



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Las donaciones hechas a legitimarios y la inseguridad jurídica causada por la acción reipersecutoria otorgada a los mismos

Por Romina Ana Muñoz

Abogacía

2016

Resumen

Esta investigación estará orientada a determinar si existe o no seguridad jurídica en los actos realizados por el donatario a título oneroso en relación con otros herederos y en relación con los sub-adquirentes de buena fe a título oneroso, destacando el análisis de los artículos 2.458 y 2.459 del Código Civil y Comercial de la Nación en los que se detalla, en el primero la acción reipersecutoria de los legitimarios, y en el segundo, el plazo prescriptivo de diez años para adquirir dominio del bien.

Palabras clave: donaciones - legitimarios - inseguridad jurídica - acción reipersecutoria

Abstract

This research is aimed at determining whether or not there is legal certainty in acts performed by the donee for consideration in relation to other heirs and in relation to the sub-purchasers in good faith for consideration, highlighting the analysis of articles 2458 and 2459 of the Civil and Commercial Code of the Nation in which he detailed in first the persecution action of the heirs and the second prescriptive period of 10 years to acquire ownership of the property.

Keywords: donations - forced heirs - juridical insecurity - reipersecutory action

Índice

Introducción	5
Capítulo 1: Introducción a la temática	9
1.1. Análisis de la donación	10
1.1.1. Concepto	10
1.1.2. Caracteres	11
1.1.3. Objeto	13
1.1.4. Forma	14
1.1.5. Oferta de donación	14
1.2. Análisis en materia sucesoria. La legítima	16
1.2.1. Testamento. La materia testamentaria	16
1.2.2. Antecedentes históricos	18
1.2.3. Sucesión por causa de muerte. Conceptos relevantes	19
1.2.4. Herencia, heredero y legatario	20
1.2.5. Legítima. Antecedentes. Concepto. Naturaleza jurídica. Protección	23
Capítulo 2: Regulación	28
2.1. Legislación.....	29
2.1.1. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina	29
2.1.2. La donación en el Código Civil y Comercial de la Nación	30
2.1.3. La legítima hereditaria en el Código Civil y Comercial de la Nación	33
2.2. Legislación comparada	38
2.2.1. La herencia, legítima y donación en España y Chile	38
Capítulo 3: Supuestos de inseguridad	42
3.1. Supuestos de inseguridad jurídica	43
3.1.1. Conceptos relevantes	43
3.1.2. Supuestos propiamente dichos	46
3.2. Por qué y cómo se presenta la inseguridad	48
Capítulo 4: La problemática actual	50
4.1. Código Civil de Vélez Sarsfield	51

4.2. Cuándo se produce la problemática y de qué manera afecta al tráfico jurídico actualmente y a futuro	56
Conclusiones finales	60
Bibliografía	63

Introducción

La donación es el acto unilateral por el que una persona transmite a otra un bien o un derecho de manera gratuita, aunque puede tener cargo; este último es una obligación que impone el donante al donatario. Este instituto antiguo y muy bien definido por múltiples autores es aceptado por la sociedad de manera automática; sin embargo, hoy en día, con la reciente modificación del Código Civil de Vélez por el Código Civil y Comercial de la Nación, nos encontramos con libertades con las que no contábamos y también con más inseguridades, a las que la sociedad debería estar atenta.

Es de gran relevancia hacer conocer las fallas que tiene la nueva legislación civil y sobre las cuales puede una persona equivocarse por falta de advertencia; además, es importante que los profesionales del derecho puedan y sepan identificar estas fallas y la magnitud de ellas para poder hacer una buena defensa de los derechos de los argentinos.

En este trabajo, se procede a hablar de una muy pequeña parte de este nuevo camino que nos encontramos recorriendo que es el Código Civil y Comercial de la Nación, pero es un aporte que nos sirve para conocer más acerca de esta nueva etapa legislativa.

En la presente investigación, la finalidad es determinar si hay o no inseguridad en el tráfico jurídico por los actos que realiza el donatario a título oneroso con respecto a los terceros adquirentes de buena fe y, a partir de ahí, detallar en qué casos sucede y por qué es que se presenta. Se analizarán los instrumentos normativos que regulan la cuestión, como así también las diferentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales referentes a la temática. Además, se dará respuesta a múltiples interrogantes que surgen a raíz de la complejidad de la cuestión.

El desarrollo del TFG comprenderá cuatro partes fundamentales; la primera de ellas será meramente introductoria del tema y en la que se definirán los institutos sobre los que se desarrollará el trabajo. Se tendrá en cuenta doctrina tanto antes como después de la modificación del código, se analizarán los elementos constituyentes de cada institución y se hará una comparación con otras legislaciones que los regulan.

En la segunda parte, se va a explicar lo necesario sobre la actual legislación concerniente al tema tanto nacional como la comparada. La tercera procederá al análisis específico de los casos de inseguridad jurídica, quiénes terminan perjudicados y quiénes beneficiados por ella y por qué lo están; determinar en profundidad todo lo relativo a ello y encontrar comparación con nuestra antigua legislación y definir si era mejor antes de la reforma.

Teniendo en cuenta todo lo relativo a la problemática y lo desarrollado a lo largo de los capítulos del trabajo, se elaborarán en la última parte las conclusiones finales a las que se arribó, que abarcarán consideraciones en cuanto a los interrogantes que plantea esta reciente legislación civil con respecto a la temática desarrollada.

El planteamiento inicial acarrea un problema que quizás no es a simple vista notable, al menos por ahora; el código es aún muy “joven” y es a medida que se despiertan los problemas que vamos a comenzar a conocerlos. En esta investigación, al momento de elegir sobre qué exponer, busco hacerlo de algo que fuera a afectar a la sociedad de manera tal que me encontré con este detalle que espero les sea de ayuda para evitar caer en confusiones o en situaciones de inseguridad jurídica donde puedan salir perjudicados.

¿Afectan los artículos 2.458 y 2.459 del Código Civil y Comercial de la Nación a la seguridad jurídica del tercero adquirente de buena fe o de los herederos del donante con respecto a los actos a título oneroso del donatario? De ser así, ¿por qué y de qué manera lo hacen?

En la actualidad, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, el dominio pleno de la cosa adquirida por el tercero de buena fe no se produce sino hasta transcurridos diez años desde la adquisición de la posesión.

Como es de público conocimiento, de manera reciente se ha hecho un cambio radical al Código Civil redactado por Vélez Sarsfield, paso importante a nivel nacional e internacional, dado que se ha dicho que no existió jamás un cambio tan complejo en otro país. Ahora, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, no sólo se empiezan a generar lagunas en aquellos que se dedican a esta rama del derecho, sino también a quienes imparten la justicia, como los jueces; muchos institutos se ven afectados en su totalidad y se han creado muchos otros. Ahora bien, hablando particularmente de por qué es importante esta investigación, se debe aclarar que a partir de la misma estamos abriendo camino al entendimiento de cómo funcionan hoy tanto el instituto de la donación como la legítima hereditaria y por qué hay artículos que conllevan a afectar la seguridad de dichos institutos que se veían protegidos en la anterior legislación.

En cuanto a quién beneficia esta investigación, se podría afirmar que a toda la sociedad en general, además de todos los profesionales interesados en conocer en el tema,

particularmente a abogados y estudiantes de abogacía, dado que el resultado de ésta podrá advertir a los mismos sobre su seguridad a la hora de adquirir bienes raíces a título oneroso. Además, se podrá con este proyecto resolver cuestiones prácticas tanto para los terceros, como para las partes de una donación o los integrantes de la legítima.

Al ser la temática tan novedosa para todos, se logrará llenar áreas grises de conocimiento, sin dudas y por supuesto también se podrá comentar más al respecto a lo largo del tiempo. Particularmente, se considera a éste un tema muy controvertido, que va a dar de qué hablar jurídicamente por mucho tiempo.

Más específicamente, se va a definir el instituto de la donación, sus elementos, caracteres y todo contenido del mismo relevante para la investigación; definir los institutos de la herencia y la legítima; definir la compra y venta de un bien inmueble a título oneroso; análisis comparativo de los institutos arriba mencionados con respecto al Código Civil redactado por Vélez y el Código Civil y Comercial de la Nación vigente en la actualidad; definir acción reipersecutoria; análisis de los artículos 2.458 y 2.459 del Código Civil y Comercial de la Nación; análisis comparativo con legislaciones extranjeras; análisis de doctrina relevante a la investigación y, por último, análisis de jurisprudencia relevante a la investigación.

La seguridad jurídica es la cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es Derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente, lo será en el futuro, entonces, es necesario mantener esta certeza en la población, pero qué pasa cuando dicha certeza se ve alterada o vulnerada por la propia ley, o qué puede pasar si una persona que ignora la normativa y actúa de buena fe se ve burlada por las normas que deberían protegerla. El adquirir un bien con la plena confianza de que será propio de la persona desde que lo compre y que nadie tiene derecho a turbar dicha posesión es la regla, o al menos lo era. Por eso hay que probar que se tiene que respetar dicha seguridad, se tiene que aplacar todo aquello que la vulnera para darle a quienes confían en la normativa razones y motivación para creer en la misma. El cuestionamiento se basa en definir si existe o no inseguridad y ése es el gran enigma de esta investigación.

Con respecto a la metodología que habrá de emplearse en el trabajo, puede definirse como exploratoria; es también conocida como estudio piloto, que son aquellos que se investigan por primera vez o son estudios que se han investigado muy poco. También se emplean para identificar una problemática, que es lo que ya se ha expuesto. Por lo novedoso de este tema a tratar, se está de alguna manera explorando horizontes poco conocidos. La

nueva legislación civil va en proceso de ser estudiada y ésta es la idea de este trabajo en el punto de la problemática planteada. Se hará uso del método cualitativo: es una investigación que se basa un análisis subjetivo e individual; esto la determina como una investigación interpretativa, referida a lo particular. Está dirigida a la “exploración, descripción y entendimiento” de algún fenómeno o situación. Se procederá a recolectar datos sobre la temática a desarrollar y las diferentes perspectivas o puntos de vista, sin tener que efectuar mediciones numéricas ni ningún análisis estadístico particular.

Capítulo 1: Introducción a la temática

Se podría decir que el Código Civil y Comercial está comenzando a transitar por las vidas de la sociedad entera y es trabajo de investigaciones como ésta poder desentramar todo cuestionamiento que surja para el mejor entendimiento del mismo. En este primer capítulo, se describirá de manera profunda los institutos involucrados que son tanto la donación como la legítima y algunos aspectos relevantes del derecho sucesorio. A partir de este análisis, se podrá comprender mejor sobre qué va a desenvolverse la problemática y qué tan importante son dichos conceptos en la vida diaria. Se tiene el arraigo de que son cuestiones importantes que todos deben conocer para desenvolverse mejor en el mundo jurídico; por experiencia personal, previamente a comenzar la investigación, no se conocía a muchas personas interesadas por saber hasta que, haciendo una leve introducción de la temática a desarrollar, se mostraron interesados y ansiosos por saber más. Se buscará, de esta manera, que la explicación sea lo más completa posible, para librar al lector de dudas e ilustrarlo en el conocimiento de estas cuestiones a desarrollar, que son importantes e interesantes.

Partiendo de la pregunta plateada en el objetivo general de este trabajo, a la cual se remite, se puede afirmar que éstos son simples disparadores para cuestionamientos que surgen y van a surgir por la existencia de dichos artículos; sin embargo, y como se planteó en el párrafo anterior, se desarrollarán primero los institutos mencionados para un mejor acercamiento a la problemática.

1.1. Análisis de la donación

1.1.1. Concepto

Se determina en el Código Civil y Comercial de la Nación (a partir de ahora CCCN), en su artículo 1.542, que “Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta lo acepta”.

Como expresa Manganaro (2014, p. 86), “El contrato es una especie dentro del acto jurídico, siendo un negocio jurídico bilateral o plurilateral, puesto que necesariamente debe existir el consentimiento de dos o más personas, lo cual no implica que sus obligaciones sean recíprocas o correlativas”.

Es uno de los contratos más generosos que requiere ser analizado cuidadosamente, porque muchos no han de conocer los efectos del mismo, que puede ocasionar perjuicios tanto en la familia como en el propio donatario o también el beneficiario (Rodríguez Velarde, 1998). Y es este párrafo en particular el que desata la importancia de la materia, puesto que de no saber o entender sobre la misma se puede caer en el error y la confusión que conllevan a la

concreción de perjuicios tanto para las partes como terceros, pero es algo sobre lo que se hará hincapié con más profundidad en párrafos y capítulos posteriores.

Para desarrollar un concepto vulgar, se podría decir, entonces, que donar es un acto de desprendimiento de una persona a favor de otra, con ánimo de beneficiarla. En nuestra conceptualización vulgar nos referimos al dar desinteresado, sin precisar tampoco qué, cuando en verdad el código se está refiriendo a lo patrimonial y a toda su regulación. Se podría estar hablando también de donación de órganos, de contenido extra patrimonial o de otro tipo de desprendimientos de asistencia educativa, solidaria o de beneficencia en la fuerza de trabajo u orientación intelectual; sin embargo, el alcance está orientado en lo patrimonial; y aun en este aspecto, la donación se limita a las cosas, muebles o inmuebles, sin perjuicio de que pueda sujetarse a sus reglas lo que es materia de cesiones de créditos de derechos de todo tipo, que en la medida que permitan su transmisión es también gratuita (Lamber, 2008).

La donación es uno de esos conceptos tan fáciles de comprender en su esencia como difíciles de delinear en sus contornos precisos. La dificultad reside en la circunstancia de que no todo acto a título gratuito es donación (y esto es muy importante de saber, porque confundir otros actos gratuitos con la donación es algo muy común y frecuente). No lo son los actos de última voluntad ni tampoco numerosas liberalidades realizadas entre vivos que quedan excluidas del concepto jurídico de donación. La ley ha circunscripto el régimen legal de las donaciones a ciertos actos respecto de los cuales considera particularmente importante proteger al donante. Eso explica por qué no se aplica a todas las liberalidades entre vivos el mismo régimen (Borda, 1999).

1.1.2 .Caracteres

Para definir los caracteres del contrato, se ha seleccionado hacerlo a través de las palabras de Borda (1999) el cual dice que es un contrato a título gratuito; no hay contraprestación del donatario. Existe también el cargo, que suele imponer a veces el donante; éste no tiene carácter de contraprestación sino de obligación accesorio. Particularmente quien suscribe, no entiende al cargo como una contraprestación por el bien o cosa donada; sin embargo, he llegado a pensar que es un favor que el donante pide al donatario. Tampoco desvirtúan el carácter gratuito del contrato algunas obligaciones que la ley impone al donatario, como la de pasarle alimentos al donante, en caso de que le sean necesarios, y de guardarle lealtad. Es formal y en algunos casos, solemne y es irrevocable por la sola voluntad del donante. Además, agrega Catalina Moggia:

Si bien el artículo 1.015 consagra como regla la libertad de forma, en materia contractual se han dejado a salvo los supuestos en que se haya impuesto una determinada, tal como ocurre con la donación de inmuebles, de cosas muebles registrables o de prestaciones periódicas o vitalicias, que constituyen contratos formales bajo pena de nulidad según el artículo 1.552 con los efectos del artículo 969, primer apartado, y respecto de los cuales no resulta aplicable la conversión prevista en el resto de la norma precitada. Es nominado; el Código en el artículo 970 hace referencia a la categoría de contratos nominados e innominados, pero, a diferencia del artículo 1.143 del Código derogado, que basaba la diferencia en la existencia o no de una denominación especial, el nuevo ordenamiento la basa en la existencia o no de una regulación especial. Es decir que el criterio de diferenciación guarda relación con las categorías de contratos típicos y atípicos que la doctrina había elaborado al analizar el texto del artículo 1.143 del Código Civil (Moggia, 2015, p. 173).

Pueden donar solamente las personas que tienen plena capacidad de disponer de sus bienes dice nuestro Código Civil y pueden aceptar donaciones los capaces; si la donación es a una persona incapaz, la aceptación debe ser hecha por su representante legal, y si la donación del tercero o representante es con cargo, se requiere autorización judicial¹. Surge aquí un cuestionamiento propio, particularmente porque muchas veces los representantes de las personas incapaces no actúan en bienestar del mismo sino en el propio; por ello, creo que en lugar del representante directamente debería ser un juez quien dicte la aceptación por parte de una persona incapaz. También están los casos de personas mayores, cuyos representantes hacen a los mismos firmar donaciones cuando ellos no tienen idea de qué es lo que hacen. Son esos abusos los que me llevan a pensar que, en estos casos (y por más que no encuentro el agrado en que un juez decida todo), es particularmente necesario que un juez se involucre, más tratándose de una persona incapaz de decidir por sí sola.

Se trata de un contrato unilateral, por cuanto genera obligaciones para una sola de las partes; es decir, el donante. Es un acto a título gratuito, por cuanto asegura al donatario una ventaja independiente de toda prestación a su cargo. Se exceptúan las donaciones con cargo y remuneratorias, que serán consideradas onerosas en la medida del valor del cargo impuesto o del servicio retribuido (D'Alessio, 2015). Reitero mi posición de que no debería considerarse onerosa, ya que el cargo no es una contraprestación, sino una responsabilidad, ajena a lo que sería un pago, que tiene que cumplir el donatario.

¹ Artículos 1.548 y 1.549 del Código Civil y Comercial de la Nación que rezan:
“Artículo 1.548. Capacidad para donar. Pueden donar solamente las personas que tienen plena capacidad de disponer de sus bienes. Las personas menores emancipadas pueden hacerlo con la limitación del inciso b) del artículo 28.”
“Artículo 1.549. Capacidad para aceptar donaciones. Para aceptar donaciones se requiere ser capaz. Si la donación es a una persona incapaz, la aceptación debe ser hecha por su representante legal; si la donación del tercero o del representante es con cargo, se requiere autorización judicial.”

1.1.3. Objeto

El CCCN, en su art. 1.542, deja en claro que el objeto de la donación deben ser cosas, por lo cual se limita a los bienes materiales. Se elimina, además, la enumeración de otras liberalidades que el código derogado incluía. En su lugar, el Código Civil y Comercial dispone la aplicación subsidiaria de las normas de este contrato a todos los actos jurídicos a título gratuito, lo que incluye no sólo a otros contratos, sino a actos unilaterales (D'Alessio 2015). Si se trata de la transferencia de bienes inmateriales, puede hacerse por vía del contrato de cesión al que, en el caso de ser gratuito, se le aplicarán supletoriamente las reglas de la donación (art. 1.543) (No debe confundirse una cesión de derechos con una donación, supletoriamente se aplicarán las normas de la misma; sin embargo, en la donación, como explica el texto, sólo se transfieren derechos sobre bienes materiales). La norma no distingue entre cosas muebles o inmuebles, diferencia que, no obstante, resulta relevante con relación a la forma y prueba del contrato, pero da a entender que la donación puede ser tanto de muebles como inmuebles. El artículo 1.551 dispone que la donación no puede tener por objeto la totalidad del patrimonio del donante, ni una parte alícuota de él, ni cosas determinadas de las que no se tenga el dominio al tiempo de contratar. Agrega también que, en el supuesto de comprender todos los bienes o una parte substancial de éstos, sólo será válida si el donante se reserva su usufructo, o si cuenta con otros medios suficientes para su subsistencia (Moggia, 2015). El hecho de que no se pueda comprender todo o parte del patrimonio del donante en una donación, no implica que el mismo pueda hacer donación de varias cosas en distintos actos, lo que conlleve a perjudicar la legítima hereditaria de sus herederos forzosos. Se desarrollará la legítima en el próximo punto del capítulo.

Moggia (2015), tomando las palabras de Salvat, Acuña, Borda y López de Zabalía, expresa que, si bien la fórmula parece confundir el patrimonio con los bienes que lo integran, siendo éste un atributo de la personalidad, no puede efectuarse una interpretación absolutamente literal del texto. Consecuentemente, la interpretación debe hacerse en consideración del resto de la regulación contractual, de manera específica con la definición de donación, en el sentido de que la misma sólo refiere a cosas. En virtud de ello, habrá de entenderse que sólo se hace referencia a la donación de todas las cosas que integran el patrimonio del donante, siendo relevante que también se acote la posibilidad de donar una parte substancial de los bienes, teniendo en cuenta que la finalidad de esta prohibición se da para evitar no tanto actos que resultan irreflexivos, como aquellos que se encuentran

motivados en una captación de voluntad, además de que existe un interés social de no dejar al donante en la indigencia.

1.1.4. Forma

En cuanto a forma, señala Moggia, se lo hace entendiendo como tal al conjunto de solemnidades que la ley exige para la validez o para la prueba de los actos jurídicos. Y tomando las palabras de Castán Tobeñas y Puig Brutau, exclama:

En determinados contratos, como ocurre en las donaciones que deben a hacerse mediante escritura pública –de inmuebles, muebles registrables, prestaciones periódicas o vitalicias–, la forma constituye un modo de información, que tiene como finalidad proteger a los otorgantes del acto, tanto de la impremeditación como de la ligereza, o evitar la precipitación de los contratantes. Continúa diciendo que en materia contractual, si bien el principio de libertad de formas sigue siendo la regla, según lo establecido en el artículo 1.015, no se puede obviar que el artículo 969 establece que sólo cuando la ley exige una formalidad para la validez del contrato su falta torna nulo el mismo. En cambio, si la forma no está establecida bajo pena de nulidad, a pesar de que el contrato no producirá sus efectos propios, quedará concluido como contrato en el cual las partes se comprometen a otorgar la forma omitida. Es decir que, en materia de donaciones de inmuebles, de rentas periódicas o vitalicias o de bienes muebles registrables, que son formales bajo pena de nulidad (...) no es factible la conversión del negocio y tampoco la aceptación tácita, dado que el artículo 1.545 dispone que, si bien esta última puede ser tanto expresa como tácita, su interpretación es restrictiva y está sujeta a la forma de las donaciones (Moggia, 2015, p. 177).

1.1.5. Oferta de donación

Ahora bien, ya entendiendo los conceptos básicos que envuelven a este contrato, se procede a determinar la oferta de la donación y lo que la misma implica.

El concepto de donación claramente distingue dos momentos: uno, la obligación que parte de transferir gratuitamente una cosa –es decir, la oferta–, y otro, la aceptación de la otra parte, como condición de validez. Pero el consentimiento puede darse de manera instantánea, cuando las partes contratan en el mismo momento, o puede existir una voluntad inicial y la aceptación posterior que hace perfecto el contrato, un contrato en el que hay una diferencia temporal entre ambas formulaciones (Bizzotto, 2015).

La oferta se entiende como una declaración unilateral de voluntad destinada a producir efectos jurídicos (Tautman, 2010), y que solamente quedara perfeccionada como contrato de donación una vez que se complete su etapa de formación del contrato; es decir, con su aceptación por parte del destinatario de la oferta (Bizzotto, 2015). Dice el artículo 1.545 del CCCN “La aceptación puede ser expresa o tácita, pero de interpretación restrictiva y está

sujeta a las reglas establecidas respecto de la forma de las donaciones. Debe producirse en vida del donante y del donatario”. Dice además el artículo 976 (que se encuentra en la sección uno del capítulo 3 del título II, “Consentimiento, oferta y aceptación”) que

La oferta caduca cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación. El que aceptó la oferta ignorando la muerte o incapacidad del oferente, y que a consecuencia de su aceptación ha hecho gastos o sufrido pérdidas, tiene derecho a reclamar su reparación.

Esto es una cuestión muy importante, aquí es donde se ve reflejado el hecho de que deben estar ambos vivos para la aceptación, salvo ignorancia del aceptante de la muerte del donante, de manera personal. Opino que esta parte está mucho mejor resuelta que en el código anterior y marca claridad en dudas que yo misma con anterioridad me he planteado, con una experiencia personal: qué sucedería si muere alguien sin aceptar. Ahora está detallada en la nueva codificación la respuesta a dicha incertidumbre personal y es algo que me gusta del CCCN; cierra algunas cuestiones antes dudosas, mientras que deja muchas otras en lagunas inciertas, que con el tiempo se irán, si se permite, resolviendo.

Hay un régimen especial para la oferta de la donación, que es distinto al régimen general de ofertas en todos los contratos. Tenemos que tener en cuenta, en primer lugar, las normas específicas para este contrato, y luego aplicar las otras subsidiariamente, pero siempre teniendo en cuenta los caracteres especiales de este contrato (Piccon, 2015). Continúa Piccon (2015), exclamando que se da por sentado ver a la donación como un contrato; sin embargo, los estudiosos han visto que hay algo especial en la naturaleza jurídica de la donación, ya que en otras legislaciones, por ejemplo, la donación no requiere aceptación, así dice León Hirsch (1977) que en la doctrina se ha discutido si la donación constituye o no un contrato. Los autores clásicos romanos consideraban que la donación era un contrato, pero en algunos códigos de la última época se hace una vinculación de la misma con testamentos y legados, partiendo de la idea de que las donaciones y los testamentos presentan el carácter común de los actos a título gratuito y están estrechamente vinculados al derecho sucesorio. En el nuevo código, ha habido un cambio fundamental para entender a la oferta de donación. En el anterior sistema, establecido por el 1.795 del Código Civil redactado por Vélez, se permitía aceptar la donación aun después de la muerte; se hace un cambio radical con la redacción del artículo 1.545, que establece que debe hacerse la aceptación “en vida del donante”. El código nuevo, cuando habla de la fuerza obligatoria de la oferta, nos trae un concepto importante al respecto para interpretar la norma, dice el 974 “a no ser que lo contrario resulte de sus términos, de la

naturaleza del negocio...”, es decir, la ley esta previendo que la oferta (y, por ende, la aceptación) también va a depender de la naturaleza del negocio (Piccon, 2015).

1.2. Análisis en materia sucesoria. La legitima

1.2.1. Testamento. La materia testamentaria

La materia testamentaria constituye el área más inalterada del Derecho Privado. Ello se verifica en las normas que rigen en nuestra república. También en la comparación con las establecidas por los países cuyas culturas jurídicas inciden en la nacional. Prueba de ello es que el legislador ha seleccionado continuar con la solución del Código Civil derogado, ya que su contenido armoniza con la estructura jurídica en su conjunto, al respetar principios y valores jurídicos de modo coherente con el ordenamiento. Su aplicación resuelve adecuadamente las circunstancias tratadas, atendiendo, además, a la existencia de una consolidada doctrina jurisprudencial y autoral, enriquecida por la solvencia científica de sus fuentes originales, que justificó mantener su vigencia. Respetando las porciones legítimas, las personas humanas están facultadas a disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales, pudiendo además incluir en el acto disposiciones extra patrimoniales. Cuando se habla de respetar la porción legítima, sería esencial el agregado de la palabra “mientras”, porque de respetarse podría decirse que las cosas siempre se solucionan en armonía; sin embargo, no siempre es el caso y, de manera personal, tengo la creencia de que es la principal razón por la que las sucesiones suelen ser tan complejas y comienzan con familias, pero terminan con desconocidos. Para continuar con la redacción, es necesario definir que “testamento”, del latín *testatio mentis*, significa testimonio de nuestra voluntad y, efectivamente, se trata de la manifestación de nuestra voluntad antes de fallecer (Córdoba, 2015).

Con respecto al concepto de testamento, Castán Tobeñas invoca a Mucius Scaebola, al sostener que consiste en un acto espontáneo, personal, solemne y revocable, por virtud del cual una persona, según su libre voluntad y los conocimientos de la ley, dispone, para después de su muerte, de su haber como de todo aquello que, en la esfera social en que vive, puede y debe ordenar siguiendo y basándose en sus creencias y de las personas que a él estén unidas por cualquier lazo de interés (Castán Tobeñas, 1989).

Dijo Alberto Villalba Welsh en 1986 que el testamento es un acto formal en el que quien lo otorga adopta disposiciones que deben cumplirse después de su muerte. No es costumbre testar en la Argentina, puesto que es la ley la que establece la distribución de los bienes del

difunto y al testador le queda un margen limitado para hacer su voluntad. Muchas veces se otorgan testamentos y, por no cumplirse las disposiciones de la ley, no pueden entregarse las cosas como el testador dispuso. El testador debe, al menos, tener dieciocho años de edad, hacerlo por escrito y puede revocarlo y modificarlo cuantas veces lo prefiera. No pueden otorgarlo dos o más personas en un mismo documento; es algo personal y donde se define el destino de los bienes de una sola persona. El mandato para testar es inválido, es algo que debe redactarse en persona; es decir, quien exponga su voluntad debe hacerlo personalmente, no puede enviar a alguien más en su nombre a hacerlo. Hay tres clases, el llamado ológrafo, escrito de puño y letra, con el lugar, fecha, datos personales y firma de quien lo otorga; el cerrado, que no necesita que sea de puño y letra del testador, siempre que esté firmado por él y comparezca con cinco testigos ante un escribano público que levantará un acta; y por último, el notarial, otorgado ante un escribano público, quien lo incorporará al protocolo y, acaecida la muerte, deberá comunicarlo a las personas beneficiadas o al juez de la sucesión (Villalba Welsh, 1986). Particularmente, pienso que el testamento es un instituto ya pasado de moda, que se creó para la época en que tanto la legislación era pobre como era corta la vida de las personas, en una época en que la guerra era el motor del mundo y la gente fallecía a distancias intransitables en aquella época. Por aquel tiempo, la idea del hijo legítimo y la del llamado bastardo no era equitativa; muchas veces hijos que debieron de heredar no lo hicieron por no ser legítimos del matrimonio o por no estar reconocidos, o había casos en que personas testaban a favor de terceros, dejando a sus familias con nada más que el recuerdo. Coincido con Villalba en que es la ley la que establece la distribución de los bienes del difunto y al testador le queda un margen limitado para hacer su voluntad hoy en día, y es por la existencia de ella que creo que no sirve ya el testamento, no de la misma manera en que se necesitó tiempo atrás.

Se debe distinguir entre los actos que deben producir efectos después de la muerte y los actos eficaces por causa de muerte. En estos últimos, la muerte del otorgante es la *condictio iuris* (condición necesaria) para su eficacia. Esta distinción es importante para comprender los motivos de la revocabilidad de los testamentos y para poder establecer el momento a partir del cual se determinan sus efectos. Sigue el autor citando palabras de Zannoni, quien expresa que

...mientras los efectos de los actos entre vivos que son diferidos para después de la muerte se retrotraen al tiempo de la celebración del negocio, los actos *mortis causa* no tienen efecto retroactivo: la muerte es un elemento que determina la producción de sus efectos jurídicos, sin ninguna efectividad retroactiva sobre el momento en que se hizo el testamento. Se concibe al testamento como el acto a través del cual una persona dispone de sus bienes. De todos modos, si una persona realiza un acto cumpliendo todas las formalidades exigidas para el testamento pero no contuviera una cláusula de disposición de

bienes o dicha cláusula coexistiera con disposiciones de carácter extra patrimonial y con las de contenido patrimonial, estamos también en presencia de un testamento. Debe atenderse a que las cláusulas que no impliquen disposición de bienes, tal el caso del reconocimiento de hijos, nombramiento de tutor, curador o albacea, enumeración de herederos legitimarios sin disponer legados o mejora alguna, entre otros, constituyen especies dentro del género de los testamentos. Todo acto cuya finalidad sea el cumplimiento de sus cláusulas para después de la muerte del causante que esté revestido de la forma que la ley exige es un testamento, independientemente de que contenga o no disposición de bienes (Córdoba, 2015).

1.2.2. Antecedentes históricos

Ahora se hará breve mención histórica de nuestros antecedentes en la materia, los autores, tomando palabras de Bonfante, Guaglianone y Di Pietro expresan que, ya en tiempos remotos en Roma, el heredero era el sucesor en la potestad soberana sobre el grupo familiar o sobre la *gens* y, en su consecuencia, también en los bienes, o sea, que la herencia originaria servía como medio de traspaso de la soberanía, en lugar de traspaso patrimonial. Guaglianone expresa particularmente que no es posible en esta época primitiva diferenciar el derecho de la religión, la moral o la filosofía, y sostiene que, en ese contexto, “...la herencia no importa transmitir los bienes privados por la muerte de su titular, sino que consiste en el mantenimiento de la unidad de un grupo primario sobre la mudanza terrestre”. Así, la propiedad inmueble no era en un comienzo de los individuos sino de las familias, cuyo jefe o cabeza era quien la administraba y luego, con el paso del tiempo, pasó a ser propiedad del administrador, momento a partir del cual este último habría comenzado a disponer de ella con total libertad, lo que se ve en el derecho quirritario.

Coincidentemente con ello, la ley XII de las Tablas consagraba el derecho absoluto de disponer del patrimonio según la voluntad del testador, en tanto el testamento cumpliera con ciertos requisitos. Esta libertad absoluta del *paterfamilias* según el *ius civile* conllevaba tanto la posibilidad de instituir heredero a quien quisiera cuanto la de desheredar a los *sui heredes* aun sin fundamento. Si bien este derecho absoluto, en un principio no era usado para esto último, al modificarse las costumbres primitivas y debilitarse la familia, en la época de declinación de la República, el testamento comenzó a ser expresión de una voluntad casi caprichosa, lo que motivó –como reacción y como forma de protección contra los abusos de testadores inescrupulosos– la aparición de la sucesión *iure civili* en caso de preterición (omisión) de los *sui heredes* (Pestalardo y Berasategui, 2013).

Ahora bien tomando palabras de Vogel, en la Edad Media pervivió el derecho romano, debiendo considerarse que, en principio, en el Imperio de Oriente, se continuó aplicando hasta

la caída de Constantinopla en 1453, básicamente el derecho justiniano sin mayores modificaciones. Por otra parte, la destrucción del Imperio Romano de Occidente a partir de las invasiones bárbaras tampoco acarrió como consecuencia la pérdida de vigencia del derecho romano, que continuó en las obras jurídicas de los bárbaros. Aquí se observaba un doble derecho: el derecho romano prejustiniano (dado que el ordenamiento de Justiniano en Oriente fue posterior a la invasión bárbara en Occidente) y el bárbaro, aplicándose el primero de ellos (*lex romanae-barbarorum*) a los súbditos romanos y el segundo a sus invasores. Nos interesa especialmente el derecho medieval español, por la influencia que luego tendrá en el derecho de Indias y en el argentino. Con el período de la reconquista del territorio contra los invasores musulmanes (desde el siglo VIII hasta el XV) desapareció en España la uniformidad legislativa y, sobre todo a partir del siglo XII, comenzó un derecho original, local y principalmente consuetudinario, luego codificado en forma de fueros. Cabe agregar, también, que la penetración del derecho romano en los reinos de Castilla y León fue definitiva a partir de las “Siete Partidas” del rey Alfonso X, llamado “el Sabio”, publicadas por él entre 1256 y 1265, que tuvieron como fuentes tanto la compilación justiniana cuanto a los glosadores y postglosadores (Pestalardo y Berasategui, 2013), que fueron la mayor influencia para lo que luego significaría el derecho de nuestro país.

1.2.3. Sucesión por causa de muerte. Conceptos relevantes

Antes de abordar de manera específica lo que sería la sucesión por causa de muerte, es conveniente asentar conceptos importantes; uno de ellos es la transmisibilidad de los derechos que posee una persona.

El artículo 398 del CCCN dispone al respecto: “Todos los derechos son transmisibles excepto estipulación válida de las partes o que ello resulte de la prohibición legal o que importe transgresión a la buena fe, a la moral o a las buenas costumbres”. De esta norma surgen dos consideraciones importantes a tener en cuenta. Por una parte, es preciso remarcar que la transmisión de los derechos de una persona puede producirse por actos jurídicos entre vivos o como consecuencia de un hecho jurídico como es el fallecimiento de su titular, dando origen en este último caso a la transmisión de derechos por causa de muerte que está contemplada en el libro quinto del CCCN. La otra cuestión se relaciona con el contenido de los derechos transmisibles, ya que no todo derecho puede ser traspasado a otra persona y ello puede deberse a que así lo han estipulado los interesados, a que una norma no lo permita o a que con ello se violaría la buena fe, la moral o las buenas costumbres. En lo que atañe a

nuestra materia, la limitación a la transmisibilidad de los derechos a raíz de la muerte de una persona debe surgir de una disposición expresa de la ley, aunque también sería posible que esta restricción se genere por el acuerdo de voluntades como ocurre en un contrato *intuitu personae*. Otra de las reglas esenciales en cuanto a la transmisibilidad de los derechos se encuentra establecida en el artículo 399 del CCCN: “Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas” (Azpiri, 2015, p. 29).

Con respecto a la sucesión por causa de muerte, nos dice el autor que la muerte es un hecho de la naturaleza que produce consecuencias jurídicas, esto lo decía un muy buen profesor mío y creo que encuadra perfectamente en la definición de la muerte, a nivel jurídico me refiero, porque el minuto en el que mencionó dicha frase frente a un estudiante de psicología, refuta su contenido sin dudar por muchas razones, válidas en su materia, pero no quita que sea perfecta para nuestro campo de estudio, y encuadra dentro del concepto que trae el artículo 257 del CCCN en tanto establece que “...es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”. No cabe duda de que el fallecimiento de una persona ocasiona una modificación de los derechos que tenía, el mismo código lo confirma, ya que no puede seguir siendo su titular sino que deben ser transmitidos a otra persona. Dos son las situaciones que producen, en nuestra materia, el traspaso de derechos: uno es la muerte real (no está definida en el CCCN sino que limita a establecer que con ella termina la existencia de la persona humana) y la muerte presunta (regulada en artículo 86² CCCN) (Azpiri, 2015, pp. 30-31).

1.2.4. Herencia, heredero y legatario

Ahora bien, habiendo establecido nociones básicas como la sucesión y el testamento, cabe aclarar también las nociones de herencia, heredero y legatario, para terminar con la tan importante legítima hereditaria.

A pesar de que el art. 400 del CCCN define al sucesor universal como el que recibe todo o una parte indivisa del patrimonio de otra persona, es necesario señalar que ello no es exacto en el caso de la transmisión por causa de muerte. Lo que se transmite por el

² Artículo 86 CCCN reza: “Casos extraordinarios. Se presume también el fallecimiento de un ausente: a) si por última vez se encontró en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o participó de una actividad que implique el mismo riesgo, y no se tiene noticia de él por el término de dos años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido; b) si encontrándose en un buque o aeronave naufragados o perdidos, no se tuviese noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.”

fallecimiento es la herencia, no el patrimonio (es importante señalar que el patrimonio no sólo está compuesto de bienes; los atributos de una persona lo conforman también, es un conjunto de derechos, obligaciones y cargas, además de los antes mencionados bienes) y aquélla no tiene necesariamente un contenido menor que éste porque hay derechos que se extinguen con la muerte. Es por ello que el artículo 2.277, en su última parte, aclara este concepto: “...La herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extingue por su fallecimiento”. Como regla general, puede decirse que los derechos extra patrimoniales se extinguen con el fallecimiento de su titular (se pueden mencionar los atributos de la personalidad como el nombre, domicilio, capacidad y el estado de familia, lo mismo que los derechos de la personalidad como el derecho a la vida, al honor, la libertad, a la intimidad personal o familiar, a la honra o reputación, a la imagen o identidad, entre otros) mientras que los patrimoniales se transmiten a los herederos (Azpiri, 2015).

Con respecto al sucesor, clama Borda (desde una antigua perspectiva) que, de una manera general, se puede afirmar que

...en el derecho argentino, hay dos clases de sucesores por causa de muerte: los herederos y los legatarios. Los primeros son sucesores universales, y continúan, según el concepto romano, a la persona del causante, tienen derecho a acrecer, eventualmente responden *ultra vires*. Los legatarios en cambio, son sucesores singulares o particulares, no se confunde su patrimonio con el del causante ni van a continuar a la persona del causante, suceden en los derechos del mismo sobre un bien determinado y su responsabilidad por las deudas que aquél tenía se limita al valor de la cosa legada (Borda, 2012).

La idea de la continuación de la persona tiene su origen en el derecho romano primitivo. Tenía ante todo un fundamento de índole más religioso. Fallecida la persona, era indispensable que alguien ocupara inmediatamente su lugar para que el culto familiar no se interrumpiese. Era, además, indispensable que alguien ejerciera la autoridad del difunto dentro de la familia y este lugar lo tomaba el primer hijo varón, algo que hoy en día sería inconcebible. El heredero era quien continuaba con las funciones sacerdotales y de la potestad del *pater familia*; éste también era quien recibía los bienes, pero esto no aparecía sino como un elemento accesorio dentro de la idea de la continuación de la persona. A tal punto es esto exacto que la designación de heredero no daba implicancia a que todos los bienes le fueran adjudicados, ni siquiera una parte de ellos le pertenecía necesariamente, puesto que no existía porción legítima; el testador solía repartir sus bienes en numerosos legados y, a veces, el heredero sólo se ocupaba de pagar deudas. Esto lleva a confirmar la teoría de quien suscribe de que el testamento fue creado para esta época antigua y que

muchas veces (para no decir todas) se abusaba del instituto dejando al heredero sólo con cargas o a una familia sufriendo pesares. Por último, en el año 40 a.C. se dictó la ley Falcidia, la que llegó a reservar una cuarta parte de los bienes para el heredero. Cuando decayó el sentimiento religioso y se rompieron los moldes de la familia primitiva, la idea de la continuación de la persona subsistió por una razón de tradición jurídica y también porque así se explicaba cómo las deudas del causante pasaban a gravitar sobre el heredero, hecho al que los jurisconsultos romanos no le encontraban otra explicación satisfactoria. Cuan antiguas son las raíces del derecho, de las convicciones que hoy dominan la vida diaria, creencias que subsisten dado a estos inicios muy lejos de nuestro país. El concepto germano de la transmisión hereditaria era muy distinto; cuando el jefe de familia fallecía, lo sucedía el varón de mayor edad, la asamblea de la tribu le entregaba los bienes, el heredero pagaba entonces todas las deudas y se quedaba con el remanente, no había confusión de patrimonio, ni las deudas del difunto pesaban sobre los bienes del heredero; sin embargo, fue el romano el que prevaleció (Borda, 2012).

Volviendo a la actualidad, reza el artículo 2278 del CCCN “Se denomina heredero a la persona a quien se transmite la universalidad o una parte indivisa de la herencia; legatario, al que recibe un bien particular o un conjunto de ellos”. Esto a simple vista se mantiene en tanto se dan a notar dos especies de sucesores, uno que tiene el llamamiento universal o bien una parte indivisa de la herencia y los legatarios que tienen un llamamiento particular. Como se aprecia de lo expuesto, el heredero de cuota o legatario se queda en una situación intermedia, ya que se lo considera heredero, pero no tiene la posibilidad de recibir toda la herencia y tiene características similares al legatario de cuota que existía en el código derogado. El heredero, también llamado heredero universal, es el que va a recibir todos los bienes de la herencia, mientras que los herederos de cuota no reciben todos los bienes sino la fracción de la herencia que les ha asignado el causante en su testamento. El heredero, además de su llamado eventual a la totalidad de la herencia, desde que se genera la muerte del causante, tiene todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión y continúan en posesión de los que el causante era poseedor. Ahora bien, aquí se va a ver el cambio y es que se ha eliminado la referencia que traía la legislación anterior a que el heredero continuaba a la persona del causante por tratarse de una ficción innecesaria para que opere la transmisión hereditaria. Como consecuencia de esta característica, el heredero, cuando es el único llamado, ha adquirido, como efecto de la muerte y la consiguiente apertura de la sucesión, la totalidad de

la herencia. En el caso de existir más de una persona llamada como heredero, a cada uno de ellos le corresponderá la parte indivisa de la herencia que coincide con su porción hereditaria; es decir que la herencia se dividirá entre la cantidad de herederos y el resultado será la porción indivisa que a cada uno de ellos le corresponde y que se materializará con la partición (Azpíri, 2012).

1.2.5. Legítima. Antecedentes. Concepto. Naturaleza jurídica. Protección

Con respecto a la legítima, en el derecho romano, desde los comienzos, el testador tenía ilimitados poderes para disponer de sus bienes. Ninguna porción de la herencia estaba reservada necesariamente a sus hijos o a su cónyuge. Esta situación se mantuvo por largos períodos hasta fines de la república. Ya por entonces, aparece un fuerte sentimiento de la justicia sobre esta facultad ilimitada para disponer de los bienes, que permitía dejar en la miseria a los hijos, sin ninguna fundamentación y por el simple arbitrio caprichoso del padre. Se creó por aquella época un remedio que se llamó *querela inofficioso testamenti*. A partir de ello, se planteaba que una exclusión injusta sólo podía emanar de una mente enferma, descolocada; no era que se reputase como un demente al testador, ni que hubiera que producir la prueba de que éste lo estaba; sólo era necesaria esa simple apariencia de insania derivada de lo irrazonable que resultaba el accionar, para que se hiciese lugar a la acción. El resultado era la caída de todo el testamento, los bienes se distribuían entonces como si aquél hubiese fallecido intestado. Recién es en el derecho justiniano en el que la legítima adquiere su configuración moderna; ya no cae todo el testamento, sino que el heredero forzoso tiene derecho a reclamar una parte de la herencia de la cual no puede ser privado sin justa causa (Borda, 2012).

Según Borda, “Legítima se llama a la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes con proximidad no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por ningún acto a título gratuito” (Borda, 2012, p. 302).

Antes de dar un concepto actualizado de legítima, es preciso efectuar algunas consideraciones. La primera es que dicho instituto adquiere importancia solamente en los casos en que el causante deja legitimarios y ha hecho un testamento, ya sea instituyendo herederos o efectuando legados, o ha realizado donaciones en vida. Cuando no hay legitimarios, el causante puede disponer con total libertad de sus bienes, ya que no existe nadie bajo la protección de la legítima. Cuando hay legitimarios y el causante no ha otorgado testamento o no ha realizado donaciones en vida, tampoco hay problema de legítima,

recibiendo los herederos la totalidad de la herencia; son los casos más simples, porque si bien puede haber problemas, ya éstos se generan entre legitimarios. Se considera que, de existir legatarios o terceros que reclaman, la situación se complica, haciendo el proceso tedioso y largo, más aún cuando el fallecido deja una gran herencia.

En segundo lugar, resulta necesario aclarar que con frecuencia se confunde la legítima, o porción legítima, o cuota de legítima, como también se la denomina, con la cuota hereditaria; sin embargo, son conceptos diferentes. Si bien la legítima se determinará en forma individual, su cuantía depende del orden sucesorio llamado a esa herencia, mientras que la cuota hereditaria va a depender de la cantidad de herederos que concurran a la herencia. Tampoco hay que confundir la sucesión legítima con la legítima hereditaria, porque la primera es la que se defiere de acuerdo con la ley y, en este caso, el llamamiento puede ser imperativo o supletorio. Tendrá llamamiento imperativo (esto no implica que estén obligados a aceptar la herencia; imperativo es respecto del causante que no puede excluirlos de la herencia) cuando se refiera a los miembros de la familia protegidos por la legítima y tendrá llamamiento supletorio cuando se refiera a los colaterales (Azpiri, 2015).

Ya desde la definición es preciso dejar en claro que puede variar su interpretación, según la posición que se adopte sobre su naturaleza jurídica. En efecto, según Azpiri (2015, p. 232), “la legítima es la porción de la herencia de la cual no pueden ser privados los legitimarios”; esto da a entender que se entra en la postura doctrinaria que entiende que la legítima es parte de la herencia y no parte de los bienes del causante. Es variada la polémica referente a la naturaleza jurídica de la legítima, ya que para algunos autores se trata de *pars hereditatis*, y para otros es una *pars bonorum*. Si se la considera parte de la herencia (idea que se planteó *supra*), para gozar de la protección de la legítima hay entonces que ser heredero; dicha calidad es el requisito previo y necesario para que no pueda ser privado de los bienes de la herencia. Por lo contrario, si se la considera parte de los bienes, lo importante va a ser que el legitimario reciba por cualquier medio, ya sea por donación en vida del causante o por una disposición testamentaria, los bienes que corresponden a su legítima y no tendrá más derechos sobre el resto de los bienes (Azpiri, 2015).

El proyecto de 1998 se inclinaba por considerarla *pars bonorum*, pero esto cambia con la redacción del CCCN, en el cual se ha suprimido dicha inclinación. No existe nota explícita respecto de la naturaleza jurídica de la legítima. Cabe hacer mención del artículo

2.445 del CCCN cuando se determina el cálculo de la legítima, y es allí donde se dispone que se debe efectuar sobre el valor líquido de la herencia entre otros supuestos. De esta manera, parecería que la legítima forma parte de la herencia y que, para gozar de ella, hay que ostentar la calidad de heredero, ya que éste recibe la herencia. Se podría decir, entonces, que si se le entregan al legitimario los bienes que cubren su porción legítima y se dispone libremente de las restantes, no existe solución expresa para el caso de que alguno de estos últimos no reciba la liberalidad. “Esta falta de definición por parte del CCCN con relación a la naturaleza jurídica de la legítima generará problemas interpretativos y, según mi parecer, la misma tendría que ser considerada parte de la herencia” (Azpiri, 2015, p. 233).

El nuevo código ha mantenido la norma de protección de una parte de la herencia en favor de los familiares más cercanos, según el fundamento de la solidaridad familiar. La solidaridad familiar se encuentra bastante esparcida en el nuevo código y es mencionada en varias ocasiones. Es un principio muy antiguo y se implementa para que no surjan desventajas para los parientes directos; sin embargo, se ha usado de manera abusiva a lo largo del tiempo e incluso en la nueva codificación. Continuando, la porción legítima revalida su condición de instituto de orden público imperativo y que, por lo tanto, no puede ser afectada la voluntad del propio titular de los bienes (Pitrau y Córdoba, 2015).

Con respecto a la protección de la legítima, en particular, podemos distinguir distintas acciones. Al igual que el proyecto de 1998, prevé el anteproyecto (y el CCCN) las siguientes acciones: a) entrega de la legítima (art. 2.450³), b) complemento (art. 2.451⁴), c) reducción (art. 2.452⁵ y ss.). La primera contempla tanto la situación del legitimario preterido (al que se lo

³ Artículo 2.450 CCCN reza: “Acción de entrega de la legítima. El legitimario preterido tiene acción para que se le entregue su porción legítima, a título de heredero de cuota. También la tiene el legitimario cuando el difunto no deja bienes pero ha efectuado donaciones”.

⁴ Artículo 2.451 CCCN reza: “Acción de complemento. El legitimario a quien el testador le ha dejado, por cualquier título, menos de su porción legítima, sólo puede pedir su complemento”.

⁵ Artículo 2.452 CCCN reza: “Reducción de disposiciones testamentarias. A fin de recibir o complementar su porción, el legitimario afectado puede pedir la reducción de las instituciones de herederos de cuota y de los legados, en ese orden. Los legados se reducen en el mismo orden establecido en el segundo párrafo del artículo 2.358”.

Artículo 2.453 CCCN reza: “Reducción de donaciones. Si la reducción de las disposiciones testamentarias no es suficiente para que quede cubierta la porción legítima, el heredero legitimario puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante. Se reduce primero la última donación, y luego las demás en orden inverso a sus fechas, hasta salvar el derecho del reclamante. Las de igual fecha se reducen a prorrata”.

Artículo 2.454 CCCN reza: “Efectos de la reducción de las donaciones. Si la reducción es total, la donación queda resuelta. Si es parcial, por afectar sólo en parte la legítima, y el bien donado es divisible, se lo divide entre el legitimario y el donatario. Si es indivisible, la cosa debe quedar para quien le corresponde una

equipara a un heredero de cuota, desarrollado *supra*) como la de aquel que se halla frente a la inexistencia de bienes por parte del causante (quien sólo realizó donaciones). La segunda ratifica la vigencia de la acción prevista en el actual art. 3.600 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 todos los caracteres que ello comporta, por ejemplo vocación al todo de la herencia), siendo que dicha condición se goza por imposición de la ley. En cuanto a la acción de reducción de donaciones, lo más saliente pasa por fijar una prescripción adquisitiva de diez años a favor del donatario o subadquirente ulterior (art. 2.459). Entonces, quien haya poseído la cosa donada durante dicho plazo, no podrá ser demandado por el legitimario. Una propuesta que formula el anteproyecto (y hoy expresado en el CCCN) 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 (arts. 2.454 y 2.458) (Lo Prete, 2012).

Sobre estas acciones, sobre estos artículos, se asientan mis dudas iniciales, en lo previamente redactado en el capítulo, se vuelcan los detalles necesarios para comprender el funcionamiento tanto de la donación como de la legítima, que previo a explicarla, se acomodaron las ideas explicando un poco sobre el derecho sucesorio. Sin embargo, ésta es la parte, la final, en donde surgen mis preguntas, una acción reipersecutoria me significa perseguir algo que me pertenece y que otro tiene, pero qué sucede si esa persona que posee aquello que es mío, lo adquirió de la manera más legal posible, es decir, de buena fe y a título oneroso; por qué se permite esto –me pregunto–, por qué se le atribuye a una persona el poder de quitarme algo que he adquirido de la mejor manera. Es malicioso para quien adquiere el

porción mayor, con un crédito a favor de la otra parte por el valor de su derecho. En todo caso, el donatario puede impedir la resolución entregando al legitimario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima. El donatario es deudor desde la notificación de la demanda, de los frutos o, en caso de formular la opción prevista en el párrafo anterior, de intereses.

Artículo 2.455 CCCN reza: “Percimimiento de lo donado. Si el bien donado perece por culpa del donatario, éste debe su valor. Si perece sin su culpa, el valor de lo donado no se computa para el cálculo de la porción legítima. Si perece parcialmente por su culpa, debe la diferencia de valor; y si perece parcialmente sin su culpa, se computa el valor subsistente”.

Artículo 2.456 reza: “Insolvencia del donatario. En caso de insolvencia de alguno de los donatarios e imposibilidad de ejercer la acción reipersecutoria a que se refiere el artículo 2.458, la acción de reducción puede ser ejercida contra los donatarios de fecha anterior”.

Artículo 2.457 CCCN reza: “Derechos reales constituidos por el donatario. La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores”.

bien, pero podría –creo– llegar a ser bastante beneficioso para esos legitimarios que quieren su cuota parte legítima. Se entenderá esto de mejor manera en los capítulos que siguen, pero por ahora lo importante es llegar a conocer esto que ya se ha exployado como qué es una donación, quién y cómo puede donar; y qué es la herencia y de dónde proviene, qué es la legítima y quiénes son legitimarios, qué derechos tienen los mismos.

Todo este derecho que hoy rige al país y a dónde lo lleva es de gran importancia. Hay algunas tradiciones que vale la pena conservar, pero hay muchas otras que no y que aún se conservan por tradición. Se ha enfrentado como país un cambio sumamente radical de codificación, y son estos institutos prevalecientes los que siguen manteniendo el orden de la sociedad. Es un placer poder conocerlos y saber cómo se desenvuelven, poder entender cómo y por qué de algo que se significa diariamente una acción o una palabra llega a ser tan importante y tiene tanta historia, tanto pasado y futuro.

Con este capítulo no se busca más que un conocimiento para un mejor entendimiento, se busca introducir conceptos validos de atención general para desenvolverse tanto en la vida diaria como para poder entender y generar su propio cuestionamiento del resto de este trabajo. Conociendo y palpando estos institutos, se será capaz de poner en práctica los conocimientos adquiridos en este capítulo para la resolución del problema planteado, más aún si en este momento ha de encontrarse luchando con dicha injusticia.

Capítulo 2: Regulación

Cuando se habla de normas, se puede hacer una línea de tiempo que llegue a la prehistoria: el minuto en que el hombre comenzó a comunicarse con otros, comenzó el universo jurídico. También puede decirse que hay nuevas leyes y normas a diario y eso es porque el derecho avanza con nosotros (en la mayoría de los aspectos insisto en que se ha quedado en el tiempo con muchos institutos). Ahora bien, cuando se habla del código civil, a nivel internacional, pareciera algo intocable e intachable; sin embargo, Argentina abrió camino a hacer algo totalmente nuevo, ya que en 2012 ya estaba reformulando por completo la codificación civil y comercial. Fue algo sorprendente cuando se aprobó en 2015, hace unos meses atrás, porque se abrió puertas a muchos problemas sin salida y, como sucede con toda nueva legislación, también se oscurecieron algunos aspectos. Hacía tiempo ya se buscaba una unificación –ya era necesaria– del Código Civil con el Código Comercial. Argentina busca a diario mejorar sus leyes para adaptarse a lo rápido que avanza la sociedad y la modificación de código no es la excepción a esta iniciativa.

Este capítulo va a dedicarse a la nueva legislación, al conocimiento del artículo y lo que dice, para sacar desde la fuente lo necesario para comprender lo ya explicado en el capítulo anterior. Aquí se hará extensión de la palabra del codificador y de aquellos que lo han comentado, además de quien suscribe. También se podrá apreciar la comparación con otras legislaciones que tienen similitudes en algunos detalles.

2.1. Legislación

2.1.1. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación responde a un conjunto de reglas de destacada tradición en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación argentinas que avanzaron de manera intensa, en particular desde la reforma de nuestra carta magna en 1994, que brinda tutela a la persona a través de los derechos contenidos en las declaraciones y tratados internacionales. El nuevo CCCN plasma la constitucionalización del derecho privado. Los cambios sociales, culturales, económicos que han impactado sobre las relaciones humanas trajeron aparejada una indudable modificación del derecho privado; de allí que el CCCN hace realidad la tutela de los vulnerables a través de la protección de la persona humana y enaltece la imprescindible coherencia del derecho privado con el sistema de derechos humanos (Tanzi, 2014).

La cuestión es si todo será cierto. Se ha examinado la legislación repetidas veces y cada vez se encuentran más fallas. No va a decirse que no protege a la persona, porque en muchos

aspectos lo hace; sin embargo, se considera que deja algunos aspectos a la suerte o bien porque no están legislados o porque deja abierta a muchas interpretaciones la resolución de los mismos. Era necesario ya llegar a una unificación de la codificación, sin dudas, pero expresando que en el proceso faltó fortalecer algunas cuestiones. Es por eso que se cuestiona una pequeña parte en este trabajo de investigación. Este código se adapta a la nueva sociedad, al cambio social y cultural; en eso se está totalmente de acuerdo. Pero –se reitera– dejaron muchas puertas abiertas a la interpretación al redactarlo. En la sociedad, todos opinan diferente; los jueces también. Qué va a pasar cuando esté solo en sus manos una decisión que afecte la vida de un niño, la salud de una persona o bienestar físico de una mujer golpeada. Este código le entrega demasiada potestad a los jueces, a sus interpretaciones personales y eso es preocupante. Éstas son simples palabras de lo que pienso en referencia al código, una pequeña parte de mi opinión general.

A nivel internacional, se debe destacar que la idea de unificar códigos tuvo muy importantes antecedentes legislativos; entre ellos, siempre se ha invocado el Código suizo de las obligaciones de 1881, que fue incorporado como libro V del Código Civil en 1912. Idéntica consecuencia de la evolución jurídica se manifestó en Túnez (1906), Marruecos (1912), Turquía (1926), Líbano y Polonia (1934), Madagascar (1966), ocurriendo en Senegal un año después, y comprendiendo materia civil y comercial; por los códigos civiles de Italia (1942), Unión Soviética (1964), Perú (1984), Paraguay (1987), Cuba (1988), Holanda (1992), Mongolia y Federación Rusa (1994), Vietnam (1995), así como por los códigos únicos en lo civil y comercial de China (Taiwán) y del Reino de Tailandia, y por los Principios Generales del Derecho Civil de la Republica Popular de China (1987). Debemos destacar también el Código Civil de Quebec, que introduce cuestiones propias del derecho de consumo (Córdoba, 2014).

Antes de hacer comentario en los artículos que hacen a la investigación, que son el 2.458 y el 2.459, se hará mención de los que son relevantes a los institutos descriptos en el anterior capítulo.

2.1.2. La donación en el Código Civil y Comercial de la Nación

La donación se encuentra regulada específicamente en el Libro Tercero “Derechos Personales”, capítulo N° 22 “Donación”; se extiende desde el artículo 1.542 hasta el artículo 1.573. A continuación, redactaré los que se relacionan con lo desarrollado en la primera parte del capítulo 1 de este trabajo.

El artículo 1.542 del CCCN define a la donación y, para evitar redundancias, se procede directamente al análisis del concepto que ya fue expuesto en el capítulo anterior.

Este artículo consagra en su redacción la definición que corresponde a la naturaleza jurídica de la donación como contrato. En la época de la sanción del Código Civil, no era uniforme el tratamiento de la donación como contrato en el derecho comparado, había diferentes opiniones y tratamientos, se integraba para una corriente doctrinaria en la noción de actos, vinculados esencialmente en su regulación con el derecho sucesorio, y adjudicándole otra doctrina, su naturaleza contractual y, por lo tanto, definiéndola como acto jurídico bilateral y, dentro de esta categoría, como contrato (Otero, 2014). Es decir, es con este nuevo artículo en el que ya se define su naturaleza, sin tener que recurrir a distintas teorías. En este aspecto, la mayoría de la doctrina, para no decir toda, responde de manera positiva, aceptando a la donación como contrato aun antes del CCCN.

El artículo 1.545 del CCCN reza: “Aceptación. La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto de la forma de las donaciones. Debe producirse en vida del donante y del donatario”.

Este artículo me toca de manera personal, por eso es que extiendo su desarrollo.

La aceptación, de acuerdo con la nueva norma, puede ser expresa o tácita. Se la llama expresa cuando se manifiesta de manera verbal, por escrito o por signos inequívocos (asentir con la cabeza, dar a entender corporalmente que está de acuerdo); el tácito resultará de hechos o actos que lo presupongan, o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en los que la ley exige una manifestación expresa de la voluntad; o que las partes hubieren estipulado que sus convenciones no fuesen obligatorias sino después de llenarse algunas formalidades.

Lo que llama la atención, sin embargo, es este detalle de que la aceptación debe producirse en vida del donante y del donatario. Así también opina Esteban Otero, al comentar el artículo, quien dice que sobre este aspecto particular existe una drástica modificación al sistema imperante del Código Civil de Vélez. El nuevo código aclara expresamente, en consonancia con el régimen general en materia contractual, que la aceptación debe producirse en vida del donante y del donatario, por lo que si el donante muriera antes de haber el donatario aceptado en la forma dispuesta en este artículo, la oferta quedará sin efecto (Otero, 2014) y también al revés, si fuese el donatario quien falleciera. Siempre se ha planteado la duda de qué sucede cuando el donatario muere, si podría su familia aceptar la donación. Aquí en el código está muy claro y se expresa que debe estar vivo el donatario, sacando esta duda del cuadro.

El artículo 1.548 del CCCN reza: “Capacidad para donar. Pueden donar solamente las personas que tienen plena capacidad de disponer de sus bienes. Las personas menores emancipadas pueden hacerlo con la limitación del inciso b) del artículo 28”.

El artículo analizado dispone con mejor redacción que su antecesor del Código Civil la regla de capacidad general para hacer donaciones. Para ello, se ha optado, a diferencia de lo dispuesto en el código anterior, legislar separadamente las capacidades para hacer y para aceptar las donaciones. Así, dispone el CCCN que la capacidad requerida para hacer donaciones es la necesaria para disponer de sus bienes (Otero, 2015).

No se encuentra muy convincente la idea de la capacidad para disponer bienes, porque siempre pensando en una persona que, por una enfermedad o simplemente personas mayores que no son, según el código, capaces para disponer de sus bienes, se encuentran muchas veces desprotegidas, ya que son sus representante, sus curadores, sus tutores, los que hacen abuso de esta discapacidad y de este poder que tienen de disponer por ellos.

El artículo 1.551 del CCCN reza:

Objeto. La donación no puede tener por objeto la totalidad del patrimonio del donante, ni una alícuota de él, ni cosas determinadas de las que no tenga el dominio al tiempo de contratar. Si comprende cosas que forman todo el patrimonio del donante o una parte sustancial de éste, sólo es válida si el donante se reserva su usufructo, o si cuenta con otros medios suficientes para su subsistencia.

El artículo no utiliza la distinción entre bienes presentes y futuros, para evaluar la posibilidad jurídica del objeto de la donación. Más bien, refiere a la aptitud de la cosa para ser objeto del contrato de donación, relacionándolas con la noción de dominio que sobre ellas tenga el donante al momento de contratar, para determinar su posibilidad jurídica en el caso afirmativo, y su prohibición para el supuesto inverso (Otero, 2015).

El artículo 1.552 del CCCN reza: “Forma. Deben ser hechas en escritura pública, bajo pena de nulidad, las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias”.

El artículo 1.552 ratifica la solución legal extrema en materia de forma, regulada desde la primera versión del Código Civil de Vélez Sarsfield. Se ha escrito vastísima doctrina sobre la conveniencia de adoptar este requisito de forma solemne absoluta (Armella, Borda, Llambrias, entre otros). La evolución de la doctrina y la jurisprudencia terminó por consolidar la primera opinión, a favor de la forma solemne absoluta. La forma solemne absoluta garantiza la seguridad jurídica del tráfico de bienes y contribuye a la acreditación de los derechos reales adquiridos y su oponibilidad a terceros (Otero, 2015).

2.1.3. La legítima hereditaria en el Código Civil y Comercial de la Nación

La porción legítima se encuentra regulada en el Título X del CCCN y tiene un título entero dedicado a su desarrollo; sin embargo, se transcribirán los artículos necesarios y se transcribirán comentarios para ayudar a la comprensión del contenido de los mismos.

El artículo 2.444 del CCCN reza: “Legitimarios. Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge”.

El nuevo código no contiene una definición explícita de legítima, pero designa directamente a los tres tipos de herederos que pueden acceder a ella (ascendientes, descendientes y el cónyuge). A éstos no se les puede privar de ella por testamento o por actos de disposición entre vivos a título gratuito (es aquí donde entraría a jugar la donación), y tampoco por desheredación, porque ya no existe dicho instituto.

El nuevo código trae siete notas relevantes que ilustran cuál es el plan de la reforma del sistema de legítimas: el mantenimiento de la protección imperativa, la reducción de porciones legítimas, la introducción de la mejora propiamente dicha, la reducción de la nómina de legitimarios, la supresión de la desheredación y la limitación de la acción de reducción por la prescripción adquisitiva (Pitrau y otros, 2015).

El artículo 2.445 del CCCN reza:

Porciones legítimas. La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio. Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación. Para el cómputo de la porción de cada descendiente sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa, y para el del cónyuge, las hechas después del matrimonio.

Es en esta parte de una sucesión, la parte de calcular la legítima de cada heredero, en la que todos dejan de ser familiares para pasar a ser socios de negocios; quién negocia mejor, quién tiene el mejor abogado, a quién quería más mamá o papá. No se intentó ser brusco y tampoco se afirma que así son todas las realidades, pero, en los casos que se han estudiado en clase y los llegados a leer, además de experiencias personales, se puede afirmar que no hay batalla más innecesaria que ésta. La mayoría diría que el divorcio es complicado; ahora es tan fácil que lo llamaron exprés. Es ésta la lucha que persiste y lo hace entre personas que por naturaleza deberían ser unidas; peor es cuando se involucran terceros a quienes se les han

hecho donaciones, alterando dichas porciones legítimas. No se está en contra de la existencia de legítima; es más, defiende y creo que los legitimarios deben conservar sus derechos, éstos por los que se han luchado por años, como se ha mencionado en el capítulo anterior; pero es la parte en la que se debe ser paciente y fuerte, porque no es la más linda. Una duda que suele surgir al leer esto es la de cómo calcular la legítima. El segundo párrafo de este artículo merece un análisis más profundo, en tanto hace referencia al modo en que se forma la masa sobre la cual se calcularán tanto las porciones legítimas como la porción disponible. Para efectuar este cálculo, la nueva norma dispone la siguiente fórmula: habrá que sumar el valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante, más el de los bienes donados computables para cada legitimario a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación. De la aplicación de esta fórmula habrá que establecer el caudal relicto transmisible por muerte (activo bruto) deduciendo las deudas (Pitrau y otros, 2015).

El artículo 2.447 del CCCN reza: “Protección. El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, se tienen por no escritas”.

Este artículo sostiene como principio de orden público la inviolabilidad de la legítima, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 2.444, cuando dispone que los legitimarios no pueden ser privados de su porción legítima, por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito. Esta protección atañe tanto a la integridad de su monto como al derecho de gozarla plenamente, sin condicionamientos ni restricciones impuestas por el causante (Pitrau y otros, 2015). Éste es otro artículo en el que claramente se defiende a la legítima, dando por no escrita cualquier condición o gravamen a la misma.

Ahora se abordará los artículos que refieren a las acciones para proteger la legítima.

El artículo 2.450 del CCCN reza: “Acción de entrega de la legítima. El legitimario preterido tiene acción para que se le entregue su porción legítima, a título de heredero de cuota. También la tiene el legitimario cuando el difunto no deja bienes pero ha efectuado donaciones”.

No existía en el código de Vélez una normativa específica como la de este artículo. En efecto, se remonta al proyecto de 1998, que junto con la acción de entrega de legítima, desarrollada en el presente apartado, estipulaba también la de complemento y la de reducción. La acción desarrollada en este artículo contempla tanto la situación del legitimario preterido (equiparado al heredero de cuota explicado en el capítulo anterior) como la de aquel que se halla frente a la inexistencia de bienes por parte del causante (quien sólo realizó donaciones).

El artículo 2.451 del CCCN reza: “Acción de complemento. El legitimario a quien el testador le ha dejado, por cualquier título, menos de su porción legítima, sólo puede pedir su complemento”.

Resulta prudente, en primer término, advertir que el precepto en análisis ha de interpretarse y, en su caso, aplicarse de modo armónico con lo dispuesto en las normativas sucesivas respecto de la acción de reducción. Cuando se detalla sobre complemento y reducción, se presentan como dos caras de la misma moneda, pues la primera orienta a integrar la cuota, mientras que la segunda resulta ser la vía idónea para ese fin; viceversa, las liberalidades han de reducirse hasta el límite de la afectación de la legítima. El complemento de la cuota legítima, o bien la reducción de las disposiciones en exceso otorgadas por el causante, han de ser solicitados por los legitimarios cuya legítima se encuentre perjudicada (Pitrau y otros, 2015); es decir, aquéllos que no llegan a cubrir su porción son los que deben recurrir a dichas acciones.

El artículo 2.452 reza:

Reducción de disposiciones testamentarias. A fin de recibir o complementar su porción, el legitimario afectado puede pedir la reducción de las instituciones de herederos de cuota y de los legados, en ese orden. Los legados se reducen en el mismo orden establecido en el segundo párrafo del artículo 2.358.

Es afortunada la redacción empleada en el CCCN en cuanto ha incluido expresamente la posibilidad de ejercer la acción de reducción contra los legados de cosa cierta y contra los herederos instituidos en virtud de haberseles legado una cuota parte del acervo hereditario, hecho este último que no había sido resuelto por Vélez Sarsfield, habiendo dejado el tema librado a interpretación doctrinaria y jurisprudencial (Pitrau y otros, 2015).

Reza el artículo 2.453 de CCCN:

Reducción de donaciones. Si la reducción de las disposiciones testamentarias no es suficiente para que quede cubierta la porción legítima, el heredero legitimario puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante.

Se reduce primero la última donación, y luego las demás en orden inverso a sus fechas, hasta salvar el derecho del reclamante. Las de igual fecha se reducen a prorrata.

Siguiendo la línea del artículo anterior, en este caso se deja estatuido que, si la reducción de las disposiciones testamentarias no resultara suficiente para cubrir la porción legítima que debe garantizarse, el heredero podría solicitar que se le reduzcan las donaciones efectuadas por el causante, pero sólo de manera supletoria, de las disposiciones testamentarias, lo cual no es materia de disponibilidad respecto del causante, y ello porque la

norma regulatoria, en su inicio, impone como expresa condición que para que pueda atacarse los actos de donación “la reducción de las disposiciones testamentarias” no haya tenido efecto suficiente en su función de salvaguarda de la legítima (Pitrau y otros, 2015).

Reza el artículo 2.457 del CCCN: “Derechos reales constituidos por el donatario. La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores”.

Aquí se trata de un concreto caso de inoponibilidad positiva y, de tal forma, el bien habrá de retornar al legitimario libre de todo tipo de gravámenes reales, incluso los de garantía, ello sin perjuicio de las acciones de daño que les quepa a los beneficiarios de tales derechos. Como consecuencia de ese efecto reipersecutorio, quedan extinguidos, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario y sus sucesores (así lo establece el artículo 2.457) (Pitrau y otros, 2015).

Reza el artículo 2.458 del CCCN: “Acción reipersecutoria. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”.

Reza el artículo 2.459 del CCCN: “Prescripción adquisitiva. 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 1.901”.

Con respecto a estos dos últimos artículos, ya nos advertía el escribano Ventura allá por 2012 que para más, entre todos los desaciertos del proyecto del CCC, da aparición la previsión del art. 2.458, que desde su título se despliega en la injusta: “Acción Reipersecutoria”. Si bien no califica la acción como reivindicatoria, concede sin embargo los efectos reipersecutorios, de manera que obliga así a los verdaderos donantes y donatarios, aun cuando no tengan legitimarios a quienes se hubiera podido agredir con la acción, a las que se han denominado “simulaciones legítimas”. Con la posibilidad de existencia de algún heredero se obscurece el título, y ello afecta tanto la idoneidad del título a los fines de garantizar créditos, como así también al valor venal de los bienes en los que aparezcan antecedentes de donación (Ventura, 2012).

Un punto que se podría considerar positivo, expresa Ventura (2012), en cuanto a la regulación de la situación en el proyecto, art. 2.459, es que consigna un plazo de prescripción de diez años, pero computados no ya desde la muerte del donante, como establece el art. 3.955 del Código Civil, sino desde la posesión del donatario o subadquirente. Obviamente, el

subadquirente podrá unir su plazo posesorio al de su transmitente. Otro aspecto mejorado es la posibilidad de desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio de la cuota legítima, solución que ya contaba con numerosos precedentes jurisprudenciales (Ventura, 2012). No se considera muy positivo tener que desinteresar con dinero, o tener que estar a la expectativa de que se cumpla el plazo prescriptorio es atroz, porque no puede describirse de otra manera; es un abuso de los derechos de quien adquirió el bien del donatario y lo hizo de buena fe y a título oneroso. Si ya pagó por el bien, ¿para qué va a pagar más dinero para desinteresar a otro? Es algo ridículo para quien compra y para quien vende; mas no lo es así para quien tiene a esta acción como manera de proteger su legítima hereditaria.

También clama el escribano Piccon que, cuando se regula la norma, se tienen en cuenta determinados valores; en las normas sobre donación, encontramos un choque entre la autonomía de la voluntad y la posibilidad de ejercer el *animus donandi*, al que se hace referencia con ciertos derechos sucesorios, más específicamente el derecho a la legítima, o sea aquella porción de la herencia que el causante no puede disponer sino en favor de ciertos herederos, llamados legitimarios forzoso. Este derecho a la legítima tiene su fundamento en la antigua concepción familiar donde todos los integrantes trabajaban conjuntamente con el *pater familia*, haciendo grande la empresa familiar, o sea generando más patrimonio familiar que personal, e injusto era después que el *pater familia* dispusiera generosamente hacia otros, bienes logrados con el esfuerzo de todos. Esta concepción no es la común y habitual con la cual nos encontramos y por eso la resistencia que tenemos a entender la limitación en materia de donación (Piccon, 2015).

Ya en este punto se puede decir que, con fundamento en lo antes leído, existe una clara inseguridad para el tráfico jurídico de bienes y para todos los adquirentes de buena fe y a título oneroso, por las acciones comprendidas a favor de los legitimarios. Ahora, antes de comprar una casa, claramente antes del precio, se debe preguntar si es donada, porque es en base a esa respuesta en la que yo me basaría para adquirir un inmueble. Que se vean los adquirentes turbados o molestados por la posibilidad de los legitimarios de reclamar, desde mi perspectiva, no tiene sentido lógico, porque insisto en que es violatorio de derechos.

Por otro lado, se puede señalar la ventaja que se presenta para los legitimarios, quienes en principio se podrían ver muy beneficiados por esta normativa, pero también se turban sus derechos por el plazo prescriptorio de diez años del artículo 2.459; pasado dicho plazo, ya no podrán reclamar. Es entonces, por estos motivos, por los que me asiento en pensar que esta

parte de la normativa no beneficia, no ayuda y debería reverse de inmediato, antes de que los efectos sean tan notables que el tráfico jurídico se trabe y lleve a una crisis.

2.2. Legislación comparada

2.2.1. La herencia, legítima y donación en España y Chile

Se expresa en el Código Civil de Chile, en el título “De las legítimas y mejoras”, que legítima es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios; legitimarios son por consiguiente herederos (Art. 1.181). En el CCC argentino, en el título X (Porción Legítima) de su libro quinto (Transmisión de derechos por causa de muerte), a diferencia del chileno, incluye esta parte que a mi parecer es esencial: “...de la que no pueden ser privados...”, frase de la que carece Chile y es ahí donde criticaría al legislador chileno; además, en el mismo artículo clasifica a los legitimarios, mientras que el código chileno lo hace en un artículo diferente. Así es como continúa la legislación chilena expresando que son legitimarios los hijos, personalmente o representados por su descendencia, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente (art. 1.182). En el CCC se detalla en el artículo mencionado anteriormente y son los mismos, pero no dice “hijos” sino más bien descendientes y tampoco menciona la representación, aunque es válida en nuestro derecho y se determina en el artículo 2.428, que reza:

Efectos de la representación. En caso de concurrir por representación la sucesión se divide en estirpes, como si el representado concurriera. Si la representación desciende más de un grado, la subdivisión vuelve a hacerse por estirpe en cada rama. Dentro de cada rama o subdivisión de rama, la división se hace por cabeza.

Explicaré esto con un ejemplo: si una persona fallece y tiene descendientes pero uno de ellos ha fallecido, pueden los descendientes de dicha persona presentarse en representación de ella (los nietos en representación del padre o madre en la sucesión de su abuelo/a, por ejemplo) y, si existe más de un representante, se dividirá la porción correspondiente en tantas partes como representantes haya.

Con respecto al monto de dichas legítimas, reza el código chileno que la mitad de los bienes, previas las deducciones indicadas en el artículo 959⁶, y las agregaciones que en

⁶ Artículo 959 Código Civil de Chile reza: En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios: 1. Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, y las demás anexas a la apertura de la sucesión; 2. Las deudas hereditarias; 3. Los impuestos fiscales que gravaren toda la masa hereditaria; 4. Las asignaciones alimenticias forzosas. El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley.

seguida se expresan, se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigurosa; no habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente, ni ascendientes, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio y habiendo tales descendientes, cónyuge o ascendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a su cónyuge o a uno o más de sus descendientes o ascendientes, sean o no legitimarios, y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio (Art. 1.184 del Código Civil de Chile). Aquí existe una gran diferencia, la división pareciera más sencilla que la del CCC argentino; además, en este último, la división es más rigurosa aún, ya que de la mitad correspondiente a los legitimarios a su vez dos tercios le pertenece a descendientes (hijos), la de los ascendientes (padres) medio y la del cónyuge medio.

El artículo 1.186 continúa con respecto a qué sucede con las donaciones y dice:

Si el que tenía a la sazón legitimarios hubiere hecho donaciones entre vivos a extraños, y el valor de todas ellas juntas excediere a la cuarta parte de la suma formada por este valor y el del acervo imaginario, tendrán derecho los legitimarios para que este exceso se agregue también imaginariamente al acervo, para la computación de las legítimas y mejoras.

El art. 1.187 continúa lo anterior, aclarando:

Si fuere tal el exceso que no sólo absorba la parte de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio, sino que menoscabe las legítimas rigurosas, o la cuarta de mejoras, tendrán derecho los legitimarios para la restitución de lo excesivamente donado, procediendo contra los donatarios, en un orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es, principiando por las más recientes. La insolvencia de un donatario no gravará a los otros.

No existen en el Código chileno acciones como las de CCC argentino; éste presenta las ya redactadas en el punto anterior, que son maniobra suficiente para asegurar esa legítima. Ahora bien, si lo comparamos con la legislación argentina anterior (Código Civil redactado por Vélez Sarsfield), se podría decir que se asemeja bastante en este aspecto particular a lo legislado en Chile.

Cambiando de continente, me interesa saber cómo es el funcionamiento de los institutos estudiados en el país que, en nuestros comienzos, conquistó nuestras tierras e instauró su propio derecho en ellas. En España, en principio, y salvo algunas excepciones (p. ej. algunos pueblos de Araba-Álava o en Navarra), no hay una libertad absoluta a la hora de designar a qué personas se quieren dejar los bienes y derechos para después de la muerte. Es decir, la ley impone al testador el deber de dejar a determinadas personas (llamados legitimarios) una parte

de su patrimonio líquido, pero permitiéndole escoger la forma en que cumplirá ese deber (instituyéndole heredero, dejándole un legado o, incluso, anticiparle el importe de su legítima por medio de una donación). Aquí es igual que en el derecho argentino, en el cual también pueden hacerse anticipos por medio de donaciones, es algo bastante común. En España, el legitimario es familiar del fallecido al que la ley reserva una parte de los bienes o derechos y la legítima es parte de los bienes o derechos que se debe dejar a determinados parientes (hijos, padres, cónyuge...). Puede ser en pleno dominio o en usufructo (*La legítima en España, s/f*).

En el derecho común español, es decir, en su Código Civil, la repartición se daría de la siguiente manera: Hijos y descendientes en las dos terceras partes del caudal. De estos dos tercios uno, al menos, debe distribuirse por partes iguales entre los hijos y estirpes de premuertos. En cuanto a ascendientes, la repartición dicta la mitad, salvo que concurren con el cónyuge viudo, que será un tercio. Y por último, el cónyuge al que le corresponde usufructo de un tercio, si concurre con hijos o descendientes; la mitad, si concurre con padres o ascendientes; dos tercios, si no concurre con descendientes ni ascendientes (*La legítima en España, s/f*). Está más que claro que este derecho, en este sentido, es el que más se asemeja al argentino, salvo por el detalle de que si concurren entre ascendientes y cónyuge viudo la porción del ascendiente asciende a un tercio y la misma cantidad para el cónyuge si concurre con descendientes.

Se detalla también en el Código Civil español cuestiones como las siguientes: el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma (artículo 815); a lo que en el derecho argentino se llamaría acción de complemento. Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas (artículo 817), a lo que en Argentina llamaríamos reducción de disposiciones testamentarias.

Para fijar la legítima, se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables (artículo 818 Código Civil de España); el CCC argentino, en este caso, reza que, para determinar las porciones legítimas, debe hacerse sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte, más los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición, según el estado del bien a la época de la donación; sólo se toman en cuenta para el computo las donaciones colacionables del causante, más el de los bienes

donados computables para cada legitimario a la época de la partición. Las donaciones hechas a los hijos que no tengan el concepto de mejoras se imputarán en su legítima. Las donaciones hechas a extraños se imputarán a la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad. En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes (artículo 819 Código Civil de España).

Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: 1. Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento. 2. La reducción de éstas se hará a prorrata, sin distinción alguna. Si el testador hubiere dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros, no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima. 3. Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador (artículo 820).

No se legisla ni en España ni en Chile como sí en Argentina la acción reipersecutoria que se menciona en el código, es decir que, en este último aspecto, la protección de la legítima difiere en ambos derechos. Esta acción reipersecutoria es algo nuevo y que –en mi opinión personal– puede traer conflictos. Ahora, habiendo terminado estos capítulos introductorios, se denota con más facilidad el problema que presenta esta acción que fue analizada en el punto anterior. Con la promulgación del nuevo código (CCC argentino), surge la identificación de las acciones para proteger la legítima, pero hasta qué punto es válida la protección de este derecho cuando puede llegar a afectar a otros derechos. Algo que nos enseñan de niños es que mi derecho termina donde empieza el de otro. Esto significa que yo puedo ejercer mis derechos con total libertad, siempre y cuando no turbe derechos ajenos que son igualmente válidos y libres; y creo que con la aplicación de esta nueva acción se zahieren derechos de otros. No en todos los casos; éstos particularmente serán expuestos en el capítulo siguiente.

En este capítulo pudo apreciarse de manera intensa la legislación, el Código Civil y Comercial que tanto nos esforzamos por aprender. Es algo nuevo y todo nuevo conocimiento lleva tiempo para adquirirse y entenderse; en estos capítulos, se buscó la comprensión y entendimiento, al igual que la adquisición de conocimiento de los institutos de la donación y la legítima dentro del CCC.

Capítulo 3: Supuestos de inseguridad

Ya conociendo de qué se trata la problemática, y entendiendo en profundidad los institutos sobre los que se genera, se procederá a hablar de los supuestos en los que personalmente creo que existiría o existirá inseguridad, tanto para el tercero adquirente de buena fe como para los legitimarios que, si bien se ven “protegidos” a simple vista, puede generarse para ellos un conflicto importante; sin embargo, lo principal se define en determinar la inseguridad o seguridad del tráfico jurídico con esta relativamente nueva legislación.

Donar es una figura tan antigua como comprar y vender. Quizás no se la conoció con la palabra “donar”, pero ya desde los comienzos padres donaban a sus hijos y ellos a los suyos, al igual que personas donaban a otras por un simple lazo afectivo. Cuando se habla de donar, se entiende como algo afectivo, honesto, de buena fe y con ánimos de beneficiar a otro, de incrementar su patrimonio, su haber. Hoy en día este inicial planteo se ve un tanto distorsionado, haciendo referencia al abuso que hacen muchos de la figura para librarse de deudas, del pago de impuestos, hasta de entregar sus bienes en un divorcio; y aun así, es una de las figuras más comunes y concurrida. En ella se encuentra la esencia de este trabajo, al igual que en determinar por qué cuando un legitimario no llega a cubrir la legítima parte, puede turbar a aquél que la adquirió legal y puramente sin inconveniente alguno. Se dictarán algunos ejemplos en este capítulo y, además, se definirán los actos que se lleven a cabo, como la compraventa, acción reipersecutoria, entre otros conceptos de relevancia para una mejor comprensión.

3.1. Supuestos de inseguridad jurídica

3.1.1. Conceptos relevantes

Previo a analizar los casos particulares de inseguridad, se analizarán unos pocos conceptos necesarios de comprender bien y no deben de pasarse por alto.

La compraventa es parte de los negocios o actos jurídicos. Son actos jurídicos aquellos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas⁷. Son voluntarios los ejecutados con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un acto exterior⁸. Este contrato de compraventa genera derechos, es un acto libre, voluntario y que tiene por destino crear o modificar derechos. Nuestra legislación define que cuando una parte se obliga a transferir la propiedad

⁷ Artículo 259 del CCC de la Nación reza: “Acto jurídico. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”.

⁸ Artículo 260 del CCC de la Nación reza: “Acto voluntario. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior”.

de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero existe la compraventa⁹; ahora bien, no hace falta remontarse a Vélez porque la definición del CCC deviene del proyecto de 1998, en el que se establecía que hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir el dominio de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero¹⁰. Entonces, la leve diferencia de términos es clara, ya que el “dominio” utilizado en el proyecto de 1998 se reemplaza en la nueva legislación con la palabra “propiedad”; y como no hay acuerdo sobre el alcance de estos términos, me inclino por entender que el término propiedad abarca muchos derechos, como personales, reales, crediticios y, de manera general, en todo derecho de contenido patrimonial; es decir, tiene un alcance más amplio que el dominio (Gatti, 1996). Además, a diferencia también del código derogado, se considera excepcional la supresión de la obligación de recibir la cosa que le incumbe al comprador. Y basta un solo argumento para justificarlo, recibir la cosa no es una obligación interdependiente (correspectiva o recíproca) con la de entregar la cosa que le cabe al vendedor; la principal obligación del comprador es pagar el precio, que sí es recíproca con la de entregar la cosa (Lorenzetti, 2014).

A partir de la definición, se puede observar que es un contrato consensual, es decir, se perfecciona con el consentimiento de las partes y, a partir de ello, nacen las obligaciones de las partes. El contrato, a su vez, sirve como título suficiente para transmitir la propiedad de la cosa a cambio de un precio, pero no producirá de por sí dicha transmisión; para eso, se requiere que junto con el título se dé el modo, que es la transmisión propiamente dicha, salvo casos en los que los bienes transmitidos tienen carácter registral, lo que conlleva una inscripción en el registro correspondiente (automóviles, inmuebles, animales pura raza, aeronaves y buques).

En cuanto a qué se puede vender, expresa el código que pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, una definición que es bastante amplia y creo que no deja cabos sueltos y es bastante clara; sin embargo, otros artículos en los que puede llegar a verse condicionado este mismo, como cuando se habla de venta de cosa futura¹¹, que es una

⁹ Artículo 1.123 del CCC de la Nación reza: “Definición. Hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero”.

¹⁰ Artículo 1.064 del proyecto de Código Civil de 1998 reza: “Hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir el dominio de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero”.

¹¹ Artículo 1.131 del CCC de la Nación reza: “Cosa futura. Si se vende cosa futura, se entiende sujeta a la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir. El vendedor debe realizar las tareas y esfuerzos que resulten del contrato, o de las circunstancias, para que ésta llegue a existir en las condiciones y tiempo convenidos. El comprador puede asumir, por cláusula expresa, el riesgo de que la cosa no llegue a existir sin culpa del vendedor”.

venta con condición suspensiva de que la cosa llegue a existir, la inexistencia de la cosa de manera total o parcial al momento de perfeccionarse el contrato¹², entre otros.

Es suficiente saber lo expuesto anteriormente y es necesario para comprender los casos también, saber cómo se clasifican los títulos, para conocer la situación en la que se encontraría la persona en las diferentes clases. La siguiente clasificación está tomada de una revista notarial y expuesta por el abogado y escribano, Pablo Luis Manganaro (2014):

- Título perfecto: Es aquel que reúne todos los requisitos de fondo y de forma y que, además, no está sujeto a acción alguna que pueda menoscabar su dominio. Permite inferir que a su titular no se le opondrán ni presentarán observaciones jurídicas, ni será molestado por ningún tipo de acciones reales de terceros (p. 65).
- Justo título: Es aquel que tiene por objeto transmitir un derecho real de dominio y que reviste todas las solemnidades necesarias para su validez, sin consideración de la persona de la cual emana. Esta categoría resulta en ocasiones eficaz para la transmisión de dominio sólo cuando se conjuga con la buena fe y la posesión en carácter de dueño, pacífico, público, continuo e ininterrumpido durante diez años (p. 66).
- Título putativo: Es un título hipotético, pero para su dueño equivale a uno real y existente. No es verdadero aunque su propietario así lo crea (p. 66).
- Título suficiente: Es aquel que reúne todos los requisitos de fondo (legitimación y capacidad) y de forma (escritura pública para los inmuebles). Es el acto jurídico que sirve de antecedente a la tradición del dominio. Escapan de este concepto aquellos que no generan la transmisión de la propiedad, aunque como consecuencia de ellos se deba efectuar la tradición (p. ej.: locación) (p. 66).

Entendiendo, entonces, que existen distintas clases de títulos y que por ello puede una persona estar en distinta situación jurídica en relación directa con este título, es válido afirmar que, cuando uno compra un bien donado, no se encuentra con título perfecto; para ello, deberá la misma esperar un plazo de diez años desde la donación. En su lugar y mientras pasa el tiempo, se encuentra en un dominio incompleto o parcial, lo que conlleva suponer que no es de conveniencia hacer mejoras o construir, siquiera tener como primera opción el bien, porque podría turbarse ese dominio hasta que no se cumpla ese plazo.

Un aspecto importante de resaltar también es la acción reipersecutoria que genera el problema. Cuando se lee la palabra directamente, se entiende que la finalidad es perseguir; lo que se persigue es el bien, sin importar en manos de quién se encuentre. Ya se notaba desde Vélez similar y con otro nombre: se la llamaba acción de recupero: sin embargo, nunca se la utilizó como accionar de los legitimarios como se lo hace hoy en día. Lo que se busca es

¹² Artículo 1.130 del CCC de la Nación reza: “Cosa cierta que ha dejado de existir. Si la venta es de cosa cierta que ha dejado de existir al tiempo de perfeccionarse el contrato, éste no produce efecto alguno. Si ha dejado de existir parcialmente, el comprador puede demandar la parte existente con reducción del precio. Puede pactarse que el comprador asuma el riesgo de que la cosa cierta haya perecido o esté dañada al celebrarse el contrato. El vendedor no puede exigir el cumplimiento del contrato si al celebrarlo sabía que la cosa había perecido o estaba dañada”.

volver la situación jurídica al estado anterior, es decir, incluso antes de la donación. Como señala Lorenzetti (2014), La acción reipersecutoria es con la que cuenta el heredero legitimario contra terceros adquirentes de los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima.

3.1.2. Supuestos propiamente dichos

En los casos que a continuación se exponen, se denota claramente la existencia de inseguridad; y si bien son casos que aún no se han generado, se considera que en el futuro van a plantearse, a menos que modifiquen la legislación, que sería lo esencial en estos artículos particulares.

Primero, si se estipula que se compra un bien de buena fe y a título oneroso a quien le han donado un bien y es legitimario forzoso, no habiéndose cumplido el plazo decenal para la adquisición perfecta del título, puede suceder:

- Que al fallecer quien donó el bien, no se llegue a cubrir las legítimas, por ningún medio como la colación o la reducción, se tenga que acudir a la acción reipersecutoria y el bien ha sido vendido a un tercero adquirente de buena fe, dándole derecho a quien reclama su legítima a perseguir el bien de quien lo tiene y reclamarlo, entonces tener que vender el bien y terminar de cubrir la legítima.
- Que al fallecer quien donó el bien, no se llegue a cubrir las legítimas, por ningún medio como la colación o la reducción, se tenga que acudir a la acción reipersecutoria y el bien ha sido vendido a un tercero adquirente de buena fe; dándole derecho a quien reclama su legítima a perseguir el bien de quien lo tiene y reclamarlo, pudiendo quien lo adquirió desinteresar desembolsando dinero suficiente para cubrir el monto que le falta. Este último aspecto está presentado en el código como una solución; sin embargo, me parece un tanto absurda, ya que no tiene sentido tener que pagar más dinero por algo que ya adquirió con anterioridad a precio justo.
- Que al fallecer quien donó el bien, no se llegue a cubrir las legítimas, por ningún medio como la colación o la reducción y se tenga que acudir a la acción reipersecutoria, cuando casualmente el bien ha sido vendido a un tercero adquirente de buena fe, que a su vez le vendió nuevamente este bien a otra persona del mismo modo, dando la posibilidad a quien quiere cubrir su cuota parte de reclamar tanto al que hizo la primera como la segunda venta, e incluso a quien tiene en actualidad el

bien. Al no detallarse en el código si puede o no reclamarle al primer comprador para llegar al segundo, asumo que sí puede hacerlo. De igual manera sucedería si se han efectuado más ventas.

En segundo lugar, puede también generarse una desventaja importante y un rango de inseguridad a los legitimarios, cuando sucediendo que se ha donado el bien, han pasado los diez años para prescribir y se adquiere de manera perfecta la cosa donada, puede pasar que:

- Se haga la donación a un legitimario, pasen cinco años desde dicho acto jurídico y el mismo venda el bien a un tercero de buena fe y pasen otros cinco años desde la donación; fallece quien donó el bien (padre, madre, esposo/a) y no se llegan a cubrir las legítimas por ningún medio como la colación o reducción, quedando como opción la acción reipersecutoria, pero ha pasado el plazo prescriptivo decenal, y no puede reclamar sobre dicho bien en particular y el comprador cuenta con un título perfecto de propiedad del bien.
- Se haga la donación a un legitimario, y hayan pasado diez años del acto jurídico, luego fallece quien donó el bien (padre, madre, esposo/a) y no se llegan a cubrir las legítimas por ningún medio como la colación o reducción, quedando sólo la acción reipersecutoria, pero se han cumplido los diez años y el legitimario cuenta con un título perfecto de propiedad del bien.

Queda claro aquí que brilla por su esencia la **inseguridad jurídica** de la donación. Va a generar problemas de tráfico jurídico y también comercial, haciendo claro generar confusiones o desalentando inversiones, ya que si por ejemplo:

- Se dona a una persona un terreno para que se construya una casa ¿acaso tiene que esperar diez años para poder construir o invertir? Y eso es lo que va a pasar si esta reglamentación, con un buen criterio judicial, no asoma una respuesta adecuada.

Otra problemática a plantear, es la contradicción que se denota en los plazos prescriptivos del código; creo que, si en líneas generales todos los plazos de prescripción de este código se han abreviado, tanto para la adquisición de derechos como para la liberación de los mismos, si aquí se quiso utilizar un plazo, debería no exceder más allá de dos años, debido a que caería también en una contradicción. Si hoy la prescripción por daño en general son cinco años, por generar algo tan importante para el tráfico, diez años es contraproducente y contradictorio, genera más dudas que certezas y seguramente caeremos en la inseguridad que

es justamente lo que tratamos de abordar para evitar en un futuro. El art. 2.560¹³ del nuevo código marca una regla general, la de cinco años, y el art. 2.561¹⁴ resalta que la prescripción derivada de los daños de responsabilidad civil es de tres años; es decir:

- Si una persona es responsable de un supuesto daño, como por ejemplo vende una propiedad donada a los siete años, se contrapone con el art. 2.561 que obviamente libera de tal responsabilidad a los tres años; es decir que nuevamente me empeño en pensar que la sana crítica racional del juez y su sentido estricto de justicia en cada caso en particular pondrán límites a esta norma, ya que de lo contrario pasará a la historia como la más inconstitucional de nuestro nuevo Código Civil.

3.2. Cómo y por qué se presenta la inseguridad

El porqué se presenta la inseguridad es algo bastante complejo. Todo lo planteado en los supuestos anteriores demuestra claras señales de inseguridad, por eso creo y explico que existe la misma, pero qué significa la palabra inseguridad: lo veo como un estado de desconfianza e incertidumbre. A nadie le gusta sentirse inseguro, ya sea en decisiones diarias como lo más importante y más aún cuando va a llevar a cabo una inversión como lo es adquirir una casa, un hogar. Se presenta la inseguridad porque se le da el derecho al legitimario que no puede cobrar su legítima de reclamarla de cualquiera que tenga el bien donado, por más que sea una simple familia de cuatro que vivió en paz hasta este ilógico pedido. Se cuestiona si se tendrá que contar los días esperando que pase el tiempo para asegurarse de que nadie interrumpa los derechos que son propios y libres. Qué sucede si una pareja de recién casados gastó cada centavo para adquirir esa casa hermosa que tanto querían para comenzar su familia, y tiempo después se encuentran con alguien tocando la puerta, reclamando derechos sobre aquello que adquirieron con tanto esfuerzo.

No es fácil estar en ninguna de las dos situaciones, porque ser el legitimario y no poder reclamar por el plazo de diez años también es inconveniente para ellos y sus familias, pero hasta allí llega su derecho y está escrito; qué sucede si quien fallece ha dilapidado sus bienes y su heredero no puede cubrir su legítima, pero ese hermano a quien le donaron una casa con

¹³ Artículo 2.560 del CCC de la Nación reza: “Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”.

¹⁴ Artículo 2.561 del CCC de la Nación reza: “Plazos especiales. El reclamo del resarcimiento de daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces prescribe a los diez años. El cómputo del plazo de prescripción comienza a partir del cese de la incapacidad. El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años. Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles”.

anterioridad ya la vendió y se gastó el dinero, tuvo lo que le correspondía, cuando a quien reclama nunca le dieron nada y ahora tampoco puede reclamar.

En cuanto a cómo se genera –se reitera–, en los casos explícitos en el punto anterior, está más que claro que así es como se da la inseguridad, y es cuestión de tiempo para que se empiece a reclamar y la personas se den cuenta de lo que sucede y el tráfico jurídico se detenga de manera abrupta o lenta, no importa, pero se puede llegar a ver afectado.

En este capítulo, si bien puede verse la inclusión de doctrina en cuanto al desarrollo de conceptos, también puede decirse que es un capítulo bastante subjetivo. En él se expresó la clara opinión de quien suscribe de que pueden existir casos de inseguridad y cuáles son ellos. Lo importante de este capítulo es poder entender y percatarse de que esto es una realidad, hoy mismo. Sirve para poder evitar que ocurra el estimado paro del tráfico jurídico y, en consecuencia, también de la economía, del trabajo de escribanos, concesionarios, martilleros públicos, entidades bancarias, entre otros.

Capítulo 4: La problemática actual

A lo largo de este trabajo final de graduación, se planteó una problemática y se explicó a fondo todo contenido necesario para comprenderla; se ejemplificó y planteó de manera hipotética casos en los que existiría o existirá dicha problemática en el futuro y que podría estar sucediendo en el presente. Cuando se seleccionó el tema, la problemática, se dedicó mucho tiempo a la lectura de material, lo que conllevó elegir el área civil del derecho. Fue el momento en que se sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación que daba y da mucho de qué hablar y se pueden plantear de él muchas cuestiones, en particular la elegida para desarrollar en este trabajo.

Es en este capítulo, el último, en el que se expondrá de manera breve cómo va a ser la realidad y qué consecuencias puede traer la aplicación de estos artículos que se ponen en cuestionamiento, pero antes, se hará una breve comparación con la anterior legislación civil.

4.1. Código Civil de Vélez Sarsfield

Previo a determinar qué sucede actualmente y qué sucederá por la existencia de la reciente normativa civil, se cree necesaria una comparación con lo que sucedía antes de la redacción de la misma.

Con respecto a la protección de la legítima hereditaria, bien es sabido que no existía con anterioridad la acción reipersecutoria que se cuestiona en este trabajo, sino que estaban presentes la acción de reducción, la de colación, la de rescisión y la nulidad por preterición de la partición de la donación (sí se ha excluido de manera total al legitimario). El planteo legal de proteger la legítima se traduce en disposiciones y recursos que tienden a impedir todo acto que lesione su integridad; estaba prohibido en aquel entonces toda cláusula o disposición que implicara una restricción a la propiedad de la legítima, siendo nulas aquellas existentes. En la actualidad, esto permanece básicamente igual; sin embargo, cuando se detalla sobre la legítima afectada por donaciones, antes sólo existía la acción de reducción, que era el remedio contra toda liberalidad inoficiosa. Así se detalla en el artículo 3.537 del Código Civil:

Los herederos pueden pedir la reducción de la porción asignada a uno de los partícipes, cuando resulte que éste hubiese recibido un excedente de la cantidad de la que la ley permite disponer al testador. Esta acción sólo debe dirigirse contra el descendiente favorecido.

Hoy en día puede plantearse que el CCCN tiene una redacción y alcance más amplio de este instituto. Se considera, incluso, que en la actualidad la protección de la legítima se ha ampliado de manera extraordinaria, en comparación con la legislación civil derogada. Como detalla Lorenzetti (2014), a efectos de proteger su legítima, la ley le otorga acción al heredero para que obtenga su complemento, pudiendo perseguir el objeto de su derecho aun en el

dominio de terceros. Tal acción sólo podrá ejercerla si desde la entrega de la posesión de la cosa que afectó su porción hasta la muerte del causante no han transcurrido diez años.

Ahora bien, habiendo planteado que no existía acción reipersecutoria y que lo único que protegía al legitimario de donaciones inoficiosas era la acción de reducción, vale preguntarse, ¿Qué diferencia hay entonces? ¿Qué es mejor para el legitimario y el tercero adquirente del bien? Bueno, lo cierto es que hay una gran diferencia. Con anterioridad, quien ejercía una acción de reducción contra un legitimario, pero éste había vendido el bien, no podía turbar la posesión de quien ya lo había comprado de buena fe y a título oneroso, acción hoy posible con la nueva legislación civil. De esa manera, terminaba siendo el legitimario insolvente y quien iniciara la acción perdería. Claramente es mejor para el legitimario que exista una acción de persecución para poder cobrarse de su porción legítima; para el tercero adquirente, la legislación anterior era mejor, dado que se veían protegidos sus derechos, no siendo posible la turbación de los mismos por parte de un legitimario.

Es por ello que resulta tan complejo el cuestionar la ley, porque se considera que, si se hubiesen entrelazado ambas (en estos aspectos cuestionados al menos) de mejor manera, podría haberse protegido mejor la legítima y, por supuesto, no se hubiesen puesto en desprotección los derechos de terceros.

Con respecto a la protección de la legítima frente a donaciones inoficiosas, existe jurisprudencia sobre acciones de reducción planteadas por legitimarios. A continuación, se detallarán algunos fallos, para ejemplificar cómo era que se protegía a la legítima hasta hace poco. En cuanto a jurisprudencia sobre acción reipersecutoria, aún no hay nada que desarrollar, pero se estima que en poco tiempo empezará a generarse.

Desde hace mucho tiempo, e incluso ahora, no se puede desheredar a legitimarios; en el caso a desarrollar, se plantea que un padre, en objetivo de que sus hijas no hereden, dona a su pareja en vida propiedades, que son tres departamentos (lo que genera que sus hijas no cubran sus legítimas), lo que resulta en un tribunal que falla a favor de las hijas, obligando a la señora a restituir un ochenta por ciento del total a las legitimarias del fallecido. El caso se rotula “*Martino, Gabriela Cristina y otro c/ Bramido, Ana Elena s/ acción de reducción*” (Excelentísima Cámara Civil y Comercial Nacional de la ciudad de Buenos Aires, Sala A, diciembre del año 2007). En él se ve claramente que, ante una desprotección del heredero legitimario, se acciona para mejorar esa condición. En resumidas palabras, para el tribunal, se trató de un caso de “sustitución real de persona y no un supuesto de simulación” y en diciembre del año 2007 declaró inoficiosas a las donaciones que habría efectuado Egidio

Nicolás Martino –padre de las actoras– en favor de Ana Elena Braidó, respecto de los inmuebles en la ciudad de Buenos Aires, por lo cual dispuso que dicha beneficiaria aportase el ochenta por ciento de los mismos en la sucesión del donante, para de ese modo preservar la legítima de dos de sus herederas forzosas y actoras en estos autos. Impuso las costas a la demandada, que resultó vencida.

Se considera que lo resuelto en este fallo es correcto y defiende los derechos de las legitimarias; desde el punto de vista legal, cumple con toda la expectativa de la legislación hasta en la actualidad, porque hoy en día también puede llevarse a cabo esta acción para completar las porciones legítimas. Desde el punto de vista de la familia, siempre resulta complicado resolver las cuestiones que llevan, por ejemplo, a un padre a querer dejar a sus hijos sin herencia. Es por cuestiones como éstas que son estos procesos tan complejos.

En el segundo fallo a analizar, se encuentra una vuelta muy particular que puede relacionarse con la realidad actual. Los autos se caratulan “*Y., P.E. c/G. DE R., M.E. y otros s/Acción de reducción*” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 12/05/1998). En este fallo, una nieta en representación de su madre inicia acción de reducción contra sus tías, hijas del fallecido, a quienes se les habían donado bienes. Lo que el juez otorga, sin embargo, es acción de colación sobre el valor de los bienes donados. El juez consideró que era improcedente la acción de reducción, al entender que ésta era inadecuada contra herederos forzosos y, además, por ser uno de sus requisitos la existencia de un testamento. Concluyó en que la incorporación de terceros a la litis era improcedente; en cambio, tras advertir la existencia de una importante desproporción entre los valores asignados por el causante a sus dos hijas y los recibidos por la actora, hizo lugar a la demanda de colación y condenó a las referidas codemandadas a colacionar en la sucesión “los valores de los bienes inmuebles que recibieran en vida del causante, en concepto de donación con reserva de usufructo”. Pero sucede que esta apelación se inicia porque una de sus tías vendió los bienes que se le habían donado, por eso la inició contra los subadquirentes del mismo, a lo que la cámara de apelación dio lugar, dado que existe prueba suficiente para entender que el subadquirente actuó con mala fe, y expresa el tribunal que la buena fe implica diligencia. Si bien la buena fe se presume, esta presunción se limita a la posesión y a la prescripción adquisitiva corta; en cambio, quien pretende resistir a una reivindicación debe acreditar su buena fe.

Como bien se da a entender, el tribunal, por una clara simulación, dio lugar a una acción de reducción con efecto reipersecutorio, algo distinto y que no se encontraba en el código. Hoy en día, y en contra de lo que se considera fervorosamente en esta investigación, se podría

plantear dicha acción reipersecutoria, ahora legislada, en la que no toma en consideración ni hace referencia a la buena o mala fe. Por ello, en la actualidad, podría haber planteado la acción aunque su tía hubiese vendido a un tercero de buena fe.

Sin embargo, lo resuelto parece justo, dado que simular una venta para limitar derechos ajenos es igual de problemático que limitar derechos de terceros de buena fe.

En un tercer fallo, caratulado “*Fratalochi de Ignazi, María - Declaratoria de herederos - Tercería de dominio de Piragino, G.E. y ot. - Recurso directo*” (Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia, provincia de Córdoba, 29/05/12), el debate suscitado impone un análisis previo: si podía o no hacerse extensiva la condena dictada contra la heredera en el marco de la acción de reducción hereditaria a terceros que no habían intervenido en dicho litigio, y si esa condena era idónea para trabar embargo sobre los bienes de tales sujetos. Todos estos aspectos no han tenido un merecido tratamiento por el tribunal *a quo*; es decir, el mismo falló con argumentos muy pobres. Si se afirma que el pronunciamiento dictado en la acción de reducción impone a la coheredera vencida el deber de reintegrar a la masa hereditaria el valor de los bienes cuya donación se declara inoficiosa, entonces no habría razón alguna para extender la condena a terceros *prima facie* ajenos, y menos aún para que esa condena involucre al bien adquirido. Se vislumbran una serie de aspectos que no han sido ponderados por los tribunales intervinientes, y dada la complejidad del caso y los argumentos ensayados por ambas partes, merecía una meditada y completa respuesta judicial a fin de que la decisión adoptada no dejara lugar a dudas. El pronunciamiento así emitido lesiona gravemente el derecho de defensa del tercerista, quien se ha visto privado de conocer las razones por las que su pretensión de verdad fue desestimada, violándose el precepto constitucional contenido en el art. 155¹⁵, Constitución Provincial y en la Ley Formal (art. 326¹⁶, Cód. Procesal Civil), lo que impone admitir el recurso de casación articulado y anular la resolución impugnada. Esto conlleva a que los terceros adquirentes obtienen una sentencia a favor suyo en virtud de que no fueron parte en el proceso judicial de colación de los bienes hereditarios, más allá de que plantean un recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia, ya que la sentencia de cámara los condenaba a la procedencia de un embargo del bien que había sido transmitido varias veces a terceros; por lo tanto, anula la sentencia de cámara y

¹⁵ Artículo 155 de la Constitución de la Provincia de Córdoba reza: “Artículo 155. Los magistrados y funcionarios judiciales están obligados a concurrir a sus despachos en los horarios de atención al público. Deben resolver las causas dentro de los plazos fatales que las leyes procesales establezcan, con fundamentación lógica y legal”.

¹⁶ Artículo 326 del Código Procesal Civil de la provincia de Córdoba reza: “toda decisión definitiva deberá tener fundamentación lógica y legal bajo pena de nulidad”.

hace lugar al recurso, es decir que se tiene que fallar de nuevo y, de seguro, la heredera que quiere colacionar va a perder porque no mostró ni acreditó la mala fe contractual, ni siquiera con el primer cesionario y mucho menos con los demás compradores. Además, el bien registrable tampoco lo colocó en el registro de la propiedad inmueble como bien litigioso; es decir, para poder tener después un argumento válido para que proceda el embargo. Al no hacerlo, la sentencia queda nula y debe hacerse de nuevo por la misma cámara que la había favorecido. Este fallo, si bien no profundiza en la acción de reducción como los anteriores, es un claro ejemplo de lo expresado al comienzo de este apartado, la protección; particularmente, aquí se termina protegiendo al tercero.

El último fallo a analizar se caratula “*Attala, Juana Nacimi c/ Attala, Jorge Aníbal y otros. Ordinario. Simulación. Fraude. Nulidad. Recurso de Apelación. Exp. N° 903437/36*” (Cámara de Apelación Civil y Comercial 1ª de la Provincia de Córdoba, 07/02/14). En esta causa, se persigue la nulidad de un acto jurídico, la acción de colación, que pretende –en el supuesto de prosperar– el cumplimiento de una obligación de valor y la acción de reducción en subsidio. Es decir, la cuantificación requería de un procedimiento previo que, al momento de articularse la excepción de defecto legal, éste no había sucedido. De tal modo, no puede exigirse la determinación precisa de la porción legítima y la disponible. Si no fuera así, no se estaría en presencia de una obligación de valor. En todo momento se debe cumplir con la determinación del *quantum* de la pretensión siempre que sea posible y el conocimiento del demandado sobre este aspecto no autoriza a concluir que el actor debe obviar el cumplimiento de este presupuesto. El conocimiento del excepcionante versus omisión del actor en cuantificar la pretensión no autoriza a deducir la excepción de defecto legal, cuando de la lectura de la demanda impetrada surge que no se ha colocado en un real estado de indefensión al demandado, siempre que el actor pudo cumplir con la exigencia contenida en el art. 175, inc. 3, Cód. Procesal Civil, que no es el supuesto traído a consideración del Tribunal de Grado. Aquí, entonces, un heredero demanda por colación y simulación, dado que su padre donó en vida los bienes y a algún bien lo hizo figurar como una venta, por lo que el otro legitimario clama que hay un defecto legal en el modo de proponer la demanda, ya que la misma debe ser hecha con exactitud, por eso la mención del art. 175¹⁷, inc. 3; es decir, pide la

¹⁷ Artículo 175 del Código Procesal Civil de la Provincia de Córdoba reza: “la demanda se deducirá por escrito y expresará: 1) El nombre, domicilio real, edad y estado civil del demandante; tipo y número de documento de identidad. 2) El nombre y domicilio del demandado. 3) La cosa que se demande designada con exactitud. Si se reclamase el pago de una suma de dinero, deberá establecerse el importe pretendido, cuando ello fuese posible, inclusive respecto de aquellas obligaciones cuyo monto depende del prudente arbitrio judicial. 4) Los hechos y el derecho en que se funde la acción. 5) La petición en términos claros y precisos”.

nulidad y expresa que no pueden acumularse las acciones de defecto legal y simulación; es decir, al heredero que ya cobró su parte, en este caso el demandado, le rechazan las dos hipótesis; la primera, porque sabía el *quantum* de los bienes o lo podría haber probado, por lo tanto, no le era imposible defenderse en el juicio. Además, atacó también la porción disponible y la legítima de los demás herederos. Por ello, le hacen lugar al actor (es decir, al heredero que perjudicaron) y rechazaron la apelación del demandado (heredero que ya había cobrado). El perjuicio en este caso se da al co-heredero, no a un tercero, y es un ejemplo de colación por venta simulada; es decir, por mala fe en la venta y por colación legal en la donación de todos los herederos.

Es a través de casos reales que puede una persona percatarse de lo que ocurre. La forma en la que se protegía la legítima continúa en algunos aspectos igual, como se mencionó *supra*, agregándose la acción reipersecutoria. Con los casos expuestos, se da a entender el funcionamiento de la colación, de la simulación que se presenta algunas veces en la realidad y de la acción de reducción, que era antes la única forma de defender la porción legítima.

4.2. Cuándo se produce la problemática y de qué manera afecta al tráfico jurídico actualmente y a futuro

La problemática en cuestión, que es la inseguridad jurídica, que puede conllevar al freno total o parcial del tráfico jurídico, puede generarse en este mismo momento, por donaciones incluso hechas con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, dado que la aplicación del código es desde la fecha de sanción del mismo, tal y como lo dice el artículo 7, que reza:

Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

Salvo que se haya cumplido el plazo decenal para liberarse de la acción reipersecutoria del legatario, como indica Kemelmajer de Carlucci (2015, p. 147), el efecto inmediato es el efecto que es propio de toda legislación. La misma se aplica inmediatamente después de ser sancionada; es el sistema que se utilizaba en el código ya derogado. La nueva legislación civil

y comercial se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas que se constituirán a futuro, a las ya existentes cuando no estén agotadas y las consecuencias que no hayan operado aún.

Ahora bien, se supone que si se comienza a generar jurisprudencia sobre estos casos, si comienzan a conocerse estas acciones posibles de manera generalizada en la sociedad, puede suceder que los legitimarios tomen conciencia y comiencen a actuar con ella y también que los civiles se alarmen con la situación y dejen de comprar inmuebles que han sido donados a quien vende, o hacer una investigación más ardua, para incluso averiguar si quien vende le ha comprado a quien le donaron, lo que llevaría a un excesivo gasto de tiempo y dinero. Además de ser el resultado desfavorable, no sería conveniente la adquisición del bien y todo ese tiempo y dinero invertido se convertiría en pérdida. Puede terminar generando, además, especulaciones en el precio, teniendo que vender las propiedades por menos de lo que valen, dado que luego puede resultar más costosa dicha adquisición al que compra si le es reclamado monto alguno por un legitimario. Además, tampoco es conveniente a los bancos otorgar hipotecas sobre bienes que pueden ser retirados de su propiedad con posterioridad, lo que lleva a pensar que también se disminuirán los préstamos con garantía en propiedades donadas y las hipotecas sobre dichas propiedades. En cuanto a cuándo se va a generar, eso es improbable de determinar con exactitud, pero pronto se empezarán a ver rasgos de esta problemática que, si no se resuelve, podría llegar a ocasionar muchos problemas.

Como afecta hoy, generando especulación e incertidumbre a los adquirentes e incluso en los mismos legatarios que se encuentran a la expectativa de qué podría suceder. Ya existen incluso críticas que están al alcance del público sobre esta problemática, en ponencias, revistas, hasta en el diario. Para ejemplificar, el artículo del 11 de abril de este año 2016 del diario *La Nación* (Scarpinelli, 2016), que se titula “Planificación sucesoria: donar la propiedad ya no es la mejor opción para los herederos”, en el cual advierte a los mismos de la ineficacia actual del instituto, ya que del mismo se generaría un título observable a diferencia de la anterior legislación, donde la donación otorgaba un título perfecto. En un futuro –como se mencionó anteriormente–, puede generarse una detención parcial o a gran escala del tráfico jurídico a nivel nacional, que quizás de manera temprana y a simple vista no se haga notar en ciudades grandes, pero será palpable en aquellas que son pequeñas y sin tantos recursos y es un problema que podría continuar hasta ser notable en grandes ciudades; más aún, como la economía argentina se desarrolla hace mucho tiempo, que es con un gran índice inflacionario, será costosa la propiedad, y además tener que pagar a una persona que reclama derechos sobre dicha propiedad se va a volver excesivamente oneroso.

Como expresó el escribano Gabriel Ventura en 2012, adelantándose a los hechos futuros, pareciera que la norma (haciendo referencia al artículo 2.458) conllevará aludir a un efecto reipersecutorio que resulta dañino a la seguridad jurídica en las transacciones inmobiliarias y dejando de lado el orden público, que también se asienta en el ámbito de los derechos reales. Dicha situación va a perseguir no sólo al propietario directo sino a los sucesivos adquirentes de la cosa. Son estos terceros adquirentes las verdaderas víctimas de la situación, puesto que aunque estén en la posición de haber adquirido de buena fe y a título oneroso, de igual manera pueden verse privados de la cosa ante la acción de los herederos del donante. De igual manera, los bienes que presenten en su tracto alguna donación, cual si presentaren una suerte de “vicio real”, sufrirán una considerable disminución en su valor (Ventura, 2012).

Es decir que, con la arraigada interpretación, por proteger la legítima de un sujeto, se genera inseguridad en el tráfico inmobiliario y se asienta una gran injusticia, dando más importancia al derecho de dicho sujeto sobre quien ha pagado un justo precio por la cosa y lo ha hecho de manera legal y completa, ignorando que se da la violación de la legítima por parte de algún causante. Lleva esto a cuestionar: ¿es entonces el orden público respecto de las legítimas de esta manera superior a la seguridad del tráfico jurídico y al propio orden público que exige el derecho de dominio como derecho real? ¿Pudo de alguna manera el legislador entonces pretender proteger al heredero particular por encima del interés general, la seguridad del tráfico? No se considera que se haya buscado intencionalmente el efecto nocivo que se provoca; sin embargo, es un error que se debería haber evitado. Obviamente, nada perjudica más la libre circulación de las propiedades que la existencia de títulos cuestionables o débiles entre sus antecedentes (Ventura, 2012).

Se obliga así, tanto a donantes como a donatarios, aun cuando no tengan legitimarios a quienes se hubiera podido agredir con la liberalidad, a evitar el uso del instituto cuando puede generarles estos conflictos y la sola posibilidad de existencia de algún heredero ya oscurecerá el título y eso lograra afectar, como hemos expresado, tanto la idoneidad del título a los fines de garantizar créditos, como a la valuación de los bienes en los que existan antecedentes de donación (Ventura, 2012).

Es así como concluye este capítulo, en el que hubo tanto comparaciones como connotaciones de la realidad actual y futura; se conoció también en esta parte de la investigación la existencia de antecedentes de la protección de la legítima y cómo hoy esos antecedentes se resolverían quizás de otra manera. ¿Cuánto puede suceder, verdad? De una

norma pueden desprenderse cientos de interrogantes, y sólo quizás porque una palabra está mal colocada; pero eso es también lo que hace tan interesante al derecho. No importa cuánto se quiera, nunca existe una sola postura, un solo lugar desde el que se mira la norma. Son muchos los que pueden estar a favor o en contra. Incluso dentro del mismo grupo, hay diferencias y eso es lo más rico de la abogacía, poder observar a diario cómo todas estas discusiones se convierten en leyes, fallos, doctrina, antecedentes de vida y opiniones, y lograr ser parte de ello.

Conclusiones finales

La parte final de este trabajo, el segmento en el que se explicará no sólo a qué conclusiones se ha arribado, sino también que resolución puede darse a este problema.

Se revela de manera clara la inseguridad jurídica y ésta es una conclusión bastante marcada durante la redacción de este trabajo. Se demarcó en qué casos y de qué manera la misma puede afectar y de hecho estaría afectando en la actualidad, tanto a un tercero adquirente de buena fe a título oneroso de un bien donado, como a quien adquiere luego, como incluso a los legatarios de manera inversa por la prescripción, aspectos que no se conocían y fueron resaltando a lo largo de esta investigación. Se considera que los objetivos se pudieron cumplir de manera correcta y que el desenvolvimiento de cada uno colaboró con el alcance del objetivo general planteado, que pudo contestarse y resolverse.

En los primeros dos capítulos, el objetivo fue hacer análisis de la temática a desarrollar y sobre qué institutos se desenvuelve la problemática. Se conocieron en profundidad y con detalle para lograr un mayor entendimiento de todo lo que abarca la inseguridad y sobre lo que la misma va a afectar.

En el capítulo tercero, se buscó dar una perspectiva de la realidad, planteando casos hipotéticos en los que existiría inseguridad, casos que pueden hoy en día ser reales y estar sucediendo. De esta manera, se comprende mejor que es una problemática existente y que hay casos que están incluidos en ella.

En el último capítulo, ya habiendo conocido los institutos involucrados y reconocido la existencia de la problemática en ejemplos de inseguridad, se hace una breve comparación con la legislación derogada, en donde surgen cuestionamientos de qué es mejor, si la derogada o la reciente. Se reconocen casos de protección de legítima antes de la reforma, para terminar desarrollando cuándo se produce la problemática y de qué manera afecta al tráfico jurídico de bienes actual y a futuro.

Con respecto a cómo podrían solucionarse todas estas injusticias, problemáticas o alteraciones en la sociedad, se considera que debería hacerse un cambio en la redacción del artículo 2.458, en el que se exprese que están exentos de dicha acción quienes hayan adquirido el bien de buena fe (que está presumida) y a título oneroso. En cuanto al artículo 2.459, podría acortarse el plazo prescriptorio para ejercer la acción de modo que no se contradiga con el plazo general del CCC o, para el caso, con el plazo prescriptorio para las acciones de responsabilidad civil establecida en la misma legislación.

Como es muy poco probable que se haga una modificación en la legislación hasta que el problema sea más notable, se sugiere, ante un planteamiento que genere desprotección, demandar la inconstitucionalidad del artículo 2.458 del CCC, con fundamento en los artículos 14, 17, 28 y 43 de la Constitución Nacional que rezan:

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.

Artículo 17: **La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.** La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

Artículo 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Artículo 43: **Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.** Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y, en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes y, en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

Además, se sugiere plantear en la demanda la irregularidad de los plazos, que resultan contradictorios en la legislación, porque podría alguien reclamar daños a los tres años o prescripción a los cinco, en lugar de tener que esperar diez años, en el caso de que vengan a ejercer la acción no habiendo transcurrido el plazo decenal.

Con esta resolución se da por finalizado este trabajo de graduación. Mucho se ha dicho y explicado sobre el tema, son todas teorías que se van a plasmar muy pronto en la sociedad y se debe estar preparado para ello. No se puede establecer que este cambio o este problema afecten en mayor o menor magnitud. Sí puede afirmarse que es una problemática existente y latente. Se estima que se pueda dar solución de la forma legislativa o de una forma alternativa como la planteada *supra* y que este trabajo haya sido guía útil para ello.

La sociedad se encuentra en constante movimiento y desarrollo. Ésa es la mejor parte de la existencia humana, la capacidad de cambiar, de estar en constante avance, por más que a veces el mismo no sea tan favorable. Pero, si se llegó a cosas tan grandes y gruesas, como el cambio completo de la codificación civil y la unión con el Código Comercial, cosa que se buscó por años, también se podrá hacer los cambios y mejoras necesarias para que sus fallas, por más pequeñas que sean, ayuden a la Argentina, a seguir avanzando.

Bibliografía

- Azpiri, J.O. (2015). *Incidencias del código Civil y Comercial* (9. Derecho sucesorio). Buenos Aires: Hammurabi.
- Bizzotto, P.F. (2015, agosto). *Las donaciones en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Ponencia presentada en las XXVIII Jornadas Notariales Cordobesas, organizadas por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba. Córdoba, Argentina.
- Borda, G. (1999). *Tratado de derecho civil* (II. Contratos). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Borda, G. (2012). *Manual de Derecho Civil. Sucesiones* (16ª ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Cámara de Apelación Civil y Comercial 1ª. (2014). “*Attala, Juana Nacimi c./Attala, Jorge Aníbal y otros. Ordinario. Simulación. Fraude. Nulidad. Recurso de apelación*” (Expte. N° 903437/36). Justicia Córdoba.
- Cámara Nacional de Apelaciones Civil, Sala A (2007) “*Martino, Gabriela Cristina y otro c/ Braido, Ana Elena s/acción de reducción*”.
- Cámara Nacional de Apelaciones Civil, Sala H (1998) “*Y., P.E. c/G. de R., M.E. y otros s/acción de reducción*”. Base de datos de jurisprudencia sobre derecho de familia y sucesiones de la UBA.
- Castán Tobeñas, J. (1962). *Derecho Civil español común y foral*. Madrid: Reus.
- Clusellas, G. (2015). *Código civil y comercial*. Buenos Aires: Astrea.
- Código Civil de Chile.
- Código Civil de España.
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Código Procesal Civil de la Provincia de Córdoba.
- Constitución de la Provincia de Córdoba.
- Constitución Nacional.
- Córdoba, M.M. (2014). Nuevas normas para la familia en la unificación de códigos. Notas introductorias. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Erreius.
- Córdoba, M.M. (2015). Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación. Sucesiones Testamentarias. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- D’Alessio, C.M. (2015). *Contrato de donación en el código Civil y Comercial*. [Versión electrónica]. Extraído de: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/El-contrato-de-donaci%C3%B3n-en-el-C%C3%B3digo-Civil-y-Comercial-por-D%C2%B4Alessio.pdf>
- Gatti, E. (1996). *Propiedad y dominio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- Hirsch, L. (1977). Donación de inmuebles. *Revista del Notariado*, 753.
- Kemelmajer de Carlucci, (2015). A. La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas en curso de ejecución. *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Número extraordinario. Claves del Código Civil y Comercial*. Ediciones Rubinzal-Culzoni. Extraído de: <http://www.rubinzal.com.ar/libros/numero-extraordinario-claves-del-codigo-civil-y-comercial/3860/>
- La legítima en España* (s/f). Extraído el 17/3/16 de: [http://www.aherencias.es/temas Legitima.html](http://www.aherencias.es/temas/Legitima.html)
- Lamber, R. (2008). *Donaciones*. Buenos Aires: Astrea.
- Lo Prete, O. (2012). La legítima hereditaria [Versión electrónica]. *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: El Derecho. Extraído el 15/03/2015 de: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/legitimahereditaria-lo-prete.pdf>
- Lorenzetti, R. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Tomo VI). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Manganaro, P. (2014). Oferta de donación en el Código Civil de Vélez y en el Código Civil y Comercial de la Nación. Comparación entre fuentes doctrinarias. *Aequitas*, 8(8), 85-11. Extraído de: <http://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitasvirtual/article/view/3134/3821>
- Moggia, C. (2015). *Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación. Donación*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Otero, E.D. (2014). Comentario del artículo 1542. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tomo IV). Buenos Aires: La Ley.
- Otero, E.D. (2015). *Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: La Ley.
- Pestalardo, A. y Berasategui, I. (2013). La legítima hereditaria en el Proyecto de Código Civil y Comercial. *Revista Derecho Privado*, II(6). Ediciones Infojus. Extraído de: http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacfl140080-pestalardo-legitima_hereditaria_en_proyecto.htm
- Piccon, A. (2015, agosto). *Oferta de donación: Una oferta distinta*. Ponencia presentada en las XXVIII Jornadas Notariales Cordobesas, organizadas por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba. Córdoba, Argentina.
- Pitrau, O. y Córdoba, L. (2015). La porción legítima en el nuevo código. *DPI Cuántico*. Extraído de: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/familia-doctrina-2015-02-20.pdf>
- Pitrau, O.F. y otros. (2015). *Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: La Ley.

- Puig Brutau, J. (1979). *Fundamentos del Derecho Civil*. Barcelona: Boch.
- Rodríguez Velarde, J. (1998). La donación. En *Contratación empresarial* (segunda parte, cap. V). Extraído el 5/10/2015 de http://www.rodriiguezvelarde.com.pe/pdf/libro2_parte2_cap5.pdf.
- Scarpinelli, L. (2016, 11 de abril). Planificación sucesoria: donar la propiedad ya no es la mejor opción para los herederos. *La Nación*. Extraído de: <http://www.lanacion.com.ar/1887629-planificacion-sucesoria-donar-la-propiedad-ya-no-es-la-mejor-opcion-para-los-herederos>
- Tanzi, S.Y. (2014). Aspectos relevantes del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Erreius.
- Trautman, P. (2010). Algunas consideraciones sobre donaciones. *Revista Notarial*, 965. Extraído de: <http://www.colescba.org.ar/ics-wpd/revista/Textos/RN965-2010-doc-trautmanmoreyra.pdf>
- Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Sala Civil y Comercial. (2012). “*Fratalochi de Ignazi, María - Declaratoria de herederos - Tercería de dominio de Piragino, G.E. y ot. - Recurso directo*” (Expte. F 63/09). Justicia Córdoba.
- Ventura, G.B. (2012). *La desprotección de la legítima en el Código Civil y en el proyecto 2012*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Extraído de: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-desproteccion-de-la-legitima-en-codigo-civil-y-en-el-proyecto-2012>
- Villalba Welsh, A. (1986). Testamentos. *Revista Notarial Colegio de Escribanos de Provincia de Buenos Aires*, 884. Extraído de: http://www.infojus.gob.ar/doctrinaprint/dabb870039-villalba_welsh-testamentos.htm