Freedom. Family Protection. Modification projects

ÍNDICE

Introducción	7
Objetivo general	10
Objetivos específicos	10

CAPÍTULO I

I.- LEGÍTIMA

I.1. Concepto	11
I.2. Fundamentos de la legítima	12
I.3. Antecedentes históricos	13
I.3.1. Derecho romano	13
I.3.2. Derecho germano	14
I.3.3. Derecho francés	14
I.4. Naturaleza jurídica de la legítima	15
I.5. Porción legítima en el derecho argentino	16
I.6. Concurrencia de varios legitimarios	18
I.7. Cálculo de la legítima	18
I.8. Diferencia entre porción legítima y cuota legítima	21
I.9. Porción disponible	21
I.10. Mejora	22
I.11. Inviolabilidad de la legítima	23
I.12. Fraude a la legítima	27
I.12.1. Fraude a la legítima y sociedades	27

CAPÍTULO II

II.- SISTEMA DE ABSOLUTA LIBERTAD PARA TESTAR Y SISTEMA DE LEGÍTIMA

II.1. Regímenes legales que admiten la libertad de testar	32
II.1.1. Inglaterra	33
II.1.2. México.....	33
II.1.3 Honduras	34
II.1.4. El salvador	34
II.1.5. Nicaragua.....	35
II.1.6. Costa Rica	35
II.1.7. Panamá	36
II.1.8. Guatemala.....	36
II.2. Regímenes que establecen a favor de ciertos herederos una porción legítima	37
II.2.1. Sistemas con cuota variable	37
II.2.1.1. Francia	37
II.2.1.2. Italia.....	37
II.2.1.3. Uruguay	38
II.2.2. Con porción legítima fija.....	38
II.2.2.1 Alemania	38
II.2.2.2. Suiza	38
II.2.2.3. Brasil	39
II.2.2.4. Perú.....	39
II.2.2.5. Venezuela	39
II.2.2.6. Paraguay	39

II.3. Régimen con mejora.....	40
II.3.1 España	41
II.3.2. Colombia	43
II.3.3. Chile	43
II.3.4. Puerto Rico	44
II.4. Apreciaciones sobre estos sistemas.....	45
II.5. Argumentos a favor del sistema de legítimas.....	50
II.6. Argumentos en contra del sistema de legítimas	50

CAPÍTULO III

III. PROYECTOS DE REFORMA

III.1. Proyectos presentados	53
III.2. Proyectos de ley recientes	58
III.3. Consideraciones sobre los proyectos	65

Conclusión	69
-------------------------	-----------

Bibliografía	73
---------------------------	-----------

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende proponer una reforma a la legítima, mediante la cual se busca el resguardo de determinadas personas, al asignarles una porción del patrimonio del causante, pero se genera también una limitación a la libertad de disposición de los bienes.

Esta protección excesiva, trae consecuencias negativas, llevando al uso de medio por los cuales se busca evitar, a través del fraude, las porciones asignadas, quitando los bienes del patrimonio en perjuicio de algunos de los herederos forzosos, recurriendo por ejemplo, a la creación de sociedades comerciales o mediante las ventas de padres a hijos (Zannoni, 1999).

Las maniobras podrían ser impedidas si se considera la reducción de la legítima, que es lo que se quiere plantear, ya que esto ampliaría el poder de disposición, permitiendo que quien en su vida se esforzó para constituir un patrimonio, pueda decidir sobre el mismo de la manera que lo considere más adecuada para después de su muerte.

Cada familia tiene una relación particular, que sólo es conocida por quienes están inmersos en ella, pudiendo existir situaciones que lleven a querer beneficiar mayormente a ciertos herederos, esto no quiere decir que se deje desamparado a los otros, sino que se busca valorizar en una medida superior la libertad del causante, incluso si pretende que sus bienes sean gozados por otra persona, se le permita la posibilidad de plasmarlo.

Esta institución es un modo de protección hacia la familia, organización de fundamental importancia en nuestra sociedad, que si bien ha cambiado su forma de estructurarse a lo largo del tiempo, no por ello se quiere desistir de resguardarla.

Surge otra particularidad respecto a la legítima en nuestro país ya que es considerada una de las más altas (Borda, 1994), esto se debe a que es un área que ha tenido pocas modificaciones en el último tiempo.

Es un tema que se viene planteando en los diferentes proyectos de reformas, que promueven la reducción de la legítima, lo cual es un gran paso para ajustarla a las nuevas demandas de la sociedad.

Es importante la discusión ya que repercute de manera practica en la realidad que hoy se vive, donde se busca en mayor medida la prevalencia de la autonomía de la voluntad.

El desarrollo de esta tesis se estructurará en tres capítulos, dentro de cada uno se abordarán los temas que se creen más convenientes para que al final se plantee una nueva redacción de los artículos 3593C.C. y 3594 C.C.

En el primer capítulo se tratará sobre la legítima en el derecho argentino, concepto, evolución, naturaleza, controversias, la porción actual establecida en nuestro Código, los medios que se utilizan para evadirla y las excepciones que el mismo ordenamiento plantea, mostrando que no se respetan los principios que hacen a este sistema como lo que sucede con la intangibilidad de la misma.

En el segundo capítulo se plasmará que sucede en el derecho comparado, delimitando que es el sistema de libertad testamentaria y el sistema de legítimas, los países que lo adoptan, mostrando que no hay unanimidad a la hora de escoger un sistema, que hay diferentes argumentos que benefician a uno u otro, por lo que al terminar este apartado se dará una apreciación sobre los mismos.

En el tercer capítulo se expondrán los proyectos que se han debatido en nuestro país, que sistemas establecen, y en base a ello se planteará la necesidad,

conveniencia y propuesta de reducción de la legítima actual para descendientes y ascendientes.

OBJETIVOS

GENERALES

- Proponer la modificación de los artículos 3593 y 3594 del Código Civil de manera tal que se opere una reducción de la legítima de los ascendientes y descendientes, manteniéndose la regulación actual para los otros legitimarios.

PARTICULARES

- Definir los conceptos claves relacionados con la temática elegida.
- Analizar la opinión de diferentes doctrinarios sobre el tema a abordar.
- Conocer como regulan la legítima diferentes países a través del estudio de la legislación comparada.
- Conocer proyectos de reforma y como los mismos tratan la legítima.

CAPÍTULO I

I.- LEGÍTIMA

I.1. CONCEPTO

Nuestro Código Civil define a la legítima en su artículo 3591: “es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia”.

Se critica esta definición atento a que el concepto es más amplio y se debería leer en lugar de “a determinada porción de la herencia”, sobre una determinada porción del patrimonio del causante, debido a que la legítima no se calcula solo sobre el patrimonio dejado al fallecer (herencia), a ello hay que agregarle el valor de las donaciones hechas en vida por el causante (Ferrer, 2011).

Se puede caracterizar a la legítima como la parte del patrimonio del causante, que incluye el dejado al momento del deceso y los bienes donados en vida, de la cual determinados parientes establecidos por ley no pueden ser privados sin justa causa de desheredación.

A su vez hay que distinguir un aspecto subjetivo y uno objetivo, el primero se contempla tanto desde el causante, quien ve limitando su poder de disposición, debido a que los negocios gratuitos que la lesionan carecen de eficacia plena y definitiva, y desde el heredero forzoso quien tiene reservado una parte del patrimonio del difunto. El segundo (objetivo) es una parte del patrimonio del causante sobre el cual recae una restricción y un derecho del heredero forzoso (Llambías y Méndez Costa, 1992).

La “legítima supone una legislación que en principio reconozca la libertad de testar pero que no la considere absoluta. Es un compromiso entre el derecho individual y el derecho familiar” (Ripert y Boulanger, 1965, p. 211).

I.2. FUNDAMENTOS DE LA LEGÍTIMA

Han existido diferentes fundamentos que han llevado a la institución de la legítima en nuestro ordenamiento jurídico, entre ellos:

“El afecto presunto del causante, la función social de la propiedad familiar, la solidaridad familiar, la justa división de la riqueza del causante, el deber de protección de la familia o necesidad de tutelar el interés familiar, entre otros. La legítima fue la respuesta del legislador en un determinado contexto político, histórico, económico y social¹”.

Si bien nuestro código permite testar y por ende disponer de los bienes para después de la muerte este encuentra un límite, la legítima, esa porción que la ley asigna a ciertas personas, es decir, la ley aparece para resguardarlos de los actos que puedan afectar esta porción que se les reserva.

Es en esta protección que se puede observar el fundamento de la legítima el cual es el deber familiar, la ley permite que la voluntad del testador se haga presente pero le impone restricciones cuando se vea afectado el derechos de alguno/s de sus herederos.

Se puede pensar que la legítima tiene relación con un deber de alimento, con esta prestación que asegure la subsistencia del pariente necesitado (Bossert y Zannoni, 2008), esto no es así atento a que si bien ambas existen a favor de ciertos parientes y se vinculan con las relaciones familiares, la obligación alimentaria se funda en la necesidad de un pariente y para la atribución de la legítima no se tiene en cuenta la riqueza de los mismos.

¹ Lloveras, N, Orlandi, O y Kowalenko, A. (2011). *La indivisión hereditaria y la legítima*. Presentado en XXIII jornadas de Derecho Civil 2011. Recuperado el 10/08/2012 de <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C7/C7-012.pdf>

I.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

I.3.1 DERECHO ROMANO

En este título se seguirá a los siguientes autores: López del Carril, 1991 y Maffía, 1999.

En un primer momento se gozaba de libertad absoluta para disponer de los bienes para después de la muerte, no existía ninguna limitación, se podía hacer con ellos lo que el causante quisiese, incluso dejarlos a extraños, sin tener obligación hacia ningún pariente.

Con el correr del tiempo se llega a una morigeración de esta libertad, ya que se empieza a percibir como injusto que se desherede a ciertas personas, por lo que surgen restricciones a esta anterior libertad absoluta.

A finales de la república comienza a plasmarse la aparición de una porción legítima destinada a ciertos herederos debido a un cambio en la mirada sobre la disposición testamentaria donde comienza a verse incorrecto el dejar sin protección a determinados parientes.

Surge una acción especial, la *querela inofficiosi testamenti*, que dejaba sin efecto el testamento como si su autor hubiera estado privado de razón, lo que traía un grave problema, ya que anulaba todo el acto. Para mejorar esta situación se establece que la *querela* quedaba sin efecto, si el testador dejaba al menos un cuarto de su porción ab intestato a su heredero natural, siendo ese cuarto la legítima. La cual en tiempos de Justiniano se aumenta estableciéndose para los descendientes en un tercio cuando había cuatro hijos y en la mitad cuando el número era superior.

En caso del heredero que recibía parte, pero no la totalidad de su porción, contaba con una acción personal para obtener el complemento de la misma. Esta acción surge para morigerar los efectos de la *querela*.

Como se observa con la legítima se pretendía proteger los derechos que provenían del vínculo familiar, con independencia de la calidad de heredero, por lo que se podía renunciar a la herencia y aún así conservar el derecho a su legítima.

I.3.2. DERECHO GERMANO

En él encontramos la reserva, la parte de la herencia de la cual no se podía disponer, por ende, protegía a los herederos contra las disposiciones testamentarias y a su vez se establecía que para recibirla se debía tener la calidad de heredero.

Se preocupó por la conservación de los bienes en la familia.

“La reserva era más amplia que la legítima” (López del Carril, 1991, p.179).

I.3.3. DERECHO FRANCÉS

Se caracterizó porque se entrelazaban las dos anteriores, y “al dictarse el Código Napoleón, la resultante fue una amalgama, que se denominó “reserva” (López del Carril, 1991, p.179).

Se estableció la legítima para mantener la igualdad de los herederos, y a su vez se permitió al causante contar con una cuota de libre disposición para con ella mejorar a alguno de los descendientes².

² Natale, R.M. (2008). La acción de reducción. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado el 26/10/2011 en <http://www.acaderc.org.ar>

I.4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA

Es controvertida la naturaleza de la legítima, a raíz del uso de diferentes fuentes en la que se inspiró nuestro codificador, dando lugar a dos posiciones principales basada en la interpretación de dos artículos 3354 y 3591 (Maffía, 1999), al ser suprimido el art 3354, se perseguía zanjar esta discusión sin ser ello del todo eficaz ya que aún continúan las mismas.

Por un lado antes de la reforma existía el art 3354 CC (derogado luego por ley 17.711) que disponía que “los que tengan una parte legitima en la sucesión pueden repudiar la herencia sin perjuicio de tomar la legítima que les corresponda”, es decir, admitía la renuncia a la herencia, perdiendo la calidad de heredero pero permitía reclamar y recibir la legítima y el art 3591 “la legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia”.

El art 3354 consideraba a la legítima como *pars bonorum* (parte de los bienes), a la cual tenía derecho el legitimario independientemente de la calidad de heredero, basada en una concepción romana; en cambio en el art.3591 hay una noción ligada a la reserva germánica entendida como *pars hereditatis* (parte de la herencia), donde revestir la calidad de heredero es fundamental, ya que si no se acepta la herencia, no puede reclamarse la legítima, lo que no sucede si se sigue el criterio de que es parte de los bienes, donde se puede renunciar a la herencia, pero igualmente reclamar la legítima.

La trascendencia de adoptar una u otra postura, trae consecuencias prácticas, como lo señala López del Carril (1991, p. 181):

“En la tesis de la *pars bonorum* el heredero que repudia la herencia puede retener las donaciones sin colacionarlas, y también retener la porción disponible si le era asignada por vía de legado. Todo ello no es posible en la tesis de *pars hereditatis*”.

Con la derogación del art 3354, se supone se toma partido a favor de la postura de que es parte de la herencia, sin embargo siguen las controversias, ya que para algunos autores, se encuentran supuestos en los que el llamado a recibir en la sucesión, no es heredero y es legitimario, tal los casos del descendiente del desheredado³, la nuera viuda⁴, el heredero preterido⁵ (Llambías y Méndez Costa, 1992).

I.5. PORCIÓN LEGÍTIMA EN EL DERECHO ARGENTINO

La legítima es para los herederos forzosos, que son “aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos, sin justa causa de desheredación” (art 3714 CC).

A su vez nuestro Código en su artículo 3592 establece “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”, muchas de estas disposiciones han quedado derogadas.

Por lo que actualmente quienes tienen una porción legítima son:

-Descendientes (art 3593), cuya “porción legítima es de cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiere donado, observándose en su distribución lo dispuesto en el art. 3570”.

Se entiende por descendientes a los hijos y a los hijos adoptivos y los descendientes de los antes nombrados que vienen por representación, excepto el hijo

³ Art. 3749 CC “Los descendientes del desheredado, heredan por representación y tienen derecho a la legítima que éste hubiera tenido de no haber sido excluido”.

⁴ Art. 3576 bis CC “La viuda que permaneciere en este estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubieren correspondido a su esposo en dicha sucesiones”.

⁵ Art 3715 CC “la preterición de alguno o todos los herederos forzosos, sea que vivan a la fecha del testamento o que nazcan después de otorgado, no invalida la institución hereditaria; salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido”.

adoptivo simple tal lo establece el art 334 CC “el adoptado y sus descendientes heredan por representación a los ascendientes de los adoptantes; pero no son herederos forzosos. Los descendientes del adoptado heredan por representación al adoptante y son herederos forzosos” (Ferrer, 2011).

-Ascendientes (art. 3594), cuya “legítima es de dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados, observándose en su distribución lo dispuesto por el art. 3571”.

En el caso de los padres adoptivos le corresponde también dos tercios de los bienes pero deben exceptuarse de su cálculo los que el adoptado hubiere recibido a título gratuito de su familia biológica (art 333).

-Cónyuge art. 3595 “la legítima de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será de la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales”.

Es necesario al tratar este artículo relacionarlo con el art 3576, donde se establece que si el cónyuge concurre con descendientes, estos excluyen al primero de los gananciales del causante.

-Nuera viuda, siempre que se den las condiciones establecidas en el artículo 3576 bis, le pertenece la cuarta parte de los bienes que le hubiese correspondido a su esposo en la sucesión de los suegros.

Siguiendo a Borda (1994), sobre la naturaleza del derecho de la nuera viuda sin hijos, expone que existen diversas posturas:

-Legataria de cuota ex lege: a la que se le critica el hecho de que el legado depende la voluntad del causante, a través de una disposición testamentaria, y no de la ley.

-Legitimaria no heredera: no tiene vocación al todo, sólo a una fracción, y por ende no puede ser considerada heredera.

-Legitimaria heredera: la cuarta parte es fijada sólo cuando concurre con otros herederos, de lo contrario debe considerarse su vocación al todo. Esta es la posición adoptada por Borda, Vidal Taquini, López del Carril, Gustavino (López del Carril, 1991).

Adherimos a esta última postura, ya que además de lo dicho, al considerarla legitimaria heredera, tiene derecho de acrecer cuando no hay otros herederos, la herencia no queda vacante y por ende los bienes no se atribuyen al fisco.

Sin embargo, el Proyecto de Código Civil de 1998 excluye a esta legitimaria al establece en el art 2394 que “Tienen una porción legítima de los bienes del causante, 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”⁶.

I.6. CONCURRENCIA DE VARIOS LEGITIMARIOS

En este caso, y siguiendo a Borda (1994), se aplican las disposiciones de nuestro Código para la sucesión ab intestato, por lo que los herederos que excluyen a otros en aquella también lo hacen respecto a la legítima.

Cuando concurren legitimarios con cónyuges, la legítima se reparte tal como se lo haría en la sucesión ab intestato.

Surge que la legítima no se acumulan, por lo que todas las porciones legítimas deben salir de la más elevada, dejando a salvo la porción disponible.

I.7. CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA

Para calcularla se forma una masa con todos los bienes dejados luego de la muerte, previa deducción de las deudas del *de cuius* y se le suman las donaciones realizadas en vida, esta deducción se realiza sobre el patrimonio del fallecido, no en

⁶ Natale, R.M. (2008). La acción de reducción. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado el 26/10/2011 en <http://www.acaderc.org.ar>

relación a las donaciones, que no están afectadas para el pago de deudas (Borda, 1994; Ferrer, 2011; Maffía, 1999).

“La formación de la masa atenderá a lo siguiente: a) la determinación de los bienes en poder del causante, a su fallecimiento; b) la deducción de las deudas; c) la determinación de los bienes donados por actos entre vivos; d) la valuación de esos bienes (Maffía, 1999, p.114)”.

La masa de cálculo se constituirá con valores ficticios que se añaden al activo líquido cuando se han deducido las deudas, ya que la porción legítima se formará con bienes que habían salido del patrimonio del causante como donaciones (Zannoni, 1999).

Para lograr la masa hay que tener en cuenta ciertos ítems, los cuales se enunciarán siguiendo a López del Carril (1991, p. 182):

-Se computan las primas pagadas por el seguro de vida contratado por el causante a favor de un tercero.

-“Se computan los créditos que tenía el causante con un heredero legítimo, aunque se extingan por confusión”.

-En el caso de obligaciones litigiosas hay que tener en cuenta que va a depender del resultado, por lo que hay que crear una reserva para afrontar los gastos en caso de un resultado desfavorable, y en el caso de ser favorable, se hace una liquidación de la legítima.

-Reservar una cantidad para las cargas de la sucesión.

-Incluir todas las liberalidades hechas en vida por el de cujus.

-En el caso del art 3603, se da la opción de cumplir con el usufructo o renta vitalicia o entregar al beneficiado una cantidad igual al valor de la porción disponible.

-En el caso del art 3604 el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador y el excedente será traído a la masa de la sucesión.

Se incluyen además:

“los frutos, sean civiles o naturales, ya vencidos o percibidos al momento de la muerte entran en la masa legitimaria. En cambio, los frutos devengados con posterioridad a dicha oportunidad no ingresan en la masa para el cálculo de la legítima aunque sí en la partición”; “los derechos intelectuales, marcas de fábrica, patentes de invención se valuarán y luego computarán en la masa; los créditos sometidos a condición resolutoria; los sepulcros”⁷.

Respecto a las donaciones, hechas en vida por el causante a un heredero legitimario, se lo toma como un anticipo de su legítima, pero si se hizo a favor de terceros, superando la porción de libre disposición, puede llegar a tornarse inoficiosa, por lo que, todos estos actos deben imputarse en la masa de cálculo, tanto para las consecuencias de una colación entre coherederos legitimarios como para determinar en caso de una acción de reducción su valor (Zannoni, 1999).

Establecida la masa de cálculo para la legítima, corresponde imputar las deudas y cargas de la sucesión. Así lo establece el art 3474 “en la partición, sea judicial o extrajudicial, deben separarse los bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión”, en la nota de este artículo se explica que las cargas de la sucesión, son las obligaciones que han nacido después de la muerte del autor, tales como gastos funerarios, y relativos a conservación, liquidación, etc.

⁷ Natale, R.M. (2008). La acción de reducción. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado el 26/10/2011 en <http://www.acaderc.org.ar>

I.8. DIFERENCIA ENTRE PORCIÓN LEGÍTIMA Y CUOTA DE LEGÍTIMA

"El monto de la porción legítima actúa en la relación jurídica existente entre el testador y los legitimarios con absoluta independencia del número de estos últimos. En cambio la cuota de legítima constituida por la proporción en que se ha de dividir el acervo en el supuesto de concurrencia de legitimarios de igual o distinta clase, concierne a la relación jurídica que se crea entre todos los partícipes; y en ese concepto rige, por esa razón, en todos los supuestos de concurrencia de herederos, es decir, aun cuando se trate de quienes no son legitimarios" (Zannoni, 1999, p.496).

I.9. PORCIÓN DISPONIBLE

Para comenzar a tratar este título se debe primero que nada recurrir al articulado del Código Civil y es en el art 3591 en donde al tiempo de definir que es la legítima nos marca que es la porción disponible, aquella de la cual el causante puede disponer libremente, incluso ante la presencia de legitimarios siempre que respete la legítima establecida por la ley, ya que esta es el límite que se le impone.

Por lo que es aquella parte de libre disponibilidad que surge una vez que se ha cubierto la legítima, y por ende lo que no queda abarcado por ella puede ser materia de disposición.

Tal lo expresa Maffía (1999, p. 106) "legítima y porción disponible son entidades complementarias, ligadas por una relación inversamente proporcional: en la medida en que la primera crece, disminuye la segunda".

Su importancia radica en que el causante puede disponerla de la forma y a quien lo crea conveniente, ya sea a un heredero forzoso, a un tercero, quien incluso puede no ser pariente; puede ser materia de disposiciones a título gratuito, como

también efectuarse en vida del causante e imputarse luego su valor a la porción disponible, lo que queda plasmado en el art. 3605 CC.

I.10. MEJORA

Surge en el derecho visigodo y la operación que se realizaba era la siguiente:

“Se dividía el acervo sucesorio en quince partes, llamadas onzas. De ellas es extraído el quinto, es decir, tres, para formar la cuota libre, y de las doce restantes la mejora consistía en el tercio, o sea, cuatro. De esta forma el causante tenía sobre tres de las quince onzas plena disposición, pudiendo legarlas aun a extraños; pero si quería además beneficiar a un hijo podía asignarle de las doce restantes el tercio, es decir, cuatro onzas”(Maffía, 1999, p.106).

En la Alta Edad Media, la mejora comenzó a perder importancia y se fue desvaneciendo, debido a que surge un nuevo pensamiento respecto a la familia, el cual bregaba por la igualdad entre los hijos. Renace en el siglo XIII, aparece en el fuero Juzgo y en otros fueros, como el de Soria, y en el mismo Fuero real, en los cuales no se aceptaba la acumulación del tercio y del quinto a favor de uno de los descendientes, aunque en la práctica se solía igualmente acumular a favor del hijo mayor. Esta costumbre fue finalmente receptada en las leyes de Toro a través de la “mejora de tercio y quinto”, donde se admitió la acumulación del tercio de mejora y del quinto de cuota disponible (Anzoategui, 1971).

Actualmente la mejora tiene un alcance distinto al que se le daba anteriormente, y consiste en “lo que el heredero forzoso recibe además de su porción

hereditaria y su título a ella deriva del testamento. Puede consistir en toda o una parte alícuota de la porción disponible o en un legado particular⁸”.

En el art 3605 se establece “de la porción disponible el testador puede hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos. Ninguna otra porción de la herencia puede ser detraída para mejorar a los herederos legítimos”.

Este artículo debe relacionárselo con el art 3524, donde se requiere, en el caso de los herederos forzosos, una cláusula expresa en el testamento de mejora, ya que de lo contrario el legado habrá de imputarse sobre la cuota de legítima que corresponda al beneficiado.

Como queda claro, la mejora en principio debe hacerse por testamento pero se encuentra en el art 3604 CC una excepción, la llamada mejora presumida por la ley, de donde surge que si las enajenaciones realizadas a los legitimarios por el causante con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo, ocultan una liberalidad, será imputada sobre la porción disponible a título de mejora, debiendo colacionarse el excedente.

En el final del artículo se establece que no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, ni por los que no tengan una porción legítima.

I.11. INVOLABILIDAD DE LA LEGÍTIMA

Se observa que el legislador se ha preocupado por defender la legítima buscando evitar que se pierda en meras palabras, procurando una protección que se extiende tanto cuantitativa como cualitativamente, en el primer caso se refiere a la

⁸ Natale, R.M. (2008). La acción de reducción. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado el 26/10/2011 en <http://www.acaderc.org.ar>

integridad del monto, en el segundo, a poder gozarla sin restricciones ni condiciones realizadas por el causante⁹.

Para lograr lo anteriormente expresado se han establecido en distintos artículos directivas para conservar la misma.

En el art 3598 se prohíbe imponer gravamen o condición alguna a las porciones legítimas y se sanciona estableciéndolas como no escritas en caso de incluirlas.

En el art 3599 se establece que la legítima futura no es renunciable “toda renuncia o pacto sobre la legítima futura entre aquellos que la declaran y los coherederos forzosos, es de ningún valor”, esto deriva y se relaciona con la prohibición de los pactos sobre herencia futura, del art 1175 donde establece que no puede ser objeto de un contrato la herencia futura, ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares y al art 3311 donde se dice que las herencias futuras no pueden aceptarse ni repudiarse salvo después de la apertura de la sucesión.

Existen casos en que se deja de lado la aplicación del principio de intangibilidad de legítima, y se permite, impedir temporalmente la división de los bienes.

Siguiendo la ponencia de Nora Lloveras, Olga Orlandi, Andrea Kowalenko, en la XXIII Jornadas de Derecho Civil 2011¹⁰, se presentan los siguientes casos de indivisión forzosa temporaria existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

A-La indivisión es impuesta por el causante

El art. 51 de la ley 14.394 se determina que se puede imponer la indivisión de los bienes hereditarios, siempre que el plazo no supere los diez años, estableciendo

⁹ Natale, R.M. (2008). La acción de reducción. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado el 26/10/2011 en <http://www.acaderc.org.ar>

¹⁰ Lloveras, N, Orlandi, O y Kowalenko, A. (2011). La indivisión hereditaria y la legítima. Presentado en XXIII jornadas de derecho civil 2011. Recuperado el 10/08/2012 de <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C7/C7-012.pdf>

luego casos “si se tratase de un bien determinado, o de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica” en que incluso puede extenderse por un plazo mayor, hasta que todos los herederos sean mayores de edad¹¹.

La disposición tiene que instrumentarse mediante testamento y como quedo dicho tendrá un plazo máximo de 10 años, salvo que se tratase de un establecimiento que constituya unidad económica, y que existan herederos menores de edad, donde la indivisión podrá extenderse hasta que éstos alcancen la mayoría de edad.

B-La Indivisión es impuesta por todos los herederos

La encontramos en el art. 52 de la ley 14.394, y antes de que se transcriba el artículo es necesario aclarar que para la procedencia de la indivisión, se debe contar con la unanimidad de todos lo co-herederos

Art 52 “Los herederos podrán convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de diez años, sin perjuicio de la partición temporaria del uso y goce de los bienes entre los copartícipes. Si hubiere herederos incapaces, el convenio concluído por sus representantes legales, no tendrá efecto hasta la homologación judicial. Estos convenios podrán renovarse al término del lapso establecido. Cualquiera de los herederos podrá pedir la división, antes del vencimiento del plazo, siempre que mediaren causas justificadas”.

C- La indivisión es estipulada por el cónyuge supérstite

En el art. 53 de la ley 14.394, se encuentran dos casos en que el cónyuge supérstite puede oponerse a la partición de determinados bienes indivisos,

¹¹ Art 51 ley 14.394 “toda persona podrá imponer a sus herederos, aún forzosos, la indivisión de los bienes hereditarios, por un plazo no mayor de diez años. Si se tratase de un bien determinado, o de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica, el lapso de la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aún cuando ese tiempo exceda los diez años. Cualquier otro término superior al máximo permitido, se entenderá reducido a éste”

manteniéndose el plazo máximo de diez años, cuando se den las siguientes circunstancias:

1-Que “en el acervo hereditario existiere un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole tal que constituya una unidad económica”, siempre que el cónyuge superviviente “lo hubiese adquirido o formado en todo o en parte”.

2- Cuando “la casa habitación construída o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos”. En este caso los requisitos son: que se esté ante un inmueble ganancial y que, al tiempo del fallecimiento, fuese la residencia habitual de los esposos.

Se busca con este artículo lograr el resguardo del hogar conyugal, más allá del valor patrimonial del inmueble en que asienta la casa habitación.

D- El bien de familia.

El art. 34 de la ley 14.394 señala que “Toda persona puede constituir en bien de familia un inmueble urbano o rural de su propiedad cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de su familia, según normas que se establecerán reglamentariamente”.

Se establece en este caso una protección a un inmueble, incluso ante una ejecución, embargo, concurso o quiebra por deudas posteriores a su constitución.

Ahora bien, una vez constituido el bien de familia, que pesa más esta protección o la defensa de las legítimas, parecería ser que la defensa del primer régimen (bien de familia) es prioritaria frente a la legítima del heredero, ante la defensa constitucional de la vivienda familiar.

Sólo se otorga al heredero no beneficiario la posibilidad de pedir cuando los beneficiarios sean coherederos, un canon por el uso exclusivo del inmueble, pero no la

desafectación del bien, incluso frente a un sólo beneficiario sobreviviente, atento a la protección que le otorga el artículo 49 ley 14.394.

Todos los puntos expuestos muestran como las indivisiones impuestas, vulneran el principio establecido en el art 3598 del CC, aunque en nuestro ordenamiento deba tenérselas como excepciones a este artículo.

I.12 FRAUDES A LA LEGÍTIMA

El régimen de legítimas es de orden público, y debe ser respetado por el causante, y dado que muchas veces, este no tienen mayores oportunidades de disposición, recurre a medios como el fraude, en este caso es toda maniobra que busca eludir las normas concernientes a la legítima contra los herederos a los que protege, bajo un negocio que tiene legitimidad formal.

“El fraude sintetiza dos elementos: un elemento objetivo consistente en la idoneidad del negocio realizado para conseguir un resultado análogo al prohibido, y un elemento subjetivo, consistente en el propósito de eludir la norma imperativa” (Zannoni, 1999, p.526).

Es común ver este actuar en casos como las donaciones realizadas por el causante, estas deben imputarse sobre la porción disponible y si esta se supera entra en juego la acción de reducción porque la donación no debe disminuir la legítima.

Dada esta situación, el causante suele recurrir a la transferencia fraudulenta de bienes al patrimonio de un tercero para quitarlos del suyo.

I.12.1. FRAUDE A LA LEGÍTIMA Y SOCIEDADES

En primera instancia la creación de sociedades no debería afectar la legítima pero muchas veces se recurren a estas figuras con ese fin.

La gran afección que se ve al utilizar este instrumento del derecho comercial es que a través de él se llega a pasar por alto una norma de orden público que está establecida en nuestro derecho como la que regula la legítima.

Por medio de este instrumento legal se logra la sustracción de bienes al crear el titular del patrimonio una nueva persona, a la que se le atribuyen gran parte o todos los bienes del futuro causante (Zannoni, 1999).

“Se ha interpretado que podrá presumirse *iuris tantum* el fraude cuando se den los siguientes presupuestos: a) La sociedad sea cerrada o de familia; b) Los aportes sean efectuados total o mayoritariamente por el causante; y c) Los aportes sean subvaluados”¹².

En Borda (1994, p. 80) se cita fallo en donde se establece que:

“se viola la prohibición de condicionar la legítima si el causante formo sociedad con tres de sus hijos y casi el total de sus bienes por noventa y nueve años y renovable, impidiendo así que los bienes lleguen materialmente a manos de los demás herederos” (C. Civ., sala A, 27/2/1987, L.L., 1978-B, p.196 t E.D., t.77, p.351).

Siguiendo a Llambías y Méndez Costa (1992) se ofrecen las siguientes hipótesis:

A-Constitución totalmente ficticia de la sociedad, configurándose una simulación absoluta, donde las acciones pueden haberse distribuido de la siguiente manera:

A-1-Entre el causante y los legitimarios o entre el causante y terceros, en este caso la lesión a la legítima se plasma al encontrarse los legitimarios, a la apertura de la sucesión con acciones, quedando bajo el régimen de una sociedad, bajo la decisión de

¹² Natale, R.M. (2008). La acción de reducción. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado el 26/10/2011 en <http://www.acaderc.org.ar>

lo que dispongan las mayorías, ya sea, determinando sueldos, designando administradores, las acciones se vuelven de difícil negociación.

A-2- Entre legitimarios solamente, trae aparejada la desigualdad de los herederos forzosos, por lo que se puede recurrir al remedio de la colación.

A-3- Entre terceros solamente, en este caso los legitimarios se ven privados de la integridad de la legítima por actos que sólo pueden ser atacados por donaciones encubiertas.

B- Sociedad verdadera en todas sus facetas, constitutivas, de desenvolvimiento y de resultados, no configurándose simulación, ni donaciones no ostensibles atacables por reducción ni fraude si no hubo ánimo de perjudicar:

En este caso no se lesiona la legítima salvo que en su creación se haya tenido el propósito de burlar el derecho de los legitimarios mediante el traspaso del patrimonio del causante a la sociedad.

Puede ocurrir que la alteración derive del otorgamiento de la administración social. Así, siguiendo a Natale¹³, se presenta en los diferentes tipos societarios:

- Sociedad en comandita por acciones, los herederos que posean la calidad de socios solidarios pueden intervenir en la administración mientras que aquellos que no la tienen les está vedada y como consecuencia quedan fuera del manejo tanto de su porción social como de los bienes del causante

-Sociedad anónima y también en la sociedad de responsabilidad limitada, entra a jugar el rol de directores o gerentes que ya tenían algunos herederos y los que no.

Se puede observar como al prevalecer la voluntad de la mayoría algunos herederos no tienen poder ni de administración, ni de decisión, quedando bajo las directrices de otros, afectándolos ya que quedan excluidos.

¹³ Natale, R.M. (2008). La acción de reducción. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado el 26/10/2011 en <http://www.acaderc.org.ar>

Lo expuesto ha dado pie a un supuesto de fraude a la ley, definido por Zannoni (1999, p.526) “todo acto jurídico que encubre bajo una apariencia de licitud, una causa final, un móvil ilícito: la sustracción del patrimonio de bienes que, de encontrarse en él a la época del fallecimiento, integraría el acervo hereditario”.

Siguiendo a Natale, se establece:

“que el criterio de la inoponibilidad de la persona jurídica en caso de violación de la legítima, es el que más se adecua a la posibilidad de conciliar de la mejor manera posible la eventual continuación de la sociedad y el respeto a la legítima”¹⁴.

Como ejemplo de ello en Alegría y Mosset Iturraspe (2010, p. 503) se encuentra el siguiente fallo:

“Una acción deducida por uno de los hijos del causante con sustento en que la transferencia accionaria gratuita realizada por su padre a favor de su concubina habría afectado su porción legítima, corresponde declarar inoponible al actor la personalidad jurídica de la sociedad y disponer que pertenecerá a este la parte proporcional de los bienes que integran el patrimonio de dicha entidad, pues en virtud de la posición minoritaria que ostentaría en la sociedad anónima de familia, en caso de recibir acciones en lugar de los bienes, aquel no podría gozar efectivamente de su cuota legítima y ésta quedaría afectada en su valor real” (CNCiv., sala B, 12-11-2009, “Ferretti, Silvia c/ Nóbile, Franca”).

Importante es remarcar que el juez de la sucesión es quien entiende en las acciones judiciales referidas a fraude societario a la legítima hereditaria, debiendo la acción articularse contra todos los integrantes del acto inoponible y contra la sociedad,

¹⁴ Natale, R.M. (2008). La acción de reducción. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado el 26/10/2011 en <http://www.acaderc.org.ar>

por más fraudulenta que sea su constitución, para que después pueda serle opuesta la sentencia (Zannoni, 1999).

En este capítulo se han desarrollado los conceptos básicos y características que hacen a la legítima en nuestro derecho, llegando incluso a mostrar como su régimen actual lleva a buscar formas para evadirla, tal lo que sucede con el fraude y la creación de sociedades.

No se puede dejar de señalar como se han ido incorporando excepciones que van desvirtuando el sistema, tal lo que sucede con la intangibilidad de la legítima y los casos que la afectan, que son aceptados en nuestro derecho.

En los próximos dos capítulos se seguirán brindando herramientas para llegar a plasmar la necesidad de una reforma y la búsqueda de una solución acorde a la realidad.

Para ello se mostrará en el capítulo dos lo que sucede en el derecho comparado y luego en el capítulo tres los diferentes proyectos de modificación.

CAPÍTULO II

II.- SISTEMA DE ABSOLUTA LIBERTAD PARA TESTAR Y SISTEMA DE LEGÍTIMA

En el presente capítulo se comenzará a delimitar los sistemas más importantes que hacen al régimen sucesorio, se esquematizarán, explicarán brevemente y presentarán ejemplos de algunos países que los adoptan y cuáles son sus características principales.

Si bien en nuestro país se recepta el sistema de legítimas fijas no se puede dejar de observar lo que sucede en el derecho comparado, lo que se plasma en los diferentes ordenamientos mundiales.

Es necesario explicar los sistemas actuales y quienes lo adoptan para luego a lo largo del trabajo adentrarse en lo que sucede en nuestro derecho, sobre todo mostrar que es nuestro país quien cuenta con una de las legítimas más altas a nivel internacional.

II.1. RÉGIMENES LEGALES QUE ADMITEN LA LIBERTAD DE TESTAR

Dentro de esta categoría encontramos aquellos países que cuentan con un régimen de absoluta libertad testamentaria, el causante no tiene límites a la hora de disponer de su patrimonio, y si bien esta libertad es amplia, se introduce en algunos casos una especie de restricción a través de la obligación de dejar alimentos a ciertos parientes (Borda, 1994; López del Carril, 1991; Natale, 2008).

II.1.1. INGLATERRA

“El cónyuge, los hijos, u otras personas que, en vida del causante, hayan dependido de alimentos tienen derecho a una *reasonable financial provision*, (“razonable provisión financiera”), para el caso de que el causante no lo haya previsto”. Si se trata de los hijos u otros descendientes del muerto, la asignación tiene carácter de asistencial para cubrir su mantenimiento¹⁵.

II.1.2 MÉXICO

Establece la libertad de testar tanto hacia un familiar como a un tercero, siempre que se deje alimentos a: “los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte; los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad; al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes, salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente; a los ascendientes; a la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes, este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta, si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos; a los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades” (art 1368).

¹⁵ Natale, R.M. (2008). La acción de reducción. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado el 26/10/2011 de <http://www.acaderc.org.ar>

Se resalta en este artículo la incorporación de la concubina/o entre los beneficiarios del derecho a alimento luego de la muerte.

En caso que no se respete esta obligación de alimento el testamento es inoficioso (art 1374¹⁶), pero a su vez del art 1375¹⁷ surge que el testamento igualmente subsiste siempre que se cubra la pensión establecida a favor del pariente, por lo que en lo que no se perjudique este derecho se mantienen las otras disposiciones testamentarias.

II.1.3. HONDURAS

Establece la libertad testamentaria¹⁸ siempre que se respeten las asignaciones forzosas, a las que el art 1147 define diciendo que son las que necesariamente el testador debe respetar, por ende las que está obligada a hacer, y que en caso de no respetarlas se suplen aún cuando se afecten las disposiciones testamentarias.

Se consideran asignaciones forzosas:

- 1.- Los alimentos que se deben por la ley a ciertas personas.
- 2.- La porción conyugal.

II.1.4. EL SALVADOR

Establece la obligación de dejar alimentos en su Art. 1141¹⁹: “El testador deberá designar en su testamento la cuantía de los alimentos que está obligado si no lo hiciere o la cuantía fuese inferior, el juez decidirá en caso de reclamación del alimentario o los alimentarios, ya determinando la pensión mensual alimenticia, tomando en cuenta el capital líquido del testador, o bien señalando de una vez la suma

¹⁶ Artículo 1374. “Es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia”. Recuperado el 13/07/2012 de <http://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-federal/>

¹⁷ Artículo 1375. “El preferido tendrá solamente derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho”. Recuperado el 13/07/2012 de <http://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-federal/>

¹⁸ Art. 979: “La testamentificación es libre. No hay más asignaciones forzosas que los alimentos debidos por ley a ciertas personas y la porción conyugal”. Código Civil - Lexadin.nl. Recuperado el 13/07/2012 de <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/arch/hon/codigocivil.pdf>

¹⁹ Código civil. Extraído el 28/08/2012 de http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_El_Salvador.pdf

total que deba pagarse a título de alimentos, suma que no debe exceder de la tercera parte del acervo líquido de la herencia para todos los alimentarios”.

También establece el artículo “Cuando concurren varios, el juez la distribuirá proporcionalmente y equitativamente”.

A ningún alimentario puede privarse de su porción alimenticia, a no ser por una de las causas establecidas en testamento y probada, ya sea en vida del causante, o después de su muerte, por quienes le interesa la privación.

Quedan exceptuados de la prueba “cuando no se reclamaren los alimentos dentro de los cuatro años subsiguientes a la apertura de la sucesión; o dentro de los cuatro años contados desde el día en que haya cesado su incapacidad de administrar, si al tiempo de abrirse la sucesión era incapaz”(art 1141).

II.1.5. NICARAGUA

En su art 1197²⁰: El testador tiene libertad pero debe respetar las asignaciones forzosas que son: los alimentos que se deben por la ley a ciertas personas y la porción conyugal.

En caso de no respetar lo anterior se suplen las disposiciones establecidas por el causante hasta dejar a salvo estas asignaciones.

II.1.6. COSTA RICA

En su art 595²¹ establece la libertad testamentaria, ya que permite disponer libremente de los bienes siempre que deje asegurados los alimentos de su hijo, la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten.

²⁰ Art.1197.- “Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas”. Código Civil de la República de Nicaragua. Extraído el 13/07/2012 de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigonicaragua.pdf>

²¹ ARTÍCULO 595.-“El testador podrá disponer libremente de sus bienes, con tal de que deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo; además, deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten.

Si no se hace caso a la obligación de dejar alimentos, se estima cual sería el monto de ella y una vez cubierta lo que queda es lo que se le dará al heredero.

II.1.7. PANAMÁ

Permite disponer por testamento de los bienes, con total libertad pero se establece como límite el dejar alimentos a hijos, padres y consortes.

En caso de no hacerlo se salvara dicha parte y luego se entregara el resto al heredero. Esta obligación alimentaria se debe si el pariente está necesitado en caso de contar con bienes queda exceptuado²².

II.1.8. GUATEMALA

Se establece que toda persona capaz puede testar y disponer de sus bienes para después de su muerte siempre que se respete el derecho a determinadas personas a ser alimentadas²³.

Están obligados a darse alimentos: los cónyuges, los ascendientes, descendientes y hermanos (art 283).

Si el testador omite cumplir con la obligación de proveer alimentos, el heredero solo recibirá de los bienes lo que sobre, después de dar al alimentario, previa estimación de peritos, una cantidad suficiente para asegurar sus alimentos.

Si los hijos, los padres o el consorte poseen, al morir el testador, bienes suficientes, el testador no estará obligado a dejarles alimentos". Costa Rica: Ley N º 63, Código Civil - la OMPI. Recuperado el 13/07/2012 de http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=220798

²² Art. 798: "toda persona hábil puede disponer por testamento libremente de sus bienes, con tal que deje asegurado los alimentos de los hijos que tengan derecho a ellos de acuerdo con la ley, durante el tiempo al que se refiere el art 233 de la presente ley y los de sus padres, los de su consorte e hijos inválidos, mientras lo necesiten.

Si el testador omite cumplir esta obligación de alimentos, el heredero no recibirá de los bienes sino lo que sobre, después de darse al alimentista, previa estimación de peritos, lo bastante a asegurar sus alimentos.

Si los hijos, los padres o el consorte tuviesen al morir el testador, bienes bastantes, no está obligado a dejarles alimento". Código Civil de la República de Panamá. E3xtraido el 13/07/2012 de <http://docs.panama.justia.com/federales/codigos/codigo-civil.pdf>

²³ Art. 936; "La libertad de testar sólo tiene por límite el derecho que algunas personas tienen a ser alimentadas". código civil Guatemala. Recuperado el 13/07/2012 de <http://es.scribd.com/doc/2532415/codigo-civil-guatemala>

II.2. REGÍMENES QUE ESTABLECEN A FAVOR DE CIERTOS HEREDEROS UNA PORCIÓN LEGÍTIMA

En este caso se otorga a ciertos parientes predeterminados por la ley el derecho a una porción forzosa de la que no puede disponer desde ningún punto, quedando solamente lo que exceda a esta, para la libre disposición del causante, lo que se denomina porción disponible. En estos regímenes se observan aquellos en los que se establecen una legítima variable y otros una fija, en los primeros la cuota cambia dependiendo de los herederos que se presentan y en los segundos se establece una porción invariable, más allá de la cantidad de herederos que concurran (Natale, 2008).

A continuación se enuncian ejemplos de los distintos sistemas.

II.2.1. SISTEMAS CON CUOTA VARIABLE

II.2.1.1. FRANCIA

El código Civil francés (art. 913) dispone “que el causante no puede hacer liberalidades, por actos entre vivos o por testamento, que excedan la mitad de sus bienes si a su muerte tiene un hijo; la tercera parte, si deja dos hijos; y la cuarta parte si deja tres o más, sean legítimos o naturales (texto conforme la ley 723, del 3 de enero de 1972). El art. 914 dispone que la porción disponible del causante es de la mitad de sus bienes; si a falta de descendientes, dejase ascendientes de ambas líneas (paterna y materna) y es de las tres cuartas partes si deja ascendientes de una sola línea”²⁴.

II.2.1.2. ITALIA

En el Código Civil italiano la legítima es: para descendientes la mitad, si hay un solo hijo legítimo; dos tercios si hay más; los ascendientes tienen la mitad y el cónyuge el usufructo de los dos tercios de los bienes (Borda, 1994).

²⁴ Natale, R.M. (2008). La acción de reducción. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado el 26/10/2011 de <http://www.acaderc.org.ar>

II.2.1.3. URUGUAY

En el Código Civil de Uruguay un hijo tiene la mitad de las bienes, dos hijos tienen las dos terceras partes, tres o más, las tres cuartas partes (art. 887)²⁵.

Importante recordar que el art 885 se enuncia quienes tienen legítimas asignadas y son:

-“Los hijos legítimos, personalmente o representados por sus descendientes legítimos o naturales.

-Los hijos naturales, reconocidos o declarados tales, personalmente o representados por su descendencia legítima o natural.

-Los ascendientes legítimos”.

“La porción legitimaria se dividirá por partes iguales entre los legitimarios que concurren. No habiendo hijos legítimos, ni naturales, reconocidos o declarados, ni descendencia con derecho a representarlos, la legítima de los ascendientes será la mitad de la herencia” (art. 887).

II.2.2. CON PORCIÓN LEGÍTIMA FIJA

II.2.2.1. ALEMANIA

En su Código Civil establece la legítima en la mitad para descendientes, padres y cónyuge (Borda, 1994).

II.2.2.2. SUIZA

Concede en su art. 471 la siguiente legítima:

Descendientes: tres cuartos

Padre y la madre: la mitad

²⁵ Art. 887. “Habiendo un solo hijo legítimo o natural reconocido o declarado tal o descendencia con derecho a representarle, la porción legitimaria será la mitad de los bienes; si hay dos hijos, las dos terceras partes; si hay tres o más hijos, las tres cuartas partes”. Código Civil (Actualizado al 2002), recuperado el 14/07/2012 de http://200.40.229.134/codigos/codigocivil/2002/cod_civil-indice.htm

Hermanos: un cuarto (Borda, 1994)

II.2.2.3. BRASIL

Fija una legítima de la mitad de los bienes a los descendientes, los ascendientes y el cónyuge²⁶.

II.2.2.4. PERÚ

El Código Civil Peruano en el art 725 establece la porción de dos tercios para descendientes y cónyuge, y de un medio si sólo tiene ascendientes (art. 726), en caso de que no haya ninguno de estos herederos, se tiene libre disposición sobre los bienes²⁷.

II.2.2.5. VENEZUELA

Surge del art. 884 que establece que es la mitad de los respectivos derechos en la sucesión intestada²⁸ y el art 883 del Código Civil aclara a quienes alcanza la legítima; “a los descendientes, a los ascendientes y al cónyuge sobreviviente que no esté separado legalmente de bienes”

II.2.2.6. PARAGUAY

Según el art 2598²⁹, la legítima es la siguiente:

-Descendientes tienen cuatro quintos;

-Ascendientes dos tercios;

²⁶Natale, R.M. (2008). La acción de reducción. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado el 26/10/2011 en <http://www.acaderc.org.ar>

²⁷ Art 725 “Tercio de libre disposición el que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes; Art 726.- Libre disposición de la mitad de los bienes el que tiene sólo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes”, Artículo 727.- “Libre disposición de la totalidad de los bienes el que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes”. Código civil. Recuperado el 15/08/2012 de <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01166.pdf?view=1>

²⁸ Artículo 884 del Código Civil: “La legítima de cada descendiente o ascendiente, legítimos o naturales, y la del cónyuge, será la mitad de sus respectivos derechos en la sucesión intestada”. Código Civil Venezolano. extraído el 15/08/2012 de <http://es.scribd.com/doc/501015/Codigo-Civil-Venezolano>

²⁹ código civil. Extraído el 15/08/2012 de http://www.portalguarani.com/detalles_museos_otras_obras.php?id=27&id_obras=1571&id_otras=242

-El cónyuge la mitad (siempre que no haya ascendientes ni descendientes);

-El adoptante y el adoptado la mitad, esto en concordancia con el art 2594 en donde se establece que si la adopción es plena, el adoptante hereda al adoptado, excluyendo a los padres de sangre, salvo en los bienes que el causante hubiere recibido por liberalidades de sus parientes de sangre. Estos últimos los hereda el padre de sangre, excluyendo al adoptante.

-El cónyuge viudo: art 2589 “El cónyuge que permaneciere viuda y no tuviere hijos, o que si los tuvo, no sobrevivieren al tiempo en que se abrió la sucesión de sus suegros, tendrá derecho a la tercera parte de los bienes que hubieren correspondido al otro cónyuge en dichas sucesiones”.

-Concubino supérstite Artículo 91 ley 1/92.- “Si la unión termina por muerte de uno de los concubinos, siempre que ella tuviera cuanto menos cuatro años de duración, el sobreviviente recibirá la mitad de los gananciales y la otra mitad se distribuirá entre los hijos del fallecido, si lo hubiere. Si el causante tuviere bienes propios, el concubino supérstite concurrirá con los hijos, en igualdad de condiciones de éstos. El derecho de representación del concubino supérstite sólo se extiende a sus descendientes en primer grado”³⁰,

II.3. RÉGIMEN CON MEJORA

Otro caso de régimen en que si bien se establecen una porción legítima, que permite a su vez que lo que no queda resguardado por ella sea de libre disposición, se le agrega una tercera, porción de la cual el testador puede disponer, pero sólo a favor de los herederos forzosos, permitiendo así mejorar a alguno/s de ellos (Borda, 1994).

Tal lo que sucede en los países nombrados a continuación.

³⁰ Ley 1/92 - DE LA REFORMA PARCIAL DEL CÓDIGO CIVIL. Extraído el 15/08/2012 de http://www.buscoley.com/pdfs/l_0001_1992.pdf

II.3.1 ESPAÑA

En el código civil español, en su artículo 807³¹ se establece quienes son los herederos forzosos: los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes; a falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes; el viudo o viuda.

Y en el art 808 se dice que la legítima de los hijos y descendientes es de las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre, pero se permite a los últimos, disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. Y lo demás constituye la porción disponible

En el art. 809 delimita la legítima de los padres o ascendientes que es la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia.

Corresponde lo que se denomina legítima corta, que es de un tercio, y se distribuye en partes iguales entre los hijos y descendientes.

También se tiene derecho de mejora o legítima larga, que equivale a otro tercio, el que se destina a los hijos y nietos. Sin necesidad de que sea en partes iguales, ya que se puede querer beneficiar en mayor medida a alguno sobre otro.

“Los Padres y demás ascendientes, a falta de descendientes, les corresponde un tercio de la herencia, si hay cónyuge viudo, o a la mitad, si 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

³¹ Código Civil español - Universidad Complutense de Madrid. Extraído el 15/08/2012 de <http://www.ucm.es/info/civil/jgstorck/leyes/ccivil.htm>

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 herencia³²”.

En España coexisten, junto al Derecho Común, los derechos forales, se cita el ejemplo de Aragón que ha ido ampliando su capacidad de disposición. Y presenta ciertos particularismos en relación al código civil español, los cuales se plasmarán a continuación siguiendo a Ignacio Lasierra Gómez³³.

En Aragón la legítima es de la mitad del caudal hereditario del causante, además se otorga al causante la facultad de entregarla a un solo heredero legitimario, o bien repartirla proporcionalmente entre todos ellos.

Se consideran legitimarios a todos los descendientes, sin importar el grado de preferencia. Se consideran tales a los hijos y descendientes del causante por naturaleza, y por adopción. Al aceptar sólo como legitimarios a los descendientes se aleja del código español que también les da esa categoría a los ascendientes y al cónyuge viudo.

También lo hace en relación a la cuota legítima establecida, ya que en el derecho aragonés es de la mitad del caudal hereditario, mientras que en el Código Civil las dos terceras partes, y una de libre disposición.

Con esta disminución se observa un claro paso hacia una mayor libertad y capacidad de disposición, denotándose también tal intención en el hecho de incluir la legítima colectiva, que significa que no está establecida a favor de descendientes considerados individualmente, sino a todos ellos, conformando un grupo abstracto y permitiendo tal lo dice el artículo 171.2 que pueda “distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno

³² LA LEGÍTIMA HEREDITARIA - TuAbogadoDefensor.com (2012). Extraído el 15/08/2012 de [www.tuabogadodefensor.com/.../01ecd193e81150304_copia\(1\).html](http://www.tuabogadodefensor.com/.../01ecd193e81150304_copia(1).html)

³³ Ignacio Lasierra Gómez. «La legítima en el Derecho civil aragonés», Cuadernos “Lacruz Berdejo”. Extraído el 21/06/2012 de <http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=94>

sólo”, esta potestad muestra una mayor capacidad para disponer sobre el patrimonio, aunque como protección al pariente preferente que quede sin ser beneficiado, se le da derecho a pedir alimentos.

II.3.2. COLOMBIA

En su Código en el artículo 1240³⁴ establece quienes son los legitimarios: los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente, o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial; los ascendientes; los padres adoptantes; los padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple.

La masa se fracciona en cuatro partes, existiendo descendientes, les corresponde a ellos, la mitad, o sea, dos de las partes, que se dividen por estirpes o cabeza entre ellos, otra cuarta, para las mejoras para beneficiar a uno o más de sus descendientes; y otra cuarta de libre disposición³⁵.

En el art 1242 se dispone que no habiendo descendientes legítimos, ni hijos naturales por sí o representados, a derecho a suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio³⁶.

II.3.3. CHILE

En el art 1182 de su código civil se establece quienes son los legitimarios y en el 1184 establece las legítimas rigurosas³⁷.

El art 1182 establece los legitimarios y son: los hijos, personalmente o representados por su descendencia; los ascendientes, y el cónyuge sobreviviente.

No serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada

³⁴ código civil colombiano. Extraído el 12/08/2012 de http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf

³⁵ Natale, R.M. (2008). La acción de reducción. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado el 26/10/2011 de <http://www.acaderc.org.ar>

³⁶ código civil colombiano. Extraído el 12/08/2012 de http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf

³⁷ Código civil chileno. Extraído el 12/08/2012 de <http://www.nuestroabogado.cl/codcivil.htm>

judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre. Tampoco lo será el cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio perpetuo o temporal.

Art 1184: La mitad de los bienes, se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigurosa.

No habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente, ni ascendientes, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio.

Habiendo tales descendientes, cónyuge o ascendientes, la masa de bienes, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a su cónyuge o a uno o más de sus descendientes o ascendientes, sean o no legitimarios, y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio.

“La profesora de la Facultad de Derecho, María Sara Rodríguez, realizó una breve comparación de las legítimas chileno-españolas. Explicó que en España, 2/3 de la herencia se puede destinar para la mejora de algunos descendientes. En Chile, el 75% de la masa hereditaria se destina a legítimas y mejoras. La parte de mejoras (1/4) se toma de la parte de libre disposición. Dijo además que la legítima es mayor y se saca de la libre disposición quedando en el $\frac{3}{4}$ para descendencia, ascendencia y para cónyuge viudo.”³⁸.

II.3.4. PUERTO RICO

En el art. 736, establece quienes son los herederos forzosos:

³⁸ Coloquio "La libertad de testar y sistema de legítimas en España: actuales perspectivas". Extraído el 12/08/2012 de <http://www.uandes.cl/noticias/coloquio-la-libertad-de-testar-y-sistema-de-legitimas-en-espana-actuales-perspectivas.html>

1-Los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos, y los hijos naturales legalmente reconocidos respecto de sus padres y ascendientes naturales o legítimos.

2- A falta de los anteriores, los padres y ascendientes legítimos respecto de sus hijos y descendientes legítimos.

3- El viudo o viuda

Se establecen las siguientes legítimas:

Hijos y descendientes, siendo la misma las dos terceras partes del haber hereditario del padre y madre. Pudiendo mejorar con una parte de las dos que lo forman a sus hijos y descendientes³⁹.

Padres o ascendientes: la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes (art 738)⁴⁰.

II.4. APRECIACIONES SOBRE ESTOS SISTEMAS

Respecto a estos se ha debatido desde atañe sobre la conveniencia de adoptar uno u otro, cuál es más ventajoso, pero aún hoy no hay unanimidad en la adopción de un sistema, siendo diversas las posturas en los distintos lugares del mundo.

“Todavía no lo han resuelto uniformemente ni la doctrina, ni la legislación comparada. Más en el estado actual de esta última podemos sentar como principio el

³⁹ Art. 737: “Constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos 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 y descendientes legítimos o naturales legalmente reconocidos. La tercera parte restante será de libre disposición”. Código Civil de Puerto Rico. Extraído el 12/08/2012 de <http://es.scribd.com/doc/12853113/Codigo-Civil-de-Puerto-Rico>

⁴⁰ Art. 738. “Legítima de padres o ascendientes. Constituye la legítima de los padres o ascendientes, la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes. De la otra mitad podrán éstos disponer libremente, salvo lo que se establece en la (31 LPRA sec. 2413) de este código”. Código Civil de Puerto Rico. Extraído el 12/08/2012 de <http://es.scribd.com/doc/12853113/Codigo-Civil-de-Puerto-Rico>

que la raza latina adopta el sistema de la legítima, en tanto que la raza anglosajona, de acuerdo a su índole individualista, se inclina por el de la libertad de testar⁴¹”.

Vera (1900)⁴² establece que en caso de elegir un sistema de legítimas hay que definir hasta que punto deben existir, para no restringir el derecho de propiedad, al que cataloga como el más importante, haciendo notar que la gran discusión se centra entre los que fundamentan sus ideas en el absoluto derecho de propiedad o en el bien de la familia.

Siguiendo su obra, se pregunta sobre el fundamento de una limitación a la libertad de testar y va enunciando distintas teorías y explicando sus desventajas:

1-Copropiedad familiar:

Los herederos son condueños en los bienes del padre, y los recibirán cuando se produzca el deceso de este.

A esta tesis la descarta al ver como se limitara la autoridad paterna y la administración y disponibilidad del bien, lo peligroso que puede llegar a ser a punto tal que se pueda atacar al futuro causante y su autoridad.

2-Obligación de alimento:

Lo descarta por ser distinto el fundamento de ambas instituciones, ya que el alimento se debe en razón de la falta de medios de la persona para procurárselos, y la legítima corresponde indistintamente de la necesidad o no del heredero.

3-La costumbre

Que cree sería el fundamento más cercano.

⁴¹ Ovsejevich, L. *Legítima*. Extraído el 08/08/2012 de http://www.fundacionkonex.org/ckfinder/userfiles/files/LEGITIMA%20-%20Dr_%20Luis%20Ovsejevich.pdf

⁴² Vera, R (1900). *Conviene establecer en Chile la libertad de testar y en caso contrario que limitaciones ha de tener*. Santiago de Chile: Cervantes. Extraído el 13/07/2012 de <http://www.bcn.cl/bibliodigital/dhisto/lfs/libertad/portada.pdf>

Si bien la legítima en tiempo histórico logró proteger a los hijos, de que su padre, deje su patrimonio a terceros; del poder que este ejercía a punto tal que podía condicionar el futuro de sus descendientes, y dejarlos sin herencia por más que los hijos lo hayan ayudado a mantener y hacer crecer la fuente de ingresos, la situación de hoy es muy distinta.

La forma de vida y familias ha cambiado radicalmente en estos tiempos, hay divorcios y formación de nuevas familias, lo que lleva a distanciarse a algunos hijos de sus padres, muchas veces por los mismos ritmos actuales, trabajos, diversas actividades, produciéndose un apartamiento.

“Las razones que justificaron la institución de la legítima han cambiado, como también ha cambiado el universo familiar que no encuentra cabal protección en la legítima⁴³”.

Es de remarcar que el problema se encuentra no cuando una familia vive en armonía, se mantienen los lazos de afectividad y solidaridad, sino que surgen cuando, estos vínculos se rompen, se resquebrajan y dan paso al abandono, a la falta de asistencia, de cariño, cuidado. Se hace ilógico mantener esa protección sobreabundante a ciertos parientes.

Lo que deriva en que sea aún más necesaria, una mayor capacidad de disposición, para que pueda el futuro causante decidir a favor de quienes lo han cuidado, amado, estado presente, que muchas veces incluso no son familiares.

No puede dejarse de señalar, que los países más desarrollados adoptan una amplia libertad de testar.

⁴³ Lloveras, N, Orlandi, O y Kowalenko, A. (2011). *La indivisión hereditaria y la legítima*. Presentado en XXIII Jornadas de Derecho Civil 2011. Recuperado el 10/08/2012 de <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C7/C7-012.pdf>

Hay que ver que no se esté manteniendo un régimen tan estricto por una mera costumbre o la dificultad que implica un cambio en el sistema.

Como se ha manifestado cuando se trata el tema de la legítima surge un enfrentamiento con el derecho de propiedad y la libertad, el primero se ve limitado en el poder de disposición para después de la muerte, ya que está sujeto al respeto de la legítima.

“La libertad para disponer del propio patrimonio constituye la materialización de la autonomía de la voluntad. Por consiguiente, la libertad de testar, entendida como la facultad de decidir sobre el destino del propio patrimonio a la muerte, halla su fundamento reconocido en la Carta Magna”⁴⁴.

Sin embargo en un régimen como el nuestro hay una restricción en el derecho a testar, disminuyendo la capacidad de disposición del patrimonio del causante, por ende se reduce la autonomía de la voluntad confrontando lo establecido con la Constitución Nacional.

Se advierte una necesidad de reforma de nuestro ordenamiento, de reducción de esas legítimas, especialmente cuando hay descendientes, donde prácticamente desaparece la posibilidad de testar, siendo lo que queda de libre disposición muy intrascendente, llevando a que se pierda interés por esta posibilidad que ofrece el Código.

Se puede observar que la alta legítima argentina trae consecuencias que, incluso son claras para el ciudadano común, quien nota la necesidad de una modificación de nuestro régimen, en este caso, a través de una encuesta realizada por

⁴⁴ Lloveras, N, Orlandi, O y Kowalenko, A. (2011). La indivisión hereditaria y la legítima. Presentado en XXIII jornadas de Derecho Civil 2011. Recuperado el 10/08/2012 de <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C7/C7-012.pdf>

CAPS⁴⁵, en la feria del libro a personas que asistían a este evento, se les consulto por el sistema hereditario argentino.

Como resultado, más de la mitad de los encuestados contestó, que preferiría un régimen de total libertad testamentaria, en donde los hijos tengan que "ganarse la herencia", pero con el derecho de los hijos menores a ser protegidos mediante una cuota alimentaria⁴⁶.

De esta misma encuesta surgen los siguientes puntos:

-Que si se otorga mayor libertad testamentaria cada cual puede disponer de sus bienes de la forma que le resulte más conveniente.

-Permite mayor cuidado de la familia, especialmente en el caso de haber un discapacitado o algún heredero con problemas para poder conseguir ingresos.

-Permite premiar a los que están cerca, cumpliendo con su rol de buen familiar, cuidando, acompañando, y castigar a los que no, poniendo remedio a situaciones que se creen injustas cuando se beneficia por igual al que está presente y al que se desentiende de su familia.

A su vez se muestra un lado negativo y es que se otorgue una institución que abra paso a injusticias o manipulaciones de terceros para obtener beneficios.

Finalmente para concluir con este capítulo se establecen los argumentos a favor y en contra del sistema adoptado en nuestro país.

⁴⁵ “El CAPS Asociación Civil es la primera entidad hispanoparlante consagrada al establecimiento, la práctica y la difusión de la Planificación Personal en todas sus ramas: patrimonial, sucesoria y financiera. Nuestra misión es investigar, desarrollar y difundir la Planificación, metodología ineludible para prevenir conflictos y prever el futuro en la sociedad, la familia y la empresa, hacia una calidad de vida mejor”. ¿Hay que modificar el sistema hereditario argentino? (2007). Extraído el 15/10/2011 de www.caps.com.ar/articulos/articles.php?art_id=57&start=1

⁴⁶ ¿Hay que modificar el sistema hereditario argentino? (2007). Extraído el 15/10/2011 de www.caps.com.ar/articulos/articles.php?art_id=57&start=1

II.5. ARGUMENTOS A FAVOR DEL SISTEMA DE LEGÍTIMA

- Responde a un sentimiento de justicia, ya que reduce las posibilidades de que el causante abuse de su facultad de disposición de bienes y se vea influenciado por extraños que hagan manejos en contra de los herederos, pudiendo lograr que un tercero manipule al padre para que deje sin bienes a un hijo sin justa causa (Vera, 1900⁴⁷).

- Favorece la justicia e igualdad entre hijos y descendientes (López del Carril, 1991), impidiendo la generación de rencores, peleas, celos entre los herederos.

- Es “exagerada una autoridad paterna fundada en el temor a la desheredación” (López del Carril, 1991, p.179).

-“Que la división de los bienes que producían y producen varias sucesiones convierten en antieconómica la división” (López del Carril, 1991, p.179).

-Ayuda a la movilización de la propiedad y evita enriquecer a un extraño a expensas de la familia⁴⁸.

II.6. ARGUMENTOS EN CONTRA DEL SISTEMA DE LEGÍTIMA

-No se distinguen las cualidades y diferencias entre los hijos, y hacen que el sistema de legítimas impida una distribución más justa del patrimonio.

- “Quebranta la autoridad paterna” (López del carril, 1991, p. 179)

-“La libertad de testar daba coherencia y estabilidad al núcleo familiar” (López del carril, 1991, p. 179)

-“El sistema legitimario destruía la propiedad por su continua división entre los herederos en varias sucesiones” (López del carril, 1991, p.179)

⁴⁷ Vera, R (1900). Conviene establecer en Chile la libertad de testar y en caso contrario que limitaciones ha de tener. Santiago de Chile: Cervantes. Extraído el 13/07/2012 de <http://www.bcn.cl/bibliodigital/dhisto/lfs/libertad/portada.pdf>

⁴⁸ Magariños, V. (2005). Análisis de la libertad de testar. Extraído el 09/08/2012 de <http://www.joaquincosta.org/wordpress/trabajos/libertad-testar>

-“El derecho de propiedad es absoluto y por lo tanto, no es posible limitar las potestades del propietario”. En contra de este argumento sostiene que “ya nadie concibe la propiedad como un derecho absoluto, y que el estado tiene la potestad de regular y limitar los derechos de los propietarios” (Borda, 1994, p.78).

-Da mayor coherencia y unidad a la familia, al robustecer la autoridad paterna: “es indudable que su facultad para disponer libremente de sus bienes le permitía mantener una mayor sujeción de los hijos a su voluntad” (Borda, 1994, p.79).

-Que dejar todos los bienes a un hijo (por lo general el mayor) permite mantener el rango y el poder de la familia, hoy “no puede hablarse de la conveniencia de mantener el rango de la familia, pues ello repugna a la conciencia democrática moderna” (Borda, 1994, p.79).

“La posibilidad de que el padre, sin otra causa que una razón de orgullo o una pretensión de poderío, desherede a varios hijos para concentrar todos los bienes en cabeza del mayor, es inconciliable con el espíritu de igualdad de que están animadas las sociedades contemporáneas” (Borda, 1994, p.79).

-Que se impide la subdivisión excesiva de los inmuebles, lo que importa inutilizarlos desde el punto de vista económico, “es sólo cuando conduce a dividir lo que constituye una unidad económica”, en este caso se plantea como solución declarar la indivisibilidad (Borda, 1994, p.79).

Siguiendo a Magariños⁴⁹:

- El estado no tiene porque establecer lo que el propietario tiene que hacer con sus bienes, ni cómo distribuirlos.

- No se justifica que la libertad y el derecho de propiedad tengan un contenido máximo en vida y que se restrinjan para después de la muerte.

⁴⁹ Magariños, V. (2005). Análisis de la libertad de testar. Extraído el 09/08/2012 de <http://www.joaquincosta.org/wordpress/trabajos/libertad-testar>

- Garantiza el acierto en la elección del heredero y el reparto equitativo.
- Estimula el esfuerzo y cooperación de los hijos.
- Conserva las familias manteniendo el espíritu y tradiciones de las mismas.
- La libertad de testar permite conservar la propiedad de la tierra y de la industria de manera adecuada para su mayor rentabilidad.
- Se critica el porqué mantener una institución que obliga a una relación que ya se ha perdido.

En este capítulo se han enunciado y caracterizado los regímenes vigentes a nivel mundial, ejemplificándose en que países se aplica cada uno, para luego poder comparar estos con lo que sucede en nuestro país.

Se ha mostrado la necesidad que hay en la población de un cambio en nuestro régimen a un sistema de absoluta libertad, aunque desde este trabajo se pretende mantener el sistema vigente pero adaptado a las necesidades actuales, donde es de fundamental importancia la libertad.

Se han podido enunciar los diferentes argumentos a favor y en contra del régimen imperante en nuestro derecho, el de legítima, para luego poder al final del trabajo determinar su conveniencia o no.

Para lograr lo anterior, es de suma importancia conocer que han establecido los proyectos planteados en nuestro país, motivo por el cual en el próximo capítulo se tratará sobre ellos.

CAPÍTULO III

III.- PROYECTOS DE REFORMA

III.1. PROYECTOS PRESENTADOS

Se han propuesto en el Congreso Nacional diferentes proyectos para modificar el sistema actual.

Unos se han encaminado a suprimir la legítima, para implantar la libertad de testar. Entre ellos y siguiendo a Ovsejevich⁵⁰:

-Año 1912, Carlos Carlés, plantea modificar el art 3606 por el siguiente:

"Toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla goza de absoluta libertad para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, con arreglo a las disposiciones de este Código, sea bajo el título de institución de herederos o bajo el título de legados o bajo cualquier otra denominación propia para expresar su voluntad, sin que esté obligado a respetar porción legítima alguna a herederos forzosos".

-Año 1922, Ezequiel S. Olazo, proponía la modificación del artículo 3606, por este texto:

"Toda persona capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento, sea bajo el título de legados o bajo cualquier otra denominación propia para expresar su voluntad. La libertad de testar es absoluta".

-Año 1928, Bergalli, Bard, Rodríguez, González Zimmermann, Mihura, Antille, Ingaramo, Vázquez, Zavala y Peyrotti, proponían la modificación de los artículos 3591 y 3606 quedando redactados de la siguiente manera:

⁵⁰ Ovsejevich, L. *Legítima*. Extraído el 08/08/2012 de http://www.fundacionkonex.org/ckfinder/userfiles/files/LEGITIMA%20-%20Dr_%20Luis%20Ovsejevich.pdf

"Artículo 3591: La legítima de los herederos consanguíneos, como la de los colaterales, es tan solo un derecho relativo de sucesión a la herencia de que no haya dispuesto el testador, pues éste puede disponer libre y ampliamente de su patrimonio: y siendo que no lo hiciera sino de una parte, el remanente de sus bienes, a su fallecimiento, pasara a sus parientes, de acuerdo y conforme a las disposiciones del Código Civil".

"Artículo 3606: La libertad de testar es absoluta. Toda persona capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento bajo cualquier denominación que determine expresamente su última voluntad".

Proyectos que plantean la reducción de la legítima.

Se sigue a Ovsejevich⁵¹ en los puntos a-, b-, c- y d-

a- Año 1915, Rolón plantea la reducción "en una tercera parte de la porción legítima de los herederos forzosos".

b- Año 1922, Quirós, establece:

"La porción legítima de los hijos será la mitad de la masa de los bienes, concurriendo a la división por cabeza y observándose el derecho de representación. Con la otra mitad podrá (el testador) mejorar a cualquiera de ellos o hacer legados a terceros" y que "La porción legítima de los ascendientes es de un tercio de los bienes".

c- Anteproyecto de Bibiloni de 1926

"La legítima de los descendientes legítimos, es de dos tercios de los bienes. La de los ascendientes legítimos, la mitad. La de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes legítimos, es la mitad, aunque los bienes sean gananciales" y "La legítima de los hijos naturales, de los adulterinos y de los

⁵¹ Ovsejevich, L. *Legítima*. Extraído el 08/08/2012 de http://www.fundacionkonex.org/ckfinder/userfiles/files/LEGITIMA%20-%20Dr_%20Luis%20Ovsejevich.pdf

incestuosos, cuando no existen descendientes o ascendientes legítimos ni cónyuge, es la mitad de los que les corresponde en la sucesión ab intestato. La de los padres naturales es la mitad de los que les correspondería como herederos ab intestato. Los padres adulterinos y los incestuosos, no tienen legítima. La legítima del cónyuge en concurrencia con padres naturales, es la mitad de lo que le correspondería en la sucesión ab intestato".

Explica en la nota del art 3163 el porqué del aumento de la porción disponible, estableciendo que la mayoría de los Códigos proponen ampliar la facultad de disposición del dueño sobre sus bienes, ya que este es el que sabe de las actitudes y cualidades de sus parientes, a quienes se quiere proteger pero como bien lo explicita "La legítima tiene el propósito de asegurar los bienes hereditarios para ciertos sucesores. Pero no es un medio cierto de asegurar la posición de los hijos".

"El simple hecho de que los Códigos más recientes amplíen la parte disponible, es la demostración concluyente de que es un error el paralizar las facultades del padre para amparar a sus hijos, y que si la legítima es una protección para éstos, también lo es la parte de que el causante puede disponer libremente en favor de ellos o de terceros que los acompañaron fielmente en la administración de sus bienes y fueron sus compañeros de trabajo para adquirirlos".

d- El Proyecto de Reformas del año 1936

"La legítima que la ley reconoce a los diversos herederos queda fijada como sigue: 1º En las dos terceras partes de los bienes, para los descendientes legítimos; 2º En la mitad, respecto de los ascendientes legítimos; 3º En la mitad, en cuanto a los cónyuges, siempre que no concurren ascendientes ni descendientes legítimos, aunque se trate de gananciales que correspondían al causante; 4º En la mitad de su cuota, dentro de la sucesión intestada, para los hijos ilegítimos, cuando no existan

descendientes o ascendientes legítimos, ni cónyuge; 5° En la mitad de la porción asignada por el artículo 2005 a los padres ilegítimos".

Además "si no hay posteridad legítima, el padre y madre natural que le hubieren reconocido serán sus herederos por partes iguales. Si concurren con el cónyuge, les corresponderá la mitad de la herencia; y para formar la masa se tomarán en cuenta los gananciales del causante. Esa mitad se la repartirán por cabeza. Si hay sólo padre o madre, le corresponderá un tercio; y los otros dos tercios al cónyuge".

e) Anteproyecto de 1954, establece legítimas variables, según el número de descendientes, quedando la porción disponible en la mitad si dejaba un hijo, de un tercio si dejaba dos o tres, y de un cuarto si dejaba mayor número de descendientes (Zannoni, 1999).

f) En el Proyecto de Código Civil de 1998, se establece en su art 2394: "Legitimarios. Tienen una porción legítima de los bienes del causante, 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" y en el art 2395: Porciones legítimas. La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio⁵².

Siguiendo a Medina⁵³ se puede observar que se busca con el proyecto un mayor respeto a la autonomía de la voluntad, reflejándose al proponer disminuir las legítimas, con lo que se busca obtener una mayor porción de libre disposición, ya que Vélez optó por legítimas muy altas, que hoy en día llevan a que la porción de libre disposición sea muy limitada, especialmente cuando hay descendientes, siendo lo más

⁵² Proyecto de código civil 1998. Extraído el 19/08/2012 de www.usal.es/~derepriv/refccarg/proyecto/index.htm

⁵³ Medina, G. *Reforma al código civil en materia sucesoria*. Extraído el 20/07/2012 de http://upaderecho2.blogspot.com.ar/2008/08/reforma-al-codigo-civil-argentino-en_17.html

común, no quedando prácticamente mayores posibilidades de testar, por la mínima cuota de porción disponible.

En este proyecto no se optó por la incorporación de la mejora del sistema español.

Se busca un equilibrio, al mantener el régimen de legítimas, con repartición igualitaria de una parte de la herencia entre determinados parientes, dejando de lado el de una absoluta libertad de testar, pero reduciendo las mismas para generar mayor disposición de los bienes y así eliminar el uso de medios como el fraude para ayudar a quien considera el heredero que más lo necesita.

La “comisión ha pretendido afianzar los deberes naturales de los miembros de la familia, evitar el posible abuso del testador y flexibilizar la posibilidad de disponer de los bienes para después de la muerte a favor de quien más lo necesita”⁵⁴.

Se busca un balance entre solidaridad familiar y autonomía de la voluntad, permitiéndose una mayor proporción de libre disposición de los bienes.

g) Anteproyecto 2012

Se mantiene en lo que respecta a legitimarios y porciones asignadas, lo establecido en el proyecto de 1998.

Se expresa en el art 2444 quienes son los legitimarios: los descendientes, los ascendientes y el cónyuge y en el art. 2445 las porciones asignadas a cada uno:

La porción legítima de los descendientes es de DOS TERCIOS (2/3), la de los ascendientes de UN MEDIO (1/2) y la del cónyuge de UN MEDIO (1/2)⁵⁵.

⁵⁴ Medina, G. *Reforma al código civil en materia sucesoria*. Extraído el 20/07/2012 de http://upaderecho2.blogspot.com.ar/2008/08/reforma-al-codigo-civil-argentino-en_17.html

⁵⁵ Reforma al código civil y comercial. Extraído el 26/08/2012 de <http://www.codigocivil.argentina.ar/advf/documentos/4f997912226b8.pdf>

III.2. PROYECTOS DE LEY RECIENTES

A continuación se enuncia un proyecto presentado en 2010 firmado por Pais, Juan Mario; Dato, Alfredo Carlos; Blanco de Peralta, Blanca; Gonzalez, Nancy Susana, en el cual se propone sustituir los artículos 3593 y 3594 e incorporar el artículo 3748 bis⁵⁶, quedando los textos redactados de la siguiente manera:

"Artículo 3593. La porción de la legítima es de un medio si el causante sólo dejara un hijo a su muerte; es de dos tercios si dejara dos hijos; y tres cuartos si dejara tres o un número mayor de hijos, observándose en su distribución lo dispuesto en el art. 3570.

Sin embargo, el causante podrá disponer de hasta un tercio de la porción de la legítima para su aplicación a la mejora de alguno o algunos de los herederos forzosos protegidos por ella".

"Artículo 3594. La porción legítima de los ascendientes es de un medio observándose en su distribución lo dispuesto por el artículo 3571."

Se propone la incorporación del siguiente artículo:

"Artículo 3748 bis. Los ascendientes, descendientes y cónyuge podrán desheredar a aquellos herederos forzosos que no le hubieran prestado alimentos cuando por ley estuvieren obligados a hacerlo y hubiere dado causa de inicio de juicio de alimentos".

En sus fundamentos se aduce que la legítima implica una gran limitación a la libertad del testador y por ende afecta la facultad de disposición de los bienes para después de la muerte, por lo que se busca con el proyecto reducir las legítimas para ampliar la porción de libre disposición.

⁵⁶ Pais, J M; Dato, A C; Blanco de Peralta, B; Gonzalez, N S. (2010). Extraído el 22/08/2012 de <http://webappl.hcdn.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=115277>

Que en pos de mitigar los rigorismos del sistema se crean excepciones, que no traen soluciones sino que sólo conducen a desvirtuar el régimen.

Para la realización del proyecto se recurrió también al derecho comparado estableciéndose lo siguiente:

Que ya en el Código Civil francés en su art. 913, se manifiesta la diferencia de la porción de la legítima de acuerdo a la cantidad de hijos: "Las liberalidades, por actos inter vivos o por testamento, no podrán exceder de la mitad de los bienes del testador, si éste sólo dejara un hijo a su muerte; de la tercera parte, si dejara dos hijos; de la cuarta parte si dejara tres o un número mayor"⁵⁷.

No se deja de marcar en el proyecto la relación entre legítima y desheredación, y se propone la ordenación de una nueva causal, la desheredación del pariente que no preste alimentos debiendo hacerlo.

También en el proyecto se analiza la mejora, se busca incorporar al art. 3593 un segundo agregado, a fin de que el testador pueda "disponer de un tercio de la porción de la legítima para su aplicación a la mejora de alguno o algunos de los herederos forzosos protegidos por ella"⁵⁸.

Respecto a la mejora no se ve una opción adecuada, ya que puede generar grandes desigualdades entre los llamados a recibirla, generando disconformidad entre los que no se ven beneficiados con ella, e incluso pueden jugar razones injustas que terminan produciendo un resquebrajamiento en los vínculos.

Además no es un sistema que haya sido acogido a nivel internacional como ha quedado establecido en el capítulo referido a las legítimas en el derecho comparado.

⁵⁷ Pais, J M; Dato, A C; Blanco de Peralta, B; Gonzalez, N S. (2010). Extraído el 22/08/2012 de <http://webappl.hcdn.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=115277>

⁵⁸ Pais, J M; Dato, A C; Blanco de Peralta, B; Gonzalez, N S. (2010). Extraído el 22/08/2012 de <http://webappl.hcdn.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=115277>

Otro proyecto⁵⁹ presentado por Rossi, Alejandro Luis, donde también se propone modificar la porción legítima cuando a la sucesión concurren tanto ascendientes como descendientes, a través de la modificación de los artículos 3593 y 3594, para lograr la disminución de la porción legítima.

El texto propuesto es el siguiente:

"Artículo 3593: La porción legítima de los hijos es de dos quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiera donado, observándose en su distribución lo dispuesto en el artículo 3570".

"Artículo 3594: La legítima de los ascendientes es de un tercio de los bienes de la sucesión y los donados, observándose en su distribución lo dispuesto por el artículo 3571."

Los fundamentos del mismo son:

-Adecuar el régimen establecido por Vélez.

-El concepto de familia en el cual se basó Vélez Sarsfield estaba formado por vínculos biológicos y matrimoniales, pero este ha cambiado y han aparecido diferentes y nuevas relaciones familiares, se citan como ejemplos matrimonios que tienden a reducir la cantidad de hijos, parejas que deciden no tener hijos, parejas informales, parejas homosexuales, madres solteras, lo que muestra que la realidad de hoy en día, es muy distinta a la apreciada por el legislador originario, y generará graves conflictos si no se produce una evolución normativa que acompañe este cambio social.

-La Jurisprudencia muestra que los ciudadanos no cumplen la ley, atento a la limitación que se le impone por este régimen de legítimas altas.

⁵⁹Rossi, A L. (2011). Extraído el 22/08/2012 de <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0834-D-2011>

-La legítima genera límites que son muy altos en comparación al objetivo que busca cumplir.

-Limita el derecho a la libertad y propiedad, al ser muy reducida la porción de libre disponibilidad.

-Se cree que reducir las legítimas sería un gran estímulo a la generación de riquezas y animaría al espíritu emprendedor.

-La independencia de los jóvenes a temprana edad rompe con el modelo de "*pater familiae*".

Se deja en claro que con el proyecto no se persigue alterar la protección del interés familiar, debido a que se sigue sosteniendo la existencia de una porción legítima de la cual los herederos forzosos no pueden ser privados si no media una causa justa de desheredación.

Lo que se busca con el proyecto y citando textualmente parte de su fundamento es “adaptar el régimen de legítima adecuándolo al concepto actual de familia, protegiendo y garantizando derechos de raigambre constitucional, estimulando la generación de riquezas y fomentando el ejercicio responsable de la libertad, que a nuestro entender es el eje central de la tutela familiar”.

Otro proyecto es el presentado por Pais, Juan Mario - Currilen, Oscar Ruben - Cejas, Jorge Alberto - Plaini, Francisco Omar - Bernal, Maria Eugenia - Felix, Omar Chafi, donde se plantea la reducción de las legítimas, proponiendo el siguiente texto⁶⁰:

"Artículo 3593: La porción legítima de los hijos es de tres quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiera donado, observándose en su distribución lo dispuesto en el artículo 3570."

⁶⁰ Pais, J M, Currilen, O R, Cejas, J A, Plaini, F O, Bernal, M E, Felix, O C. (2012). Extraído el 22/08/2012 de <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0834-D-2012>

"Artículo 3594: La legítima de los ascendentes es de un tercio de los bienes de la sucesión y los donados, observándose en su distribución lo dispuesto por el artículo 3571."

Incorporar como artículo 3748 bis del Código Civil el siguiente texto:

"Artículo 3748 bis: Los ascendientes, descendientes y cónyuge podrán desheredar a aquellos herederos forzosos que no le hubieran prestado alimentos cuando por ley estuvieren obligados a hacerlo y hubiere dado causa de juicio de alimentos con sentencia condenatoria firme".

Se debe tener en cuenta que este proyecto tiene antecedente en el mencionado ut supra firmado por Pais, Juan Mario; Dato, Alfredo Carlos; Blanco de Peralta, Blanca; Gonzalez, Nancy Susana que perdió estado parlamentario por no haber obtenido sanción.

En sus fundamentos plantea lograr una mayor autonomía de la voluntad, siempre respetando los intereses familiares, pero proponiendo disminuir la porción legítima hereditaria.

Se tiene en cuenta que la autonomía de la voluntad del causante constituye una manifestación concreta de la garantía de libertad y del derecho de propiedad.

La porción disponible tiene que ampliarse salvo perjuicio cierto a un heredero necesitado, o la categoría del heredero forzoso debería suprimirse, salvo similar hipótesis del perjuicio cierto a un heredero necesitado, para quien la porción a recibir sería conveniente quedara fijada por un juez.

Con la modificación se pretende una reducción proporcional de las porciones de legítimas respectivas, no alterando en lo sustancial la tradición que le asigna a la sucesión de los bienes hereditarios en la familia un criterio afectivo, igualitario y

solidario hacia los herederos forzosos, pero facilitando una mayor disponibilidad de su patrimonio por parte del testador.

Ampliar la porción disponible permite incluso fortalecer los lazos de solidaridad familiares, permitiendo mejoras sustanciales a favor de alguno de los herederos forzosos.

Se enumeran casos en que resultará más justa la distribución, tal como:

Beneficiar al que se aboco al cuidado y atención del causante, impidiendo que pueda trabajar para tener su dinero; el que ha colaborado activamente en el negocio familiar; premiar al que ha ayudado en forma material y espiritual al causante.

Se introduce una nueva causal de desheredación para aquellos parientes que han negado alimentos.

En los proyectos presentados, ha habido variedad a la hora de proponer modificaciones, llegando algunos a querer establecer un régimen distinto al nuestro, como el de la absoluta libertad testamentaria y otros a mantenerlo pero proponiendo una reducción de las porciones.

Es claro que el sistema actual está puesto en debate, que es un tema a tratar y de interés para la comunidad.

Para una mejor comprensión se presenta un cuadro comparativo de las porciones legítimas de los proyectos de ley más recientes y de los dos últimos de reforma al Código Civil, en relación a las porciones asignadas a los ascendientes y descendientes, que son sobre las que se quiere proponer una modificación.

Legítima	Actual Código Civil	Proyecto de 1998	Proyecto de 2012	Proyecto de ley 2010 Pais, Juan Mario; Dato, Alfredo Carlos; Blanco de Peralta, Blanca; Gonzalez, Nancy Susana	Proyecto de ley 2011 Rossi, Alejandro Luis	Proyecto de ley 2012 Pais, Juan Mario - Currilen, Oscar Ruben - Cejas, Jorge Alberto - Plaini, Francisco Omar - Bernal, Maria Eugenia - Felix, Omar Chafi
Descendientes	4/5 art. 3593	2/3 art. 2395	2/3 art. 2445	1/2 si el causante sólo dejara un hijo a su muerte; es de 2/3 si dejara dos hijos; 3/4 si dejara tres o un número mayor de hijos. Con posibilidad de mejora	2/5	3/5
Ascendientes	2/3 art. 3594	1/2 art. 2395	1/2 art. 2445	1/2	1/3	1/3

Elaboración propia

III.3. CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROYECTOS

El fuerte sistema de legítimas existentes en nuestro ordenamiento anula prácticamente la posibilidad de testar.

Los padres se ven privados de mejorar en forma efectiva a los hijos que más lo necesitan; ello genera injusticias y motiva el fraude en la búsqueda de la protección de ciertos herederos.

El problema de la limitación a la autonomía de la voluntad y la legítima, se ha planteado en el Congreso Notarial de 1917 que propuso un sistema de libertad testamentaria. En el año 2009, en la Jornada Nacional de Derecho Civil, en Córdoba se abordó el tema y se planteó la discusión sobre “la conveniencia de la conservación de la legítima, o su eliminación como en el derecho anglosajón o su modificación como está ocurriendo en la ley brasileña que redujo la alícuota en todos los casos al 50%”⁶¹.

De los proyectos se extrae que se busca la reducción de la legítima de los descendientes pero no hay acuerdo en adoptar un sistema de mejora, por las consecuencias que pueda traer en los vínculos familiares, en relación a los no mejorados, en la arbitrariedad y además es un sistema lejano a nuestra costumbre (Zannoni, 1999).

No se cree conveniente adoptar un régimen de legítimas variable de acuerdo con la cantidad de hijos, ya que se torna injusto y no adecuado al espíritu de nuestro ordenamiento, si bien se quiere dejar mayor libertad y con ello mayor posibilidad de disposición y menor legítimas, no se cree que este sea el instrumento adecuado ya que

⁶¹ La legítima, convenciones matrimoniales, y matrimonio celebrado por instrumento notarial. extraído el 13/08/2012 de <http://www.30jornadanotarial.com.ar/img/tema3.pdf>

no es lo que se ha seguido y además no se debe perder de vista que, ya al reducirse la porción se abre un camino al objetivo buscado sin necesidad de discriminar en la cantidad de herederos.

En relación a los argumentos que justifican la reducción además de la muestra de proyectos que proclaman y manifiestan la necesidad de un cambio, encontramos argumentos volcados por los autores tratados ut supra así.

“Coherente con nuestros proyectos de reforma al Código Civil y la legislación comparada, coincidimos en la necesidad de disminuir el monto vigente de las legítimas nacionales, permitiendo así concomitantemente ampliar la porción de libre disposición del causante”⁶².

Se sugiere en el caso de la ponencia de Lloveras, Orlandi, Kowalenko, la flexibilización de la legítima, promoviéndola en no más del tercio⁶³.

Como ha sido manifestado en nuestro ordenamiento cada vez son más, las excepciones, que terminan debilitando y perjudicando nuestro sistema, por lo que se necesita un cambio para evitar seguir con desvirtuaciones al régimen que no traen soluciones verdaderas.

Siempre procurando equilibrar los factores en juegos, la protección familiar, ya que se seguirá manteniendo una parte del patrimonio reservado a ciertos familiares aunque en una proporción menor, y el derecho de propiedad y de disponer de su patrimonio del causante.

Por todo lo dicho se propone que queden redactados los artículos 3593 y 3594 de nuestro Código Civil de la siguiente manera:

⁶² Natale, R.M. (2008). La acción de reducción. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado el 26/10/2011 en <http://www.acaderc.org.ar>

⁶³ Lloveras, N, Orlandi, O y Kowalenko, A. (2011). La indivisión hereditaria y la legítima. Presentado en XXIII jornadas de derecho civil 2011. Recuperado el 10/08/2012 de <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C7/C7-012.pdf>

Artículo 3593 la porción legítima de los hijos es de dos tercios (2/3) de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que este hubiera donado.

Artículo 3594 la legítima de los ascendientes es de un medio (1/2) de los bienes de la sucesión y los donados.

Se establece esta solución, además de lo planteado a lo largo de los diferentes capítulos, por los siguientes puntos:

- Se logra actualizar nuestro sistema y estar acorde a lo que sucede en el derecho comparado.

- Es la porción establecida en los dos últimos proyectos de modificación de nuestro Código con el peso que ello implica ya que está basado en las ideas y propuestas de los más notables juristas de nuestro país.

- Se mantiene la costumbre, al seguir proyectando un sistema de legítimas fijas.

- Se continúa respetando la protección hacia los lazos familiares más cercanos, pero brindando mayor capacidad de disposición.

- Se revaloriza la autonomía de la voluntad

- Se pretende que esta disminución disuada de acudir a otros medios que afecten la legítima y que se sigan creando excepciones nocivas para el sistema.

- Se permite respetar la libertad que se da para disponer en vida también a la hora de la muerte.

- Se permite una distribución más justa y acorde con las necesidades del causante, permitiendo beneficiar a quienes Él crea lo merecen o lo necesitan en mayor proporción, o incluso se admite beneficiar a extraños a quienes el causante valore.

En este capítulo se ha podido poner de manifiesto las distintas ideas y proyectos que se han planteado a lo largo del tiempo en nuestro país con diversidad de opiniones a la hora de definir un sistema.

Finalmente se ha dado una apreciación sobre los mismos y se ha propuesto un texto de modificación, objetivo que se he tenido en cuenta a la hora plasmar esta tesis.

CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo se ha abordado la problemática que genera la legítima en nuestro país y su necesidad de reforma.

Se ha conseguido en el desarrollo cumplimentar con los objetivos planteados, los cuales han llevado a poder expresar los puntos más sobresalientes sobre el tema elegido.

Ha quedando plasmada la importancia y el papel que juega este sistema imponiendo una restricción a la voluntad de las personas para disponer luego de la muerte.

Se mostró cómo se busca proteger el vínculo familiar, pero también que hoy en día la formación y las relaciones han cambiado en gran medida, ya no nos encontramos con un modelo de familia tradicional, sino que se han producido cambios, principalmente por la gran cantidad de parejas separadas, que rehacen sus vidas, dando paso por ejemplo al nacimiento de las familias ensambladas, siendo necesarias nuevas soluciones.

Además ha cambiado el vínculo con los hijos, ya que muchas veces se producen alejamientos por motivos laborales, de estudio entre otros, que hacen que las relaciones no sean como antes, donde las familias permanecían juntas e incluso desarrollando las mismas actividades económicas.

Frente a esta realidad, se torna imperiosa una adecuación a la misma en donde se consideren aspectos que antes no se tenían en cuenta, proponiendo una mayor libertad, que es un derecho fundamental, de suma importancia en un país como el nuestro.

Si bien se busca la reducción de la legítima, en ningún momento se quiere dejar de proteger a los herederos que establece la ley, ya que no se puede desconocer la importancia de los mismos en nuestro sistema.

Se busca dar al futuro causante un mayor margen para disponer de su patrimonio como lo crea conveniente y acertado, debido a que es el que conoce con detalle lo que sucede en su familia, en su hogar y con las personas a su alrededor, por ende es el que se encuentra más capacitado para determinar quien está en mejores condiciones o ha hecho más mérito para recibir sus bienes pero nunca dejando totalmente indefensos a aquellos con quienes está obligado legalmente.

Al analizar diferentes autores y comparar sus opiniones con la legislación actual, se determina que las porciones en nuestro Código son muy altas, llegando a ser una de las mayores, como surge de la comparación con los otros países analizados ut supra.

En los últimos años se han plasmado propuestas de reducción, existiendo interés en que este tema sea tratado e incorporado a nuestro ordenamiento legal, a través de proyectos que apuntan a tal fin, algunos proponiendo que se siga un régimen de legítimas fijas y otros que se incorpore una variable.

Además se revaloriza la autonomía de la voluntad, principio que cada día adquiere mayor importancia, y al cual se está tratando de apuntar cada vez más, razón por la cual, no puede ser dejado fuera en lo que sucede con el régimen sucesorio.

Queda en claro que es una necesidad instalada, como ha sido manifestado en la encuesta analizada en el trabajo, donde la mayoría proponía un nuevo régimen, como es el de la libertad testamentaria.

Si bien no se cree que en este momento se deba recurrir a ese sistema, ya que es muy diferente a nuestra costumbre y plantearía un cambio demasiado drástico, ha sido incluido en algunos proyectos presentados.

No se debe dejar de reconocer que son los países más desarrollados los que lo adoptan, e incluso algunos de Centroamérica están siguiendo estas líneas, como ha quedado establecido en el capítulo dos.

Se ve en la legítima una forma de distribución del patrimonio que no es del todo justa, y permitiendo, un mayor margen de disposición, al reducirla, se daría una solución acorde a este problema.

No se puede seguir agregando excepciones, como se vio por ejemplo al principio de intangibilidad de la legítima, ya que esto lo que hace es desvirtuar el sistema, no permitiendo lograr soluciones acordes, solamente creando ilusiones que no permiten adecuar el sistema a la realidad.

Es necesaria una reforma donde se logre el equilibrio de los diferentes derechos afectados por nuestro sistema.

Se ha argumentado la importancia de la disminución, los puntos principales que favorecen tal conclusión y como cierre se ha propuesto la sustitución del artículo 3593 y del art 3594 por el siguiente texto:

Art 3593: la porción legítima de los hijos es de dos tercios ($2/3$) de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que este hubiera donado.

Art. 3594: la legítima de los ascendientes es de un medio ($1/2$) de los bienes de la sucesión y los donados.

Respecto al cónyuge se cree que no es necesaria una modificación en la redacción del artículo, debido a que en los diferentes proyectos, principalmente se

busca la reducción de la legítima de los ascendientes y descendientes, y se mantiene la porción de los cónyuges.

Con esta nueva redacción se tiene como fin lograr dar una solución a una necesidad actual, la adecuación al derecho comparado y a las propuestas de diferentes autores que bregan por una disminución.

Si bien las porciones asignadas coinciden con la de los últimos proyectos de reforma al Código Civil, se ve en ellas un paso gradual a un cambio futuro, ya que permiten mantener el régimen actual, pero abren paso a un replanteo y ajuste que incluso puede llegar a ser mayor con el pasar del tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

- Alegría, H. E. y Mosset Iturraspe, J. *Revista de derecho privado y comunitario 2010-2: Hipoteca- II.* (1ª Ed.). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2010 v. II, p.672
- Borda, G. A. (1994). *Tratado de derecho civil sucesiones II.* (7ª Ed.). Buenos Aires, Argentina: Perrot.
- Bossert, G.A, Zannoni, E. A. (2008). *Manual de Derecho de Familia.* (6ª edición actualizada, 3ª reimpresión). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Ferrer, F. (2011). *Título X De la porción legítima de los herederos forzosos.* Compagnucci de Caso, Ferrer, Kemelmajer de Carlucci, Kiper, Lorenzetti, Medina, Méndez Costa, Mosset Iturraspe, Piedecabras, Rivera, Trigo Represas. *Código civil de la República Argentina explicado: doctrina, jurisprudencia, bibliografía.* (pp. 227-253). Santa fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni
- López Del Carril, J.J. (1991). *Derecho de las sucesiones.* Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Llambías, J.J. y Méndez Costa, M. J.(1992) *Código Civil anotado tomo V-B sucesiones.* Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot
- Maffía, J. O. (1999). *Manual de Derecho Sucesorio.* Tomo II (4ª Ed.). Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Parada R. y Errecaborde J. *Código Civil de la República Argentina.* (3ª Ed.). Buenos Aires, Argentina: Errepar.
- Ripert, G y Boulanger J.(1965). *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. Derecho civil sucesiones 1º parte, tomo X, volumen 1.* Buenos Aires, Argentina: La Ley

- Zannoni, E. A. (1999). *Manual de Derecho de las Sucesiones*. (4^a Ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

PÁGINAS WEB

- Código Civil (Actualizado al 2002), recuperado el 14/07/2012 de http://200.40.229.134/codigos/codigocivil/2002/cod_civil-indice.htm
- Código Civil Chileno. Extraído el 12/08/2012 de <http://www.nuestroabogado.cl/codcivil.htm>
- Código civil colombiano. Extraído el 12/08/2012 de http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf
- Código Civil de la República de Nicaragua. Extraído el 13/07/2012 de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigonicaragua.pdf>
- Código Civil de la República de Panamá. Extraído el 13/07/2012 de <http://docs.panama.justia.com/federales/codigos/codigo-civil.pdf>
- Código Civil de Puerto Rico. Extraído el 12/08/2012 de <http://es.scribd.com/doc/12853113/Codigo-Civil-de-Puerto-Rico>
- Código Civil español - Universidad Complutense de Madrid. Extraído el 15/08/2012 de <http://www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/ccivil.htm>
- Código civil. Extraído el 15/08/2012 de http://www.portalguarani.com/detalles_museos_otras_obras.php?id=27&id_otros=1571&id_otras=242
- Código civil Guatemala. Recuperado el 13/07/2012 de <http://es.scribd.com/doc/2532415/codigo-civil-guatemala>

- Código Civil - Lexadin.nl. Recuperado el 13/07/2012 de
<http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/arch/hon/codigocivil.pdf>
- Código Civil de Puerto Rico. Extraído el 12/08/2012 de
<http://es.scribd.com/doc/12853113/Codigo-Civil-de-Puerto-Rico>
- Código civil. Recuperado el 15/08/2012 de
<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01166.pdf?view=1>
- Código civil. recuperado el 15/08/2012 de
http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_El_Salvador.pdf
- Código civil México. Recuperado el 13/07/2012 de
<http://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-federal/>
- Código Civil Venezolano. Extraído el 15/08/2012 de
<http://es.scribd.com/doc/501015/Codigo-Civil-Venezolano>
- Coloquio "La libertad de testar y sistema de legítimas en España: actuales perspectivas". Extraído el 12/08/2012 de
<http://www.uandes.cl/noticias/coloquio-la-libertad-de-testar-y-sistema-de-legitimas-en-espana-actuales-perspectivas.html>
- Costa Rica: Ley N ° 63, Código Civil - la OMPI. Recuperado el 13/07/2012 de
http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=220798
- ¿Hay que modificar el sistema hereditario argentino? (2007). Extraído el 15/10/2011 de www.caps.com.ar/articulos/articles.php?art_id=57&start=1
- Ignacio Lasierra Gómez. «La legítima en el Derecho civil aragonés», Cuadernos “Lacruz Berdejo”, extraído de <http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=94>).

- La legítima, convenciones matrimoniales, y matrimonio celebrado por instrumento notarial. Extraído el 13/08/2012 de <http://www.30jornadanotarial.com.ar/img/tema3.pdf>
- La legítima hereditaria - TuAbogadoDefensor.com (2012).Extraído el 15/08/2012 de [www.tuabogadodefensor.com/.../01ecd193e81150304_copia\(1\).html](http://www.tuabogadodefensor.com/.../01ecd193e81150304_copia(1).html)
- Lloveras, N, Orlandi, O y Kowalenko, A. (2011). La indivisión hereditaria y la legítima. Presentado en XXIII jornadas de derecho civil 2011. Recuperado el 10/08/2012 de <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C7/C7-012.pdf>
- Magariños, V. (2005). Análisis de la libertad de testar. Extraído el 09/08/2012 de <http://www.joaquincosta.org/wordpress/trabajos/libertad-testar>
- Medina, G. La reforma código civil en materia sucesoria. Extraído el 20/07/2012 de http://upauderecho2.blogspot.com.ar/2008/08/reforma-al-codigo-civil-argentino-en_17.html
- Natale, R.M. (2008). *La acción de reducción*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado el 26/10/2011 en <http://www.acaderc.org.ar>
- Ovsejevich, L. Legítima. Extraído el 08/08/2012 de http://www.fundacionkonex.org/ckfinder/userfiles/files/LEGITIMA%20-%20Dr_%20Luis%20Ovsejevich.pdf
- Pais, J M, Currilen, O R, Cejas, J A, Plaini, F O, Bernal, M E, Felix, O C. (2012). Extraído el 22/08/2012 de <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0834-D-2012>

- Pais, J M; Dato, A C; Blanco de Peralta, B; Gonzalez, N S. (2010). Extraído el 22/08/2012 de <http://webappl.hcdn.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=115277>
- Proyecto de código civil 1998. Extraído el 19/08/2012 de www.usal.es/~derepriv/refccarg/proyecto/index.htm
- Rossi, A L. (2011). Extraído el 22/08/2012 de <Http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0834-D-2011>
- Vera, R (1900). *Conviene establecer en chile la libertad de testar y en caso contrario que limitaciones ha de tener*. Santiago de Chile: Cervantes. Extraído el 13/07/2012 de <http://www.bcn.cl/bibliodigital/dhisto/lfs/libertad/portada.pdf>
- Ley 14394
- Ley 1/92 - De la reforma parcial del código civil. extraído el 15/08/2012 de http://www.buscoley.com/pdfs/l_0001_1992.pdf

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Marinaccio, María Eliana
E-mail:	marinaccioeliana@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogada

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	La legítima. Necesidad de una reforma
Título del TFG en inglés	THE LEGITIMATE. NEED FOR REFORM
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	IDC
Integrantes de la CAE	Adriana Warde y Silvina Rossi
Fecha de último coloquio con la CAE	19/10/2012
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	TFG de María Eliana Marinaccio (versión digital) Archivo PDF

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente**
- Si, después de mes(es)**
- No autorizo**

María Eliana Marinaccio
Firma del alumno