



**UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21**

**CARRERA DE ABOGACÍA**

**TRABAJO FINAL DE GRADO (PIA)**

**“CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEGÍTIMA HEREDITARIA EN EL  
DERECHO ARGENTINO”**

**LIC. MARINA TATO**

**AÑO 2015**



### **INTRODUCCIÓN**

Los cambios sociales han provocado en la actualidad un fuerte impacto en la estructura familiar, lo que lleva a replantear la necesidad de introducir cambios referidos al sistema sucesorio vigente en nuestro país.

El reclamo de mayor margen de reconocimiento a la autonomía de la voluntad para la regulación de las relaciones familiares se extiende a todas las áreas del derecho- no solo al ámbito sucesorio-, máxime si se tiene en cuenta que este régimen se encuentra regido casi en su totalidad por el orden público, siendo casi imposible para una persona modificarlo a través de la autonomía privada de la voluntad.

El ordenamiento sucesorio diagramado por Vélez Sarsfield se asienta en la tradición del derecho romano y por lo tanto establece un sistema de sucesión legítima que coexiste con el sistema testamentario.

La legítima hereditaria es un derecho de sucesión forzoso limitado a determinada porción de la herencia de la que son titulares los herederos forzosos, quienes no pueden ser privados de la misma sin justa causa de desheredación.

Como contrapartida, el testador sólo podrá disponer de su patrimonio hasta la concurrencia de la legítima que la ley ha reservado a los herederos forzosos, pudiendo hacer disposiciones testamentarias sobre esa porción, que se denomina “porción disponible”.

Debemos destacar que en nuestro derecho se establecen altos porcentajes para las porciones legítimas, lo que reduce ampliamente la libertad testamentaria. Este alto porcentaje invade fuertemente la autonomía personal, la libertad y el derecho de propiedad garantizados por la Constitución Nacional. Además, deben respetarse los principios y las exigencias emanadas de nuestra Carta Magna y de Tratados Internacionales de Derechos Humanos que conforman el bloque constitucional desde la reforma del año 1994 (artículo 75., inciso 22) y normas del derecho general que reconocen ampliamente la autonomía de la voluntad.

La nueva axiología constitucional revaloriza la libertad individual y la autonomía personal en todos los ámbitos del sistema jurídico (Salomón, 2011); y ello lleva a plantearnos respecto a la constitucionalidad de la porción legítima sucesoria como límite a la autonomía de la voluntad.



En consonancia, uno de los grandes reclamos actuales se encuentra en la imposibilidad de poder disponer más libremente sobre los bienes para después de la muerte.

Haciéndose eco de esta realidad, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sancionado el 01/10/2014 mediante Ley N° 26.994 –promulgado el 07/10/2014- que entrará en vigor el 01/08/2015, introdujo una serie de modificaciones y eliminaciones en el sistema sucesorio que parecen dar mayor reconocimiento a la autonomía de la voluntad, que si bien insuficiente, genera un cambio integral en el esquema sucesorio pero dejando intacto la esencia del sistema, es decir, manteniendo el régimen de la sucesión legítima pero disminuyendo la porción reservada a los herederos forzosos.

Para una mejor exposición del tema, es conveniente señalar las pautas generales para el desarrollo del presente trabajo, el que se encuentra dividido en cuatro capítulos en los que se irá desarrollando el desarrollo:

El Capítulo I abordará los aspectos generales de la sucesión en el derecho argentino.

En el Capítulo II se expondrá la regulación sobre la institución de la porción legítima hereditaria, los herederos forzosos que participan de ella, los modos de calcularla, las acciones que la protegen y se analizará su regulación en el derecho comparado.

En el Capítulo III realizaremos un análisis de la nueva regulación establecida por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación; intentando analizar en profundidad el régimen de la legítima hereditaria observando las eliminaciones, incorporaciones y modificaciones introducidas y que configurarán el régimen sucesorio argentino a partir del 01/08/2015.

Finalmente, el Capítulo IV, estará dedicado a los aspectos constitucionales: principios, regulación de derechos constitucionales y análisis constitucional de la legítima hereditaria.

Como corolario, y a partir del análisis documental de todo lo expuesto, se realizarán consideraciones finales y se enunciará una postura personal acerca de la regulación propuesta desde la visión constitucional.



## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **LA SUCESIÓN**

En el presente Capítulo estudiaremos los lineamientos básicos del Derecho Sucesorio que han sido adoptados por nuestro derecho positivo a los efectos de poder comenzar a analizar los aspectos generales de la transmisión de bienes por causa de muerte en el Derecho Argentino y establecer las diferencias entre las distintas formas de transmisión hereditaria, es decir, entre la legítima o ab intestato y la testamentaria.

Para poder alcanzar ese objetivo, comenzaremos analizando qué se entiende por sucesión, tanto su definición legal como la conceptualización que de ella hace la doctrina nacional; veremos sus clasificaciones en singular y universal o mortis causa y por actos entre vivos, según se analice el objeto a transferirse o la fuente de transmisión, respectivamente, analizaremos los fundamentos y la recepción de la sucesión universal en el Derecho Argentino; y haremos un breve repaso sobre los sucesores y el contenido de la sucesión.

Luego analizaremos los fundamentos que el derecho sucesorio ha ido teniendo a lo largo de la historia, exponiendo las diferentes teorías que se han creado al respecto y los ejes fundamentales de pensamiento en la materia.

Finalmente, ingresaremos específicamente al campo de los diferentes tipos de sucesiones, analizaremos sus casos de procedencia, características más relevantes; intentando poder finalizar el presente Capítulo teniendo una distinción clara entre una y otra.

#### **I) Conceptos Generales.**

##### **1. Sucesión.**

El Código Civil al regular respecto de la transmisión de los derechos en general, en su artículo 3262 establece que las personas a las cuales se transmitan los derechos de otras personas, de tal manera que en adelante pueden ejercerlos en su propio nombre, se llaman sucesores. Ellas tienen ese carácter, o por la ley, o por voluntad del individuo en cuyos derechos suceden.

No existen mayores divergencias en la doctrina respecto a qué debe entenderse por sucesión. Al respecto es posible observar que la mayoría de los autores consultados elaboran su propia definición o conceptualización de sucesión siguiendo lo establecido por el artículo precedentemente citado y focalizándose en la dinámica que la sucesión de derechos implica en la relación jurídica, desde el punto de vista subjetivo.

Eduardo A. Zannoni (1980) sostiene que: “... conceptualmente sucesión designa todos aquellos supuestos en que se produce el cambio o sustitución de uno o más sujetos de una relación jurídica, o de un conjunto de relaciones jurídicas, en virtud de una transferencia o transmisión...” “... jurídicamente hablando, la sucesión designa el nexo causal o relación de causalidad entre la transmisión de la titularidad de la relación jurídica y su adquisición...” (Pág. 1).

Por su parte, Guillermo A. Borda (1994) sostiene que: ... “en sentido gramatical, suceder es entrar una persona o cosa en lugar de otra. Jurídicamente, significa continuar en el derecho de que otro era titular. Una transmisión se ha operado; el derecho que pertenecía a uno ha pasado a otro...” (Pág. 9).

Jorge Maffía (2002) sostiene que “...en la adquisición a título derivado el derecho es objeto de un acto de traspaso o transmisión, operándose el reemplazo de un sujeto por otro en la titularidad de la relación jurídica, la que permanece inalterada en sus elementos objetivos...” (Pág. 1/2).

Con todo, conceptualizaremos a la sucesión estableciendo que *es la sustitución subjetiva en la titularidad de un derecho o deber que contiene toda relación jurídica y que opera por la transmisión de ese derecho o deber de un sujeto a otro.*

## **2. Fuentes de la Transmisión. Sucesión Mortis Causa.**

La transferencia que provocará la sustitución subjetiva de la relación o relaciones jurídicas puede tener su fuente en dos situaciones diferentes: puede derivar de un **acto entre vivos** o por la muerte del titular del derecho que se transfiere, es decir, **mortis causa**.



Nuestro Código Civil, al disponer sobre la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quien correspondían, define a la sucesión como la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla (artículo 3279). Y la nota al artículo 3282 señala que la muerte, la apertura y la transmisión de la herencia, se causan en el mismo instante. No hay entre ellas el menor intervalo de tiempo; son indivisibles.

Zanoni (1980) sostiene que: "... son casos de sucesión entre vivos porque reconocen su causa (fuente), directa o indirectamente, en acto jurídicos cuya eficacia contemporánea al otorgamiento..." "... la sucesión mortis causa involucra todo lo atinente a la atribución de las relaciones jurídicas cuya titularidad será, en su caso, continuada por los sucesores...". (Pág. 4/5).

Al respecto Jorge Maffía (2002) expresa que "... la sucesión se califica como mortis causa cuando tiene como presupuesto necesario y determinante la muerte del sujeto a quien sí habrá de suceder, al cual se lo denomina elípticamente de *cujus*...".

En consonancia con el autor anteriormente citado, Atilio Alterini (2002), señala: "... como sabemos los actos entre vivos no dependen para su eficacia del fallecimiento, circunstancia que debe darse respecto de los *mortis causa*...". (Pág. 278).

Por su parte, Borda (1994) sostiene la definición legal que hace el artículo 3279:

... da un idea correcta de la institución y permite extraer los elementos necesarios de toda sucesión *mortis causa*: a) la persona fallecida, llamada también causante o de *cujus*, b) los llamados a sucederle, sea por la ley por la voluntad del difunto. A éstos se los designa con el nombre de sucesores o causahabientes; si las sucesiones a título particular, legatarios. c) el conjunto de bienes de que era titular del difunto, es decir, su patrimonio. Éste va a ser el objeto material de la transmisión; se lo llama la herencia.... (Pág. 9).

La transmisión que opera en una sucesión, es decir, que provoca la sustitución subjetiva en la titularidad de un derecho o deber que contiene toda relación jurídica, puede provenir de actos entre vivos, como forma de expresión de las transacciones jurídicas que a diario se desarrollan en el tráfico jurídico, o mortis causa, donde el hecho de la muerte del de cujus, sumada a la existencia de sucesores y herencia son condiciones necesarias para que el fenómeno sucesorio se configure.

### **3. Sucesión Universal y Sucesión Singular.**

El artículo 3263 distingue entre sucesión universal y sucesión singular; siendo la primera aquella en la cual al sucesor se le transfiere el todo o una parte alícuota del patrimonio de una persona, y la segunda, por el contrario, es aquella en la cual se transmite un objeto particular que sale de los bienes de otra persona. Por lo tanto, si en un caso transfiere el todo o parte alícuota, y en el otro sólo un objeto particular, la diferencia entre ambos conceptos radica en el objeto a transferirse.

Zanoni (1980) señala respecto a ello “... diríamos, gráficamente, que la sucesión particular confina el contenido de la adquisición al objeto propio de la o las relaciones jurídicas transmitidas. Mientras tanto, en la sucesión universal, las relaciones jurídicas singulares aparecen subsumidas, integradas, en el conjunto de titularidades transmisibles del causante mediante su consideración ut universitas, es decir, como universalidad...”. (Pág. 5).

A lo cual es importante agregar lo que sostiene Jorge O. Maffia (2002) al decir que:

...El rasgo distintivo de la sucesión a título particular está dado por el uti singulis. En cambio, cuando la transmisión comprende la totalidad de los derechos contenidos en un patrimonio o en una parte alícuota de éste, estamos en presencia de la sucesión universal o a título universal... (Pág. 3).



Por su parte, el artículo 3281 establece que la sucesión a título universal es la que tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos. Y la nota al mismo artículo sostiene que si la sucesión a título universal abraza los derechos particulares contenidos en el conjunto de los bienes, no es sino como integrante del conjunto que forma el objeto propio de la sucesión. La sucesión universal puede también no abrazar la totalidad, sino una porción determinada de los bienes, porque esta porción tiene por base necesaria el conjunto total, como la fracción en la unidad. Y, finalmente, en la nota al artículo 3283 sostiene que el patrimonio considerado como unidad es un objeto ideal, de un contenido indeterminado. Puede componerse de propiedades, de derechos a cosas particulares, a créditos y deudas que tienen una existencia invisible.

Con todo, es dable señalar entonces que para identificar si estamos ante una sucesión singular o una universal deberemos partir de un análisis del objeto a transferir, identificando los rasgos distintivos del mismo que nos permitan delimitar si trata de relaciones jurídicas individualmente consideradas o un conjunto de relaciones jurídicas que sean parte integrante de un todo ideal. En el primero de los casos, y basándonos en el rasgo distintivo del *uti singulis*, estaremos frente a una sucesión singular; en el otro, donde la característica fundamental está dada por la universalidad, estaremos frente a una sucesión universal.

#### **4. Sucesión Universal. Fundamentos y recepción en el Derecho Argentino.**

En relación a la sucesión universal, específicamente a la manera en que el sucesor viene a suceder al causante en la titularidad del todo ideal o universalidad objeto de esa sucesión, existe un gran desarrollo doctrinal y antecedentes históricos. La pregunta central parecería ser respecto si el sucesor simplemente sucede en la titularidad de los bienes del causante o si bien el sucesor continúa jurídicamente la persona del causante; y la respuesta ha dado lugar, principalmente, a dos sistemas: sucesión en los bienes, o sistema germano y sucesión en la persona, teoría del patrimonio-persona o sistema romano.

Explicitando los antecedentes históricos, Maffía (2002) sostiene:

Los **Antecedentes Romanos**. La necesidad de impedir que las relaciones jurídicas anudadas por un sujeto que dan desatadas por su muerte, impulso a la elaboración de un concepto que, descansando en una ficción, negaba la desaparición del fallecido como entidad de derecho y establecía su prolongación mediante la continuidad de su persona por el heredero. Este y aquel son una misma persona, de modo que la vacante dejada por el muerto es ocupada instantáneamente por el sucesor. (...) Esta concepción reconoce, sustancialmente, una fundamentación religiosa, ya que el heredero pasaba a desempeñar la misión de continuador de ministro del culto privado. Pero estas funciones sacerdotales vinculadas a la sacra no aparejan necesariamente, en un primer momento, la transmisión de los derechos patrimoniales. La relación entre ambos es obra posterior, y debida, en buena parte, a la tarea de los pontífices, quienes decidieron que la sacra incumbía a aquel de los herederos que hubiera recibido la mayor porción de los bienes, concepto acuñado en la frase sacra cum pecunia..... (Pág. 14).

Los **antecedentes germánicos**. El derecho germánico primitivo no conoció ni tuvo necesidad de apelar a la ficción romana de continuidad de la persona para dar fundamento a la sucesión mortis causa. Todo indica que los germanos de los primeros tiempos desconocieron la propiedad exclusiva, siendo más bien aquella una suerte de posesión combinada con dominio que a la muerte del jefe de familia era continuada por sus herederos de sangre. (...) Corolario de esta concepción y de que el heredero adquiría los bienes en mérito a esa copropiedad preexistente es que este resultaba un suceso en los bienes, sin necesidad de acudir al artificio de la continuación de la persona. El patrimonio transmitido no se confunde con los bienes personales del heredero y, por tanto, el no está obligado personalmente por el pasivo hereditario: su

responsabilidad se reduce a responder exclusivamente con lo que ha recibido.... (Pág. 15).

La Teoría del Patrimonio de Aubry y Rau. (...) Según esta concepción, el patrimonio aparece como una emanación de la personalidad, un atributo de ella, identificación a la cual llegan por el juego de dos abstracciones. La primera es que el patrimonio constituye una universalidad jurídica, distinta de los elementos que la componen. La segunda es que él no solamente comprende bienes mismos, sino la facultad del titular para crear nuevos valores, esto es no solamente los bienes ya adquiridos sino in potentia los a adquirir. Corolario de ambas premisas resulta: a) que el patrimonio es uno e indivisible como la persona; b) que toda persona, física o moral, posee necesariamente uno; c) que siendo una emanación de la personalidad, el es intransmisible en vida de su titular; d) que por ello, la transmisibilidad sólo se produce en caso de muerte al operarse la confusión de personalidades entre el causante y su heredero, la que apareja la confusión de los respectivos patrimonios; e) que siendo un todo ideal, de contenido indeterminado, se rige por la ley personal de su titular, y no por la ley de lugar. Como consecuencia de la unicidad del patrimonio y de la confusión, surge la responsabilidad ultra vires del heredero, la que lo ha de responder con sus propios bienes cuando los dejados por el causante no alcancen a satisfacer las deudas.... (Pág. 16/17).

Respecto las diferencias entre unos y otros, Zanoni (1980) señala que: "... En el sistema de la sucesión en la persona el presupuesto de la sucesión es la supervivencia de la relación jurídica en el sujeto o sujetos que subentran en aquella, y que, para el derecho, son considerados como el causante mismo. En el sistema de la sucesión de los bienes, en cambio, a la muerte del sujeto su patrimonio recibe, en términos generales, la consideración de un activo con un pasivo constituido por



obligaciones que pesan como cargas a liquidar. El heredero no subentra en la posición jurídica del causante, permanece ajeno a ella, y recibe, una vez liquidadas las cargas, los bienes relictos.

En términos generales la legislación comparada, especialmente en los códigos de raíz germánica, se han visto influenciadas por el criterio objetivo de la sucesión de los bienes. El código civil de México, de Perú y de Rusia, como así también, el de Brasil y el de Portugal, aunque con distinto alcance, limitan la responsabilidad del suceso. En el otro extremo, el código civil de Italia y el de Venezuela adoptan la responsabilidad plena del heredero.

El Código Civil Argentino adoptó la concepción romana de la continuidad de la persona. Así, con la muerte del causante se produce la incorporación del patrimonio del de cujus al patrimonio del heredero. En definitiva, este es el continuador de la personalidad patrimonial del causante.

Así, la adopción del sistema romano de la teoría del patrimonio-persona influye en todo el desarrollo en materia sucesoria, siendo ello observable, como lo señala Zanoni (1980), con claridad en las siguientes regulaciones: primero, el art. 3417 establece que el heredero que ha entrado en la posesión de la herencia, o que ha sido puesto en ella por juez competente, continúa la persona del difunto, y es propietario, acreedor o deudor (continuidad de la persona); segundo, el artículo 3342 establece que la aceptación del herencia causa definitivamente la confusión del herencia en el patrimonio del heredero; y trae la extinción de sus deudas o créditos a favor o en contra del difunto, y le extinción también de los derechos reales con que estaban gravados sus bienes a favor del difunto, o que le competían sus bienes (confusión de patrimonios); tercero, dispone el artículo 3343 que el heredero que ha aceptado el herencia queda obligado, tanto respecto a sus coherederos como respecto a los acreedores y legatarios, al pago de las deudas y cargas del herencia, no sólo con los bienes hereditarios sino también con los suyos propios (responsabilidad ultra vires hereditatis), empero restringida por el nuevo art. 3363 introducido por la Ley 17.711 por el cual se presume la aceptación con beneficio de inventario; y cuarto, el artículo 3283 establece que el derecho de sucesión al patrimonio del difunto es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía

a su muerte (unidad sucesoria). Finalmente el autor señala que todo ello trae aparejada una consecuencia fundamental:

... durante el período de herencia indivisa, cada objeto singular de aquella no es coparticipado en ese carácter por los herederos. Se participa en el todo, en el objeto ideal (universitas), dando lugar a lo que se ha llamado derecho sucesorio in abstracto. El derecho entero corresponde por cuotas abstractas (...) pero la cuota no es un derecho con un contenido propio, sino a la medida aritmética de un derecho. (...) La vocación al todo en la adquisición es también consecuencia de un llamamiento que tiende a completar la esfera patrimonial del causante y que potencialmente sintetiza cada heredero.... (Pág. 14).

Con todo es posible señalar que ante el presupuesto fáctico del fallecimiento del causante se inicia una ficción jurídica a través de la cual sus herederos se ubicarán en la misma posición jurídica patrimonial que él ocupaba. Y en esta dinámica pueden diferenciarse dos momentos; un primer momento en la que los herederos pasan a suceder al causante, ocupando su lugar, respecto al todo o una parte alícuota de la universalidad que el herencia constituye; y un momento posterior, finalizada la partición y adjudicación, en la que cada uno de los herederos participa de la adquisición a título singular de ciertos bienes o derechos.

## **5. Sucesores.-**

El artículo 3262 brinda una definición legal de sucesor al establecer que son las personas a las cuales se transmiten los derechos de otras personas, de tal manera que en adelante puedan ejercerlos en su propio nombre. Ellas tienen ese carácter, o por la ley, o por la voluntad del individuo en cuyos derechos suceden. Asimismo, el artículo 3263 sostiene que sucesor universal es aquel a quien pasó todo o una parte alícuota del patrimonio de otra persona; y singular es aquel al cual



se transmite un objeto particular que sale de los bienes de otra persona. Finalmente, el artículo 3264 establece que los sucesores universales son al mismo tiempo sucesores particulares relativamente los objetos particulares que dependen de la universalidad en la cual ellos suceden.

A partir de establecido por los artículos precedentemente relacionados puede inferir: que los sucesores son aquellas personas que continúan jurídicamente la esfera patrimonial del causante; que es la ley la que establece el sistema de llamamientos ordenando las formas de suceder; que, posteriormente, ese llamamiento puede ser efectuado por la propia ley o por el causante mediante su disposición de última voluntad plasmada en el testamento; y que los sucesores universales a su vez singulares respecto a los bienes determinados que al final se le adjudiquen.

Nuestro Código Civil reconoce dos tipos de sucesores mortis causa: los herederos (tanto legítimos como testamentarios o instituidos) y los legatarios. El Art. 3280 dispone que la sucesión se llame legítima cuando sólo es diferida por la ley, y testamentaria cuando lo es por voluntad del hombre manifestada en testamento válido. Puede también deferirse la herencia de una misma persona, por voluntad del hombre en una parte, y en otra por disposición de la ley. Por ende, podríamos decir que son herederos legítimos aquellos a los cuales la ley llama a suceder (y que analizaremos con detalle en el Capítulo II); y son herederos testamentarios aquellos a los cuales el de cujus voluntariamente instituye para sucederlo.

Al respecto, Borda (1994) sostiene:

Los herederos son sucesores universales, continúan, según el concepto romano, la persona del causante, tienen derecho de acrecer eventualmente, responden ultra vires. Los legatarios, en cambio, son sucesores singulares, no confunden su patrimonio con el del causante ni continúan su persona, su responsabilidad por las deudas de aquél se limita al valor de la cosa legada. (Pág. 22/23)

En cuanto a los legatarios, Zanoni (1980) sostiene:

Son aquellos que en el testamento reciben una liberalidad del causante: puede tratarse de una cosa cierta, uno o más derechos de crédito, etcétera, e incluso una cuota o parte alícuota de los bienes (legatario de cuota)... (Pág. 12).

Y continúa realizando una distinción entre herederos legítimos y testamentarios diciendo:

...Los legatarios a diferencia de los herederos, no son titulares de la herencia sino terceros a quienes a título gratuito –aunque pueden imponérsele cargos- se les defiere uno o más bienes o derechos contenidos en la herencia... (Pág. 12).

Una consideración especial por parte de la doctrina ha tenido el legatario de parte alícuota; que a los fines de evitar el desarrollo de la discusión doctrinaria que respecto a este tema existe, adheriremos a la tendencia que ha prevalecido en la jurisprudencia negándosele carácter de sucesor universal y sosteniendo que no es heredero ni tienen la posesión del herencia, ni el condominio, y que sólo puede pedir la entrega de la porción que le corresponde después de hecha la liquidación (Borda-1994- Pág. 27).

## **6. Contenido de la Sucesión.**

Como consecuencia de la concepción adoptada por el Código Civil respecto la ficción jurídica de la continuidad del sucesor en la persona de quien lo sucede, y habiéndose establecido que sucesión implica una sustitución subjetiva en la relación jurídica, es posible establecer que dicha relación mantiene el resto de su contenido en iguales condiciones que cuando el causante era titular.



Zanoni (1980) agrega que: “...De allí la famosa sentencia contenida en el digesto: “Nemo plus iuris ad alium transferre potest Quam ipse habeat” que recoge la letra el artículo 3270: “nadie puede transmitir a otro sobre un objeto un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquél de quién lo adquiere”.

Sin embargo, y pese a que la idea de sucesión del todo jurídico ideal o universalidad que conforman la totalidad o el conjunto de relaciones jurídicas cuya titularidad ostentaba de de cujus, no todas ellas, ni todos los derechos y obligaciones que él gozaba o que sobre él recaían son transmisibles por sucesión mortis causa.

El artículo 3279 define la sucesión por causa de muerte como la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobreviven (...). Sin embargo esta definición es limitada por el artículo 3417 al disponer que el heredero que ha entrado en la posesión del herencia, o que ha sido puesto en ella por juez competente, continúan la persona del difunto y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión. Empero la citada disposición no refiere ni mucho menos detalla cuáles son los derechos que no son transmisibles por sucesión.

El artículo 498 establece que los derechos no transmisibles a los herederos del acreedor, como las obligaciones no transmisibles a los herederos del deudor se denominan derechos inherentes a la persona, obligaciones inherentes a la persona. Y por su parte, sostiene Zanoni (1980) que el artículo 1195, al limitar el efecto de los contratos del cual nacen obligaciones inherentes a la persona de los contratantes, prevé tres supuestos en que ello puede ocurrir: 1) derechos y obligaciones inherentes a la persona del causante; 2) derechos y obligaciones intrasmisibles por disposición legal; 3) derechos y deberes extrapatrimoniales.

Borda (1994) sostiene que: “... como regla general los derechos patrimoniales se transmiten a los herederos y que, por el contrario, los extrapatrimoniales se extinguen con la muerte...” (Pág. 28).



Con todo es posible sostener que, si bien el heredero asume la posición jurídica patrimonial del causante, el contenido de la sucesión no es equiparable a la universalidad o todo jurídico ideal compuesto por la totalidad de las relaciones jurídicas cuya titularidad era ejercida por de cujus. Como regla general los derechos y obligaciones que subsistirán a la muerte del difunto y que serán objeto de transmisión serán los de contenido patrimonial, quedando excluidos los extrapatrimoniales que se extinguen con la muerte, salvo contadas excepciones.

## **II) Fundamentos del Derecho Sucesorio.**

Fundamentar es dar razones; y en este punto se trataría de las distintas razones que a lo largo de la historia los pensadores de la materia han dado para justificar la transmisión hereditaria. Corresponde a la filosofía jurídica y excede a los fines del presente trabajo realizar un estudio exhaustivo de los mismos.

Realizando un análisis sobre diferentes teorías, Jorge Maffía (2002) menciona a la teoría del derecho natural, acerca de la cual no da mayores precisiones; a la teoría biológica, respecto de la cual señala que concibe a la sucesión como una consecuencia de seguir el orden natural o biológico debiendo las normas sucesorias obedecer esa ley fisiológica; a la teoría del afecto presunto del causante, la cual señala centra su interés en la voluntad del difunto, expresada en su testamento, y delegando en la ley el deber de organizar un sistema que responda a la presunción de cuál hubiera sido su voluntad; la teoría de la copropiedad familiar, la cual sostiene que el derecho del heredero derivaría de su copropiedad sobre el patrimonio que pertenecería a toda la familia; la teoría utilitaria, que sostiene que el sistema sucesorio debe organizarlo el Estado fundándose exclusivamente en principios económicos y políticos que respondan a la forma de organización del gobierno; y, finalmente, las teorías negatorias, para las cuales no tiene ninguna validez el reconocimiento del derecho sucesorio.

El autor citado en el párrafo anterior, en un intento de evaluación abarcativa de todas las teorías referidas, concluye diciendo que si bien es cierto que la voluntad del causante tiene un papel importante, ella está constreñida por razones de orden social y ético que son las que impulsan al legislador para condicionarla... ello, sin



olvidar trascendentes motivaciones político-económicas relativas al movimiento de los bienes y al resguardo de la organización democrática del Estado (Pág., 6).

Por su parte Borda (1994) centra el análisis de la fundamentación del derecho sucesorio en cuatro premisas o ejes, a saber: primero, que la transmisión de los bienes mortis causa es inseparable de la propiedad privada; segundo que la sucesión tiene un sentido trascendente en cuanto importa la afirmación de que no todo termina con la muerte; tercero, que hacia la defensa y fortificación de la familia mediante su consideración como justa recompensa por la colaboración de los integrantes de la familia en el trabajo ya sea mediante una colaboración efectiva en la tarea o desde el apoyo afectivo; y cuarto, una razón de interés económico social asociado a la motivación que en la producción de riqueza significa para el hombre saber que su trabajo no va a quedar anulado al morir. Asimismo, señala que la objeción fundamental al derecho sucesorio está dada por la ideología comunista que sostiene que este instituto va en contra del principio fundamental de dar a todos los seres humanos iguales posibilidades ya que la sucesión permitiría que algunos privilegiados reciban grandes fortunas y otros nada. Sin embargo, y pese la dura postura teórico-ideológica que el comunismo tiene respecto el derecho sucesorio, la experiencia soviética demostró que en la práctica la supresión o extremada limitación de las trasmisiones mortis causa son insostenibles e inviables.

Finalmente, Jorge O. Azpiri (2006) sostiene que: "... todo el derecho sucesorio se basa en la existencia de la propiedad privada (...) partiendo de este presupuesto básico y necesario, es evidente que el traspaso de esa propiedad privada debe efectuarse, a la muerte de su titular, a favor de otras personas...". Asimismo, señala que la determinación de esas personas, es decir de los herederos, será hecha por la ley o por el causante según la regulación que cada legislación haya adoptado en la materia; destacando aquí que en el código civil argentino ha prevalecido la sucesión intestada adoptando la presunción general que le parece más apropiada a la naturaleza de las relaciones de familia.

Haciendo sólo una breve reseña respecto los tipos de sucesión que trataremos en el punto siguiente, y a los fines de relacionarlos con el fundamento que da lugar a su consagración o no dentro de un derecho positivo, cabe destacar que "... la sucesión intestada tiene su fundamento en el reconocimiento de los



afectos presuntos del causante y a la protección familiar. (...) Por el contrario, la sucesión testamentaria reposa en la libre voluntad expresada por el causante en su testamento, que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra limitada en caso de existir herederos legitimarios...”. (Azpiri- 2006- Pág. 58/59).

Recopilando las ideas, anteriormente expuestas, de reconocidos autores donde se resaltan conceptos fundamentales para el hombre y consagrados en nuestro derecho positivo como el de propiedad privada, autonomía de la voluntad plasmada como última manifestación en el testamento, amplia libertad de disposición, respeto a la autodeterminación personal, y compartiendo el sentido de trascendencia que el derecho sucesorio puede darle al hombre más allá de su muerte y, en última instancia, el interés económico- social del Estado de que los hombres encuentran motivación para continuar en la producción de riqueza aún pensando en su propia muerte; no parecería ser una conclusión lógica imponer una restricción a la autonomía de la voluntad del causante impidiéndole disponer libremente de su patrimonio cuando él en vida como disposición de última voluntad, y a sabiendas de vínculos familiares y afectivos que atesora, decidiera otra cosa, fundando la restricción en una supuesta protección al núcleo familiar que el propio causante decidió ignorar.

### **III) Tipos de Sucesión.**

Desde tiempo inmemorial, dice Borda (1994), se conocen dos clases de sucesiones y las mismas son receptadas en nuestro Código Civil, a saber: la sucesión legítima y la sucesión testamentaria.

El art. 3280 establece que la sucesión se llama legítima, cuando sólo es deferida por la ley, y testamentaria cuando lo es por voluntad del hombre manifestada en testamento válido. Puede también deferirse la herencia de una misma persona, por voluntad del hombre en una parte, y en otra por disposición de la ley.

- 1. Sucesión Intestada o ab intestato.**
  - a. Concepto.**



Precedentemente vimos la definición legal que otorga el artículo 3280 diciendo que la sucesión se llama legítima cuando sólo es deferida por la ley. A ella cabe agregar parte de la nota al artículo 3283: “... Respecto de sucesiones ab intestato hay una consideración especial. Reposan sobre la voluntad presunta del difunto, no porque esa voluntad pueda considerarse como un hecho cierto respecto a una persona determinada, sino porque cada ley positiva, cada código, adopta la presunción general que le parece más apropiada a la naturaleza de las relaciones familia...”.

Por su parte, diversos autores reconocidos de la doctrina nacional brindan definiciones, como veremos a continuación, sin apartarse demasiado de la referida definición legal.

Zanoni (1980) la define como “...aquella deferida por la ley -o, en otros términos, la que tiene su causa (fuente) en el llamamiento que hace directamente la ley- (...) en la cual la vocación hereditaria resulta de las órdenes legales que hacen llamamientos a la adquisición de la herencia...”. (Pág. 27).

Atilio Alterini (2008) sostiene que “...La sucesión intestada o ab intestato es la que tiene lugar a falta de testamento que instituya herederos y, también, si el testamento es anulado o revocado, o si el heredero renuncia a la herencia o es declarado indigno...”. (Pág. 309)

Borda (1994) la define como “... Aquella que la ley defiere a los parientes más próximos, de acuerdo con un orden que ella misma establece...”. (Pág. 13).

Finalmente, Azpiri (2006) la conceptualiza como “... aquella en la que la determinación del heredero se realiza siguiendo los principios establecidos por la ley...”. (Pág. 533).

La conceptualización efectuada tanto por Borda como por Azpiri y Zanoni se ajustan a la definición legal sin incorporar mayores precisiones; respecto la definición elaborada por Alterini, cabe destacar que de ella es posible extraer un rasgo de supletoriedad que la sucesión intestada tendría ante la ausencia de testamento. Sin embargo, y a la luz de la reglamentación que el código civil realiza, tal afirmación

sería al menos incompleta si no se considera la regulación de la sucesión intestada también para otros casos legales que veremos a continuación.

Cuando el autor de la sucesión no ha testado la ley suple ese silencio. No obstante, aún en el llamamiento legal la transmisión se produce con respeto absoluto a la voluntad del causante, voluntad que la ley presume al establecer un orden sucesorio en base a lo que el de cujus debió haber querido (nota al artículo 3283 C.C.). Pero cuando existe una manifestación expresa del causante, nos preguntamos cuál es la voluntad que debe prevalecer, es decir, la presumida legalmente o la declarada. La cuestión involucra el análisis del orden público y la autonomía de la voluntad.

**b. Casos en que tiene lugar.**

Siguiendo la definición de Alterini es posible enumerar cuatro casos: en primer lugar, cuando no hay testamento que instituya herederos; en segundo lugar, cuando habiendo testamento el mismo hubiese sido revocado antes del fallecimiento; en tercer lugar, cuando el testamento sea anulado; y, en cuarto lugar, cuando el heredero llamado por el testamento renuncie a ese llamamiento sea declarado indigno. A estos cuatro casos debe agregársele el caso de testamentos que sólo hubieran efectuado legados u otras disposiciones sin instituir herederos, salvo que el legado alcance la totalidad de los bienes del causante y con la condición que no hubiese este forzosos.

Cabe destacar que los autores analizados no incluyen como caso concreto de aplicación de este tipo de sucesiones para cuando concurren a suceder herederos forzosos. A esta situación la referencian como un caso en donde la sucesión intestada opera supletoriamente al régimen general de la sucesión testamentaria.

**c. Principios que la Rigen.**

Respecto a los principios que rigen este tipo de sucesiones, Azpiri (2006) sostiene que son: el orden de preferencias establecido por la ley, la preferencia o prelación de grados y la independencia del origen de los bienes que constituyen la herencia.

El Orden de Preferencias es aquel por el cual los herederos de un orden preferente excluyen a los de un orden posterior. En nuestro Código Civil el orden



actual está determinado por el art. 3545 que regula que las sucesiones intestadas corresponden a los descendientes del difunto, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive y que, no habiendo sucesores, los bienes corresponden al estado nacional o provincial. Toda la regulación en la materia está dada por el Título 9 -del orden en las sucesiones intestadas-.

La referida línea sucesoria se configura del siguiente modo, a saber: el primer lugar en la línea sucesoria del causante la ocupan los descendientes en cabeza de los hijos, quienes heredan por derecho propio y en partes iguales -los nietos y demás descendientes heredan a los ascendientes por derecho de representación-; y, en segundo lugar y a falta de descendientes, heredan los ascendientes quienes heredan por partes iguales. Una consideración aparte merece el caso del cónyuge supérstite, quien si concurre a la sucesión junto a los hijos del causante, tendrá la misma parte que cada uno de los hijos, y si concurre junto a los ascendientes el cónyuge supérstite y heredará la mitad tanto de los bienes propios como gananciales del causante. En caso de ausencia de descendientes y ascendientes los cónyuges se heredan recíprocamente excluyendo a los parientes colaterales. Los presupuestos precedentemente relacionados no tendrán lugar en caso de configurarse una serie de casos legales que detalladamente se describen en el código civil y que no desarrollaremos por exceder los fines del presente trabajo. Para finalizar lo relacionado a la línea sucesoria sólo resta decir que no habiendo descendientes ni ascendientes ni cónyuge supérstite, heredarán al causante sus parientes colaterales más próximos hasta el cuarto grado inclusive, quienes en iguales en grado heredarán por partes iguales.

El segundo principio mencionado es el de la Preferencia o Prelación de Grados del cual se deriva que dentro de una misma línea o de cada orden el heredero más cercano al causante excluye al de grado más remoto (artículo 3546), es decir, se basa en la proximidad de parentesco con el causante para fijar a la calidad de heredero y así establecer que el más cercano excluye al más lejano. Por último, cabe destacar que el derecho de representación constituye la excepción a este principio.

Sólo modo de clarificar la excepción recientemente mencionada, vale definir en este punto al derecho de representación diciendo que es el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre o madre en la familia del difunto, al fin de suceder juntos en su lugar a la misma parte del herencia a la cual el padre o la madre habrían sucedido (texto artículo 3549).

El último principio que rige las sucesiones intestadas es el de la independencia del origen de los bienes que constituyen la herencia, salvo dos excepciones: la primera, relativa a la sucesión del cónyuge en la que hay que distinguir los bienes propios de los gananciales; y la segunda, relativa a la adopción simple que obliga distinguir los bienes recibidos familia de sangre y los restantes.

Maffía (2002) incorpora además otro principio al que llama "las órdenes son excluyentes", sin embargo consideramos que este no sería un principio sino una característica propia del primer principio señalado por Azpiri -orden de preferencias-.

## **2. Sucesión Testamentaria**

### **a. Concepto**

Zanoni (1980) la define como "...aquella que se defiere por voluntad del hombre manifestada en testamento válido. (...) Siendo el testamento fuente de llamamientos específicos, reconociéndose así, la voluntad del titular del patrimonio para disponer en ese carácter, para después de su muerte...". (Pág. 27).

Atilio Alterini (2008) sostiene que "...Estructuralmente se trata de un acta jurídico unilateral mortis causa o de última voluntad. Que no requiere precisión en sus términos y es esencialmente revocable... lo es a voluntad del testador hasta su muerte. (Pág. 334).

Borda (1994) la define como "...Aquella basada en la voluntad del difunto expresada en el testamento...". (Pág. 13).

Azpiri (2006) por su parte, no lo elabora una definición de sucesión testamentaria propiamente dicha sino que centra la importancia en el testamento como instrumento al que el código civil le atribuye la idoneidad para regular la sucesión por la voluntad del causante.

### **b. Testamento**



La definición legal que otorga el Código en su artículo 3607 es que "el testamento es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte."

Azpiri (2006), en concordancia con Maffía (2002) y Borda (1994), sostiene que esta definición que brinda el código es incompleta ya que no contiene la totalidad de características que lo definen. De este modo, indica que si bien se puede extraer de ella caracteres como que es un acto jurídico, que debe ser escrito, que es formal solemne y que tiene, básicamente, contenido patrimonial, pudiendo también tener contenido extrapatrimonial. A todo ello le agrega el carácter personalísimo, especialidad del testamento, unilateralidad -prohibición de los testamentos conjuntos- y revocabilidad.

### **c. Capacidad para disponer y para recibir por testamento**

El artículo 3606 expresa que: "toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento...". Y esa capacidad es requerida al tiempo en que se otorgue el testamento.

Azpiri (2006) señala que para poder recibir por testamento las personas físicas y jurídicas deben existir al tiempo de la muerte del causante; siendo una excepción a este principio general las disposiciones testamentarias que tengan por fin crear una fundación.

### **d. Preterición de herederos forzosos**

Habrà preterición cuando el testador omite, voluntaria o involuntariamente, a un heredero forzoso, instituyendo como heredero a otro.

El artículo 3715 establece que: "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 entregársele al heredero instituido".

## **3. Diferencias entre ambos tipos de sucesión.**

Siguiendo a Maffía (2002) consideramos de gran importancia analizar la diferenciación que el autor realiza respecto a diferentes caracteres en los dos tipos de transmisión hereditaria; lo cual haremos mediante el siguiente esquema comparativo:

ASPECTOS A CONSIDERAR	SUCESIÓN
-----------------------	----------



	<b>INTESTADA</b>	<b>TESTAMENTARIA</b>
Según el objeto sobre el que recae la transmisión	Título Universal	Título Singular o Universal
Sucesores	Personas Físicas	Personas físicas o jurídicas
Vocación sucesoria	Supone un vínculo de parentesco o conyugal	No requiere la existencia de ningún tipo de vínculo
Posesión hereditaria	algunos herederos la tienen de pleno derecho	debe solicitarla siempre a los jueces
Dominio que se transmite	dominio pleno y perfecto	puede transmitirse usufructo, nuda propiedad u operar una transmisión condicionalmente.

A lo manifestado por Maffía (2002) podríamos agregarle lo que Zanoni (1980) señala respecto la fuente o el origen del llamamiento; así mientras la vocación hereditaria ab intestato resulta de las órdenes legales que llaman a los sucesores a la adquisición de la herencia, el testamento es fuente de llamamientos específicos basada en la voluntad del titular.

Asimismo, Zanoni (1980) sostiene que ambas vocaciones – tanto la legítima como la testamentaria- se desenvuelven en dos ámbitos distintos; pudiéndose establecer que la primera –legítima- aparecería siempre como supletoria de la testamentaria, y que esta última sería la regla general en materia sucesoria y ello debido a la consagración de la voluntad concreta del causante manifestada en el testamento. Empero, al continuar con su análisis Zanoni (1980) observa que así entendido la ley sólo vendría a suplir la ausencia de testamento; lo cual es al menos incompleto si se está a lo dispuesto por el artículo 3714, en tanto y en cuanto establece que el llamamiento legítimo sea imperativo para el causante respecto los herederos forzosos. Para soslayar esta dificultad, termina distinguiendo dos situaciones según sobrevivan o no al causante titulares con llamamiento legitimario; y sostiene que en el primer caso el derecho de testar se limitará sólo a la porción disponible, y, en el segundo, el causante tendrá la libre disponibilidad por causa de



muerte de su patrimonio y el llamamiento legítimo (de los parientes colaterales) aquí si será supletorio del que eventualmente hiciese el testador obrando con toda la amplitud que le acuerda el art. 3606; es decir, instituyendo herederos o legatarios.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **LA LEGÍTIMA HEREDITARIA**

Habiéndose realizado en el Capítulo anterior una aproximación a las nociones centrales del Derecho Sucesorio en nuestro marco normativo vigente, entre ellas la distinción entre los dos tipos de sucesiones que nuestro Código Civil regula, sucesión intestada y sucesión testamentaria, habiéndose mencionado sólo a modo introductorio, las limitaciones del testador para disponer libremente de sus bienes a causa de la barrera legal que al respecto la porción legítima, en ciertos casos, supone; en el presente Capítulo analizaremos con detenimiento la Legítima Hereditaria.

Efectuaremos un recorrido por los antecedentes históricos de la Institución y analizaremos los argumentos que, a favor y en contra de ella, existen en la doctrina; observado también las modificaciones que fueron introduciéndose al original sistema sucesorio ideado por Vélez.

Asimismo, y dentro de un marco ya más conceptual, estudiaremos los conceptos principales y principios que rigen respecto a la legítima, y describiremos el sistema y montos de las porciones legítimas en el derecho local y el derecho comparado; y cerraremos el capítulo con la descripción de las acciones de protección de la legítima que en nuestro derecho se prevén.

#### **I) Fundamentos de la Institución.**

##### **1. Antecedentes históricos**

###### **a. Derecho Romano**

En el primitivo Derecho Romano, caracterizado por la rigurosidad de su individualismo, el causante no tenía limitaciones para la libre disposición de sus bienes. En el campo sucesorio, regía el principio “uti legassit paterfamilias, ita jus esto”; es decir, que lo que el pater familias dispusiera debía ser observado como ley.

A posteriori, esta libertad comenzó a considerarse contrario a los sentimientos naturales y, en un intento de proteger el núcleo familiar, se empezaron a establecer una serie de restricciones dirigidas a limitar los poderes del causante, impidiendo la desheredación total de los sucesores mediante la instauración de la



obligación de dejar algo los herederos forzosos (porción legítima), la cual cobra vigencia a fines de la República, y que se denominaba “sucesión necesaria”.

En esta etapa comienza a considerarse que aquel testamento que excluyera en gran parte o en todo a los parientes más próximos del testador era un acto irracional, inofficiosum, y por tanto impugnabile. Aparece así una acción llamada la querela inofficiosi testamenti que tenía por finalidad proteger a los herederos necesarios que hubieran sido omitidos sin causa en el testamento del pater y daba como resultado la anulación total del testamento, permitiéndose así la distribución del patrimonio como si nunca hubiese existido testamento. La acción se basaba en la aparente insanía del testador, considerándose como si éste hubiera estado privado de razón.

El inconveniente que presentaba esta acción radicaba en la anulación del acto en su totalidad. Por tal motivo, en la búsqueda de alternativas para atenuar sus efectos, se diseñó un nuevo sistema en el cual se estableció que la acción procedía en todos aquellos casos en que el testador no dejara a su heredero natural “como mínimo” un cuarto de su parte ab intestato.

Al establecerse ese mínimo del patrimonio, en efecto se instauró una porción indisponible por parte del causante que configuró por primera vez la legítima hereditaria en el proceso sucesorio.

En lo que respecta a la fijación de la alícuota que determinaría el quantum de esa porción legítima quedaba ha ido variando a través del tiempo. En un primer momento, se lo dejaba librado al arbitrio del testador, a posteriori se fijó en un cuarto.

En el derecho justineano, esa cuantía fue aumentada en favor de los descendientes estableciéndola en un tercio cuando había cuatro hijos y a la mitad cuando el número era superior. Y la sanción de anulación que persistía para los casos en que no se respetare la legítima fue modificada morigerándose sus alcances en ciertos casos. Así, cuando un heredero era excluido totalmente de un testamento tenía derecho a ejercer la acción, empero, en los casos en que recibía menos de su porción legítima sólo podía accionar a los fines de obtener el complemento de su legítima.

A decir de Maffía (2002):

Esta concepción de la legítima, como correctivo contra la libertad de testar, tuvo en definitiva un carácter diverso de la

sucesión mortis causa, ya que se confería para defender los derechos nacidos del vínculo sangre, con abstracción de la calidad de heredero. De donde el titular del derecho, aún renunciando a la herencia, conservaba su derecho a la legítima, porque ésta le correspondía por causa distinta de la sucesoria. De ahí su caracterización como **pars bonorum**. (pag. 102).

#### **b. Derecho Germano**

Otra concepción en la materia es la que puede extraerse del derecho de las costumbres, en el cual podemos observar también un intento de restringir la libre disponibilidad del causante. En este caso, los realizaron mediante lo que ellos denominaron reserva y que era una parte de la herencia que estaba fuera de la facultad de disposición del causante. Constituía la herencia ab intestato y sobre ella no podía operarse ninguna modificación mediante testamento. A decir de Maffía (2002) “...Quien la recibía, por tanto, debía investir necesariamente la calidad de heredero, y era imprescindible integrarla con bienes hereditarios. Por estos dos matices esenciales se la calificaba de **pars hereditatis**.” (pag. 102/103).

#### **c. Derecho Francés.**

Tal como lo señala Maffía (2002), en las regiones del territorio francés de predominio del derecho consuetudinario, se aceptó la concepción germánica de la reserva, esto es, la *pars hereditatis*, y en las que predominó el derecho romano, y por tanto la legítima, era concebida como *pars bonorum*. La síntesis de ambos sistemas tiene lugar con el dictado del Código Civil Francés (1804) en cuya elaboración los legisladores crearon un nuevo sistema que conservó la denominación de reserva pero que fusiona a ambas.

Maffía (2002) concluye diciendo: “... Sobre su naturaleza, la generalidad de la doctrina civil francesa, siguiendo las enseñanzas de Aubry y Rau, concuerda en el carácter de **pars hereditatis**”. (pág. 103).

Analizando lo expuesto, es posible observar la permanente e íntima relación, que a lo largo de la historia, el instituto de la sucesión ha tenido con la familia. Y así, según cómo en cada lugar y tiempo se concibió la familia fue la forma en que se delimitó la forma de sucesión.

## **2. Antecedentes y Posturas en la Doctrina Nacional: Libertad de Testar y Legítima.**

Sostienen diferentes autores que Vélez Sarfield al efectuar la reglamentación del sistema sucesorio se valió del aporte de diversos antecedentes, especialmente aportes del Código Civil Francés y los comentarios que sobre el mismo efectuaron juristas europeos en particular Aubry y Rau.

Maffía (2002) sostiene que Vélez utilizó diversas reglas, y que esta diversidad de fuentes generó incoherencia que llevaron a la doctrina a enrolarse en diferentes posturas al momento de tener que caracterizar la naturaleza de la legítima adoptada por el Código Civil.

Esas posturas, partiendo de lo mencionado precedentemente, se polarizaron en torno a dos concepciones contrapuestas: la *pars hereditatis* y la *pars bonorum*. Dentro de la primera encontramos autores como Lafaille, Bibiloni, Borda y Fornieles, que sostienen que el art. 3591 al establecer que la legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción del herencia consagra expresamente la tesis de la *pars hereditatis*; sosteniendo que el art. 3354 -derogado por ley 17711-debía ser tenido por no escrito. Y dentro del segundo grupo que sostenía la tesis de la *pars bonorum*, encontramos autores como Prayones, Guaglianone y Rébora, y sostienen, basándose en el art. 3714, que la legítima es parte de la herencia.

Azpiri (2006) destaca la importancia de determinar la naturaleza jurídica de la legítima ya que “... las consecuencias de admitir una u otra postura son muy importantes y en muchos casos, diametralmente opuestas”. (pag. 591). Y continúa diciendo:

Enrolarse en la primera de estas teorías significa que para tener derecho a la legítima es necesario mantener vigente la calidad

de heredero, es decir que si no se es heredero no hay derecho a la protección legal que emana de la legítima. Sostener que la legítima es parte de los bienes implica reconocer el derecho a recibir la porción de bienes que integran la legítima sin que sea imprescindible tener la calidad de heredero. (pág. 592).

Por su parte, Borda (1994) señala que:

... de acuerdo al artículo 3591 la legítima es parte de la herencia. De ello derivan las siguientes consecuencias: a) la legítima debe ser satisfecha en especie, el legitimario tiene derecho a parte de los mismos bienes dejados del causante aunque nada obsta a que acepte su valor en dinero, b) el legitimario no puede renunciar a la herencia y conservar la legítima. (pág. 82/83).

El art. 3354 -derogado en 1968 por la ley 17711 por ser considerado incongruente con todo el sistema sucesorio contenido en el Código- establecía que los que tengan una parte legítima en la sucesión pueden repudiar la herencia sin perjuicio de tomar la legítima que les corresponda. De esta norma los partidarios de la tesis de la legítima como parte de los bienes aducían que no era necesaria la condición de heredero para recibir los bienes que forman parte de la legítima.

Como argumentos a favor de la tesis que sostiene a la legítima como parte de la herencia indican que en el sistema creado por Vélez se instaura un sistema de llamamientos dirigidos a quienes la ley considera poseen calidad de herederos, sea este llamado imperativo o supletorio. Para ellos, de este supuesto se derivaría que primero se debe determinar si hay vocación sucesoria para recién luego acordar los derechos que a ellos les corresponden. Es decir, es requisito ser heredero –forzoso- para recibir bienes que forman parte de la legítima.



Asimismo, Azpiri (2006) recuerda que en el viejo fallo plenario “Cambó, Francisco de Asis s/Suc.” dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, se sostuvo que se es titular de una porción legítima sólo en calidad de heredero del causante, derecho que excede la voluntad de éste manifestada en testamento. Y, a su vez, las “VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil” (Santa Fe-1977) dentro de sus conclusiones se afirmó el rechazo a la existencia de legitimarios no herederos.

A lo afirmado lo precedentemente, la tesis de la legítima como parte de la herencia le contraponen el supuesto de la nuera viuda. El fallo plenario “Gorbea de Buonocore, Gertrudis” dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (29/08/1983) se sostuvo que “...la nuera viuda es un legitimario no heredero, sucesor universal”. (Azpiri, 2006, pág. 593).

El Código Civil no contiene disposiciones que sean lo suficientemente claras como para poder avalar con el mayor grado de certeza posible una u otra postura, por el contrario se caracterizan por ser al respecto contradictorias. Por ello, en definitiva, el enrolamiento a una de ellas responderá a la ideología que cada autor tiene en la materia y la postura frente a la legítima adopta.

Marcelo J. Salomón (2011) efectuó una descripción respecto de los argumentos a favor de la legítima hereditaria y argumentos a favor de la libertad testamentaria.

A lo primeros, los subdividió en fundamentos morales, sociales y políticos. Dentro de los morales indica el interés superior de protección de la familia, el cual derivaría de una obligación natural amparada en la piedad filial -que en vida del causante se exterioriza en la obligación alimentaria-; respecto a los sociales sostiene que atento que el conjunto consolidado de familias es la base de la Nación, su protección es vital y la legítima es el instrumento idóneo para conseguirlo; finalmente, en relación al fundamentos políticos sostiene:

... la justa distribución de la riqueza es la base para la correcta organización política de la Nación, donde se conjugan los principios de la libertad e igualdad; principios que en materia de derecho sucesorio tienen su reflejo en la legítima hereditaria, que por un lado distribuye el patrimonio del causante entre los integrantes de su familia, pero que también le acuerda un margen de libre disponibilidad sobre sus bienes. (pág. 52/53).



Por su parte, a los argumentos a favor de la libertad testamentaria, los subdividió en fundamentos jurídicos, morales, económicos y sociales. Los fundamentos jurídicos se encuentran encabezados con el derecho constitucional de propiedad en el ámbito sucesorio se traduciría en la libre disposición de los bienes por parte del causante; dentro de los fundamentos morales sostiene el respeto a la voluntad del causante y argumentan que si la sucesión intestada procede ante la ausencia de testamento fundándose en la voluntad presunta del de cujus, existiendo testamento esta presunción debe desaparecer y estarse a lo dispuesto por voluntad del fallecido; respecto al fundamentos sociales consideran que favorecería la estabilidad y cohesión familiar; y por último, respecto al fundamentos económicos:

... se considera nociva a la legítima hereditaria, pues entiende que su instrumentación trae ínsita la subdivisión excesiva de la propiedad, como consecuencia de la división entre los herederos del caudal relicto, tornando -muchas de las veces-su explotación en antieconómica. (pág. 56).

Por último, y en lo que atañe al Código Civil en particular, cabe destacar que el mencionado cuerpo normativo ha sufrido desde sus inicios modificaciones, algunas de entidad correctiva y otras con incorporaciones legislativas no contempladas, que afectaron el sistema sucesorio, y que a modo de antecedente, corresponde mencionar: en primer lugar, la ley 14394 que introduce la posibilidad que el causante establezca por testamento la indivisión forzosa temporal de los bienes hereditarios o de establecimientos que constituyan una unidad económica, y también permite la constitución del bien de familia mediante testamento; en segundo lugar, la ley 20798 que introduce en el código civil el artículo 3573 bis mediante el cual se incorpora la figura del derecho real de habitación del cónyuge supérstite; en tercer lugar la ley 23264 mediante la cual se elimina todo tipo de discriminación derivada de la naturaleza matrimonial o extramatrimonial de la filiación con el consecuente impacto en el derecho sucesorio; en cuarto lugar, la ley 23515 reinstala la figura del divorcio vincular impactando en los diferentes supuestos que la ruptura

del vínculo matrimonial puede presentar en materia sucesoria; quinto lugar, ley 24779 en sus preceptos se reubican los derechos sucesorios recíprocos entre adoptantes y adoptados; en sexto lugar, la ley 24441 que habilita la constitución del fideicomiso por vía testamentaria; y en séptimo y último lugar, la Reforma Borda, decreto-ley 17711.

Esta Reforma mantiene el diseño original creado por Vélez no introduciendo reformas estructurales en la materia sino correcciones normativas. Y siendo tal vez lo más novedoso la introducción de la figura de la nuera viuda sin hijos, la inclusión del cónyuge como heredero con posesión de la herencia de pleno derecho y la presunción la aceptación de la herencia con beneficio de inventario.

Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley N° 26.994 de fecha 01/10/2014, promulgado el 07/10/2014 y que entrará en vigencia el 01 de agosto del año 2015; se introducen una serie de modificaciones que será tratadas en el Capítulo III del presente trabajo, al cual remitimos.

### **3. Principios que sustentan la Institución.**

Toda institución jurídica consagrada en el derecho tiene un trasfondo social que le da base y principios rectores que le dan fundamento y mantienen vigente. Cada tiempo y lugar ha marcado rumbos diferentes en las legislaciones y la legítima hereditaria es una institución que no esta exenta de este proceso.

Desde sus inicios en el derecho romano, la legítima fue siempre concebida como una manera de protección de algún tipo de integrantes del núcleo familiar. En el caso de la Roma del Imperio, la protección recaía sobre los llamados “sucesores necesarios”, que no era sino aquellos que se encontraban bajo potestad inmediata del causante al momento de su muerte.

Esta permanente tutela del interés familiar encuentra su fundamento en el principio de solidaridad que, según esta concepción, debe regir las relaciones entre los diversos integrantes de la familia. Esta solidaridad, en post del interés común de la familia, sería el principio que imperaría por sobre intereses individuales de cada integrante y permitiría la realización del vínculo familiar.

Cabe destacar que el principio de solidaridad en las relaciones de familia y la tutela permanente del interés y unidad familiar es un rasgo que caracteriza a toda nuestra estructura jurídica, y no sólo en la parte de sucesiones.



En todo este contexto, la libertad absoluta a testar y la no protección coactiva de ciertos herederos con una porción indisponible para el causante, sería contraria a la unidad familiar y podría generar conflictos entre sus integrantes.

Tal como sostiene Josefina Solavagione, Josefina (2014):

“La intangibilidad de la legítima halla sus fundamentos en la solidaridad familiar y en el deber moral de obrar en interés de la familia; el cual se traduce en el cuidado que debe tener una persona respecto de sus parientes más próximos, no sólo en vida -al cumplir con su obligación alimentaria-, sino también para después de su muerte, resguardando los bienes que aseguren su adecuado mantenimiento” (Cita Online: AR/DOC/1290/2014).

Con ese fundamento se ha justificado la limitación a la libertad del testador para disponer de sus bienes para después de su muerte, la que se ha mantenido desde la redacción originaria del Código hasta nuestros días. Sin embargo, la actualidad presenta realidades jurídicas, sociales y económicas sustancialmente distintas a las existentes en la fecha de sanción de nuestro ordenamiento civil.

Diametralmente opuesta es la concepción que predomina en países de raíz anglosajona donde se consagra la libertad, casi absoluta, a testar. En legislaciones de este tipo, el triunfo en la ponderación de principios es para la libre determinación de la voluntad del testador, la plena vigencia del derecho de propiedad y la libre disposición de la propiedad en actos con efectos para después de la muerte. Sólo se regulan limitaciones mínimas para situaciones especiales que se tienden proteger, generalmente basadas en condiciones particulares de algún sucesor.

La consagración de un sistema u otro se encuentra determinado por el conjunto de principios consagrados en cada sociedad y que responden a las tradiciones normativas que a lo largo de la historia cada legislación ha ido tomando de base y guía. Por ello, y en términos generales, los Estados con tradición romanista han adoptado el sistema de legítima y los de base anglosajona el de la libertad de testar.

## II) **Conceptos generales.**

### 1. **Legítima Hereditaria.**

El Código Civil en su artículo 3591 establece que la legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos.

Si del referido artículo intentamos extraer una definición de legítima el concepto se reduciría a sostener que la legítima hereditaria es una porción de la herencia resguardada a favor de los herederos forzosos y que implica una restricción a la libre disposición del testador, o bien, un derecho de los herederos forzosos a una porción de la herencia del causante, y aún en contra de la voluntad de éste.

Zanoni (1980) sostiene que: “...La porción legítima representa la sustracción de una cuota del patrimonio a la disponibilidad del testador, y su delación directamente por la ley a los legitimarios, como vocación, incluso, contra el testamento.”. (Pág.28)

Borda (1994) la define como “la parte patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por actos a título gratuito” (Pág. 78).

Maffía (2002) sostiene que la legítima “... es un derecho de sucesión sobre determinada porción del patrimonio del causante, protegido por la ley”. (Pág. 100).

Azpiri (2006) sostiene que la legítima “...es la porción de la herencia de la cual no pueden ser privados los herederos forzosos, salvo justa causa de desheredación”. (Pág. 591).

Intentando formular un concepto desde la caracterización y tomando como punto de partida las definiciones esbozadas por los autores citados, podríamos decir que la legítima hereditaria es un derecho de sucesión acordado por la ley mediante un sistema de llamamientos a los parientes próximos a una determinada porción del patrimonio del causante que conforma el acervo hereditario, de la cual no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, aún en contra de todo acto de disposición que a título gratuito hubiere hecho el causante.

### 2. **Inviolabilidad de la legítima.**

El artículo 3598 establece que el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas y si lo hiciere se tendrán por no escritas.

Siguiendo lo mencionado en el apartado 1 de este Capítulo respecto que la legítima es un derecho acordado por la ley no caben en dudas que, en este marco, todo acto del testador contrario a ella será nulo. El testador no puede excluir, sin justa causa de desheredación, a ningún heredero forzoso, ni tampoco imponer gravamen ni condición a la porción legítima.

Empero, existen las llamadas cargas de la legítima. Éstas son circunstancias excepcionales previstas por la ley que limitan el principio de intangibilidad, generando en los herederos la obligación de soportarlas. Dentro de ellas podemos mencionar a la indivisión hereditaria hasta por 10 años, la constitución de bien de familia, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, entre otras.

### **III) La legítima hereditaria y su regulación en el Código Civil.**

#### **1. Los herederos forzosos.**

El artículo 3592 establece que tienen una porción legítima todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en los cinco primeros Capítulos del Título anterior (Título Nueve). Ellos son: Capítulo I: Sucesión de los Descendientes, Capítulo II: Sucesión de los Ascendientes, Capítulo III: Sucesión de los Cónyuges, y los Capítulos IV y V, de la Sucesión de los Hijos y Padres Naturales respectivamente, que fueron derogados por Ley 17.711 en 1968.

Es decir, que los herederos forzosos que nuestro Código Civil regula mediante el art. 3592 son los descendientes, los ascendientes y el cónyuge supérstite. A lo que Borda (1994) señala debe incorporarse la nuera viuda sin hijos; y ello basado en el artículo 3576 bis, incorporado por la Ley 17711 en la Reforma al Código Civil del año 1968, que establecen que la viuda que permaneciere en ese 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 o hubiesen correspondido a su esposo en dichas sucesiones.

#### **2. Porción Legítima y Porción Disponible.**

La porción legítima dijimos es aquella porción de la herencia resguardada a favor de los herederos forzosos; por contraposición, la porción disponible es la porción restante del acervo hereditario y sobre la cual el causante puede disponer libremente. Una vez que la ley define cuál es la porción legítima para cada uno de

los casos de los herederos forzosos, indirectamente, está estableciendo también la porción disponible.

Nuestro Código Civil establece que las porciones legítimas que a los herederos forzosos corresponden son: en primer lugar, la de los hijos es cuatro quintos ( $4/5$ ) de todos bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiere donado (artículo 3593); en segundo lugar, la de los ascendientes es de dos tercios ( $2/3$ ) de los bienes de la sucesión y los donados (3594); en tercer lugar, la de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean ganancias (artículo 3595); y, en cuarto lugar, el caso de la nuera viuda sin hijos en la sucesión de sus suegros le corresponde la cuarta parte de la que hubiera correspondido a su marido (artículo 3576 bis).

### **3. Concurrencia de varios legitimarios**

Siguiendo a Borda (1994) diremos que la regla general es que se aplican los mismos principios que en la sucesión intestada (artículo 3592), lo que acarrea como consecuencia que los herederos que excluyen a otros en la sucesión intestada también lo priva de la legítima, y que cuando concurren legitimarios de igual orden o de distinto orden con cónyuge, la legítima se distribuye entre ellos en la misma porción y con las mismas reglas.

Azpiri (2006) sostiene cuando concurren herederos de diferentes legítima se sostiene que la mayor absorbe a la menor. Esto es así puesto que de lo contrario la suma de ambas superaría la totalidad de la herencia.

#### **IV) Modos de calcular la legítima**

##### **1. Base patrimonial para calcularla**

El artículo 3602 establece que para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes quedados por muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregara el que tenían las donaciones.

Partiendo del mencionado artículo se puede observar que el cálculo parte del valor total de los bienes hereditarios, a los cuales se les debe deducir o restar las deudas y cargas, y a ello sumarle el valor de las donaciones hechas en vida por el causante.

Se excluye de los bienes que integran la masa hereditaria a los efectos del cálculo de la legítima los créditos incobrables, los créditos sujetos a condición

suspensiva por carecer de valor actual, las cosas comunes de la herencia (artículo 3473) que sólo poseen un valor afectivo, el seguro de vida contratado por el causante en beneficio de un tercero y los frutos devengados por los bienes con posterioridad al fallecimiento del causante.

## **2. Dedución de las deudas**

Esta deducción se hace solamente respecto de los bienes que forman el acervo hereditario sin proceder su deducción respecto a las donaciones.

Borda sostiene que, en principio, deben deducirse todas las deudas de acuerdo a la regla general del artículo 3602 que habla de valor líquido. Asimismo, señala que las deudas deben ser probadas fehacientemente y que no basta el reconocimiento de los herederos para admitirlas.

Siguiendo lo establecido en la nota al artículo 3474 entenderemos por cargas de la sucesión a las obligaciones que han nacido después de la muerte del autor de la herencia tales como los gastos funerarios (tanto Borda como Maffía sostienen que, a partir del artículo 3795, los gastos de sepelio deben sacarse de la porción disponible) y los relativos a la conservación, liquidación y división de los derechos respectivos, inventarios, tasación, etc. por esto llamaremos acreedores de la sucesión tanto a los que lo sean por deudas propiamente dichas como los que resulten por cargas a la herencia.

## **3. Donaciones**

Borda (1994) sostiene que el principio general en este punto y “... a los efectos del cálculo de la legítima deben considerarse todas las liberalidades que en vida ha hecho el causante. Se incluyen las renunciaciones gratuitas, las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales, la partición entre vivos”. (Pág. 94).

Habrán de tomarse todas las donaciones. Si se tratara de donaciones remuneratorias se computarán sólo el excedente del justo valor del servicio que las motivara; e igual criterio se aplica para las donaciones con cargo, en la parte que excedan el valor de éste.

## **4. Momento de la valuación**

Borda (1994) indica que “...Los bienes hereditarios deben ser valuados al día del fallecimiento del causante, debiendo hacerse un avalúo judicial, previo dictamen pericial, con la intervención de todos los interesados (Pág. 93).

### **v) Defensa de la legítima: Acciones**

El sistema de defensa a la legítima hereditaria que consagra el Código Civil abarca desde disposiciones que declaran nulo todo acto del causante tendiente de exclusión de un heredero forzoso o bien imponiendo cargas o gravámenes a la legítima, hasta acciones judiciales concretas a las cuales los legitimarios deberán acudir cuando su legítima haya sido conculcada.

Dentro de las Acciones de Defensa de la Legítima tenemos, la Acción de Reducción y la de Complemento –tendientes a asegurar el cumplimiento de la legítima-, la Acción de Rescisión -para lograr la anulación de la partición-, y la Acción de Preterición o, como la llama Borda, Acción de Nulidad por Preterición de la partición por donación –si el legitimario ha sido excluido totalmente-.

Cabe aclarar en este punto, y antes de comenzar a desarrollar cada una de las acciones, que la conocida Acción de Colación no ha sido incluida en este punto por no ser considerada como una acción de defensa de la legítima, ya que puede operar habiendo sido conculcada o no la legítima, siendo su finalidad mantener la igualdad entre todos los herederos legitimarios. Olga Orlandi (2010) sostiene que:

La colación implica la recepción de un estándar jurídico en el derecho hereditario: la ley pretende la igualdad entre todos los legitimarios, el testador sólo puede quebrar este mandato mejorando a cualquiera de los legitimarios en los límites de la porción disponible (Pág. 225).

Según José Luis Pérez Lasala (1992) efectúa una distinción respecto los campos de aplicación práctica de la acción de colación y de la acción de reducción:

El principio diferenciador entre una y otra acción es simple: la acción de colación entra en juego para buscar la igualdad entre herederos forzosos cuando no son afectadas sus legítimas. Si éstas son violadas corresponde ejercer la acción de reducción para dejarlas a salvo.

## **1. Acción de Reducción y de Complemento**

El artículo 3601 del Código Civil regula la Acción de Reducción estableciendo que aquellas disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a solicitud de estos, a los términos debidos.

Azpiri (2006) sostiene que “la acción de reducción es el derecho que tiene un heredero forzoso para atacar los delegados hechos por el causante en su testamento o las donaciones hechas en vida por el mismo, en la medida que excedan la porción disponible” (Pág. 610).

Olga Orlandi (2010) define la acción como “el remedio legal otorgado a los legitimarios frente a disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos y frente a las donaciones inoficiosas efectuadas en vida del causante” (Pág. 197/198).

Borda (1994) dice “cuando las liberalidades del causante (sean donaciones o legados) excedan en conjunto la porción legítima de los herederos forzosos, deben ser reducidas de tal modo que esa porción quede intacta”. (Pág. 110/111).

La acción de reducción es una acción que se concede a los herederos forzosos del causante y en cuanto al orden de la reducción procede en primer término contra los legados y luego donaciones, salvo que el causante en su testamento hubiese dispuesto expresamente el orden.

Por su parte, el artículo 3600 del Código Civil regula la Acción de Complemento estableciendo que el heredero forzoso, a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, sólo podrá pedir su complemento.

Azpiri (2006) señala la similitud existente entre una y otra, siendo una la reducción de las disposiciones que mengüen la legítima y la otra el complemento hasta completar la legítima. Destaca, sin embargo, que las fuentes de ambas normas son distintas, teniendo cada una en sus orígenes regulaciones específicas que no han sido plasmadas en nuestro derecho. Por este motivo, el autor sostiene que “no cabe hacer una distinción tajante entre ambas acciones en razón de no haberse materializado una regulación diferenciada” (Pág. 617).

Afirma Zanoni (1980) que si bien son dos acciones distintas su interpretación armónica es dificultosa y que esa dificultad “... puede resultar insuperable si se atiende que la fuente de ambos artículos nos remite decididamente al quid de la conceptualización de la legítima en tanto pars bonorum o pars hereditatis” (Pág. 461).

## **2. Acción de Rescisión**

El artículo 3536 establece que la partición por donación o testamento puede ser rescindida cuando no se salva la legítima de alguno de los herederos; y el artículo 3537 establece que los herederos pueden pedir la reducción de la porción asignada a uno de los partícipes cuando resulte que este hubiese recibido un excedente de la cantidad de que la ley permite disponer al testador.

Los artículos citados han generado discrepancias en la doctrina respecto la necesidad de determinar si se trata de dos acciones distintas para un mismo supuesto o si son dos supuestos diferentes.

La acción de rescisión, que es procedente en el supuesto del primer artículo relacionado, es decir cuando no se salva la legítima, acarrea como efecto la anulación de la partición, con la consecuente obligación de efectuar una nueva división. La acción de reducción que prevé el segundo artículo relacionado y que supone la reducción de una porción acordada a uno de los partícipes, no anula la partición.

Al respecto Olga Orlandi (2010) sostiene que “el primero se refiere a la nulidad de la partición que no hubiere hecho entre todos los hijos existentes al momento de la partición, y el segundo prevé la impugnación de aquella por causa de lesión mayor a la cuarta parte”. (Pág. 212).

La misma autora sostiene que:

... la jurisprudencia aclara que a pesar de los términos del artículo 3536 la correcta hermenéutica basada en los principios generales que rigen la protección de la legítima contra las liberalidades inoficiosas, lleva a pensar que tanto esta norma como la del artículo 3537 refieren supuestos de reducción destinados a salvar la legítima. (Pág. 212).

## **3. Acción de Preterición**

El artículo 3528 establece que si la partición no es hecha entre todos los hijos legítimos y naturales, que existan al tiempo de la muerte del ascendiente, y los descendientes de los que hubiesen fallecido y el cónyuge sobreviviente, en el caso del artículo anterior, será de ningún efecto.

Asimismo, el artículo 3715 agrega que 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 sería la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido. Olga Orlandi (2010) señala que “la finalidad de la acción es obtener el reintegro de la legítima” (Pág.210); y en sus efectos no invalida la institución sino que sólo ordena la reducción de la porción del instituido.

#### **VI) La legítima en el derecho comparado**

Cuando se analiza el derecho comparado, nos encontramos con que la legítima es una institución de vigencia casi universal, aunque en su regulación pueden encontrarse distintos sistemas.

Los sistemas jurídicos anglosajones, tales como los de Inglaterra, Estados Unidos y Canadá establecen como principio la posibilidad de testar libremente sobre la totalidad del patrimonio con algunos límites orientados a salvaguardar el derecho de familia. La tradición hace que se mantenga una libertad absoluta de testar (Borda, 1994).

Zannoni (1997) refiere que el derecho de tradición continental romanista, por oposición al de los pueblos anglosajones, fue delineando una tendencia a restringir, limitando, la autonomía de la voluntad del testador para disponer de sus bienes para después de su fallecimiento.

A los fines de poder esquematizar este tema, y siguiendo a Olga Orlandi (2010), dividiremos al derecho comparado en la materia en tres grandes posturas: los regímenes legales que admiten la libertad de testar, los regímenes legales que consagran la legítima y los regímenes que establecen una porción legítima acordando al causante el derecho de mejorara algún legitimario.

Dentro de los primeros, es decir, los regímenes que admiten la libertad de testar, se consagra esa libertad sólo limitada por la reglamentación de los alimentos post mortem. En esta línea podemos mencionar legislaciones de varios países como Inglaterra, el estado canadiense de Québec, y otros latinoamericanos como México, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Panamá y Guatemala.



Respecto a los regímenes legales que consagran la legítima y siguiendo las diferentes modalidades que ella adopta, podemos subdividirlos en: primero, en sistemas legitimarios de reglamentación negativa, en el cual la legítima se traduce en un límite a la libertad de disponer por testamento o donación y todo el sistema normativo tiende la regulación del mínimo que los legitimarios deben recibir y los medios de protección –en este supuesto se ubica la legislación argentina-; segundo, en sistemas donde la legítima es una porción forzosa de la sucesión ab intestato, éstos son sistemas de contenido positivo donde los herederos legales pueden ser privados sólo de una parte que les correspondería ab intestato; y tercero, sistemas donde la legítima es distinta de la sucesión testada y de la ab intestato, en los cuales la legítima adquiere un carácter creditorio, un derecho de crédito a favor de los legitimarios y en contra de los herederos del causante.

Respecto los regímenes que establecen una porción legítima acordando al causante el derecho de mejorar a algún legitimario, es el sistema del Código Civil Español en el cual se establecen los legitimarios cada cual con una cuota particular y también según exista concurrencia o no, y crea entre la porción legítima y la disponible una figura intermedia sobre la cual el causante podrá disponer sólo a los efectos de mejorar hijos y descendientes.

Así, el Código Español presenta en un sistema cerrado, similar al introducido por Vélez, aunque la ley garantiza un mayor porcentaje de disponibilidad y opción al testador. Su artículo 808, establece que: "Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre". Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos a descendientes. Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos. La tercera parte restante será de libre disposición."<sup>1</sup>. Además de España, este régimen es adoptado, dentro de los países latinoamericanos, por Chile, Colombia y Ecuador.

---

<sup>1</sup> Recuperado de <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0834-D-2011> el 13/9/2013.



En Latinoamérica, el código mexicano y en otros países de Centroamérica (Honduras, El Salvador, Panamá, Guatemala y Nicaragua) también se admite la libertad de testar pero con atenuantes; prevé una pensión de alimentos al cónyuge, a los parientes consanguíneos en línea recta y también incluye a la concubina (Guglielmino, 2012).

Dentro del derecho comparado, la porción legítima establecida en nuestro país es la más elevada (junto con Bolivia) y criticada debido al bajísimo margen de disponibilidad que proporciona al testador.

Borda (1994) señala que en los países que admiten la legítima el monto o cuota establecida es variable, siendo de notar que la que rige en el derecho positivo de Argentina es la más alta. Pareciera ser esta situación contraria a las tendencias actuales en materia sucesoria donde cada vez es más marcada la tendencia a la reducción de las cuotas de legítima.

Es por ello que desde hace largo tiempo se han esgrimido propuestas y proyectos de reformas en materia de porcentual de la legítima.

Ya en las Primeras Jornadas Notariales 1917, se planteó el reclamo de personas que sostenían que la ley vigente les impedía disponer de sus bienes, testando libremente, por lo que se propuso en esa oportunidad la necesidad de modificar la normativa vigente con miras a ampliar la facultad de testar (Guglielmino, 2012).

Hemos dicho ya que en el campo de las relaciones de familia, la realidad social ha cambiado. Actualmente, la restricción testamentaria es transgredida por las más diversas vías: actos simulados, procedimientos, negocios jurídicos, interposición de persona, actos en fraude a la ley, constitución y manejo o desenvolvimiento de sociedades, negocios jurídicos indirectos y constitución de fideicomiso<sup>2</sup>.

La prueba más contundente de la ineficacia actual de la institución se observa en la jurisprudencia que resuelve diferentes casos sobre las continuas violaciones al

---

<sup>2</sup> Recuperado de <http://thomsonreuterslatam.com/articulos-de-opinion/21/06/2012/2381> el 12/9/2013.



régimen de legítimas y el modo en que se transgrede mediante la constitución de sociedades comerciales<sup>3</sup>.

La jurisprudencia nos demuestra entonces que en muchos casos se busca transgredir la ley de diferentes modos debido a las facultades de disposición testamentaria y la autonomía de la voluntad se ven limitadas por la norma.

Por todo esto, el Proyecto de reforma del Código Civil de 1998 receptaba la introducción de modificaciones en nuestra legislación, proponiendo la disminución de los montos de la porción legítima.

En ese sentido también se encaminó un Proyecto de Ley del año 2011 para reformar los artículos 3593 y 3594 del C.C. que proponían una disminución de la porción legítima de los herederos forzosos<sup>4</sup>. En los fundamentos del mismo se expresó que:

“...estamos convencidos de que disminuir el monto a percibir forzosamente por el heredero de una riqueza que no fue creada por él, sería un verdadero estímulo a la generación de riquezas y alentaría al espíritu emprendedor... Creemos firmemente que el objeto de este proyecto no altera el espíritu del legislador decimonónico en lo que respecta a la protección del interés familiar, ya que mantiene una porción legítima de la cual los herederos forzosos no pueden ser privados si no media una causa justa de desheredación; lo que propone el proyecto es adaptar el régimen de legítima adecuándolo al concepto actual de familia, protegiendo y garantizando derechos de raigambre

<sup>3</sup> C. Nac. Civ., sala B, 10/8/1972, “Candeani Mayol de Cooke, Rosa v. Cooke, G.”, LL 151-7; “Fisher, Roberto v. Klein Fleisher, Cecilia”, JA 1987-I-630; C. Nac. Com., sala A, 27/2/1978, “Astesiano v. Glanina SA”, LL 1978-B-195; C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1a, 21/10/1993, “Mangosio, Victorio s/suc. inc. de colación y reducción de donación por Mangosio, Doris H.”, JA 1995-I-657; C. Nac. Civ., sala B, 12/11/2009, “Ferreti, Silvia v. Nobile, Franca”, LL del 12/4/2010. -

<sup>4</sup> Recuperado de <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0834-D-2011> el 13/9/2013.



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.

Sabemos que el legislador debe preocuparse por los cambios que se producen en nuestra sociedad y en el mundo, es por eso y teniendo en cuenta los sucesivos y diversos reclamos que se han producido en nuestro país sobre una modificación a nuestro actual sistema de legítima, que procuramos esgrimir cambios normativos que se correspondan con el presente de nuestros ciudadanos y se adecuen a las tendencias de la legislación internacional”.

También en las XXIII Jornadas de Derecho Civil 2011 llevadas a cabo en Tucumán, las Dras. Nora Lloveras, Olga Orlandi y Andrea S. Kowalenko presentaron una ponencia acerca de la necesidad de flexibilizar el principio de intangibilidad de la legítima<sup>5</sup>.

Entre los fundamentos de la ponencia expresan que acerca de la constitucionalidad de la legítima hereditaria que se han esgrimido diversos fundamentos para justificar la institución de la legítima en nuestro ordenamiento jurídico. Mencionan “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”.

Todas estas inquietudes y reclamos de la doctrina, la jurisprudencia y de intentos legislativos modificatorios de los porcentuales de la legítima hereditaria han sido receptados por el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación 2012 (en adelante, el Proyecto).

El Proyecto mantiene los principios generales vigentes pero simplificando y perfeccionando algunas de las normas en base a los aportes doctrinarios y jurisprudenciales (Capparelli, 2012). La forma de flexibilizar el sistema no es imponer

<sup>5</sup> Recuperado de <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C7/C7-012.pdf> el 13/9/2013.



nuevas excepciones al principio de intangibilidad. Se deben enunciar y adaptar a la época presente los casos de indivisión hereditaria y flexibilizar al máximo el sistema de legítima<sup>6</sup>.

Haciéndose eco de toda esta tendencia doctrinaria, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación aprobado recepta algunas modificaciones al respecto y es lo que trataremos en el Capítulo siguiente.

---

<sup>6</sup> Recuperado de <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C7/C7-012.pdf> el 13/9/2013.



### **CAPÍTULO TERCERO**

## **EL DERECHO SUCESORIO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

Al iniciar este Proyecto de Trabajo Final de Graduación estábamos frente a la posibilidad cierta de que se produjera un cambio en nuestro ordenamiento civil y comercial, razón por la cual entendimos que era oportuno abordar el tema de la constitucionalidad de la porción legítima de las sucesiones en el derecho vigente, sin dejar de tener en cuenta la regulación entonces propuesta por el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de Nación 2012. Durante la etapa de confección de este trabajo, el Proyecto recibió varias modificaciones por la Comisión Bicameral y recientemente ha sido sancionado como el nuevo ordenamiento Civil y Comercial de la República Argentina, que entrará en vigencia el 01/08/2015.

Esto obliga necesariamente al universo de la comunidad jurídica a su conocimiento y difusión, y en este sentido nos sentimos privilegiados en brindar este aporte sobre los cambios que se vislumbran en materia sucesoria. Si bien se pretende realizar un breve acercamiento a las modificaciones del sistema sucesorio en general, nuestro interés se basa principalmente en las modificaciones del sistema de legítima sucesoria y todos los elementos jurídicos que se relacionen directamente con la figura.

El nuevo ordenamiento mantiene las mismas instituciones sucesorias que el Código vigente, coherentemente con la política legislativa de no modificar sustancialmente el sistema sucesorio reglamentado por Vélez Sarsfield y el legislador de 1968. Las innovaciones introducidas en cada instituto sucesorio no afectan el sistema sucesorio (Ferrer, 2013). El nuevo Código ha dado un amplio margen de reconocimiento a la autonomía de la voluntad desde el inicio de la vida de la persona - a partir del reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente filiatoria (artículo 562 y ss.)- y también la ha reconocido y ampliado para proyectar la planificación sucesoria y patrimonial para después de la muerte, permitiendo al testador contar con una mayor porción disponible (Carregal, 2012). Las principales reformas incorporadas consisten en modificar las porciones legítimas, cambiar el régimen de las donaciones, introducir un sistema de mejoras a los hijos discapacitados y reformular los derechos hereditarios del adoptado por adopción

simple, entre otras (Medina y González Magaña, 2012). El nuevo texto respeta las reglas concernientes a la irrenunciabilidad e inviolabilidad de la legítima; pero se admite la constitución de un fideicomiso por el testador, cuyo límite estará dado por la legítima que corresponda según el caso, e incluso constituirse por testamento (Berberé Delgado y Merlo, 2012).

Adelantamos que, en nuestra opinión, pese haberse ampliado la cuota legítima, aún nos parece una modificación insuficiente, ya que se sigue limitando la libertad de testar del causante. Dicho esto, pasaremos al análisis del nuevo régimen.

### **I) Antecedentes y fundamentos de la modificación del sistema sucesorio argentino.**

El derecho sucesorio es la materia del derecho privado que se ha mantenido más inalterada, no sólo desde la vigencia del Código Civil originario sino también en su estructura esencial que, en épocas previas a la codificación, respondió a las leyes de España para las Indias, a las normas del derecho español y, en definitiva, a un sistema único derivado del romanista (Córdoba, 2012). La necesidad de reforma surge no tan sólo de la actualización del sistema a las nuevas contingencias sociales, sino también de la armonización de los contenidos de la estructura jurídica específica, cuyo nacimiento fue conteste con una realidad socio cultural de una época totalmente distinta a la que vivimos en la actualidad.

Es por esto que desde larga data se han esgrimido propuestas y proyectos de reformas en materia de porcentual de la legítima, pero además, se postula una modificación que resulta necesaria para actualizar el sistema sucesorio a las nuevas contingencias sociales (Córdoba, 2012). A nuestro juicio uno de los fundamentos más importantes para la necesidad del cambio en la legislación sucesoria es principalmente la transformación social operada durante fines del siglo XX. La limitación que importa la legítima ya no cuenta con el soporte tradicional de una familia que se mantenía durante toda la vida cerca de los padres como núcleo de protección recíproca y convivencia. Las llamadas “nuevas relaciones de familia”- que han sido reconocidas en el nuevo Código- traen consigo un cambio sociológico que debe ser acompañado por las normas sucesorias (Melón, Appugliese y Yauhar, 2013).



Tal como sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en autos “Atala Riffo y niñas c/Chile” (CIDH, 24/02/12, consid.142, p.49), la familia debe ser entendida en la actualidad a través de un concepto amplio:

“...no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional de la misma. (...) Por lo tanto, dicho concepto no está reducido al matrimonio y “debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”<sup>7</sup>.

En este contexto, no podemos dejar de señalar que las relaciones humanas, y sobre todo parentales, han sufrido un importante cambio respecto a las legisladas por nuestro codificador. Si bien Vélez redactó un código de raigambre netamente liberal, se advierte que por otro lado introdujo en éste a la “legítima”, una de las instituciones más antiguas dentro de nuestra normativa, y una de las que más dilemas genera, no siendo pocos quienes reclaman desde hace largo tiempo una reforma de nuestro cuerpo legal civil en este aspecto.

La legítima es el punto de confluencia entre dos principios de igual jerarquía y totalmente opuestos, como lo son “la libertad de disponer de la propiedad” (derivado inmediato del derecho de propiedad) y “la protección familiar” (como célula de sociedad). “La autonomía de la voluntad y orden público son principios opuestos. La una invoca la libertad, el otro la solidaridad y el orden. Una y otra deben apuntar a la justicia” (Arauz Castex, 2009, pág. 6 en Lloveras y Orlandi).

La legítima fue la respuesta del legislador en un determinado contexto político, histórico, económico y social. En nuestro actual sistema el legislador se funda en la valoración presunta de la existencia del afecto del causante respecto de algunos miembros de su familia, haciendo basar la figura de la legítima en causales de orden político, social y económico, como son la copropiedad y solidaridad familiar, la justa división de la riqueza del causante, el deber de protección de la familia, entre otros (Borda, 1994). Es de capital importancia para nuestro derecho el interés familiar por encima de la libertad de disposición del testador. Además, a partir de la reforma constitucional del año 1994, se incorporó “El derecho a heredar” como un concreto derecho humano reconocido tal en la Convención Internacional sobre la

---

<sup>7</sup> “Atala Riffo y niñas c/Chile”, CIDH, 24/02/12, consid.142, p.49. Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf), el 21/10/2014.



Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial: art. 5°. Volvemos a encontrar, entonces, la tensión entre el orden público y la autonomía de la voluntad.

La legítima encuentra hondo arraigo en nuestra tradición cultural. Así, al deferirse forzosamente una cantidad de bienes a los sucesores legitimarios del causante y prohibirse actos de éste que puedan dejarlos desamparados, responde a la necesidad de proteger a la familia como núcleo esencial de la sociedad. Si bien existe una tendencia a una mayor autonomía de la voluntad, concurre un principio moderador que procura evitar la desprotección, ya sea en amparo del interés familiar o de aquellas personas que merecen especial tutela (Capparelli, 2011). El hecho de que la legítima torne imperativo el llamamiento legal surge de la necesidad de tutelar el interés familiar, encuentra su fundamento en el deber de solidaridad entre sus miembros.

Se trata de una norma de orden público cuya imperatividad ha sido establecida por el legislador en tutela del interés familiar protegido en el siglo XIX. Dicho interés tiene un contenido y un correlato social histórico que perdió vigencia en la actualidad. En el sistema vigente en el que se tutela el interés familiar en abstracto, nuestra legislación tiene en cuenta estándares objetivos, que se sustentan en patrones fijos y estáticos, como lo es el parentesco. En consecuencia, no se consideran factores subjetivos, como la edad, necesidad o discapacidad de los herederos o las necesidades que hubiera tenido el causante para actuar de una u otra manera (Lloveras y Orlandi, 2006).

Esto lleva a cuestionarnos si en la realidad donde gravita la legítima cumple con el fin de la norma, o si por el contrario quedan desprotegidas ciertas personas, a las cuales el causante proveía asistencia. Cierta doctrina –a la que adherimos– considera a la legítima como una institución que ha perdido vigencia, y por lo tanto, debería ser opción de la persona (futuro causante) la posibilidad de ceñirse a éste sistema o estarse, por el contrario, a la autonomía de su voluntad, pudiendo disponer como considerare más conveniente, con el único límite del deber de asistencia a aquellas personas que, por razones especiales de incapacidad, deban protegerse.

No obstante todas estas apreciaciones, el nuevo Código Civil y Comercial ratifica el sistema de legítimas, pero con algunas modificaciones que pasaremos a desarrollar a continuación.

## **II) Las modificaciones en el régimen del nuevo Código Civil y Comercial.**

### **1. El mantenimiento de la legítima.**

Seguidamente pasaremos a analizar en detalle todos los cambios que se vienen sobre este tema. Cabe señalar que la legítima encuentra hondo arraigo en nuestra tradición cultural. Así, al deferirse forzosamente una cantidad de bienes a los sucesores legitimarios del causante y prohibirse actos de este que puedan dejarlos desamparados, responde a la necesidad de proteger a la familia como núcleo esencial de la sociedad.

### **2. El llamamiento a la herencia ab intestato.**

En la sucesión deferida por la ley, el nuevo Código mantiene el llamamiento a los descendientes del causante<sup>8</sup>, a sus ascendientes, al cónyuge, y a los parientes colaterales hasta el 4º grado. A falta de herederos los bienes corresponden al Estado nacional, provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según donde se encuentren ubicados (artículo 2424).

### **3. Eliminación de la nuera viuda sin hijos.**

Nuestro ordenamiento vigente establece una posición particular dentro del orden sucesorio para la nuera viuda sin hijos (artículo 3576 bis del C.C.), situación que por vía jurisprudencial en los últimos años se había equiparado al yerno viudo sin hijos. El nuevo texto elimina esta figura que había sido fuertemente criticada, en virtud de los ataques a su constitucionalidad sufrido a lo largo de los años por la doctrina y la jurisprudencia, situación que se profundizó a partir de la sanción de la ley 26.618, que elimina cualquier razón que justifique el trato desigual entre un sexo y el otro (Medina y González Magaña, 2012).

### **4. La reformulación de los derechos hereditarios del adoptado por adopción simple**

En la sucesión de los descendientes adoptivos simples, se dispone, como en el Derecho vigente (artículo 333), que “ni los adoptantes heredan los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de sangre, ni ésta hereda los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de adopción. *Estas exclusiones no operan si, en su consecuencia, quedaran bienes vacantes.* En

---

<sup>8</sup> Artículo 2430 del Código Civil y Comercial: “Caso de adopción. El adoptado y sus descendientes tienen los mismos derechos hereditarios que el hijo y sus descendientes por naturaleza y mediante técnicas de reproducción humana asistida”.

los demás bienes, los adoptantes excluyen a los padres de origen”. La novedad es que el principio no resulta aplicable en caso herencias vacantes (Ferrer, 2013).

### **5. Modificación en las cuantías de legítima**

La modificación en las cuantías de legítima se trata de uno de los principales aspectos en la reforma que contiene el nuevo ordenamiento en materia sucesoria. Confiere mayor libertad al testador, flexibiliza el sistema, pero no lo desnaturaliza al disminuir las porciones individuales asignadas a descendientes y ascendientes. El nuevo ordenamiento ha receptado la inquietud y el persistente reclamo de la doctrina en materia de los porcentuales de la legítima hereditaria, disminuyendo la porción legítima de los descendientes a la de dos tercios y la de los ascendientes a un medio, manteniendo la del cónyuge en un medio (art. 2445) (Lo Prete, 2012 y Giglielmino, 2012).

### **6. Determinación del cálculo de la legítima**

La cuestión que aquí interesa es el modo de valorar las donaciones que hizo el causante en vida, para así poder calcular la legítima, siendo que para determinar la legítima se toma no solo el valor líquido de la herencia al tiempo de la apertura del sucesorio sino además el valor de los bienes donados en vida por el difunto. En el sistema actual se establece que para fijar la legítima se atenderá al valor de los *bienes quedados a la muerte del testador* (art. 3602 del C.C., conf. Ley 17.711). La doctrina expresó que es más equitativo tomar en cuenta la alteración del poder de la moneda pero siempre partiendo del *valor al tiempo de la donación*, tal como originariamente lo establecía el Código del Vélez. En algunos casos resulta injusto valorar la donación al tiempo de la defunción del causante. A través de un ejemplo, se grafica esta situación: “cuando éste dona acciones a su heredero, el cual a partir de ahí controla la sociedad, la dirige y la hace prosperar; no sería razonable en este caso valorar las acciones al tiempo de la apertura” (Azpiri, 2006, Pág. 44).

En el nuevo Código se cambia este criterio, ya que los bienes donados se computan “a la época de la partición según el estado *del bien a la época de la donación*” (artículo 2445; misma solución en materia de colación, artículo 2385). Pero a la vez brinda la norma del artículo 2418, inserta en la sección que regula la partición por donación y que determina lo siguiente: “En todos los casos, para la colación y el cálculo de la legítima, se debe tener en cuenta el valor de los bienes al tiempo en que se hacen las donaciones, apreciado a valores constantes”.



## 7. Sobre las acciones protectoras de la legítima

Su regulación genera discrepancias. Al igual que el Proyecto de 1998, el nuevo Código prevé las siguientes acciones: a) entrega de la legítima (artículo 2450), b) complemento (artículo 2451), c) reducción (artículo 2452 y ss.).

La primera contempla tanto la situación del legitimario preterido (al que se lo equipara a un heredero de cuota, figura proyectada en el artículo 2488) como la de aquel que se halla frente a la inexistencia de bienes por parte del causante (quien solo realizó donaciones). La segunda ratifica la vigencia de la acción prevista en el actual artículo 3600 como acción diferenciada a la de reducción. De la inteligencia de ambas se colige que el Anteproyecto pareciera tomar partido por la legítima como *pars bonorum*, vale decir, que puede escindirse la legítima de la vocación hereditaria. La opción es polémica ya que en definitiva, por ejemplo, se estaría avalando que una persona, a fuerza de preterir a un legitimario de su testamento – instituyendo a un tercero– logre despojarlo de la calidad de heredero (con todas los caracteres que ello comporta, por ejemplo vocación al todo de la herencia), siendo que dicha condición se goza por imposición de la ley.

El legitimario la reducción de las donaciones, comenzando por la última y luego las demás en orden inverso a sus fechas hasta salvar el derecho del reclamante. El límite está dado por el plazo de prescripción decenal del artículo 2459<sup>9</sup>. En cuanto a la acción de reducción de donaciones, lo más saliente pasa por fijar una prescripción adquisitiva de 10 años contados *desde la adquisición de la posesión* a favor del donatario o subadquirente ulterior. La norma no remite a la fecha de la donación sino a la de la posesión, que en general es coincidente. Por lo tanto, ordinariamente se ha de contar desde la fecha de la donación y posesión, pudiendo unir el sucesor particular su posesión a la de sus antecesores, lo que es válido para el subadquirente. Se abandona, por lo tanto, el criterio del actual artículo 3955, que cuenta el plazo *a partir de la muerte del donante* (Capparelli, 2012).

---

<sup>9</sup> Artículo 2459 del Código Civil y Comercial: “La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901”.

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



La cuestión se inscribe en la búsqueda de una solución a los graves problemas que generan las donaciones en el tráfico jurídico en la actualidad. Analizado el tema desde el prisma de la legítima, el nuevo texto puede llegar a debilitar de los derechos de los legitimarios en aras de conferirle perfección a los títulos de dominio, lo que resulta incongruente con el mantenimiento del sistema de la legítima, aunque ese haya flexibilizado en comparación con el ordenamiento actual. Veamos algunas cuestiones relacionadas con este tema.

En lo que hace a la prescripción adquisitiva, el donatario o sus sucesores pueden oponerle al heredero forzoso lesionado en su legítima por la donación, la prescripción adquisitiva de diez años que empieza a correr desde que aquéllos entraron en posesión del bien. O sea, el plazo empieza a correr en vida del donante, cuando el futuro heredero todavía no tiene acción para defenderse, contrariando así un principio jurídico elemental: el curso de la prescripción nace con la acción. Esto es: aunque el derecho exista, la prescripción no corre si no está abierta y expedita la acción del interesado al cual se le va a oponer aquella prescripción (López Herrera, 2009). Por esto decimos que el nuevo texto puede lesionar el derecho de defensa del heredero forzoso perjudicado por la donación del autor de la sucesión.

Además, se desconoce otra elemental noción sucesoria: el cálculo de la legítima recién se puede efectuar después de fallecer el causante, sobre la masa de bienes que dejó en ese momento, menos las deudas, a cuyo resultado se suman el valor de las donaciones que hizo en vida. Y es en esta oportunidad, y no en vida del causante, que podrá el heredero forzoso determinar si su porción legítima ha sido o no violada por el acto liberal de su causante; y si comprueba la lesión, entonces recién podrá ejercer la acción protectora, que es la de reducción (Ferrer, 2013).

Por consiguiente, desde una perspectiva jurídica y constitucional, la única prescripción oponible al heredero forzoso perjudicado en su legítima por la donación de su causante es aquella que empieza a correr desde el fallecimiento de este último. Y como esta solución se aplica tanto a donaciones efectuadas a terceros como a uno o algunos de los herederos forzosos, si el causante ha donado a éstos todo su patrimonio o casi su totalidad, dejaría indefensos a los demás herederos legitimarios, pues pasados diez años desde la donación, la misma no estaría sujeta a reducción, y además tampoco procedería la colación porque no habría bienes en la herencia para compensarles a aquéllos el valor recibido por el donatario, a fin de

igualar a todos los herederos. Se ve acá como sin quererlo, desde la ley misma se da una herramienta legal para que quizá el donante/causante pueda cumplir su voluntad de disponer de sus bienes libremente en caso de que viva lo suficiente como para dejar perfeccionado el título a favor del donatario, sin que esa donación pueda ser atacada por nadie. La solución del nuevo Código, por consiguiente, deja indefenso al heredero forzoso, y resulta incoherente frente a la pretensión de mantener el sistema de legítimas, pues lo despoja de protección (Amarante, 2012).

Una propuesta oportuna que formula el nuevo ordenamiento en materia de reducción es la posibilidad para el donatario o bien para el subadquirente demandando vía acción reipersecutoria de desinteresar al legitimario entregando la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción (artículos 2454 y 2458). Se trata de una solución práctica que, resguardando las cuantías atribuidas a los legitimarios, ayuda al tráfico de bienes registrables (Lo Prete, 2012).

Además, se sujetan a reducción las donaciones que superen la suma de la porción disponible y además la cuota de legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, descartando entonces que solo se deba el valor del excedente a modo de colación (artículo 2386)<sup>10</sup>.

### **8. La colación de donaciones**

En materia de colación se regula detalladamente conforme a principios del Código vigente y otros consagrados por la jurisprudencia, introduciendo también algunas modificaciones importantes y aclarando cuestiones debatidas. Así, suprime la obligación de colacionar de los ascendientes (artículo 2385); el valor colacionable se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación (artículo 2385), lo que significa que las posteriores variaciones de ese estado, sea que aumenten o disminuyan el valor del bien donado, no se deben tener en cuenta (Pérez Lasala, 2012). Se reglamenta también la colación de deudas, cubriendo un vacío del Código de Vélez. Se colacionan a la masa las deudas de uno de los coherederos a favor del causante que no fueron pagadas voluntariamente durante la indivisión, aunque sean de plazo pendiente, no pudiéndose exigir el pago antes de la partición. Las sumas colacionables devengan intereses desde la apertura

---

<sup>10</sup> Artículo 2386 del Código Civil y Comercial,: “La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso”.



de la sucesión, y habrá compensación si el heredero deudor fuese a la vez acreedor del causante (Ferrer, 2013).

### **9. Indignidad y supresión de la desheredación**

Generalmente, tanto la figura de la indignidad como la de la desheredación se estudian juntas porque ambas sancionan el comportamiento ofensivo del llamado a suceder contra el causante y con ese fin constituyen causas de extinción de la vocación sucesoria. La indignidad es una sanción legal y la aplica el juez a instancia de parte interesada contra el sucesor que ha incurrido en alguna de las causales establecidas en la ley, excluyéndolo de la herencia. La desheredación consiste también en la exclusión de un heredero forzoso de la herencia, pero dispuesta esta vez por el causante en su testamento, por el agravio que aquél le ha inferido, configurativo de alguna de las causales previstas en la ley.

En cuanto a la sanción de indignidad se amplía considerablemente el elenco de causales (artículo 2281<sup>11</sup>), conforme lo venía reclamando la doctrina y lo propusieron los anteriores Proyectos de reforma del Código Civil. Además se aclaran y precisan numerosas cuestiones, las que extendemos, exceden el objetivo de este desarrollo.

Respecto a la desheredación, se explica que se la suprime para evitar que con la indignidad se produzca “una doble regulación para situaciones prácticamente idénticas”. Sin embargo, la regulación autónoma de la desheredación es el régimen predominante en las legislaciones que mantienen el sistema de legítimas (Códigos alemán, portugués, español, suizo, brasileño, colombiano, ecuatoriano, chileno,

<sup>11</sup> ARTÍCULO 2281.- Causas de indignidad. Son indignos de suceder: a. los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena; b. los que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria; c. los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal; d. los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de un mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia o de oficio. Esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice; e. los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo; f. el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad; g. el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental; h. los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento; i. los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones. En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.



peruano, paraguayo, uruguayo). Nos parece disvalioso que el Código se haya apartado de esta tendencia sin fundamentos claramente definidos (Ferrer, 2013).

### **10. El fideicomiso testamentario**

El fideicomiso testamentario (artículo 2493<sup>12</sup>) es un medio de planificación sucesoria que le confiere al causante la posibilidad de proyectar sobre sus bienes sin entorpecer los caracteres propios de la legítima, porque expresamente se prevé que ésta no puede afectarse, salvo el caso en que se busque beneficiar a herederos con discapacidad, medida muy razonable (Lo Prete, 2012).

La nueva regulación establece que en la constitución del fideicomiso por testamento se deberá respetar la legítima de los herederos forzosos, si los hubiere. Ello importa una sensible limitación a las posibilidades de constituir un fideicomiso por testamento, siendo este uno de los puntos más discutidos por nuestra doctrina. Entre la problemática que podría suscitarse, es de señalar que si el testador ha designado como beneficiario del fideicomiso a un tercero que no es heredero legítimo, el valor de los bienes fideicomitados no podrá superar la porción disponible dispuesta por la ley. De lo contrario, los herederos legítimos tendrán la opción de cumplir con la disposición testamentaria o bien, entregarle al beneficiario la porción disponible. En cambio, si el testador ha designado fideicomisario a un tercero y beneficiario a un legítimo, este podrá cuestionar el fideicomiso argumentando que se ha violado la intangibilidad de la legítima. Ahora bien, si el testador designa fideicomisarios a herederos legítimos, deberán distinguirse dos supuestos. En el supuesto en que el testador designe fideicomisarios a todos los herederos forzosos, en principio no se vería afectada la legítima de ninguno de ellos y estaríamos ante una situación de indivisión hereditaria que, como tal, deberá respetar los plazos legales. Si por el contrario, el testador ha designado fideicomisarios solo a algunos herederos forzosos, aquellos a quienes no ha designado podrán reclamar la protección de su legítima en caso que la misma se vea afectada, sin perjuicio de la acción de colación que pudiere corresponder.

De lo expuesto, podemos apreciar que la existencia de herederos forzosos constituye una limitación importante a la capacidad de constituir fideicomiso por

---

<sup>12</sup> Artículo 2493 del Código Civil y Comercial: “El testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o al legatario fiduciario conforme a los recaudos establecidos en la sección 8, capítulo 30, Título IV, Libro III. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto en los casos previstos en el artículo 2448”.

testamento (Ortelli, 2012). El artículo 2448 es acertado para el caso que el causante tenga herederos forzosos incapaces, circunstancia que el sistema actual deja sin solución.

### **11. La incorporación de la mejora estricta**

Otro aspecto que se comenzó a estudiar y analizar desde hace algún tiempo es la relación de la legítima con los discapacitados, partiendo de que la “Convención Internacional de los Derechos para las Personas con Discapacidad” que en nuestro país compone el bloque constitucional (artículo 75, inciso 22) impone a los ordenamientos jurídicos internos de los países adaptar sus normas a los principios humanos que ella evoca, teniendo especial trascendencia la raíz protectora de la legítima con un alcance asistencial de las personas discapacitadas, que se orienta hacia las necesidades más íntimas del individuo. La Convención reconoce el derecho de herencia en igualdad de condiciones, evitando brindar mayores pautas sobre el derecho sucesorio en sí mismo, para poder prever una protección integral de las personas con capacidades disminuidas.

En nuestro país, el sistema actual sólo permite un escaso margen de libre disponibilidad para beneficiar a terceros o mejorar a alguno de los propios herederos, por lo que deja sin margen a la voluntad de padres de hijos con discapacidades, para asegurarse la protección de éstos, es decir, quien los cuidará, quien administrará sus bienes, etc. El Código vigente faculta al testador a “mejorar” a cualquiera de sus herederos (artículo 3605), pero el beneficio debe detraerse de la *porción disponible* del causante. No se trata entonces de lo que mayormente se entiende como el instituto de la “mejora”, tal como se entiende en el derecho español, en donde existe la posibilidad de que el causante destine un porcentaje de la porción legítima global a un legitimario en particular, al cual entonces se lo “mejorará” con relación al resto de los beneficiarios.

El nuevo texto sí consagra la forma clásica, con la particularidad de que favorece solo a los ascendientes y descendientes con discapacidad (artículo 2448)<sup>13</sup>, que fija la mejora en un tercio de la legítima). El sistema de “mejoras” que tan bien

<sup>13</sup> Artículo 2448 del Código Civil y Comercial: “Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de UN TERCIO (1/3) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.



funciona en España ha sido la referencia para el cambio de regulación. Esta figura impacta sobre otras instituciones sucesorias, tales como el fideicomiso testamentario<sup>14</sup> y la acción de colación, entre otras.

Esta incorporación encuentra su fundamento en el principio de solidaridad familiar e introduce un tratamiento especial para la protección de los desiguales dentro del rígido sistema sucesorio. En los fundamentos se indica que de esta forma se armoniza la legislación con los tratados internacionales que tutelan a las personas discapacitadas (Lo Prete, 2012).

La mejora a favor del heredero con discapacidad responde al principio integral de asistencia entre los miembros de una familia al prever la posibilidad de que el causante pueda disponer de hasta 1/3 de la porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a los descendientes con discapacidad (artículo 2448) (Medina y González Magaña, 2012). Entonces, en caso de un heredero con discapacidad, el causante puede disponer que éste reciba, además de la porción disponible, un tercio más del resto de la herencia.

Explica Orlandi (2012) que en nuestro derecho solo se puede mejorar a los legitimarios con la cuota de libre disponibilidad por cláusula expresa en el testamento, la que será tomada de su porción disponible: lo mejora con relación a los otros herederos. No existe en consecuencia norma alguna en el derecho sucesorio actual que establezca una cuota de legítima distinta o una mejora estricta sobre la porción legítima a favor de herederos incapaces. Si el causante quisiera favorecerlos con una cuota o porción mayor de la herencia si concurriera con otros legitimarios —además de la mejora sobre la porción disponible—, debería constituir alguna indivisión forzosa en los términos de la Ley 14.394 o constituir un fideicomiso testamentario, dos opciones que igualmente colisionan con la protección legítima de los otros coherederos forzosos, pudiendo cesar la indivisión antes del plazo estipulado conforme lo establece la ley que la reglamenta, o reduciéndose el alcance del fideicomiso a la porción disponible a través de las acciones protectoras de la porción legítima (Merlo, 2012).

---

<sup>14</sup> Artículo 2493 del Código Civil y Comercial: “El testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados y establecer instrucciones al heredero o al legatario fiduciario conforme a los recaudos establecidos en la sección 8, capítulo 30, título IV, libro III. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto en los casos previstos en el artículo 2448”.



Lo innovador de la nueva regulación es que la mejora no se concreta solo con la porción disponible, sino con parte de la legítima, tal como la legislación española lo contempla en todos los casos haya o no incapaces (Guglielmino, 2012). Capparelli (2012) explica el efecto de esta norma a través de esta ejemplificación:

Podemos decir que si el causante deja \$ 90.000 y tiene descendientes, puede disponer de \$ 30.000, o sea,  $1/3$ . A su vez si quiere mejorar a un descendiente discapacitado, siendo la legítima de  $2/3$ , o sea \$ 60.000, podrá establecer la suma de \$ 20.000, o sea  $1/3$  a favor del descendiente discapacitado, restando a los demás legitimarios la suma de \$ 40.000.

Se debe señalar que esta mejora estricta solo se establece a favor de ascendientes o descendientes discapacitados. El cónyuge queda afuera de esta posibilidad, al que le cabe la mejora en la porción disponible. Así, se dará protección jurídica al discapacitado en el sistema sucesorio, poniéndose el acento en el principio de necesidad y solidaridad familiar. De tal forma se establece una tuitividad legal en favor de los discapacitados, al cual se lo califica como "mejora estricta" y que puede ser impuesto como mejor lo considere el causante, "incluso mediante un fideicomiso", pudiendo ser también mediante una indivisión forzosa (2330) o, estableciendo un legado de cosa cierta y determinada (2498) o de alimentos (2509), derechos de usufructo (2129) de uso (2154) o habitación (2158), etc. (Amarante, 2012).

Con todo, es posible observar que la solución que ofrece el nuevo Código se limita a abandonar el dogma de la legítima rigurosa, pero manteniendo el sistema tradicional, lo que conspira tanto contra la libertad de la persona como con el auténtico bien de la familia y de la sociedad (Capparelli, 2012). Habiendo distintos sistemas en el mundo, todos con sus pros y contras, los legisladores debieron elegir cuál de todos ellos es el más acorde a nuestra particular sociedad argentina, sin que determine un gran cambio legislativo al que por lo general, somos bastante reacios, teniendo especial interés en aquellas personas en situaciones de vulnerabilidad.

La disminución de las porciones legítimas de los descendientes y de los ascendientes aparece como el resultado de la invocación de la necesidad de flexibilización del derecho sucesorio que, reiteradamente, han expuesto los profesores de la materia en congresos y jornadas que se ocuparon de la cuestión. La creación de una mejora hereditaria a favor de los discapacitados es el resultado

del reconocimiento de la función social de la herencia como equiparadora de posibilidades mediante forma y contenido creado por la doctrina nacional argentina (Córdoba, 2010).

La adaptación de la figura de la legítima de origen romanista no es simple, pues en nuestro derecho –a diferencia del derecho anglosajón- la legítima mantiene aún en nuestros días un amplio arraigo social. Sin embargo, entendemos que el mantenimiento del sistema de legítima resulta inadecuado, bregando por la consagración de la libertad de testar. La reforma permite mayor discrecionalidad para repartir los bienes, se fomenta la autonomía de la voluntad, aunque igualmente las legítimas siguen representando una parte importante del acervo, lo que ha sido objeto oportunamente de fuertes críticas doctrinarias (Chiappini, 2006).

El nuevo Código es lo suficientemente vanguardista en muchos aspectos (sobre todo en el derecho de familia) como para decidir mantener el anacrónico instituto de la legítima antes que optar por la vía de su eliminación. Hubiera sido ésta una gran oportunidad para que el Código reconociera la libertad testamentaria.

*“...en Argentina se suele pensar en el derecho anglosajón, donde la fantasía popular imagina que en los testamentos de esas naciones se instituyen habitualmente como herederos a los perros o a los gatos. Esto dista mucho de ser verdad. Los testadores suelen amparar a sus familiares, en especial a quienes más lo necesitan, pero en esos sistemas no es el legislador el que piensa por ellos sino la persona quien tiene libertad. El límite está dado por la necesidad, lo que es justo. Está a la vista que esas sociedades no se han hundido, ni las familias han desaparecido ni la muerte ha dejado en el desamparo a la familia (Capparelli, 2012, Pág. 7)”*

## CAPÍTULO CUARTO

### LEGÍTIMA HEREDITARIA Y CONSTITUCIÓN NACIONAL

En el presente Capítulo efectuaremos un análisis constitucional de la legítima hereditaria. Observaremos las exigencias que impone nuestra Constitución respecto la necesidad de armonizar los principios constitucionales con las restricciones legales existentes en nuestro régimen legal vigente, particularmente, con el sistema de legítima hereditaria.

Haremos un repaso por la reglamentación de derechos constitucionales, focalizando en la libertad, la autonomía de la voluntad y el derecho de propiedad. Estudiaremos también el derecho constitucional a testar.

Para finalizar el Capítulo, efectuaremos un análisis pormenorizado de la legítima hereditaria desde la óptica del derecho constitucional intentando determinar si este sistema es armónico respecto a los principios constitucionales vigentes o si, por el contrario, los avasalla.

#### **I) La reglamentación de derechos constitucionales.**

##### **1. La libertad y la autonomía de la voluntad.**

La libertad puede ser definida como el poder de seguir la propia voluntad para elegir una línea de conducta, sin restricción más que aquella derivada del deber de actuar sin dañar a otro y respetando las normas de conducta aceptadas como beneficiosas para el público en general<sup>15</sup>. Es decir, que es el derecho de obrar de una manera o de otra en el marco de la ley y las buenas costumbres.

Este derecho se encuentra amparado por el artículo 19 de la Constitución Nacional que establece que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

---

<sup>15</sup> Recuperado de <http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=1155>. Liberty: freedom from restraint and the power to follow one's own will to choose a course of conduct. Liberty, like freedom, has its inherent restraint to act without harm to others and within the accepted rules of conduct for the benefit of the general public.

Por el contrario, la autonomía es un concepto un poco más restrictivo. En el marco de libertad en el que se desarrolla una persona, la autonomía es la capacidad de valerse por sí mismo<sup>16</sup>; elegir su propia voluntad, tener aptitud para actuar y adoptar sus propias decisiones.

Por su parte, y ya más específico dentro del ámbito jurídico, la autonomía de la voluntad se encuentra consagrada en el artículo 1197 del Código Civil que establece que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma. A partir de ella es posible observar que la autonomía de la voluntad tiene como características principales el hecho que se desarrolla en el marco de una convención, que es efectuada entre dos o más partes, cuyo resultado es la manifestación de la voluntad común, con el efecto de crear negocios jurídicos bi o plurilaterales.

El libre desarrollo de la autonomía de la voluntad sólo encuentra restricción o límite ante la buena fe, las buenas costumbres, la moral, y el orden público.

Como veremos a continuación, estos conceptos de libertad, autonomía y autonomía de la voluntad en el marco del derecho de familia, y especialmente en el derecho sucesorio, posee diversas restricciones. Dentro de ellas, la más relevante es el orden público: el derecho sucesorio está regido por normas de orden público que opera como un límite total a la autonomía de la voluntad ya que implica la indisponibilidad de la materia.

## **2. La autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia.**

La autonomía de la voluntad en el marco de las relaciones de familia tiene una configuración particular. Esta rama del derecho se caracteriza por poseer normas de orden público que se contraponen a la autonomía de la voluntad de las partes en una relación de familia. Tal como sostiene Josefina Solavagione (2014) la intervención estatal en la materia encuentra su justificación en el interés del estado respecto que los particulares cumplan con las relaciones jurídicas que les corresponden, encontrándose los intereses autónomos y particulares supeditados a uno superior: el interés del grupo familiar.

---

<sup>16</sup> Recuperado de <http://www.conocimientosweb.net/portal/term2002.html> Autonomía: Capacidad de valerse por sí mismo. Estado y condición del pueblo que goza de entera independencia, sin estar sujeto a otras leyes que a las dictadas por el y para el. Tipos de Autonomía: Administrativa, de la Voluntad, Financiera, Política, Privada.



La regulación, ejercicio y alcance que el principio de la autonomía de la voluntad tiene en el derecho civil argentino difiere diametralmente respecto el existente en materia de derecho de familia en general, y sucesorio en particular. Nada queda en esta materia de la visión kantiana respecto de concebir la autonomía de la voluntad como facultad de darse su propia ley. Las normas imperativas que rigen el derecho sucesorio no dan lugar a ejercitar la facultad de autodeterminación y de crear vínculos con terceros fijando sus propias reglas para regir las relaciones. En el derecho argentino vigente, el derecho sucesorio se ha configurado como un bloque rígido de normas imperativas que en su regulación sólo han dejado un pequeño margen de libertad para que el hombre, antes de su muerte, basándose en el principio de la autonomía de la voluntad, haga uso y disponga de su propiedad para después de su muerte.

Tal como sostienen Nora Lloveras y Marcelo Salomón (2009), la imperatividad de una norma de orden público provoca la irrenunciabilidad de los derechos que dicha norma de orden público contiene y declara la ineficacia de todos los actos que sean contrarios a dicha norma de orden público. Decidir dotar una norma con el rango de orden público lleva implícita la decisión de querer proteger una serie de valores socialmente valiosos y que se considera que deben ser de aplicación imperativa. Por ello, el orden público opera como límite a toda decisión que los individuos adopten en ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la autonomía familiar, en pos de proteger derechos personales o patrimoniales que se generan en base a una relación de familia.

Esta noción de orden público se encuentra en el artículo 19 de la Constitución Nacional al establecer que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados".

### **3. El Derecho de Propiedad y el Derecho a Testar.**

El derecho de propiedad y el de testar del cual gozan todos los habitantes de la Nación Argentina pueden ser extraídos de una interpretación coordinada de los artículo 14 y 20 de la Constitución Nacional.

El artículo 14 de la Constitución consagra el derecho de uso y disposición de la propiedad, al establecer:

Artículo 14: Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Por su parte, el derecho a testar se encuentra regulado por el Artículo 20, llamado artículo de los extranjeros, que establece:

Artículo 20.- Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

Ambos derechos están íntimamente vinculados ya que testar, en su faz patrimonial, es la facultad de una persona de disponer de su patrimonio para después de su muerte; es decir, es un acto jurídico que el futuro causante hace en vida pero con efectos para después de su muerte.

Al respecto, Nora Lloveras y Marcelo Salomón (2009) sostienen:

“La potestad y libertad para disponer del propio patrimonio constituyen la materialización de la autonomía de la voluntad como manifestación del proyecto de vida autorreferencial. El acto testamentario, en su expansión y alcance, configura una expresión de esa potestad y libertad, acto que se produce en vida y con efectos para luego de la muerte” (Pág. 321).

Si toda esta consagración de derechos plasmados en la Constitución Nacional es contrastado con la regulación que en el Código Civil se hace respecto el derecho sucesorio en cuanto a la facultad de testar, no hay dudas que este último cuerpo legal restringe arbitrariamente el derecho de propiedad y el principio de autonomía de la voluntad.

Mientras la Constitución Nacional otorga el derecho de uso y disposición de la propiedad y el derecho a testar, el Código Civil vigente mediante la institución de la legítima limita irrazonablemente ese derecho; al extremo que aquellas personas, futuros causantes, que tengan herederos forzosos sólo podrán disponer libremente del veinte por ciento de la totalidad de su patrimonio.

#### **4) Legítima Hereditaria e Igualdad.**

El sistema de legítimas, además de colisionar con el derecho a la libre disposición de la propiedad y restringir de ese modo el derecho a testar y el principio de autonomía de la voluntad, afecta también el derecho a la igualdad entre los propios herederos.

El sistema vigente en materia de sucesiones en el Código Civil se contrapone con el derecho a la igualdad, plasmado en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional. Esto es así porque si bien en cierto que el patrón utilizado por la ley es un patrón objetivo ya que se basa en el vínculo parental; éste no garantiza en principio la igualdad, ó, como máximo, lo es sólo desde el punto de vista formal. Sobre este tema, expresa Córdoba (2010, Pág. 155) que “la igualdad importa un grado suficiente de razonabilidad y no de igualitarismo”.



Cierta doctrina sostiene que puede suceder que dos personas en el mismo orden hereditario respecto del causante (por ejemplo dos hijos), se encuentren fácticamente en escenarios muy dispares si se tienen en cuenta los estándares subjetivos de cada uno de ellos (edad, situación económica, estado de salud, etc.). Por lo tanto, la aplicación de la legítima como está regulada en la actualidad, podría llevar a situaciones de clara inequidad. En tal sentido Lloveras y Salomón (2009, Pág. 330/331) sostienen que:

...la ley confrontaría seriamente con el concepto actual del derecho a la igualdad, al otorgar a los herederos legitimarios alícuotas cerradas sin ofrecer la permeabilidad suficiente a la situación de hecho concreto para que se pueda observar en el caso específico el cumplimiento del mandato constitucional de la igualdad.

## **II) Análisis constitucional de la legítima hereditaria**

Para iniciar este análisis podríamos comenzar reiterando la distinción respecto los dos matices del derecho a testar que el Código Civil argentino adopta y los alcances que cada uno posee. Por un lado, están todas aquellas disposiciones testamentarias que no implican una disposición patrimonial de índole económica y, por otro, las disposiciones que sean verdaderas disposiciones patrimoniales que el futuro causante hace en ejercicio de su derecho de propiedad.

Respecto a aquellas disposiciones testamentarias sin contenido económico, en términos generales, el Código no le opone restricciones, quedando abarcadas por el artículo 19 de la Constitución Nacional que consagra el principio de reserva y quita del ámbito de control y alcance de los magistrados toda acción del hombre que no sea contraria a la ley, ni al orden público, ni a las buenas costumbres, al establecer:

Artículo 19 (CN): las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservados a Dios, y exentas de la autoridad



de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Por el contrario, respecto a toda aquella disposición testamentaria que el futuro causante realice en ejercicio de su derecho de propiedad sobre su patrimonio, y en caso que existan al momento de su muerte herederos forzosos, el Código Civil regula fuertes restricciones en el marco del instituto de la legítima hereditaria, limitando sin más la libre disposición de su patrimonio y restringiendo arbitrariamente el derecho de propiedad y el principio de autonomía de la voluntad del causante.

El artículo 3591 del Código Civil vigente establece:

“La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos”.

Este artículo marca el límite de la facultad de disposición para todo testador que tenga herederos forzosos al momento de su muerte. El patrimonio se subdivide imaginariamente en dos porciones: una disponible por parte del testador y otra, que constituye la legítima hereditaria de los herederos forzosos, que se caracteriza por ser indisponible.

Por lo tanto, el Código Civil en su regulación estipula que el causante sólo podrá disponer de sus bienes hasta la concurrencia de la porción legítima, no pudiéndose imponer gravamen ni condición alguna sobre ella, bajo sanción de tenérselas por no escritas (artículo 3598). El quantum de la misma varía, según el tipo de heredero forzoso, entre  $\frac{1}{2}$  a  $\frac{4}{5}$  del total del patrimonio.

Esta limitación que el Código Civil Argentino estipula puede ser analizada como una restricción al individuo en dos sentidos diferentes pero íntimamente relacionados entre sí. Por un lado, y desde un punto de vista estrictamente jurídico, como una restricción arbitraria a los derechos constitucionalmente consagrados a



todos los habitantes de la Nación; y, por otro, como una limitación a la libertad en la autodeterminación de la persona interviniendo en los proyectos de vida autorreferenciales.

Desde el punto de vista de la persona como individuo libre que goza del derecho de decidir sobre el destino de su propia vida, esta restricción implica una intromisión en el ámbito privado del individuo que, en principio, se encontraría resguardado por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Retomando lo que expresaban Nora Lloveras y Marcelo Salomón (2009), el testamento, en lo que respecta a su expansión y alcance, configura una expresión de la potestad y la libertad del testador, que se produce en vida y con efectos para luego de la muerte; y así la institución de la legítima restringe la libertad que la persona tiene respecto el diseño y ejercicio de su proyecto de vida.

Al respecto Marcelo Salomón (2011) sostiene:

“...ejercer el derecho a testar implica poner en movimiento un doble juego de derechos: la libertad en la determinación del proyecto de vida personal y la disposición de la propiedad individual a través de la determinación del destino de los bienes propios habrán de seguir para después de la muerte del individuo. (...) En su testamento, el causante, está manifestando su libertad y su autonomía personal constitucionalmente resguardada”.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la Constitución Nacional consagra y enumera los derechos políticos, civiles, sociales y económicos de los que gozan todos los habitantes de la Nación; siendo además la ley suprema a la cual debe adecuarse todo el sistema normativo de la República Argentina. En íntima relación con el derecho sucesorio, la Carta Magna consagra, como vimos anteriormente, el derecho de propiedad, el derecho a testar, la libertad y la igualdad.

Al restringir el Código Civil la facultad de disponer de una parte del patrimonio a todo aquel testador que tenga herederos forzosos, se está limitando el alcance de los mencionados derechos constitucionales. El testador con este tipo de herederos



ya no goza del libre derecho de uso y disposición de su propiedad, su libertad y la autonomía de la voluntad no tienen el mismo alcance y, en consecuencia, el derecho constitucional a testar ya no es absoluto y libre de restricciones como aparece en el artículo 20 de la Constitución Nacional sino que, en estos casos, se encuentra limitado para poder ser ejercido sólo sobre una parte mínima del patrimonio.

Debido a la íntima relación existente entre el derecho de propiedad y el derecho a testar, no existe posibilidad de restringir el derecho a testar sin estar restringiendo el derecho constitucional a la propiedad. El derecho a testar se manifiesta como las disposiciones que una persona en vida efectúa sobre su patrimonio para que surtan efecto después de su muerte. Si esas disposiciones, acaecida su muerte, se tienen por no escritas, en definitiva, se está dejando sin efecto disposiciones que el titular del dominio realizó en pleno ejercicio de su derecho de propiedad. Más claro aún es esto cuando se declaran inoficiosas donaciones que el de cujus efectuó a terceros y son objeto de sanción por violar la legítima de los herederos forzosos. Esas donaciones fueron verdaderas manifestaciones de la autonomía de la voluntad del causante, que en ejercicio del dominio sobre algún bien decidió enajenar a favor de un tercero. Que a posteriori, ocurrida su muerte, se declare inoficiosa la donación y se la deje sin efecto estimamos es una restricción absolutamente arbitraria al derecho de propiedad.

Por otra parte, parecería injustificable el excesivo quantum que la porción legítima representa (de  $4/5$  a  $1/2$  en el mejor de los casos). Si bien la Constitución Nacional acuerda al Estado, en uso de su potestad tributaria, la posibilidad de imponer gravámenes sobre la propiedad; ésta no es ilimitada sino que debe respetar el límite establecido en el 33% de la materia imponible, de lo contrario, se torna confiscatoria.

Ese límite lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y se ha extendido a otras ramas del derecho, lo que constituye una máxima hermenéutica de derecho constitucional en relación a la inexorable vinculación que debe existir en la reglamentación de los derechos patrimoniales; y que en el derecho sucesorio es violentado de modo absoluto si consideramos que la porción legítima varía entre el 50% y el 80% según el tipo de herederos forzosos.

Al analizar separadamente lo que establece la Constitución Nacional por un lado, y lo que reglamenta el Código Civil, por otro, parecería existir una



incongruencia injustificable con principios que se intenta defender. La Carta Magna brinda un marco general más bien amplio, que si bien deja lugar a la posibilidad de imponer restricciones en pos de la protección integral de la familia, nunca de la magnitud que el Código Civil regula con el sistema de legítimas.

Desde parte de la doctrina se sostiene que dicha limitación impuesta en el derecho sucesorio por el régimen de legítima hereditaria para los herederos forzosos encuentra su fundamento y justificación en el deber de solidaridad que debe existir entre los miembros de la familia y en la protección integral de la familia; y que por ello la distribución del patrimonio del causante se efectúa entre los parientes próximos de de cujus, priorizando el parentesco de sangre y la institución de familia tradicional basada en el matrimonio.

En otras palabras, lo que parte de la doctrina está sosteniendo es que, en base o en pos de ciertos principios, una ley reglamentaria puede ir en contra de los derechos constitucionales consagrados en la Carta Magna. Definitivamente, no compartimos esa postura. Por el contrario, consideramos que si una ley de rango inferior a la Constitución Nacional es contraria a ella, es inconstitucional.

Asimismo, la mencionada postura se apoya sobre el pilar de la familia tradicional constituida por una pareja heterosexual que decide contraer matrimonio y tener descendencia; sin considerar que actualmente existen múltiples nuevas formas de familia que coexisten que con ella, actualmente también reconocidas por la ley civil y que no tienen lugar en el derecho sucesorio.

Para finalizar el presente Capítulo, y antes de pasar a las Consideraciones Finales, transcribimos a Marcelo Salomón (2011) en una opinión que compartimos y resume lo expuesto hasta aquí:

“...Reconocimiento constitucional expreso y manifiesto del derecho a testar, la concepción liberal del sistema de derechos sostenido por nuestra carta magna y la clara defensa del derecho de propiedad imponen como mandato fundamental el deber de edificar un sistema sucesorio sobre la base de la libertad testamentaria. El código civil



está obligado a construir su sistema sucesorio desde el pedestal de la autonomía personal, la valoración y estima del ejercicio de la propiedad y el respeto a la esencia del derecho constitucional a testar. Si la constitución nacional acuerda a los habitantes la facultad de disponer de su propiedad, y ese derecho se materializa en el llamado derecho a testar, el código civil -al reglamentarlo- no puede cambiarlo y convertirlo en un derecho de disposición reducido a una parte mínima del haber del habitante de la nación, pues al hacerlo desconocería la esencia y el contenido determinante del derecho que reglamenta”.



## CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de todo el trabajo hemos podido estudiar la temática relativa a la sucesión hereditaria, sus fundamentos, su regulación actual y la proyectada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación; analizar en detalle la institución de la legítima hereditaria y la vinculación de ésta con principios consagrados en el Código Civil, intentando visualizar si existe una relación armónica entre los principios constitucionales y la regulación posterior efectuada por el legislador mediante el mencionado cuerpo normativo.

En este recorrido pudimos definir a la sucesión como aquella sustitución subjetiva en la titularidad de un derecho o un deber que contiene toda relación jurídica y que opera por la transmisión de ese derecho o deber de un sujeto a otro. La fuente de esta transmisión puede estar en dos situaciones diferentes; puede ser un acto entre vivos o mortis causa; siendo esta última la que nos interesa a los fines del presente trabajo.

Nuestro Código Civil, al disponer sobre la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quien correspondían, define a la sucesión como la trasmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta a la que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla.

Con todo, pudimos analizar que los elementos necesarios de toda sucesión son el causante, los sucesores –aquellos llamados a sucederle ya sea por la ley o por el testador; y que pueden ser o bien herederos o legatarios-, y el patrimonio del causante.

En caso que al sucesor, mediante la sucesión, se le transfiera el todo o una parte alícuota del patrimonio del causante la sucesión será considerada universal (siendo su objeto un todo ideal), por el contrario, si se transmite un objeto particular estaremos frente una sucesión singular.

En nuestro derecho positivo, con el presupuesto fáctico del fallecimiento del causante se inicia una ficción jurídica a través de la cual sus herederos se ubicarán en la misma posición jurídico patrimonial que él ocupaba. En un primer momento, los herederos ocupan su lugar respecto la universalidad de su patrimonio; a posteriori (finalizada la partición y adjudicación) cada uno de los herederos participa de la adquisición a título singular de ciertos bienes o derechos. Por regla general, los



derechos patrimoniales se transmiten a los herederos y, por el contrario, los extrapatrimoniales se extinguen con la muerte.

Por su parte, el artículo 3280 establece dos tipos de sucesiones mortis causa: la legítima o ab intestato y la testamentaria; siendo la primera cuando es deferida por la ley y la segunda cuando lo es por voluntad del hombre manifestada en testamento válido.

Las sucesiones ab intestato reposan sobre la voluntad presunta del causante adoptando cada ley positiva la presunción legal que le parece más apropiada a la naturaleza de las relaciones de familia. Cuando el autor de la sucesión no ha testado, la ley suple ese silencio con un llamamiento legal en base a un orden sucesorio que pretende caratularse de justo o equitativo sosteniendo que el mismo respeta lo que de *cujus* debió haber querido.

Dicho esto, parecería que el sistema jurídico argentino –que se jacta de respetar hasta la voluntad presunta del causante- regula el marco normativo para los casos de silencio del causante, respetando la voluntad del causante cuando, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, el *cujus* manifieste su voluntad respecto el destino de su patrimonio para después de su muerte en un testamento válido. Sin embargo, esto no es así.

La vocación legítima, que en principio siempre aparecería como supletoria de la testamentaria, siendo esta última la regla general en materia sucesoria, encuentra un límite inquebrantable con la institución de la legítima hereditaria y la regulación de ésta respecto los herederos forzosos –descendientes, ascendientes y cónyuge supérstite-.

El artículo 3714 establece un llamamiento legítimo imperativo para este tipo de herederos; y el 3591 establece que la legítima es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos.

Entonces... ¿es la sucesión legítima supletoria a la testamentaria?. ¿Qué vocación hereditaria prevalece en caso de coexistencia de testamento y herederos forzosos?.

A poco andar, es posible vislumbrar que la regla general en derecho sucesorio respecto la sucesión testamentaria comienza a desdibujarse al aparecer ciertos



supuestos de hecho. Así, ante la existencia de descendientes, ascendientes o cónyuge supérstite, ya el testador no tiene la libre disposición de su patrimonio para realizar actos de disposición sobre él para después de su muerte, y, mientras tanto, la ley comienza aquí a hablar de porción legítima y porción disponible.

El de cujus, al cual sobrevivan herederos forzosos, podrá efectuar disposiciones testamentarias sólo sobre la porción disponible, que oscilará entre el 50% y el 20% de la totalidad de su patrimonio.

Incluso la ley va aún más allá. Cuando el Código comienza a regular la forma en que debe calcularse la porción legítima, no sólo considera el valor total de los bienes dejados por el causante al momento de su muerte sino que también considera el valor de todas las liberalidades (donaciones, renunciaciones gratuitas, etcétera) hechas en vida por el causante; previéndose un amplio sistema de defensa a la legítima hereditaria que consagra nulo todo acto de de cujus tendiente tanto a la exclusión de algún heredero como a la afectación de la porción legítima.

Toda esta situación no varía demasiado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que entrará en vigencia el próximo 01 de Agosto del año 2015.

El nuevo ordenamiento mantiene las mismas instituciones sucesorias. Las innovaciones introducidas en cada instituto sucesorio no afectan el sistema sucesorio en su conjunto. El nuevo Código ha dado un amplio margen de reconocimiento a la autonomía de la voluntad desde el inicio de la vida de la persona –a partir del reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente filiatoria- y también ha reconocido y ampliado la proyección de la planificación sucesoria y patrimonial para después de la muerte, aumentando incluso el porcentaje del patrimonio que compone la porción disponible. Empero, no basta. Continúan vigentes reglas tales como inviolabilidad de la legítima que echan por tierra todo intento de consagrar la autonomía de la libertad del testador; y el llamamiento forzoso de parientes basados en el modelo tradicional de familia que en nuestros tiempos ya no tienen plena vigencia.

A nuestro juicio, uno de los fundamentos más importantes para la necesidad del cambio en la legislación sucesoria es la transformación social operada durante fines del Siglo XX. La limitación que importa la legítima ya no cuenta con el soporte tradicional y las nuevas relaciones de familia –reconocidas en el nuevo Código-



traen consigo un cambio sociológico que debe ser acompañado por las normas sucesorias.

Nuestro Código ha regulado toda la institución basada en el modelo tradicional de familia, es decir, aquella constituida por una pareja heterosexual unida en matrimonio que decide tener descendencia. Empero, en la actualidad, si bien aún subsiste este modelo tradicional, muchas personas optan por nuevas formas de relacionamiento y formación de familias (como uniones de hecho y familias ensambladas de pareja hetero y homosexuales); lo que ha modificado las bases sobre las cuales se asientan los principios del derecho de familia que funcionan de pilar al derecho sucesorio.

La ley paulatinamente ha ido reconociendo y dotando de marco legal a estas nuevas realidades. Sin embargo, y pese este reconocimiento, el sistema sucesorio argentino no se ha hecho eco de ello, manteniendo intacto el sistema instaurado por Vélez Sarsfield basado en la protección integral de la familia tradicional, tanto en el sistema de porción legítima para herederos forzosos como el llamamiento legal que se regula en caso de silencio del testador.

Este llamamiento imperativo surge de la necesidad de tutelar el interés familiar y encuentra su fundamento en el deber de solidaridad de sus miembros. Sin embargo, reiteramos nuestra convicción respecto que dicho interés tiene un contenido y un correlato social histórico que ha perdido vigencia en la actualidad. Como sostienen Lloveras y Orlandi, se tutela el interés familiar en abstracto, teniendo en cuenta estándares objetivos que se sustentan en patrones fijos y estáticos y no se consideran patrones subjetivos que probablemente el causante hubiere tenido más en cuenta. Entonces, ¿se esta cumpliendo con el fin de la norma?; ¿suple esa norma realmente la voluntad presunta del causante?.

Estamos convencidos que la decisión respecto el destino del patrimonio para después de la muerte debe recaer exclusivamente dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad del causante; regulando la ley civil sólo aquellos casos donde prime el deber de asistencia hacia aquellas personas que, por situaciones especiales de incapacidad, deban protegerse y dejando amparado los derechos constitucionales que le son propios al causante.

De ese modo, si comenzamos a analizar la regulación que el Código Civil realiza respecto la legítima hereditaria a la luz del derecho constitucional y los



principios consagrados en la Ley Suprema de la Nación, podemos sostener que la legítima hereditaria restringe arbitrariamente los derechos constitucionales a la propiedad, a testar, libertad e igualdad.

El artículo 19 de la Carta Magna consagra la libertad al establecer que “... las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados... ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe...”. Con este principio de reserva la ley suprema consagra un amplio margen de discrecionalidad donde el hombre podrá desarrollar libremente sus actos.

Por su parte, de una interpretación integrada de los artículos 14 y 20 de la Constitución surge el derecho a la propiedad y a testar. Ambos derechos están íntimamente vinculados, ya que testar, en su faz patrimonial, es la facultad de una persona de disponer de su patrimonio para después de su muerte; es decir, es un acto jurídico que el futuro causante realiza en vida pero con efectos para después de su muerte; configurándose así el testamento en una expresión de la libertad de la persona del causante.

Empero, mientras la Constitución Nacional otorga el derecho de uso y disposición de la propiedad y el derecho a testar sin otra limitación que la impuesta por el artículo 19; el Código Civil, mediante la instauración de la legítima hereditaria, limita irrazonablemente esos derechos.

Así, todo causante que al momento de su muerte le sobrevivan herederos forzosos ya no gozará del libre derecho de uso y disposición de su propiedad, su libertad y autonomía de la voluntad no tendrá el mismo alcance que el establecido por la Constitución Nacional, y su derecho a testar ya no estará sólo limitado al artículo 19 de la Constitución Nacional sino que, por el contrario, estará restringido a un porcentaje mínimo de su patrimonio.

Es justamente debido a la íntima relación existente entre el derecho a testar con el derecho a la propiedad que no existe posibilidad de restringir el derecho a testar sin estar restringiendo el derecho a la propiedad. Como dijimos precedentemente, el derecho a testar se manifiesta como las disposiciones que una persona efectúa en vida sobre su patrimonio para que surtan efecto después de su muerte. Si esas disposiciones, acaecida su muerte, se tienen por no escritas, en



definitiva, se está dejando sin efecto disposiciones que el titular del dominio realizó en pleno ejercicio de su derecho de propiedad. Más claro aún es esto cuando se declaran inoficiosas donaciones que el de cujus efectuó a terceros y son objeto de sanción por violar la legítima de los herederos forzosos. Esas donaciones fueron verdaderas manifestaciones de la autonomía de la voluntad del causante, que en ejercicio del dominio sobre algún bien decidió enajenar a favor de un tercero. Que a posteriori, ocurrida su muerte, se declare inoficiosa la donación y se la deje sin efecto estimamos es una restricción absolutamente arbitraria al derecho de propiedad.

Por otra parte, parecería injustificable el excesivo quantum que la porción legítima representa (de  $4/5$  a  $1/2$  en el mejor de los casos). Si bien la Constitución Nacional acuerda al Estado, en uso de su potestad tributaria, la posibilidad de imponer gravámenes sobre la propiedad; ésta no es ilimitada sino que debe respetar el límite establecido en el 33% de la materia imponible, de lo contrario, se torna confiscatoria. Ese límite lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y se ha extendido a otras ramas del derecho, lo que constituye una máxima hermenéutica de derecho constitucional en relación a la inexorable vinculación que debe existir en la reglamentación de los derechos patrimoniales; y que en el derecho sucesorio es violentado de modo absoluto si consideramos que la porción legítima varía entre el 50% y el 80% según el tipo de herederos forzosos.

Finalmente, también podríamos sostener que el Código Civil también afecta el derecho a la igualdad entre los propios herederos. El patrón objetivo utilizado por la ley civil –el parentesco– no garantiza en principio el derecho a la igualdad plasmado en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución, ya que garantiza sólo una igualdad de tipo formal.

Por todo lo expuesto es que estamos convencidos que es necesario armonizar las normas del derecho sucesorio con los lineamientos constitucionales. Si bien en nuestra sociedad existe una concepción aferrada a la sucesión de los bienes en la familia con un contenido afectivo e igualitario, no puede ignorarse que se debe reflexionar acerca de la conveniencia de permitir una mayor libertad a favor del testador.



Los cambios reclamados a favor de una mayor libertad testamentaria deben ser oídos por el derecho y regulados de la mejor forma para no distorsionar el sistema, compatibilizando los derechos constitucionales de libertad y propiedad en sus justos términos.

La porción disponible a favor del causante establecida por ley resulta escasa y a la vez contradice principios garantizados en nuestra Constitución Nacional como el del libre ejercicio del derecho de propiedad y el principio de libertad.

La legítima impone a la persona una clara limitación en su derecho a testar, y se constituye en una limitación a la facultad testamentaria y de la libre disposición del patrimonio del causante, confrontando con la autonomía de la voluntad y con los derechos y valores protegidos por la Constitución Nacional.

En esta necesidad de armonizar los principios constitucionales con las restricciones legales, la legítima actual se torna excesiva, pues atenta contra la autonomía de la voluntad de las personas. Tal como está legislada la legítima en el sistema sucesorio argentino, no contempla los mandatos constitucionales por lo que debe flexibilizarse el régimen y deben redireccionarse los límites que ella impone.

La libertad de testar se expresa como una perspectiva de la libertad del hombre, principio primordial para que pueda realizarse y del cual procede el derecho de propiedad y como manifestación de ésta. Así, cualquier limitación a la facultad de disponer del patrimonio que una persona realice ha de guardar un fundamento muy importante cual es el basado en la justicia social.

La legítima es una institución que apunta a la tutela del interés familiar, con fundamento en la solidaridad que debe existir entre los miembros de la familia. Empero, de acuerdo con la Constitución Nacional reformada de 1994, deben tenerse presentes los principios de libertad, autodeterminación de la persona y de tutela de los sujetos vulnerables.

Si bien con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial los legisladores se han hecho eco de algunos reclamos doctrinarios respecto la necesidad de flexibilizar el rígido sistema sucesorio, las modificaciones han dejado inalterado en lo sustancial el sistema de legítimas. Además, si bien la autonomía de la voluntad ha sido



reconocida con mayor énfasis en el nuevo texto, debe entenderse que ésta se encuentra relacionada con la capacidad que tienen los individuos para establecer las más diversas relaciones jurídicas acorde a su libre albedrío. La única limitación posible a esta autonomía debe estar dada por la ley, y en este caso, la ley en materia sucesoria no fue receptora de un amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad, algo que sí ocurrió en las normas de familia.

Dentro de los derechos de los que goza una persona se encuentra el derecho de propiedad, que lleva implícito el derecho de gozar y disponer de ella. 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 para después de la muerte, halla su fundamento reconocido en la Carta magna.

A pesar de ello, la legítima impone a la persona una clara limitación en su derecho a testar, y se constituye en una limitación a la facultad testamentaria y de la libre disposición del patrimonio del causante, confrontando con la autonomía de la voluntad y con los derechos y valores protegidos por la Constitución Nacional. La legítima, aún en su nueva regulación, sigue siendo excesiva, pues atenta contra la autonomía de la voluntad de las personas.

Un aspecto positivo del nuevo Código reside en la valoración de los principios del derecho y en la conexión lógica entre la Constitución, los tratados en que la Argentina sea parte y el derecho en general. En el caso de la legítima, debe ser analizada teniendo presente la necesidad de armonizar principios tales como la autonomía de la voluntad, la protección de la familia y el interés de la sociedad.

Ninguno de estos principios es absoluto, es por eso que no existe una libertad ilimitada a la hora de planificar el destino de los bienes para después de la muerte (Capparelli, 2012). Pero entendemos que tampoco debe erigirse el legislador en amo y señor, previendo todo por otro, menospreciando la capacidad de cada persona de decidir lo que considera mejor respecto de los bienes que conforman su patrimonio.

La libertad testamentaria debería haber sido receptada por la legislación argentina en consonancia con los principios de solidaridad familiar y autonomía de la



voluntad, derogándose el instituto de la legítima por haber dejado de cumplir la función social que en otro momento histórico le sirvió de justificativo. En rigor de verdad, tiene poco sentido que la libertad y el derecho de propiedad tengan un contenido máximo en vida y que se restrinjan para después de la muerte, generándose así una violación al derecho constitucional de propiedad y al desarrollo libre de la personalidad (Melón, Appugliese y Yauhar, 2013).

Con todo ello, no se está propiciando una libre disposición del testador de modo absoluto, sino que debe equilibrarse con la protección de los herederos que dependían del causante o que se hallaren en estado de necesidad mediante la regulación de asignaciones forzosas. La protección de ciertos integrantes de la familia, basado en la situación de especial cuidado que el mismo ocupa, constituiría el límite a la autonomía de la voluntad. Esta puede tener lugar, respetando las nuevas formas de familia, y atendiendo a distintos factores como el estado de necesidad de algunos de los integrantes de la familia, o la edad (en caso de menores de edad), la colaboración prestada por algunos miembros de la familia para el aumento y la conservación del patrimonio familiar, entre otras posibles.

En nuestro régimen jurídico –tanto el actual como el proyectado- el Estado termina interfiriendo en decisiones personalísimas que corresponden al campo de la intimidad<sup>17</sup>. Es por ello que consideramos que el derecho sucesorio debe receptor aquel concepto amplio de familia que expresamos oportunamente, en consonancia con los tratados de DDHH con jerarquía constitucional, y posibilitando a la persona organizar su vida íntima y personal, dándole primacía a la autonomía de la voluntad, sin descuidar los principios de solidaridad y responsabilidad que siempre deben estar implícitos en los núcleos familiares. Es la propia familia quien conoce las necesidades y posibilidades de sus miembros, y qué mejor que ellos, conociendo sus necesidades, o en caso de existir un incapaz, de decidir el destino de los bienes a través de una herramienta de gran utilidad en esta particular situación, como lo es el fideicomiso testamentario.

Lloveras y Salomón (2009) expresan que, a diferencia del sistema vigente, la limitación al derecho de testar debería estar determinada por las obligaciones

---

<sup>17</sup> Cám. Civ. Com. Min. Paz y Trib. Mendoza, “S. R. c/Mendoza 21 SA”, 23/03/09, La Ley online. (AR/JUR/4965/2009, p. 4)

alimentarias que el causante tenía en vida para con sus herederos, y graduadas según la cantidad de herederos, la edad biológica de estos y si padecen alguna discapacidad física, psíquica o social. Planteamos para los herederos forzosos que dependían económicamente del causante o que se hallaren en estado de necesidad, la formulación de una asignación forzosa, que no establece un parámetro fijo o una cuota determinada del patrimonio, si no que consistiría en una contribución económica razonable, que debería fijar el juez, de acuerdo a los parámetros que se fijen por ley. Estos podrían ser: la magnitud del acervo hereditario, si existía obligación alimentaria del causante para con sus herederos legitimarios o supletorios, discapacidad física o psíquica del heredero (Lloveras y Orlandi, 2011).

Hubiera sido interesante que se sigan algunos ejemplos del derecho comparado en países como Inglaterra, Canadá y Estados Unidos, Chile, Colombia, Costa Rica, y Sudáfrica, en donde no existe derecho a la legítima sino derechos similares a alimentos que permiten tutelar el interés familiar (Ferrer, 2013).

Hubiera sido oportuno derogar el instituto de la legítima sin conculcar el derecho constitucional, y permitir que la persona pueda decidir siempre a quién dejar lo que le pertenece en base a criterios subjetivos que configuran una elección personalísima, únicamente cuestionable para aquéllos casos en los que el acto jurídico (testamento) no cuente con los requisitos-presupuestos de validez que prescribe nuestro Código Civil.

“La ley confronta con la concepción moderna del derecho a la igualdad al otorgar a los herederos legitimarios alícuotas cerradas sin ofrecer la permeabilidad suficiente a la situación de hecho concreto para que -quizás a través del magistrado judicial- se pueda observar en el caso específico el cumplimiento del mandato constitucional de la igualdad. Tal vez necesitaríamos la creatividad pretoriana que impulse un derecho más vivo y con mayor efectividad

en donde se contemple la equidad” (Bidart Campos, 1996, T.II, Pág. 528).

Se debe crear una cultura del testamento, de la manifestación de la voluntad, pudiendo el ciudadano decidir qué hacer con sus derechos y bienes no sólo durante su vida sino para después de su muerte. El interés familiar y el principio de solidaridad deben ser receptados mediante el otorgamiento de asignaciones forzosas, con carácter reipersecutorio, a cargo de la sucesión, para aquellos individuos que dependían económicamente del causante o que se hallaren en estado de necesidad. El juez podría fijarlas teniendo en cuenta parámetros legales que le permitan arribar a una solución equitativa.

Debió haber sido en ocasión de la reforma del Código Civil y Comercial donde se incorporaran los cambios tendientes a tutelar ni más ni menos que la libertad como valor supremo, abriendo paso a permitir la toma de decisiones que no incumben al Estado como protector y garante último de todos nuestros derechos y garantías.

Hubiera sido interesante, al menos, permitir la coexistencia de los sistemas de legítima con todas las modificaciones tendientes a su flexibilización y un sistema de libertad testamentaria limitada en el interés familiar. De este modo, aquél que en una decisión personal eligiera distribuir de una manera determinada los bienes de su propiedad a través de un testamento, pudiera hacerlo ampliamente, y aquél que está convencido de todos los supuestos beneficios que la porción legítima acarrea, pues que la conserve para sí.

La última modificación efectuada al Código Civil mediante la sanción del nuevo ordenamiento ha clausurado la posibilidad, al menos por algunos años, de efectuar cualquier tipo de modificación legislativa sustancial en la materia. Los legisladores han perdido la oportunidad histórica de incluir en esta mega reforma a la libertad de testar como pilar fundamental del sistema sucesorio argentino. Empero, los años pasarán y seguro en algún futuro el pensamiento de los legisladores avanzará en el sentido de dar un amplio reconocimiento a la autonomía de la voluntad en el ámbito sucesorio permitiendo la libre disponibilidad del testador,



dejando intactas sólo aquellas restricciones tendientes a asegurar la protección de los integrantes de la familia que requieran especial protección, y sólo en los casos en que sea necesario.



## BIBLIOGRAFÍA

Alterini, A.A. (2008). Derechos Reales, de Familia y Sucesorio. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot.

Amarante, A. (2012). Comentarios respecto de la legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial.

Azpiri, J. O. (2006). Derecho Sucesorio. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi S.R.L.

Berberé Delgado, J. y Merlo, L. (2012). El fideicomiso en el Derecho de Familia y de las Sucesiones. Buenos aires: Ad Hoc.

Bidart Campos, Germán. (1996). Manual de la Constitución reformada, T.II Buenos Aires: Ediar,

Borda G. A. (1994). Tratado de Derecho Civil- Sucesiones Tomo I y II. Buenos Aires, Argentina: Editorial Perrot.

Capparelli, J. C. (2011). La legítima. El lugar que debe ocupar en nuestro derecho. Suplemento especial La Ley – Colegio de Escribanos, CABA 12/09/2011.

Capparelli, J. C. (2012). Colación y legítima en el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial. Cita: MJ-DOC-5983-AR | MJD5983.

Carregal, M. (2012). Planificación Patrimonial y sucesoria. Buenos Aires: Ed. Heliasta.

Castillo, A. V. (2012). La legítima. Análisis desde la óptica de la familia actual, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales. Revista Notariado 908, 01/01/2012, 51. Cita Online: AR/DOC/3136/2013.

Chiappini, J. (2006). La herencia forzosa es inconstitucional, LL 4/10/2006, p. 1.



Córdoba, F. I. (2014). Contrato y Testamento, hacia una mayor libertad y autonomía de la voluntad en el Derecho Sucesorio. La Ley on line. Cita Online: AR/DOC/281/2014.

Córdoba, M. (2010). Utilidad social de la sucesión-Asistencia-Mejora específica. Madrid: Reus.

Córdoba, M. (2012). Las reformas en materia de sucesiones, Capítulo LIII en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, director Julio César Rivera. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Ferrer, F. (2013). El derecho de sucesiones en el proyecto de Código Civil y Comercial. Recuperado de [http://www.rubinzalonline.com.ar/blog/el-derecho-de-sucesiones-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-por-francisco-ferrer/#.VD-qm\\_I5OM4](http://www.rubinzalonline.com.ar/blog/el-derecho-de-sucesiones-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-por-francisco-ferrer/#.VD-qm_I5OM4) -15/10/2014).

Guglielmino, A. del C. (2012). Algunas reflexiones sobre la legítima hereditaria y su regulación en el proyecto de Código Unificado. Cita: MJ-DOC-5934-AR | MJD5934.

Lloveras, N y Orlandi, O. (2009). La legítima en el derecho argentino: ¿tradicción jurídica o adecuación a las características sociológicas y jurídicas del siglo XXI?. La Ley on line. Cita online AR/DOC/3635/2009.

Lloveras, N; Salomón, M. J. (2009); El derecho de familia desde la Constitución Nacional. Editorial Universidad. Bs. As.

Maffía, J. O. (2002). Manual de derecho Sucesorio. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma.

Maqueira, M. y Vanella, V. R. (2013). “La legítima hereditaria. Voluntad presumida por la ley y voluntad testamentaria”. La Ley on line. Cita Online: AR/DOC/4232/2013.

Orlandi, O. (2010). La legítima y sus modos de protección. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot.



Perez Lasala, J. L. y Medina, G. (1992). Acciones judiciales en el derecho sucesorio. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.

Salomón, M. J. (2011). Legítima Hereditaria y Constitucional. Córdoba, Argentina: Alveroni Ediciones.

Solavagione, J. M. (2014). La legítima hereditaria y el orden público en el régimen del Código Civil. La Ley on line. Cita Online: AR/DOC/1290/2014.

Zannoni, E. (1980). Manual de derecho de las Sucesiones. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.