



## **Trabajo Final de Graduación**

**-Abogacía-**

**Porción Legítima: El nuevo régimen de legítima hereditaria argentino, ¿una restricción al derecho de los legitimarios o una ampliación del derecho de disposición del causante?**

**Ricardo Isidro Ortiz**

**Año 2018**

*“Tu deber es luchar por el Derecho,  
pero el día que encuentres en conflicto  
el Derecho con la Justicia,  
lucha por la Justicia”*

***-Eduardo Juan Couture Etcheverry-***

*“La libertad nunca es dada voluntariamente por el opresor;  
debe ser demandada por el oprimido”*

***-Martin Luther King, Jr.-***

## **Agradecimientos**

*A mi amor y compañera de vida, mi amada esposa Andi, que me enseña cada día.*

*A mis pequeños hijos hermosos, que escucharon atentamente mis lecciones como si fueran grandes y entretenidas historias.*

*A mis padres, porque me acompañan, me apoyan y siempre, siempre están.*

*Al resto de mi familia, mis amigos, compañeros y todos los que me ayudaron y colaboraron de una forma u otra, muchas gracias.*

## **Resumen**

La porción de libre disponibilidad es el porcentaje de patrimonio del cual una persona puede disponer libremente antes de su muerte, sin afectar el porcentaje propio de los herederos forzosos. En nuestro país, una persona no puede testar la totalidad de su patrimonio, sino que se encuentra sujeto a un porcentaje, el cual en caso de no respetarse, torna nulo el testamento.

En tal sentido, el presente trabajo analizará la figura de la porción legítima de los herederos, su evolución en nuestro ordenamiento jurídico. Ello, a los fines de analizar si existen razones jurídicas por las cuales deba primar la autonomía de la voluntad del causante, ante la institución de la legítima.

**Palabras claves: porción legítima de los herederos – Derecho Sucesorio – Testamento – disponibilidad del patrimonio**

## **Abstract**

The portion of free availability is the part of the estate from which a person can freely dispose before his death, without affecting the percentage of the heirs themselves. In our country, a person cannot test all of their assets, but is subject to a percentage, which in case of not being respected, makes the testament null.

In this sense, the present work will analyse the figure of the legitimate portion of the heirs, their evolution in our legal system. This, in order to analyse if there are legal reasons why the autonomy of the will of the deceased should prevail, before the institution of the legitimate one.

**Keywords: legitimate portion of the heirs – succession right – will – availability of the heritage**

## **INDICE**

<b><u>INTRODUCCIÓN</u></b> .....	7
<b><u>CAPÍTULO 1: LA PORCIÓN LEGÍTIMA. ASPECTOS GENERALES</u></b> .....	10
1.1 <u>Introducción</u> .....	10
1.2 <u>Definición. Concepto. Regulación legal</u> .....	10
1.3 <u>Orígenes. Derecho Romano. Nociones generales</u> .....	15
1.4 <u>Generalidades del derecho sucesorio en el derecho argentino. Evolución</u> .....	20
<u>Conclusiones parciales</u> .....	25
<b><u>CAPÍTULO 2: LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN</u></b> .....	27
2.1 <u>Introducción</u> .....	27
2.2 <u>Sucesores del causante. Clasificación</u> .....	27
2.3 <u>Forma de concurrencia</u> .....	32
2.4 <u>Reformas. Desheredación. Nuera viuda sin hijos</u> .....	35
2.5 <u>Cálculo de la legítima en el Código Civil y Comercial de la Nación</u> .....	38
2.6 <u>Casos especiales. Adopción simple. Comunidad de Bienes</u> .....	43
<u>Conclusiones parciales</u> .....	45
<b><u>CAPÍTULO 3: LA LEGÍTIMA HEREDITARIA. PROTECCIÓN</u></b> .....	47
3.1 <u>Introducción</u> .....	47
3.2 <u>Inviolabilidad de la legítima</u> .....	47
3.3 <u>Acción de reducción y complemento</u> .....	48
3.3.1 <u>Definición y Concepto</u> .....	48
3.3.2 <u>Naturaleza Jurídica</u> .....	52
3.3.3 <u>Generalidades</u> .....	54
3.4 <u>Acción de entrega</u> .....	57
<u>Conclusiones parciales</u> .....	58
<b><u>CAPÍTULO 4: LA PORCIÓN LEGÍTIMA Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD</u></b> 60	

4.1 <u>Introducción</u> .....	60
4.2 <u>Derecho de testar</u> .....	60
4.3 <u>Autonomía de la voluntad. Límites</u> .....	63
4.4 <u>Legítima hereditaria y el derecho de testar</u> .....	67
4.4.1 <u>Mejora heredero con discapacidad</u> .....	67
4.4.2 <u>Fideicomiso testamentario</u> .....	70
4.4.3 <u>Indivisión forzosa</u> .....	72
<u>Conclusiones parciales</u> .....	73
<b><u>CONCLUSIONES FINALES</u></b> .....	75
<b><u>BIBLIOGRAFÍA</u></b> .....	82
<u>Doctrina</u> .....	82
<u>Legislación</u> .....	84

## **INTRODUCCION**

El fallecimiento de una persona –humana- trae aparejado un cúmulo de consecuencias jurídicas (obligaciones y/o derechos) de carácter patrimonial –entre otras- para aquellos que suceden al causante.

Tales sucesores, pueden distinguirse –a prima facie- entre aquellos a quienes la ley confiere el carácter de herederos forzosos y los que no son tales. Los primeros a diferencia de los segundos, son titulares de la legítima, es decir de la parte de la herencia que legalmente les corresponde y de la que no pueden ser privados, sin justa causa, ni por actos entre vivos, ni por disposición de última voluntad. En nuestro ordenamiento jurídico, únicamente ostentan tal carácter los ascendientes, descendientes y el cónyuge del difunto.

Actualmente la legítima, se encuentra regulada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el libro quinto “Transmisión de derechos por causa de muerte”, título X “Porción Legítima”, en los artículos 2444 a 2461. En la última reforma experimentada por el ordenamiento imperante, vigente a partir del 1 de Agosto de 2015, se consagró una mayor libertad del causante, aumentando la porción disponible de su patrimonio y por consiguiente, una notable reducción en la porción de los herederos forzosos, lo que resulta absolutamente discutible.

Es necesario analizar los motivos y los fundamentos por los cuales se ha modificado la porción de la que puede disponer el causante ya que el instituto de la legítima, ha permanecido inalterable desde la sanción de la ley 340 (Código Civil de la Nación confeccionado por Dalmasio Vélez Sarsfield, en el año 1869) e incluso no sufrió modificaciones cuantitativas con la reforma de la Ley 17.711. Esto es relevante jurídica y socialmente, en razón que tan sustancial instituto, no había motivado en más de ciento cuarenta años la necesidad de su alteración, aun cuando sí se introdujeron otros cambios dentro el derecho sucesorio.

En este sentido, es importante resaltar que con el transcurso del tiempo, han ido variando y se han modificado, en muchos casos, principios sociales, familiares y culturales, el derecho debe atravesar todos ellos, contemplar y regular los cambios que se van sucediendo en una sociedad.

El objetivo general del presente trabajo es analizar el derecho al causante de disponer libremente de sus bienes ante los límites impuestos por la legítima, a partir de la sanción del Código Civil y Comercial. Se persigue, analizar los motivos –jurídicos y sociales- y demás razonamientos que llevaron al legislador a efectuar tal reforma, para determinar de modo cabal cuál es el espíritu de la nueva normativa, esencial a la hora de aplicar cualquier disposición legal.

En cuanto a los objetivos específicos que se abordarán en el presente trabajo, los mismos consisten en: analizar la regulación de la legítima a partir de la sanción del Código Civil, examinar la evolución del instituto de la legítima hereditaria dentro del ordenamiento jurídico y reflexionar sobre la relación entre la porción legítima y la autonomía de la voluntad del causante.

Cabe destacar también una realidad que subyace al nuevo régimen, y que es dable analizar en cuanto al cambio de roles que se ha producido en la sociedad, entre dos pilares fundamentales como son la familia y la autonomía de la voluntad, no sólo del ordenamiento jurídico sino de la sociedad toda.

En este sentido la pregunta es: el nuevo régimen de legítima hereditaria argentino ¿debe ser entendido como una restricción al derecho de los legitimarios o bien como una ampliación del derecho de disposición del causante? A partir del planteamiento de este interrogante, la hipótesis que se expone es: la disminución de las porciones legítimas representa un mayor equilibrio entre el derecho del causante y el de los legitimarios.

Esta presentación pretende describir el instituto de la legítima, sus fundamentos, determinar cómo ha sido concebido a lo largo del tiempo y particularmente, analizar las modificaciones que la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, introdujo a la institución en estudio, para lo cual es dable profundizar tanto en la normativa como en las distintas posiciones relativas a la temática y evaluarlas de un modo integral.

En el Capítulo I se analizará la institución de la legítima hereditaria en sus aspectos generales, definición, conceptos, regulación, orígenes, generalidades del Derecho Sucesorio en Argentina, etc.

El Capítulo II abordará la regulación de este valiosísimo instituto en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El tercer capítulo examina protección de la legítima, y las acciones de las cuales pueden valerse los legitimarios con el fin de que no sea vulnerado su derecho a suceder.

El capítulo IV tratará sobre la contraposición existente entre la autonomía de la voluntad y la legítima hereditaria como limitación de la primera.

Para concluir, se expondrán las conclusiones finales.

## **CAPÍTULO 1: LA PORCIÓN LEGÍTIMA. ASPECTOS GENERALES**

### **1.1 Introducción**

En este primer capítulo se analizarán los principales aspectos de la porción legítima hereditaria comenzando por su conceptualización, su regulación legal. Se estudiarán sus orígenes, principalmente en el Derecho Romano, haciéndose asimismo una reseña respecto de las generalidades del derecho sucesorio argentino y su evolución. Al finalizar el presente se expondrán las conclusiones parciales.

### **1.2 Definición. Concepto. Regulación legal.**

Tal como se ha expuesto ut supra, el deceso de una persona humana conlleva consecuencias de carácter patrimoniales indispensables para la vida en sociedad, ya que implican el necesario traslado de un conjunto de derechos y obligaciones del causante hacia quienes lo suceden y que de algún modo continúan su persona. En este sentido el Código Civil y Comercial de la Nación, reza en su artículo 2277 que:

La muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley. Si el testamento dispone sólo parcialmente de los bienes, el resto de la herencia se defiere por la ley.<sup>1</sup>

El artículo mencionado, refiere que el fallecimiento del causante representa el momento a partir del cual se produce la transmisión instantánea de su patrimonio del modo en que aquél lo haya previsto en sus disposiciones de última voluntad; para el caso de no existir testamento (o que éste sólo disponga de una parte del patrimonio total) la deferencia se

---

<sup>1</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

hará conforme lo determine el ordenamiento jurídico. Surge aquí, una pregunta de rigor: ¿qué parte de tal patrimonio corresponde a cada quién?

Para responder a este cuestionamiento y en aras a proteger principalmente la institución familiar, como núcleo fundante de la sociedad, se ha receptado el instituto de la porción legítima o legítima hereditaria en el Código Civil y Comercial de la Nación, en su Art. 2444.

Así nuestro ordenamiento legal, en materia de derecho sucesorio, distingue del patrimonio del causante una porción intocable por su propio titular –ahora muerto-, destinada a los parientes más próximos y directos, de la que no pueden ser privados, limitando así la facultad del difunto de disponer libremente de sus bienes, so pretexto de resguardar de tal modo la solidaridad en las relaciones paterno-filiales, que como ya se dijo, constituyen o al menos pretenden constituir la base fundacional del derecho.

A efectos de clarificar, vale decir que, hay un sector del patrimonio que al morir se transmite a los hijos, padres y/o cónyuge del causante, independientemente de la voluntad de la persona fallecida y aún contra su voluntad expresa o presunta.

A la hora de comenzar a hablar sobre la legítima hereditaria y su regulación actual, lo cierto es que en el nuevo código jurídico argentino no hay una definición expresa de ella, sin perjuicio de las numerosas disposiciones que se refieren a ella.

En este orden de ideas, se puede afirmar que, luego de hacer un análisis integral de las normas jurídicas contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación en materia de derecho sucesorio, la mayor aproximación conceptual de la legítima hereditaria se encontraría en el nuevo artículo 2444 del Código Civil y Comercial de la Nación que reza así: “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”.<sup>2</sup>

El artículo hace expresa mención a la legítima hereditaria, la que conceptualmente es una institución de orden público, dentro del derecho sucesorio, por virtud de la cual se reserva una fracción patrimonial exclusivamente para los herederos forzosos tras la muerte del causante, es una suerte de transmisión patrimonial forzosa, coactiva y obligatoria hacia determinados parientes, y por consiguiente indisponible para el difunto. Tal importantísima institución determina imperativamente una prohibición para el causante, un límite a su libre voluntad sobre la base de un sistema de solidaridad familiar.

En este sentido, puede afirmarse que esta porción patrimonial, está destinada sólo a un sector del grupo familiar que son denominados legitimarios (descendientes, ascendientes y el cónyuge), incluso contra la voluntad del causante. Tales herederos forzosos están expresamente determinados por la ley, y si bien tanto los hijos como los padres y cónyuge del causante, estaban dotados de tal calidad en el código anterior, lo cierto es que no estaban especificados de manera tan clara y precisa como lo está ahora, sino mediante remisiones legales.

La citada norma es –como se dijo- una disposición de orden público, es decir que se traduce en un resguardo y una garantía para salvaguardar los intereses de aquellos parientes llamados por ley a suceder al causante. Al respecto, Borda (2004) considera que esas leyes son irrenunciables e imperativas, en contraposición a las de orden privado que otorga a los interesados la facultad de sustituir esas disposiciones por otras.

El Código Civil y Comercial de la Nación dispone en su artículo 12: “Las convenciones de los particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público...”.<sup>3</sup> Este artículo contiene una norma general del derecho, en

---

<sup>2</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

<sup>3</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

virtud de la cual, se recepta el principio de la autonomía de la voluntad, esto es, la libertad para contratar y determinar el contenido de tales convenciones, fijándose como único límite las disposiciones de orden público. Estas últimas son aquellas en las que están interesados principios e intereses superiores de la sociedad y por tal razón son protegidas por el derecho sustrayéndolas de los intereses particulares.

En este sentido bien vale la pena aclarar que en esta especial materia el carácter de orden público debe ser entendido:

orden público se proyecta en dos planos: (i) en el plano cuantitativo, en cuanto al respeto de su integridad, cuyo menoscabo por disposiciones gratuitas inter vivos o mortis causa motiva la actuación de las acciones protectivas de la legítima; y (ii) en el plano cualitativo, en cuanto consagra el derecho de gozarla plenamente, sin condicionamientos ni restricciones impuestas por el difunto; de allí que la condición y el plazo, suspensivos o resolutorios, como igualmente el cargo, impuestos al legitimario son modalidades prohibidas y deben tenerse por "no escritas", como indica la norma (Rolón, 2017, apartado IV).

Esta materia del derecho de sucesión se relaciona estrechamente con las regulaciones que convergen en el derecho de propiedad de bienes que posee el testador por efecto del nexo meramente jurídico erga omnes.

Así, en el sistema concebido por el legislador, en la legítima confluyen dos caras de la misma moneda, ya que por un lado comporta un derecho indiscutible de los parientes más próximos del difunto, pero también es un obstáculo, u impedimento a la libertad testamentaria de la persona respecto a la disposición de sus bienes luego de su muerte, ya que el legislador reserva por él un "pedazo" de sus bienes y lo asigna irremediabilmente a los

legitimarios.

En este orden de ideas, es de destacar que el derecho no sólo brinda protección específica a tan importante porcentaje del patrimonio, persiguiendo evitar actos por parte de su titular, que puedan menguar tal porción, ya sea constituyendo gravámenes sobre ella o condicionándola de cualquier modo; sino que también consagra la irrenunciabilidad de la legítima por parte del propio sucesor, lo que será estudiado y analizado en capítulos posteriores.

Es así que el artículo 2449, dispone: “Es irrenunciable la porción legítima de una sucesión aún no abierta”.<sup>4</sup>

Lo cierto es que la porción legítima hereditaria, como institución mortis causa, no contempla la posibilidad de realizar sobre ella ningún tipo de acto jurídico, ni en vida ni tras la muerte del causante. Tan así es, que la nueva normativa dispone un sistema con mayor blindaje que el anterior, puesto que ha suprimido el instituto de la desheredación, anteriormente estructurado por el legislador en el artículo 3744: “El heredero forzoso puede ser privado de la legítima que le es concedida, por efecto de la desheredación, por las causas designadas en este título, y no por otras aunque sean mayores”.<sup>5</sup>

Con relación a este tema, es dable destacar que constituía la posibilidad, absolutamente justificada, por la cual el causante de la sucesión podía decidir desheredar a un heredero forzoso, esta determinación debía estar expresada en el testamento y fundada indefectiblemente en alguna de las causales previstas en el artículo 3747 del anterior plexo normativo.

La redacción del nuevo código, como se mencionara, impide al causante excluir a los herederos forzosos que hubieren tenido una conducta reprochable para con él. Lo anterior, es

---

<sup>4</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

<sup>5</sup> Ley N° 340 del Código Civil. Boletín Oficial de la República Argentina, 29 de septiembre de 1869.

tal, sin perjuicio de la subsistencia y ampliación de las causales de indignidad, institución que se diferencia esencialmente de la antigua desheredación, en cuanto a la legitimación activa para solicitar el apartamiento del indigno (artículo 2283 del C.C.C.N).

### **1.3 Orígenes. Derecho Romano. Nociones generales.**

Luego de haber abordado la legítima hereditaria en cuanto a su definición y conceptualización actual y de haber realizado una breve exposición sobre los aspectos generales de su regulación legal vigente, debemos remontarnos a sus orígenes para comprender acabadamente los fundamentos que han llevado al legislador argentino a instaurar tal fundamental institución y mantenerla a lo largo del tiempo.

A los efectos de este trabajo académico, es un tópico obligado el de los antecedentes de la legítima, puesto que su estudio aporta indiscutibles elementos para analizar su evolución en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, es importante señalar que la institucionalización de la legítima hereditaria en el derecho sucesorio argentino y comparado, no es de reciente data, muy por el contrario es una entidad cuyos orígenes se remontan al antiguo derecho romano y sin perjuicio de ello –o justamente por tal razón- sigue siendo una de las patas sobre la que se asienta todo el sistema del derecho sucesorio.

Herrera y Pellegrini (2015, p. 365) entienden que: “Tanto en el sistema concebido por nuestro antiguo codificador, Vélez Sarsfield, como en el vigente, la legítima hereditaria es la base del derecho sucesorio”.

Las mencionadas autoras, continúan refiriéndose al instituto, en este caso más precisamente a sus antecedentes y sostienen que durante la era romana el pater familiae estaba facultado ilimitadamente para disponer de sus bienes en los actos de última voluntad. Con el transcurso del tiempo, se admitió la querella inofficiosi testamenti, para aquellos casos

en los cuales el testador dejaba afuera de la herencia a su descendencia, ésta dejaba sin valor el testamento y la sucesión se reputaba como ab intestato. A partir del año 40 a.C, los tribunales de los centumvirus, probablemente inspirados en la Ley Falcidia, establecieron la legítima, que correspondía a un cuarto del valor de la herencia (Herrera y Pellegrini, 2015).

En la Ley de las XII Tablas, regía una abierta y amplia libertad testamentaria para el pater. Así lo ha asegurado también Acciarresi, (2012, apartado I), ponderando que: “En el Derecho Romano primitivo, el testador tenía poderes ilimitados sobre sus bienes, pudiendo en todos los casos disponer libremente de ellos, aun cuando el cónyuge y los hijos quedasen en la más absoluta miseria por tal decisión”.

Se ha preferido estudiar el orden sucesorio que establecía la ley a través de un análisis de las distintas frases que componen cada uno de los textos.

...a) ‘Si intestatu moritur’. A falta de testamento («si muere intestado») se abría la sucesión intestada. ¿Significan estas palabras iniciales del fragmento que en la época de las XII Tablas la delación testamentaria era ya la preferente sobre la legítima? Parece evidente que sí lo era, como ya dijimos. El sentido de esos términos y el tono negativo que encierra la expresión ab intestato, sugieren el carácter secundario o excepcional de la sucesión intestada; o, por mejor decir, que las normas sobre la sucesión legítima son supletorias porque se aplican en defecto de testamento. En este sentido, no hay duda de que ambas delaciones estaban ya representadas en la legislación decenviral y, en cierto modo, puede significar el primitivo embrión de la conocida máxima romana de la incompatibilidad de la concurrencia de ambas vocaciones (‘nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest’ (Castan, 2013, p. 261).

Tal como expresa el autor citado, el derecho romano antiguo concebía un poder absoluto del pater familiae, su voluntad y su palabra debían ser consideradas y cumplidas como ley. Así, pues, en el campo del primitivo derecho sucesorio de la época, se estructura un poder de disposición patrimonial absoluto e indiscriminado del jefe de familia y por lo tanto desprovisto de mecanismos de preservación o resguardo intrafamiliar del patrimonio del pater familiae. De este modo, el derecho romano antiguo concebía una amplia potestad testamentaria para disponer libremente del acervo familiar (Castan, 2013).

Pero tal manera de disposición patrimonial, no fue indefinidamente sostenida en el tiempo, sino que posteriormente, hacia fines de la República se introdujo en el derecho una herramienta para anular el testamento que se consideraba inoficioso por excluir a los parientes más próximos y directos del causante de la transmisión de su herencia.

Acciarresi (2012) enseña que una vez se verificaren dichos actos, la consecuencia jurídica que conllevaba era dejar sin efecto la integridad del testamento, procediéndose dentro de los cauces sucesorios como si se tratase de una sucesión ab intestato. La mencionada querrela inofficiosi testamenti parte de la premisa de que una exclusión injusta, sólo puede emanar de una mente enferma. Esta acción prosperaba porque el acto era considerado evidentemente irracional, no se requería que el causante fuese insano.

Con el advenimiento del Imperio Romano, el consiguiente Derecho Justiniano ante las complicaciones e inconvenientes que traía aparejado la inofficiosi testamenti, se dictó la Ley Falcidia que puso coto a la excesiva libertad de testar. La referida ley disponía que el heredero tuviera siempre derecho a la cuarta parte de la masa hereditaria, y que en caso que faltasen bienes para formar aquella debía integrarse deduciéndose proporcionalmente de los legados dispuestos. La cuarta Falcidia entonces, correspondía a todo heredero del causante, sea éste testamentario o legítimo, pero no al legatario.

Este instituto no es más que la consagración indiscutible de la legítima, ya que el testador podía disponer de sus bienes, en tanto y en cuanto no afectara esa porción mínima que correspondía a la cuarta parte de su patrimonio al momento de su muerte, garantizando así a los herederos una parte de los bienes que integraban el acervo hereditario, sin necesidad de dejar sin efecto la totalidad del testamento.

En el Derecho Germánico, regía el principio consuetudinario por el cual no son los sentimientos del padre, sino la voluntad divina la que pone la herencia del padre en manos de sus hijos, quedaban excluidos de este reparto, los hijos naturales y las hijas, para evitar de este modo que los bienes salieran de la familia. No existía en este Derecho ni el testamento ni cualquier otra enajenación por causa de muerte (Mainar, 2015).

En este mismo sentido, el autor citado menciona que en el derecho germánico a diferencia del romano, el heredero adquiría la herencia por derecho propio y no por la deferencia del testador de incluirlo como su sucesor. Así para los germanos existía lo que se denominaba la copropiedad familiar, que consideraba al pater como un mero administrador de los bienes familiares, de modo tal que al morir aquel, no lo sucedían sino que pasaban a recibir a título de propietarios exclusivos algo que ya les pertenecía (Mainar, 2015).

Mainar (2015), sostiene en su trabajo que luego que los bárbaros invadieron el Imperio Romano, inexorablemente el derecho romano y el germánico comenzaron a coexistir con implicancias uno sobre el otro y adoptándose así el testamento romano pero conservando el principio en virtud del cual el derecho hereditario emana del parentesco. Se produjo así una confluencia y convivencia de ambos sistemas sucesorios en una suerte de “Derecho Germánico Romanizado”.

De la confrontación de la copropiedad familiar original del Derecho germánico y la libertad de testar propia del Derecho romano aparece la reserva familiar: surge para el

jefe de familia la obligación de conservar una porción de los bienes "propios", generalmente cifrada en los cuatro quintos, en favor de los hijos, y en su defecto, de los parientes de la línea de la que los bienes procedían, al margen de su mayor o menor vinculación con el de cuius (primero les correspondía a los descendientes del padre; en su defecto, a los del abuelo y, a falta de éstos, a los del bisabuelo, sin admisión del derecho de representación, de ahí la regla aplicable paterna paternis, materna maternis). Nace así la institución de la reserva como una consecuencia de la copropiedad doméstica, de tal manera que, a los fines de proteger eficazmente a la familia, la parte disponible quedaba reducida, por un lado, al quinto de los bienes propios y, por otro, al total de los bienes adquiridos junto con todos los bienes muebles (Mainar, 2015, p. 43).

Tal institución, planteó debates acerca de su naturaleza jurídica, los que continúan hasta la fecha, ya que en Roma, finalizando la época republicana, al adquirir mayor relevancia la familia cogniticia (o sea la familia basada en vínculos de sangre únicamente), en desmedro de la agniticia (parentesco civil o jurídico), se consideró justo llamar a la herencia a los parientes de sangre del difunto, aunque no fueran herederos del mismo, limitándose tal llamado a conceder la posesión de los bienes hereditarios, surgiendo así la *bonorum possessio*.

Así, siguiendo a Herrera y Pellegrini (2015), se puede expresar que de tal concepción romana de la legítima, deviene la naturaleza jurídica de la misma como *pars bonorum*, esto es, que el legitimario no debía necesariamente ser heredero, puesto que se trataba de “una parte de los bienes”, mientras que con el advenimiento del derecho germánico surgió el carácter de aquella como *pars hereditatis*, lo que implicaba que quien recibía la legítima debía poseer necesariamente la calidad de heredero.

Mainar (2015), plantea la diferenciación en cuanto a la naturaleza jurídica de ambas figuras es de interesante aplicación práctica, ya que al ser considerada la legítima como *pars*

bonorum implica que los legitimarios son titulares de una parte de la herencia determinada previamente por ley e independiente de su calidad de tales, -estos es- que pueden recibirla por cualquier título, en razón de ser un derecho de crédito frente a los herederos instituidos. A diferencia de la figura de la reserva germánica que, como pars hereditatis, constituye una cuota de la herencia que se le debe en propiedad y libre de cargas, o sea que en el heredero caso de aceptar la sucesión tendría una responsabilidad ultra vires hereditatis.

Así, el derecho romano consideró a la legítima como pars bonorum, lo que implica que no obstante la renuncia a la herencia que hiciese el heredero, éste conserva intacto el derecho a su porción legítima, ya que le está adjudicado por ley independientemente de su calidad de heredero. A diferencia del derecho germánico, para el cual si se pierde el derecho a la herencia, se pierde el derecho a la legítima, por cuanto identifica el derecho a la porción legítima con la condición de heredero.

Como conclusión a esta resumida reseña histórica, referida a los antecedentes primeros de la legítima hereditaria, se advierte que tanto la institución de la legítima del derecho romano como la reserva del derecho germano, aunque poseen grandes diferencias confluyen hacia un objetivo común, cual es el de constituir una limitación o restricción a la libertad absoluta del testador y por ende la protección y resguardo de la herencia familiar. Es así, como ambas instituciones se influyen de manera mutua culminando en una fusión que más adelante sería incorporada al Código Civil Francés (1804), y que comporta la misma inspiradora y basal de aquellos sistema jurídico que tienen sus cimientos en el derecho romano (Mainar, 2015).

#### **1.4 Generalidades del derecho sucesorio en el derecho argentino. Evolución.**

Tal como se viene exponiendo, se fue imponiendo desde antaño e incluso avanzando en las épocas modernas, la necesidad de regular las diversas situaciones posibles que

proseguían a la muerte de una persona, lo que sin lugar a dudas llegó a nuestro país como una necesidad impostergable.

Sin remontarnos indefinidamente en el tiempo, lo que sería sobreabundante y haría in eternum este trabajo, vale comenzar por la regulación jurídica desde el Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield, quien condensó en un cuerpo jurídico único, vastas fuentes del derecho comparado, dando lugar así al primer código civil argentino, sancionado en 1869 cuya vigencia comenzó recién a partir del año 1871, bajo la Ley N° 340.

Según Borda (2004), casi todas las instituciones jurídicas de derecho privado actuales, tienen su origen en el Derecho Romano, sin perjuicio de que hayan experimentado alguna modificación como resultado de fenómenos sociales, culturales o económicos. En ese sentido, es considerado también, una de las principales fuentes en las que se inspiró Vélez al momento de redactar el Código Civil Argentino.

Otra de las más importantes y destacables fuentes en que se basó el redactor de nuestro Código Civil, fue el código civil francés, más conocido como Código Napoleónico de 1804 y sus comentarios, como así también, recurrió al jurista alemán Federico Carlos de Savigny, cuya obra “Sistema de derecho romano actual” influyó decisivamente en las instituciones adoptadas por el antiguo codificador argentino.

Tal como en sus orígenes, el derecho sucesorio argentino desde sus inicios y a lo largo de las distintas etapas que ha atravesado, constituye un fiel reflejo de las tradiciones sociales, familiares y religiosas más arraigadas de nuestro pueblo.

Del modo expuesto, el sistema del Código Civil Argentino de 1869, diseñó un esquema sucesorio basado en la transmisión o sucesión personal y universal propia del derecho romano y distinto de la “transmisión en los bienes” oriunda del derecho germánico. Así las cosas, la estructura de nuestro primer código civil, implicaba e implica –aunque con

importantes modificaciones- que quien sucede al causante continúa su persona, la subroga. La cualidad de universal de la transmisión hereditaria, apunta a la transmisión en “masa” o en bloque de la misma, como una unidad global que abarca tanto el activo como el pasivo hereditario.

De tal modo, los herederos de la persona que muere, se subrogan en el lugar de aquél, lo sustituyen ocupando la misma posición jurídica que poseía aquel en sus relaciones jurídico-patrimoniales.

Esta concepción romanística e inserta en el derecho argentino, es de fundamental importancia ya que implica la continuidad de la responsabilidad de las obligaciones del fallecido por sus sucesores, es decir que, las obligaciones asumidas en vida por el occiso, debían ser cumplidas no sólo con los bienes de la herencia sino con los propios de los sucesores, esto es, la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, lo que se encontraba expresamente consagrado en el antiguo artículo 3343 del Código de Vélez.

En este aspecto tan fundamental del derecho sucesorio, la reforma integral del año 1968 a través de la Ley 17.711, introdujo modificaciones estructurales y acordes a las nuevas realidades sociales, aunque manteniendo el sistema seguido por Vélez Sarsfield de la sustitución en la persona, pero consagrando en su artículo 3363 la presunción de la aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario, esto es, ni más ni menos que la consagración de la limitación de la responsabilidad de las deudas del causante hasta el monto de los bienes que constituyen la herencia. Esta modificación que importó un gran avance ha sido mantenida en el código vigente y condensada principalmente en su artículo 2280.

No obstante la mencionada modificación, como otras que se experimentaron en el Derecho sucesorio en general y en el instituto en estudio en particular, evidentemente, el puesto que ocupa la legítima hereditaria se ha mantenido inmutable, su fundamentación,

basada en el interés familiar y más precisamente en la solidaridad que deben reunir las relaciones paterno-filiales, se mantiene intacta tal y como fuera inspirada en el Código de Vélez.

De acuerdo con ello, Rolón (2017), indica, que el sustento de la legítima es la solidaridad familiar y la protección de sus integrantes. En definitiva, los logros patrimoniales que obtuvo el causante, se apoyaron de algún modo en la fortaleza emocional y afectiva que su familia –núcleo esencial de la sociedad- le brindó.

Desde aquél primer código y hasta las recientes reformas habidas, la institución de herederos legítimos y forzosos es una constante que atraviesa las épocas, y su reducción al más íntimo núcleo familiar persiste hasta el día de la fecha. Sin embargo, debe ponerse de relieve que con el advenimiento del Código Civil y Comercial una importante reforma acaecida está dada por la reducción de las cantidades destinadas a los herederos forzosos, lo que se desarrollará oportunamente, destacándose que en los Fundamentos del nuevo código se sostiene que las porciones legítimas eran excesivas y era necesario ampliar la posibilidad de libre disposición del causante.

Entre otras modificaciones trascendentes para el tema de estudio, se puede encontrar la unificación de términos, ya que el Código Civil denominaba indistintamente a los actuales legitimarios, utilizando varios términos como: herederos forzosos, herederos legítimos y herederos necesarios, los que ahora han quedado unívocamente nucleados bajo la denominación común de legitimarios.

De la lectura de las disposiciones del código civil, se destaca que existe una definición auténtica o legislativa sobre lo que debe ser entendido por un “heredero forzoso”, en ese sentido, el código, en su artículo 3714, establece que son aquellos que, a pesar de ser excluidos testamentariamente en la participación de la distribución de la comunidad

hereditaria, la ley les reserva una porción de la cual no pueden ser privados.

En este punto, vale la pena hacer un paréntesis, ya que anteriormente se efectuó una definición –aunque somera- del heredero forzoso, la que actualmente ha sufrido alguna variación intrascendente y se encuentra en el artículo 2444 del Código Civil y Comercial de la Nación, definiendo a tales sucesores como “legitimarios”.

Referido a éstos últimos, el artículo 2444 los enumera concretamente, mientras que el antiguo cuerpo legal los determinaba de modo genérico, remitiendo a varias disposiciones legales para la determinación de orden y concurrencia.

En lo que respecta a este punto, el nuevo artículo 2447 mantiene la fuerte protección e inviolabilidad de la porción legítima, reiterando lo que establecía el antiguo artículo 3598 del Código Civil, como así mismo su carácter de institución de orden público. El artículo 3605 del código civil establecía: “De la porción disponible, el testador puede hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos. Ninguna otra porción de la herencia puede ser detraída para mejorar a los herederos legítimos”.<sup>6</sup>

La norma referida, representa la máxima expresión de rigurosidad con la que el legislador ha pretendido proteger el interés familiar manifestado en la percepción patrimonial devenida de la legítima, al punto en el cual, ni aún a favor de uno de los herederos legítimos, pueden verificarse actos de disposición que excedan el quantum de la fijación de la porción de legítima.

En lo que respecta a las facultades testamentarias del causante, el antiguo Código de Vélez consagró la posibilidad de instituir herederos universales o particulares, y también el testador podía efectuar legados de cuota; constituyendo así legatarios de cuota (los que eran acreedores de una parte alícuota de la herencia, es decir que lo sucedían sólo en una fracción

---

<sup>6</sup> Ley N° 340 del Código Civil. Boletín Oficial de la República Argentina, 29 de septiembre de 1869.

de la herencia). Ésta última figura fue finalmente eliminada en la redacción del nuevo código civil y comercial, el que al lado del heredero considera al legatario como aquel que recibe un bien particular o un conjunto de ellos (Artículo 2278).

### **Conclusiones parciales**

Como conclusión parcial de este primer capítulo, se puede advertir que a lo largo de las distintas épocas se ha intentado resolver la difícil problemática que trae aparejada la transmisión hereditaria y con ello se ha procurado salvaguardar –desde siempre- de una u otra manera, los intereses de los familiares más directos del causante.

La dinámica del derecho sucesorio, exige que al morir una persona el derecho “deba” ponerse en el lugar no sólo del occiso sino también de aquellos a quienes el causante se veía obligado a asistir. La ley viene a conjugar así, dos factores fundamentales de la vida de una persona, lo que quiere y lo que debe y es en esa delgada línea donde el derecho sucesorio debe resguardar tanto lo uno como lo otro.

De este modo la institución que con mejor tino ha logrado tal objetivo, ha sido la legítima hereditaria, que no obstante haber sido reformada y adaptada a las nuevas sociedades modernas, con sus valores sociales y modos de vivir, ha conservado la firmeza de los primeros tiempos y sin perjuicio de las necesarias modificaciones que aún le quedan por experimentar, entendiendo la gran velocidad con la que se suceden los cambios sociales actuales.

Es importante señalar, lo apuntado por Ferrer (2017), quien sostiene que, conforme a la complejidad que revisten las relaciones sucesorias por su contenido, personal, familiar y patrimonial, la sistematización del Código Civil y Comercial de la Nación, ubica al derecho sucesorio luego del derecho de las personas, de las relaciones de familia, de las obligaciones, de los contratos y de los derechos reales. Lo mencionado, tiene su fundamento en que el

derecho de sucesión supone el conocimiento del derecho privado patrimonial y el derecho de familia.

## **CAPÍTULO 2: LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

### **2.1 Introducción**

En el presente capítulo se pondrá énfasis en el análisis del instituto en el Código Civil y Comercial de la Nación, comenzando por la clasificación de los sucesores del causante, luego se abordará el modo en que éstos concurren a la sucesión del causante, en otro punto se estudiarán dos reformas que estableció el Código con relación a la anterior redacción, la desheredación y la derogación del derecho que tenía la nuera viuda sin hijos respecto de la sucesión de sus suegros. Es importante mencionar que se analizará lo relacionado con el cálculo de la legítima, como así también los casos especiales en los cuales, a excepción de la regla, sí se tiene en cuenta el origen de los bienes. Se expondrán, finalmente, las conclusiones parciales a las cuales se ha arribado.

### **2.2 Sucesores del causante. Clasificación**

El artículo 2277 determina la delación de tal herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley, conservándose de este modo, como fuentes de vocación sucesoria el testamento y la ley, lo que refleja fielmente la vigencia de las normas que fueran antiguamente adoptados por el primer codificador.

Resulta sumamente importante a los efectos de este trabajo hacer una reseña respecto a los sucesores del causante, puesto que no todos ellos poseen el mismo carácter, ni son titulares de los mismos derechos y obligaciones, lo que influye de manera determinante a la hora de efectuar un análisis integral del instituto de la legítima.

Tras la muerte y la consecuente apertura de la sucesión del causante, serán los sucesores quienes recibirán la herencia, quienes podrán tener su origen en el testamento o en la ley, tal como lo dispone el ya referido artículo 2277 del Código Civil y Comercial de la

Nación.

Del análisis del artículo anterior, se puede notar que la vocación sucesoria, puede tener base en el testamento (voluntad del causante) y/o en la ley (aún en contra o en ausencia de la voluntad de la voluntad del causante). En el primer caso la sucesión será testamentaria, y en el segundo legítima o ab intestato; sin perjuicio de que ambos llamamientos puedan concurrir en una misma sucesión. Con relación a esto:

La ley organiza un sistema de llamamientos a suceder en el ámbito de la familia, sobre la base del parentesco, y permite también al mismo causante, en vida, instituir o nombrar a quienes según su voluntad recibirán la herencia una vez fallecido (Zannoni, 2003, p. 11).

De este modo, y a los efectos del presente trabajo de investigación, corresponde subrayar la clasificación de los distintos sucesores, puesto que no todos están destinados a ser acreedores de la porción legítima.

Una primera distinción, siguiendo las enseñanzas de las Dras. Herrera y Pellegrini (2015), la debemos efectuar diferenciando al heredero según el contenido de la sucesión, el que puede ser: Heredero universal o bien Heredero de cuota. El primero es aquel a quien se transmite la universalidad y tiene vocación a todos los bienes de la herencia a los que el causante no le haya dado un destino diferente (Art. 2278 y 2486 del C.C.C.N), a diferencia de los mencionados en último término que son aquellos a quienes les corresponde sólo una fracción de la herencia, a una “parte indivisa” y no poseen vocación a todos los bienes de la herencia, a menos que así lo haya manifestado el occiso. Tal como lo explica Ferrer, citado en el trabajo de Herrera y Pellegrini (2015, p 77):

Los llamados herederos universales (simplemente herederos en el Código de Vélez) y los herederos de cuota (los antiguos legatarios de cuota). Ambos reciben una parte alícuota de la universalidad hereditaria y se diferencian básicamente en que los primeros tienen derecho a acrecer, es decir, vocación a todos los bienes de la herencia a los cuales el testador no hubiese dado un destino diferente (art. 2486), mientras que los segundos carecen de éste (art. 2486).

Los herederos, son distintos de los legatarios, a estos últimos el art. 2278 los define como “...el legatario no es titular de la herencia como universalidad, sino un tercero adquirente de un determinado bien de los que componen la herencia o un conjunto de ellos...”<sup>7</sup>

Corresponde ahora diferenciar a los herederos legítimos de los testamentarios, en razón del llamamiento o la vocación de donde surge su calidad de tales. Los primeros instituidos en tal carácter por la ley para suceder al causante y los segundos aquellos que han sido investidos de tal calidad por el causante en su testamento. En efecto el artículo 2424 del ordenamiento jurídico incorpora dentro de la primera categoría a los descendientes, ascendientes, cónyuge supérstite y parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive del causante.

En razón de lo referido, la ley elabora un listado de parientes, más el cónyuge supérstite, a los que defiere la herencia, basada –como se ha mencionado otrora- en lazos de afectividad familiar, y que abarcan a más del cónyuge a los padres, abuelos, hijos, nietos del causante como también tíos, primos, sobrinos y hasta sobrinos nietos de aquél, sin perjuicio de que en el caso de los descendientes no hay límite alguno, lo que podría incluir bisnietos y

---

<sup>7</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

así sucesivamente, operando así el derecho de representación.

Es llamativa la ausencia del conviviente dentro del extenso y taxativo listado de parientes a suceder. Cabe reseñar, que el Código Civil y Comercial de la Nación ha realizado un importante reconocimiento de las uniones convivenciales –estén o no inscriptas- otorgando a ambos integrantes derechos, y respondiendo así a una demanda social de los tiempos actuales, sin embargo el conviviente no posee derechos sucesorios por vía de llamamiento legítimo sino sólo y únicamente en la medida en que esté instituido como tal o en cualquier otro carácter (ej. Legatario) en una disposición testamentaria.

Sin perjuicio del análisis crítico y reflexivo que merece esta omisión del legislador en la última reforma, resulta sobreabundante afirmar que el fundamento del llamamiento legítimo a la herencia siguen siendo los vínculos de sangre, como fuera en los primeros tiempos del derecho romano antiguo. Ahora bien, el cónyuge es heredero legítimo, motivado en el aporte que éste realiza –de un modo u otro- al patrimonio familiar, lo que en los hechos se asemeja al conviviente, sin embargo al momento de dividir los bienes uno y otro no son iguales.

Hecha esta referencia, se debe aclarar que no todos los herederos legítimos participan del derecho a la porción legítima de la herencia, sino sólo los herederos forzosos o legitimarios, mientras que los restantes herederos legítimos, sólo tendrán derecho a la herencia en tanto y en cuanto no existan los legitimarios y/o testamentarios. Así mismo se debe tener en cuenta que el causante podrá disponer del porcentaje disponible de su patrimonio, luego de deducida la porción legítima – de los forzosos- y/o beneficiar con ella a los herederos instituidos por su voluntad en un testamento o bien mejorar a alguno/s de los legitimarios.

Los herederos legítimos, constituyen una suerte de llamado “supletorio” que hace la

ley en caso de ausencia de legitimarios o de testamento por parte del causante en cuyo caso no tiene obligación de incluirlos; incluso más, su investidura como tales debe ser previamente declarada judicialmente, ya que no suceden de pleno derecho.

Dentro de ésta última clasificación son legitimarios conforme el artículo 2444 del nuevo código únicamente los descendientes, ascendientes y al cónyuge supérstite, los que no puede ser privados de la legítima ni por actos entre vivos ni por disposición de última voluntad. Lo anterior, sin perjuicio, que cada uno de ellos tiene especificado en el Código, su forma de calcular la porción correspondiente que le será propia y que es objeto de estudio y análisis en el capítulo siguiente.

El artículo 2337 de nuestra norma regulatoria, concede la investidura de su calidad de herederos de pleno derecho a los ascendientes, descendientes y cónyuge desde el día de la muerte del causante, sin que para ello medie formalidad o solemnidad jurídica alguna. Por esta investidura plena, estas personas pueden ejercer todas las acciones que deriven de la transmisión de los bienes dejados por el causante, a menos que se trate de bienes registrables, para lo cual tal investidura requerirá su previo reconocimiento a través de la declaratoria de herederos que haga el juez competente.

De lo hasta aquí expuesto, entonces se advierte con claridad que los herederos forzosos, son llamados por imperio de la ley y de un modo preferente recibir una parte de la herencia de la cual no pueden ser privados, ni siquiera por propia voluntad del causante, y salvo que concurra la declaración judicial de indignidad de los mismos.

Con relación a la indignidad, Herrera y Pellegrini (2015, p. 118-119) aportan la definición efectuada por Guillermo A. Borda, es la “sanción operada por medio de sentencia judicial y a petición de los legitimados activamente, en virtud de la cual se produce la caducidad de la vocación sucesoria y hace que el declarado indigno sea excluido de la

sucesión”.

### **2.3 Forma de concurrencia**

Efectuada la clasificación que antecede, se debe hacer mención a la forma en que los herederos concurren al llamamiento cuando la sucesión es ab intestato, esto es “sin testamento”; en razón que pueden coexistir varios sucesores a la vez, esto es descendientes, cónyuge, ascendientes y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, los que –como se dijo- son legítimos y pueden concurrir en una misma sucesión o al menos algunas categorías de ellos.

Siguiendo las enseñanzas Herrera y Pellegrini (2015), se puede decir que ni el código civil actual ni el de Vélez, definían expresamente el modo en que se debe suceder, sin embargo el mismo surge del contenido del artículo 2424 y puede sintetizarse de la manera que se expondrá.

No obstante la concurrencia de diversos herederos -sean éstos legítimos o legitimarios-, el primer orden de sucesión y que excluye a los restantes es el de los descendientes del causantes (sea que se trate de hijos matrimoniales o no, adoptivos), los que concurren siempre con el cónyuge supérstite. La existencia de descendientes desplaza a cualquier otro heredero, salvo al cónyuge y opera respecto a este orden el derecho de representación.

Respecto de los descendientes del occiso, si bien ostentan la calidad de legitimarios, no todos concurren simultáneamente al llamamiento, sino que lo hacen en línea recta descendente, teniendo preferencia los de grado de parentesco más próximo, respecto de los más lejanos. Lo anterior, implica que los hijos del causante heredan por derecho propio y partes iguales y con prelación a cualquier otro descendiente de grado más remoto (sin distinción del origen del vínculo, el que puede ser por naturaleza o por adopción plena o

incluso aquellos nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, por la equiparación de los efectos de la filiación). Mientras que los demás descendientes heredan por derecho de representación, sin límite de grado.

Al estar en el primer orden hereditario y ostentar el grado más próximo de parentesco al causante, son los hijos quienes son llamados por la ley para heredar en primer término y lo hacen por derecho propio, ya que su llamamiento es originario y no derivado del derecho de representación.

Simplificando, para el caso que concurriesen a la vez hijos, nietos y otros descendientes, los primeros heredan excluyendo al resto y sólo concurrirán los restantes descendientes a falta de hijos y por derecho de representación de los mismos, esto es “en el lugar” de su ascendiente pre-muerto. Así las cosas, los descendientes que concurren a heredar por representación, lo hacen incluso en el caso que el ascendiente premuerto hubiese sido declarado indigno o hubiese renunciado a la herencia a él deferida y más aún para el caso que el descendiente por representación hubiese renunciado a la herencia de su ascendiente premuerto; no así para el caso que hubiese sido declarado indigno en ésta última.

El derecho de representación, permite la concurrencia de herederos de grados más próximos con otros de grados más lejanos, simultáneamente. Este derecho de representación rige sólo en línea recta descendente sin límite de grados, y en línea colateral para los descendientes del hermano. Esto quiere decir que, el principio en virtud del cual los parientes de grado más próximo excluyen a los de grado más lejano, encuentra una excepción al permitir este derecho, siempre y cuando no haya sido el representante declarado indigno en la sucesión de su “representado”.

Ante la existencia de descendientes y cónyuge supérstite, la herencia se dividirá entre ellos, y desplazarán en su caso a los restantes legítimos si existiesen (ascendientes y colaterales).

Otro de los supuestos contemplados es cuando no hay ni hijos, ni otros descendientes, entonces el derecho a heredar es de los ascendientes sin perjuicio de los derechos declarados al cónyuge supérstite con el que también concurren los ascendientes. Sin embargo a diferencia de lo que ocurre para el caso de los descendientes, en caso de existencia de ascendientes (sean éstos únicos o en concurrencia con el cónyuge) no existe respecto de ellos derecho de representación.

Vale aclarar, a modo sintético, que no existe derecho de representación respecto del cónyuge, como tampoco respecto de los ascendientes del fallecido, Sí en cambio respecto de los descendientes del hermano.

Siguiendo el orden sucesorio referido a los ascendientes, poseen también éstos el carácter de forzosos y su existencia desplaza a cualquier otro sucesor legítimo, sin perjuicio – como ya se dijo- del cónyuge supérstite.

Si sólo existe el cónyuge, hereda únicamente éste, excluyendo a los colaterales y no opera respecto del mismo el derecho de representación, no pudiendo heredar en su lugar ningún otro sucesor, es decir que nadie puede sucederlo en “su nombre”.

Es novedoso el caso contemplado en el artículo 2436 del nuevo código civil y comercial, el que contiene la regulación sucesoria para el caso del matrimonio “in extremis”, disponiendo que:

La sucesión del cónyuge no tiene lugar si el causante muere dentro de los treinta días de contraído el matrimonio a consecuencia de enfermedad existente en el momento de

la celebración, conocida por el supérstite, y de desenlace fatal previsible, excepto que el matrimonio sea precedido de una unión convivencial.<sup>8</sup>

Finalmente, se encuentra el caso en el que no existan al momento de la muerte del causante, ni descendientes, ni ascendientes ni cónyuge del mismo, en cuyo caso, no existirán herederos forzosos o legitimarios, de manera que el difunto podría disponer de todo su patrimonio por testamento, y en ausencia del mismo, la ley llamará a los parientes colaterales del mismo (hasta el cuarto grado), siempre prefiriendo a los de grado más próximo, para suceder. En este supuesto, que es el último escalón de la sucesión legítima, opera el derecho de representación a favor de los descendientes del hermano del causante y sólo hasta el cuarto grado de parentesco en línea colateral con el causante.

#### **2.4 Reformas. Desheredación. Nuera viuda sin hijos.**

Por la relevancia que merecen en este trabajo, se deben mencionar dos importantes reformas que se han sucedido en la redacción del nuevo código civil y comercial, y que se ven traducidas en la derogación de la institución de la desheredación y de la nuera viuda sin hijos como heredera.

El antiguo orden jurídico disponía que el heredero forzoso podía ser privado de la legítima por efecto de la desheredación dispuesta por el causante, en razón de las causales designadas taxativamente.

Tal disposición autorizaba a los ascendiente a apartar de la herencia a sus descendientes, para el caso que concurriese alguna de las siguientes causales, las que someramente se pueden enumerar de la siguiente manera: injurias del hijo contra el padre, atentado contra la vida del ascendiente o bien acusación criminal contra el ascendiente, las

---

<sup>8</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

últimas dos mencionadas también autorizaban al descendiente para desheredar a su ascendiente.

Con respecto a la desheredación: “consiste en la sanción de exclusión de la herencia, limitada solo a los herederos forzosos y dispuesta por el causante en su testamento, por el agravio que aquel le ha inferido...” (Ferrer, 2017, p. 36).

Habiendo efectuado esta somera referencia al instituto derogado y para no sobreabundar, lo que resulta importante aquí señalar es la evaluación que el autor citado hace en el párrafo anterior respecto a la derogación de este instituto y en ese sentido, sostiene que no resulta valioso, dado que a partir de ello, se le impide al causante la posibilidad de excluir a aquél heredero forzoso que lo hubiere ofendido gravemente, considerando que la indignidad sólo puede ser declarada judicialmente y a partir de una demanda efectuada por un sucesor que pretenda desplazar al indigno, definitivamente, se le quita el derecho al de cujus de poder disponer algún tipo de impedimento para que lo suceda aquel legitimario que le hubiese proferido una grave ofensa.

La desheredación constituía una importante herramienta para defender la legítima hereditaria, ya que a través de ella el testador podía excluir de su herencia al sucesor que lo había ofendido en vida y por lo tanto defender así la legítima de los demás coherederos legitimarios, al impedir que los mismos concurriesen con el desheredado. La modificación en este punto es desacertada e injusta.

En lo que respecta a la nuera viuda sin hijos, ésta había sido instituida como heredera en la sucesión de los suegros, por la Ley 17.711 en el antiguo artículo 3576 bis, quien tenía derecho a la cuarta parte de lo que hubiera correspondido a su cónyuge pre muerto (en la sucesión de sus propios padres). El derogado artículo establecía que:

La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubieren correspondido a su esposo en dichas sucesiones. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos de los artículos 3573, 3574 y 3575.<sup>9</sup>

Esta figura, a más de la discordancia doctrinaria acerca de su naturaleza jurídica, trajo aparejada la crítica de los recientes codificadores, quienes apuntaron principalmente a la inconstitucionalidad de tal institución, Herrera y Pellegrini (2015, p. 88-89), citan un fallo de la Cámara Nacional Civil y Comercial:

En efecto, la norma sólo contemplaba el supuesto de nuera viuda, pero no al yerno viudo. La evidente desigualdad entre hombres y mujeres, carecía de un fundamento objetivo y razonado, contrario al principio de igualdad y no discriminación (art. 16 de la Constitución Nacional y tratados de derechos humanos incorporados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). Máxime luego del dictado de la Ley 26618, que modificó al derogado Código Civil y receptó el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Resultaba necesaria la derogación de tan discriminatoria figura, basada fundamentalmente en razones de solidaridad familiar ante la vulnerable situación de desamparo económico en el que se encontraba la mujer viuda sin hijos, pero que era totalmente discriminatorio y objeto muchas veces de innumerables problemas interpretativos, ya que la norma no exigía para su concurrencia que la mujer se hallase en situación de indigencia o de imposibilidad de proveerse los medios necesarios para su subsistencia. Su

---

<sup>9</sup> Ley N° 340 del Código Civil. Boletín Oficial de la República Argentina, 29 de septiembre de 1869.

eliminación es absolutamente positiva y uniforme a los principios de igualdad que propugnan las más altas fuentes de nuestro derecho positivo actual.

### **2.5 Cálculo de la Legítima en el Código Civil y Comercial de la Nación**

En este apartado, cuyo principal eje es el análisis del “quantum” de la legítima para cada heredero forzoso, como institución imperativa del derecho sucesorio, se verán las últimas reformas introducidas en el nuevo código civil comercial de la nación, que han reducido el monto de las cuotas legítimas y que de algún modo configuran una importante receptación de los nuevos devenires sociales. Por tal motivo, se estudiará, el cálculo de las referidas porciones, las que –por supuesto- sólo adquieren relevancia para el caso de la existencia de herederos legitimarios o forzosos, puesto que, de otro modo, el difunto podría disponer de la totalidad de su patrimonio.

En consecuencia, cobra interés precisar cómo se divide la herencia en caso de concurrencia de distintos legitimarios ya que no todos ellos lo hacen en el mismo monto.

Se debe comenzar por recordar que lo relativo a tan trascendente tema se encuentra regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación a partir del artículo 2444. El artículo 2445 dice:

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.<sup>10</sup>

Este artículo, contiene varias partes esenciales para este trabajo, ya que define la porción legítima de los forzosos, como la forma en que debe deducirse tal porción del patrimonio del causante tanto en su cálculo global como individual.

Este punto, comporta uno de los principales pilares del derecho sucesorio, puesto que a partir del cómputo de la legítima, se podrá determinar el residual, que podrá ser dispuesto libremente por el causante.

A prima facie, la masa de legítima, indisponible e inviolable por el causante, se integra por el valor de los bienes que componen la herencia, menos las deudas contraídas por el causante, y más el valor de las donaciones colacionables y reducibles. A continuación se detallarán los conceptos referidos a cada una de estas operaciones.

Conforme las enseñanzas de las Dras. Herrera y Pellegrini (2015), el artículo referido contiene tres pasos claros y delimitados para efectuar el cálculo de la legítima global. Así enumera como primera operación la “determinación del valor bruto de la herencia”, en este primer momento se debe sumar el valor de todos los bienes inmuebles, los créditos, derechos y demás, que permitan reconstruir el patrimonio completo del causante y así definir el monto bruto del mismo a efectos del cómputo de la legítima total o global. En este primer escalón del procedimiento, en que se determina el conjunto de activos que concurren a formar la masa hereditaria, la valuación deberá hacerse conforme surja del inventario o avalúo (art. 2342) o bien en consideración a la última parte del artículo 2343, que determina que “el valor de los bienes se debe fijar a la época más próxima posible al acto de partición”. En este punto, sostienen:

---

<sup>10</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

...es necesario diferenciar claramente este cálculo de aquel que corresponderá efectuar al momento de la partición, operación que concretiza las legítimas individuales de los herederos forzosos y que provoca la adquisición de los bienes individualmente considerados, finalizando con la comunidad hereditaria generada sobre la universalidad transmitida (Herrera y Pellegrini, 2015, p. 382).

Superado este primer escalón, y continuando con las mismas autoras, se debe proceder al segundo paso, para la determinación final del monto de la legítima, y es el de “Deducción del pasivo de la herencia”. Como manifiestan Herrera y Pellegrini (2015), aquí, es donde deberán deducirse todas las deudas que tenía el causante y agrega que respecto a este punto, aún hoy persisten divergencias doctrinarias en lo que respecta a la inclusión de las cargas de la sucesión dentro del monto a deducir del total del activo. Luego de hacer un detenido análisis, las autoras consideran que esta cuestión parece haberse zanjado con lo dispuesto por el propio artículo 2445, el que sostiene que “...dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante...” (El subrayado es propio); por lo que sólo deberían incluirse como deducibles del activo hereditario las deudas contraídas en vida por el causante y no las originadas posteriormente.

Finalmente, nos encontramos con el tercer y último paso para llegar a la determinación final de la porción indisponible por el causante que consiste en el “Cómputo de donaciones”. Según el artículo antes referido, al valor líquido del activo hereditario se debe adicionar el valor de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición, pero según el estado del bien a la época de la donación. Respecto a esto, ejemplifican:

...si luego de la donación, el donatario le introdujo mejoras que incrementaron su valor, se tendrá en cuenta el estado del bien al momento en que lo recibió por donación, sin las mejoras introducidas, pero a los valores de la época de la partición (Herrera y Pellegrini, 2015, p. 385).

En cuanto a las donaciones, vale la pena aclarar que se refiere tanto a las colacionables como a las reducibles. Las primeras son aquellas que podrían ser objeto de acción de colación, mientras que las segundas son realizadas a terceros y pasibles de la acción de reducción.

Una vez realizadas las operaciones antedichas, al monto resultante se le deberá aplicar el porcentaje que corresponda, dependiendo de la existencia de legitimarios, esto es,  $\frac{2}{3}$  si sólo existen descendientes y  $\frac{1}{2}$  si sólo concurren ascendientes o el cónyuge supérstite, y así quedará configurada definitivamente la masa de legítima.

El monto relativo a la legítima fue uno de los cambios importantes que establece el nuevo Código, al reducir el monto que por ley corresponde a los herederos del fallecido, sea éste con testamento o sin testamento.

Resulta interesante el análisis que hace Lo Prete (2012) quien sostiene que con las atinadas reducciones que experimentaron las porciones legítimas, el sistema es sumamente valioso y de ningún modo vulnera los derechos constitucionales que le asisten al testador. Los deberes de solidaridad familiar permiten entender el acierto de mantener vigente esta institución.

Determinada la masa de legítima global, distribuible únicamente entre los legitimarios, se deberá computar ahora la porción de cada uno de los herederos forzosos. Para el cómputo individual de la porción legítima se debe recurrir al último párrafo del artículo 2445 y al artículo 2446 del C.C.C.N.

Al respecto, determina que en cuanto a las donaciones computables, se deben considerar sólo las efectuadas a los descendientes a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento o en su caso al nacimiento del ascendiente que representa y para el caso del cónyuge, sólo las realizadas después del matrimonio. Las donaciones realizadas a los ascendientes, no son colacionables, conforme lo determina el artículo 2385 del C.C.C.N.

El artículo 2446 del C.C.C.N establece que para el caso de concurrencia únicamente de descendientes o ascendientes, la porción disponible, que podrá ser libremente distribuida por el causante, se calculará según las respectivas legítimas; mientras que para el caso en que concurra el cónyuge con los descendientes, la porción de la cual podrá disponer el testador se calcula sobre la legítima mayor. De manera que para el caso que hubiere sólo descendientes, el occiso podría disponer sólo de un tercio (1/3) de su patrimonio, mientras que si sólo concurriesen ascendientes, su porción se aumenta a la mitad (1/2) de la herencia. En este caso, no hay mayores problemas, ya que al concurrir legitimarios del mismo orden, no hay conflicto de legítimas y por lo tanto, el excedente, luego de calculada la legítima global, será la porción libremente disponible.

Ahora bien, en caso de concurrencia de descendientes por representación, el artículo 2428 del C.C.C.N, lo resuelve diciendo que:

...la sucesión se divide por 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.<sup>11</sup>

Este artículo repite lo dispuesto por el Código derogado, aunque con mayor claridad

---

<sup>11</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

que aquél. A través de la representación, es posible que la herencia debe dividirse entre descendientes de distinto grado simultáneamente, en cuyo caso la stirpe hace referencia “al representado”, como si el mismo estuviera presente en la sucesión. Ejemplificando: si una persona tiene tres hijos, uno de los cuales falleció, podrán concurrir los hijos de éste último en la herencia de su abuelo en concurrencia con sus dos tíos. En tal caso, la porción legítima global se dividirá en tres (como si el hijo prefallecido concurriese) y luego esa porción correspondiente al premuerto, se dividirá a su vez en partes iguales por cabeza de cada uno de los nietos representantes.

Conforme enseña Azpiri (2015), para el caso de concurrencia del cónyuge con los descendientes, en razón que cada uno de estos órdenes hereditarios poseen diferentes legítimas, la porción libremente disponible deberá calcularse teniendo en cuenta la legítima mayor, por lo que en este caso será de un tercio. En este caso la solución legal, es que la legítima mayor absorba a la menor, puesto que no pueden sumarse ambas legítimas, sin afectar el derecho del causante de disponer de parte de su patrimonio.

Esto representa una modificación significativa, al disminuir las legítimas hereditarias, y permitir que el causante tenga una mayor potestad, cuantitativamente entendida, al poder disponer libremente de su patrimonio, en un 33,33% cuando tiene hijos, y de un 50% cuando tiene ascendientes o cónyuge.

## **2.6 Casos especiales. Adopción simple. Comunidad de bienes.**

Resta considerar los casos especiales que regula el nuevo código en cuanto implican una suerte de excepción o variante al principio dispuesto por el artículo 2425 del C.C.C.N, que dispone que no se deberá atender a la naturaleza ni al origen de los bienes que componen la herencia en las sucesiones intestadas, salvo disposición legal expresa en contrario.

A los efectos de este trabajo, resulta pertinente hacer referencia a esta disposición

legal, ya que viene a consolidar una discriminación en el origen de los bienes para el caso del fallecimiento de una persona sometida al régimen de comunidad de bienes, como así mismo en los casos de la adopción simple.

Primeramente se hará mención al parentesco por adopción, regulado por el artículo 2432 del C.C.C.N, el que equipara a los adoptantes en su calidad de ascendientes, sean éstos, por adopción simple o plena. La norma regula el supuesto en que el adoptado simple fallezca sin dejar descendientes que lo hereden, en cuyo caso, la ley llama a suceder a los adoptantes, quienes excluyen a los padres biológicos. Sin perjuicio de ello, la disposición legal comentada, hace una discriminación en cuanto al origen de los bienes que concurren a formar la masa hereditaria, en la que distingue los adquiridos por el adoptado a título gratuito. Para dirimir esta cuestión, se establece respecto de tales bienes, que si hubieran sido recibidos por su familia de adopción, no podrá su familia de origen heredarlos y a la inversa, esto es, cuando los bienes transmitidos a título gratuito fueren de su familia de sangre, no podrán ser heredados por los adoptantes.

Otro supuesto de excepción al referido principio está establecido en los artículos 2433 y 2434 del Código Civil y Comercial de la Nación, los cuales refiriéndose a la sucesión del cónyuge, disponen respectivamente: “Concurrencia con descendientes. Si heredan los descendientes, el cónyuge tiene en el acervo hereditario, la misma parte que un hijo. En todos los casos en que el viudo o viuda es llamado en concurrencia con descendientes, el cónyuge supérstite no tiene parte alguna en la división de bienes gananciales que corresponden al cónyuge prefallecido”; “Concurrencia con ascendientes. Si heredan los ascendientes, al cónyuge le corresponde la mitad de la herencia”.

Al referirnos a estos supuestos, se advierte claramente como el codificador, distingue el origen de los bienes del causante. Anteriormente, estaba regulado en los artículos 3570 y 3576 del derogado Código Civil. Dicho régimen, ha sido mantenido con la reforma, ya que el

cónyuge, cuando concurre con los descendientes se cuenta como un hijo mas, dividiéndose los bienes propios entre todos ellos, mientras que al disolver la muerte de uno de los cónyuges el régimen de comunidad de bienes, los gananciales se dividen en mitades, una para el sobreviviente y la otra se divide entre los descendientes del occiso.

En el segundo de los supuestos, en caso de concurrir el cónyuge con los ascendientes del fallecido, los bienes propios y los gananciales que le correspondían al fallecido forman una sola masa, la cual se divide por mitades y se le asigna una de ellas al cónyuge y la otra a los ascendientes.

### **Conclusiones parciales**

En este capítulo se hizo hincapié al modo en que la institución ha sido receptada en el plexo normativo vigente de tal modo se reparó en la clasificación de los sucesores.

En este punto, resulta importante señalar que con relación a los herederos legítimos, es decir, aquellos que son llamados por la ley a suceder al causante, ya sea porque no se otorgó testamento o el mismo dispone de una parte del patrimonio, es llamativa la exclusión que el legislador hizo respecto al conviviente, dado que si bien el Código Civil y Comercial de la Nación efectuó un importante reconocimiento a la unión convivencial, en materia sucesoria, no le otorgó derechos a los convivientes.

Otro de los temas que se abordó es la derogación de dos institutos dentro de la legítima hereditaria, como son la desheredación y el derecho que se le otorgaba a la nuera viuda sin hijos para concurrir a la sucesión de los suegros. En cuanto al primero de los casos, esto es la desheredación, se entiende como un error quitar esta facultad que anteriormente tenía el causante de poder sancionar a aquel heredero que le hubiere proferido una grave ofensa, no sólo por que restringe una facultad absolutamente justificada del causante de decidir la exclusión del heredero que lo ofendió, sino también porque afecta y perjudica la

legítima de los coherederos que concurrirían con el desheredado. Distinta es la reflexión que se hace con relación a la otra modificación, es decir, no otorgarle derechos a la nuera viuda sin hijos respecto a los bienes que componen la herencia de sus suegros, ya que, en este caso, el principio constitucional de la igualdad, se encuentra evidentemente vulnerado, en razón de que no se contemplaba la situación del yerno viudo sin hijos.

Se hizo, además, mención a aquellos casos que son la excepción a la regla establecida por el artículo 2425 del Código, el que dispone que no se deba atender ni a la naturaleza ni al origen de los bienes que componen la herencia.

Para finalizar, se debe destacar que si bien el Código Civil y Comercial de la Nación adecuó el instituto a la nueva realidad, social, cultural y económica, éste no perdió vigencia como instrumento protector de la familia.

## **CAPÍTULO 3: LA LEGÍTIMA HEREDITARIA. PROTECCIÓN**

### **3.1 Introducción**

Este tercer capítulo se centrará en las herramientas que el ordenamiento jurídico le otorga a los legitimarios para proteger su porción legítima, de ese modo, se analizará el principio de inviolabilidad de esa porción, se estudiarán las acciones, tanto las de complemento y reducción, las cuales se encuentran interrelacionadas, como así también la acción de entrega, la definición y naturaleza jurídica de éstas. Para finalizar, se presentarán las conclusiones parciales de la temática estudiada.

### **3.2 Inviolabilidad de la legítima**

En este punto, cobran importancia las disposiciones testamentarias que pudiere haber realizado el difunto, como así mismo cualquier otra disposición título gratuito efectuada en vida del mismo, y que afecta o menoscaba la cuota legítima de los forzosos. Esto último por cuanto el llamamiento efectuado por la ley para los herederos forzosos, es imperativo y obligatorio para el causante, quien bajo ninguna circunstancia podría afectar los derechos de los legitimarios, habiéndose eliminado la posibilidad de desheredarlos.

Al comenzar a hablar sobre la protección de la porción legítima, es necesario referirnos a la protección genérica que establece el artículo 2447 del C.C.C.N, el que dice: “El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, se tienen por no escritas”.<sup>12</sup>

El antiguo artículo 3598 del derogado Código Civil, contenía el mismo concepto, con el fin de impedir que la legítima pudiese ser menguada por el testador al imponer gravámenes o sujetarla a condicionamientos, en cuyo casos tales disposiciones se las tiene por no escritas.

En esta primera instancia, se pretende resguardar de forma general la misma,

---

<sup>12</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

prohibiendo las disposiciones testamentarias, realizadas por el mismo causante que tengan por objeto infringir la cuota legítima de los herederos legitimarios.

De la redacción del artículo en cuestión se puede advertir sin mayor esfuerzo que todo gravamen o condición impuesta a la legítima la afecta y por tanto serán consideradas inválidas.

Esta disposición también debe ser integrada con el artículo 2449, que estatuye: “Es irrenunciable la porción legítima de una sucesión aún no abierta”.<sup>13</sup>

Haciendo referencia a esta disposición dice Azpiri (2015) que no existe restricción para efectuar la renuncia de la herencia con posterioridad a la muerte del causante, ahora bien, es totalmente inválida aquella que se realiza antes del fallecimiento de aquél.

De manera que una vez fallecido el causante, no existe óbice alguno para que el heredero renuncie o acepte la herencia a él deferida.

El último artículo citado participa del principio general según el cual se prohíbe aceptar o renunciar herencias futuras, receptado también por el ordenamiento jurídico en su artículo 2286.

Sin perjuicio de ambos artículos, la última reforma receptó la posibilidad de realizar pactos sobre herencia futura para los casos previstos.

### **3.3 Acción de Reducción y Complemento**

#### **3.3.1 Definición y Concepto:**

En razón de lo mencionado, es posible que el heredero que vea perjudicado sus derechos, adopte las acciones protectoras y de resguardo de las porciones legítimas, tendientes a garantizar su derecho a esta porción de imperativo resguardo legal, como ya me

---

<sup>13</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

he referido en innumerables oportunidades a lo largo de este trabajo. Estas acciones, son mecanismos para la tutela directa o indirecta de la legítima concebida como una institución fundante y de orden público del derecho sucesorio.

El C.C.C.N establece en sus artículos 2451 y 2452 respectivamente, la acción de complemento y la de Reducción de las disposiciones testamentarias y reza del siguiente modo: “El legitimario a quien el testador le ha dejado, por cualquier título, menos de su porción legítima, sólo puede pedir su complemento”; y “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 2358”.<sup>14</sup>

De acuerdo con lo que sostiene Zannoni (2003), tanto la acción de complemento como la de reducción se identifican e interrelacionan recíproca y sustancialmente, aludiendo la primera a la integración de la cuota legítima del heredero forzoso, mientras que la segunda se refiere al modo en que deberán realizarse las reducciones de los legados o donaciones, hasta “complementar” la parte faltante del legitimario.

En razón de lo referido por el reconocida jurista mencionado, estudiaremos en conjunto ambas acciones, integrándolas en razón de la estrechez que las vincula.

No menos importante es hacer una salvedad que indican, en este caso Herrera y Pellegrini (2015), cual es la de no incluir como acción de protección de la legítima a la colación, dado que esta tiene por finalidad el mantenimiento de la igualdad entre los legitimarios, en virtud que la ley no considera a ninguno mejor que otro y por ello todos deben recibir la misma porción de la herencia.

Regresando a las acciones que se abordarán, la doctrina ha determinado que la

---

<sup>14</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

primera de ellas, esto es, la acción de reducción, se constituye como el procedimiento predilecto al cual acuden los herederos forzosos, a fin de que le sean resguardados sus intereses, manifestados a través de la porción de legítima.

Se la define como: “(...) el derecho que tiene un heredero forzoso para atacar los legados hechos por el causante en su testamento o las donaciones hechas en vida por el mismo, en la medida en que excedan la porción disponible”(Azpiri, 1991, p.308).

Se considera que la acción de reducción funciona simultáneamente como acción de complemento al decir que:

...tiene por finalidad reducir actos o disposiciones del causante que implican afectaciones a la legítima, en un orden legal establecido (en primer término, los legados; y en segundo lugar, las donaciones). En otras palabras, solicitar (no opera de pleno derecho) que se reduzcan las disposiciones testamentarias o donaciones que transgredieron la legítima implica, a la vez, que se reduzcan para que se complete lo que falta hasta cumplir o respetar la porción legítima que la ley acuerda o garantiza... (Herrera y Pellegrini, 2015, p.388-389).

El Código Civil y Comercial de la Nación, establece en su artículo 2453:

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.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

Al conjugar las disposiciones contenidas en cada uno de los artículos referenciados, se puede decir, que la acción de reducción de disposiciones testamentarias, constituye un derecho o facultad fundamental que la ley otorga al heredero forzoso, a efectos de atacar la institución de herederos de cuota o los legados efectuados por vía testamentaria por el causante, cuando tal disposición afecte o vulnere la legítima reconocida imperativamente por el derecho para el heredero afectado.

De este modo el derecho dispone que en tales casos, sólo podrá requerirse el complemento, de lo que resta para completar la porción legítima que le corresponde al legitimario, e incluso podrá acudir a la reducción de las donaciones hechas por el causante cuando la reducción de las instituciones de herederos de cuota o legados no fuere suficiente para satisfacer la porción obligada por ley.

Conforme expresan Herrera y Pellegrini (2015), no es necesario acudir a la acción de reducción sí, no cumpliendo con los legados, la porción legítima no sufre ningún menoscabo.

Se puede notar cómo el codificador ha previsto la posibilidad que el propio causante, pretendiese menoscabar los derechos de sus sucesores forzosos, a través de disposiciones testamentarias o de donaciones realizadas en vida, superando el límite de disponibilidad patrimonial para después de su muerte. Esto es, que el causante, con el afán o no de disminuir las porciones legítimas se ha excedido en sus disposiciones patrimoniales del excedente disponible permitido por ley para el caso de la existencias de herederos legitimarios (por testamento o por disposiciones a título gratuito).

Por supuesto, estas acciones tienen como límite impuesto por ley, la concurrencia del monto de la porción legítima para cada caso. De manera que no resulta ocioso para el heredero solicitarla en cualquier caso y por cualquier monto, sino en tanto y en cuanto sea

indispensable para completar su cuota legítima y siempre hasta el monto de la misma, sin poder superarlo, pues de otro modo, se estarían afectando los derechos de propiedad de los terceros beneficiados con las disposiciones testamentarias y las donaciones, como así también el derecho de libre disponibilidad del occiso para con su patrimonio.

En este sentido, para que sea procedente la acción de reducción es preciso establecer primeramente el cálculo de la legítima, determinando el quantum o monto que corresponde a ésta, cuyo excedente será de libre disponibilidad para el causante, y verificar si en el caso concreto, la disposición patrimonial efectuada por el causante ha afectado tal porción, acreditándose así el derecho o interés legítimo del actor y legitimándose su pretensión. De manera que no puede determinarse en abstracto.

Es de importancia el análisis que Ferrer (2017) hace con relación al art. 2386, donde señala que si el acto a título gratuito que el causante otorgue a favor de un descendiente o el cónyuge excede la porción disponible de tal modo que menoscabe la porción legítima de los coherederos, es susceptible a reducción por la suma excedida.

### **3.3.2 Naturaleza Jurídica**

En cuanto a la naturaleza jurídica o esencia de la misma, ha dado lugar a divergencias doctrinarias, ya que no existe una norma que determine expresamente su carácter y por tanto, las posturas mayoritarias se dividen entre quienes sostienen que se trata de una acción personal y quienes consideran que se trata de una acción real y por lo tanto con efectos reivindicatorios para obtener la cosa de quien la tuviere en su poder.

Existen también posiciones intermedias, que consideran a esta acción de carácter personal con efectos reipersecutorios:

...parece más adecuado, en mi opinión, sostener como lo hace Borda que se trata de

una acción personal que tiene efectos reipersecutorios; si no es posible el reintegro del bien puede ser satisfecha la pretensión del heredero forzoso con el pago del valor faltante para completar su legítima (Azpiri, 1991, p. 310).

El actual artículo 2458 del C.C.C.N establece que: “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”.<sup>16</sup>

Es importante poner en relieve el comentario que en el Código Civil y Comercial de la Nación se hace respecto a la acción de reducción:

Se le confiere a la acción de reducción el carácter reipersecutorio, pero éste resulta atenuado. Cuando se ha donado un bien registrable ha quedado asentado en su título de adquisición que se trata de un acto gratuito y por ello el donatario y el tercer subadquirente conocen que la misma puede resultar inoficiosa por superar la porción disponible, carácter que se encuentra establecido en el art. 1565. Por ello, el legitimario puede procurar el reintegro del bien donado. Sin embargo, este efecto reipersecutorio aparece atenuado, ya que se le reconoce el derecho a quien tenga el bien en su poder a desinteresar al legitimario entregando el dinero suficiente para integrar la cuota de legítima.<sup>17</sup>

Siguiendo a Herrera y Pellegrini (2015) la doctrina mayoritaria en la actualidad tiende a otorgar a la acción de reducción efectos reipersecutorios, puesto que se concede al heredero forzoso contra cualquier donatario, sea o no heredero forzoso e incluso subadquirentes, a

---

<sup>16</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

<sup>17</sup> Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado. Pág. 583. Dirigido por A. J. Bueres. 1ra Ed. 3ra reimpr. Ed. Hammurabi. 2015. Buenos Aires. Argentina.

efectos de disminuir las donaciones inoficiosas que excedan la porción disponible del causante menoscabando la legítima de algún legitimario. En tal sentido, considera a la acción de reducción con efectos reipersecutorios pero morigerados, sin perjuicio de los múltiples inconvenientes que trae aparejado en el mundo del tráfico jurídico, sobre todo inmobiliario.

### **3.3.3 Generalidades**

Luego del análisis conceptual efectuado, resta considerar los distintos aspectos para el ejercicio de las acciones referidas.

En primer lugar diremos que esta acción podrá ser entablada únicamente por los herederos forzosos o legitimarios, es decir aquellos a quien la ley llama a recibir la porción legítima, de la cual no pueden ser privados, como se vio más arriba. Esta verdad de perogrullo no merece mayores análisis, puesto que ya se ha remarcado que las acciones protectoras tiene por objeto la intangibilidad o bien la recuperación de las partes necesarias para completar la porción legalmente dispuesta para los herederos forzosos. Por supuesto, pueden entablarla los acreedores de los mismos por vía de la acción oblicua o subrogatoria.

Según explican Herrera y Pellegrini (2015) la calidad de heredero forzoso debe ser tal al momento de efectuada la donación inoficiosa por el causante y conservarse tal carácter al momento de la apertura de la sucesión, no será procedente este remedio jurídico para el caso de donaciones efectuadas antes de los trescientos días anteriores a la concepción del hijo o bien las efectuadas antes de contraer nupcias. Lo anterior por cuanto la calidad de legitimario se adquiere recién a partir de los 300 días anteriores al nacimiento o bien luego de celebrado el matrimonio, por lo que es a partir de tales momentos que el heredero adquirirá la calidad de forzoso en la sucesión de su ascendiente o de su cónyuge y no antes.

Serán legitimados pasivos de esta acción los herederos de cuota o legatarios instituidos tales por testamento del causante o bien los donatarios o terceros subadquirentes.

Sin embargo la acción de reducción no podrá ejercerse en cualquier tiempo, sino que deberá estarse a los plazos previstos por el ordenamiento jurídico. El artículo 2560 del C.C.C.N concibe un plazo de prescripción genérico de cinco años, al que deberá estar el heredero forzoso; plazo que comenzará a computarse a partir de la muerte del causante, y una vez transcurrido el mismo la acción no podrá ser interpuesta válidamente.

Por otro lado, pero dentro de las normas atinentes a la acción de reducción, nos encontramos con el artículo 2459 C.C.C.N que prescribe que la acción de reducción no será procedente ni contra el donatario ni contra el subadquirente cuando éstos han poseído la cosa donada durante el plazo de 10 años desde que entraron en posesión de la misma. Se establece así, un plazo de prescripción adquisitiva a favor de quien adquirió a título gratuito el bien objeto de reducción.

Del modo expuesto, se pueden vislumbrar dos plazos diferentes que deberán ser debidamente armonizados a la hora de entablar la acción protectora de la legítima.

La prescripción adquisitiva podrá ser interpuesta por el donatario como excepción a la procedencia de la acción de reducción, impidiendo así que la misma opere.

Una vez admitida la acción de reducción, el orden en que deberá efectuarse la misma viene dispuesta por el nuevo código, en tanto dispone un orden de prioridad, en cuyo primer puesto se encuentra la reducción de la institución de herederos de cuota, cuando ésta no fuere suficiente para completar el faltante de legítima, en segundo lugar se deberán reducir los legados que hubiesen excedido el límite de la porción disponible por el causante. Finalmente para el caso que no alcanzaren las reducciones anteriores para completar e integrar las legítimas afectadas, deberá recurrirse a las donaciones (iniciándose por las de fechas más recientes y luego las de fecha más antigua). Si existiese más de una donación efectuadas en la misma, éstas deberán reducirse simultáneamente pero a prorrata.

En cuanto a la forma de llevar a cabo las mencionadas reducciones, cabe hacer una aclaración, para ello es importante remitirse textualmente a las claras explicaciones del Dr. Azpiri (2015, p. 260):

Si se deben reducir las instituciones de herederos de cuota o los legados, el legitimario demandará la reducción, o bien, la opondrá frente al pedido de entrega de la cuota que realice el instituido o del legado que efectúe el legatario. En estos supuestos no habrá existido el traspaso del bien y por ello la reducción se concreta con el no cumplimiento de la institución de heredero de cuota o la no entrega del legado inoficioso.

Ahora bien, cuando a través de la reducción testamentaria no se hubiere alcanzado a cubrir las legítimas insatisfechas, se deberá recurrir –como se explicó antes- a las donaciones, cuyos efectos se encuentran regulados en el artículo 2454, el que dispone:

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 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.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

Seguendo con el referido autor Azpiri (2015), éste entiende que el artículo anterior debe ser interpretado atendiendo a la divisibilidad o indivisibilidad del bien donado, ya que en caso de ser divisible el legitimario deberá recibir la parte del bien que fuere necesario para completar su porción legítima mientras que la parte restante podrá ser conservada por el donatario o tercero subadquirente. No así cuando el objeto de la donación se tratase de un objeto indivisible en cuyo caso el mismo quedará en poder de quien tenga derecho a la mayor porción de tal objeto, y surgirá en consecuencia un crédito a favor de la otra parte hasta el valor de su derecho.

Las restantes partes del artículo no ofrecen mayor necesidad de análisis, al permitir al donatario o tercero adquirente la compensación en dinero al legitimario para evitar así la resolución de la donación solicitada. Al respecto ha dicho Posca (2016, p.22) “La solución supera a la legislación originaria y resuelve planteos prácticos. También facilita obviar la resolución y la restitución en especie”.

### **3.4 Acción de entrega de la legítima**

La acción de entrega de la legítima, o de preterición como era referida por el artículo 3715 del anterior Código Civil, se encuentra expresamente regulada actualmente en el artículo 2450 del C.C.C.N. Este artículo otorga al legitimario preterido una acción para que se le entregue su porción legítima a título de heredero de cuota, como asimismo cuando el causante no ha dejado bienes pero ha efectuado donaciones.

La preterición se produce cuando el testador ha omitido en su testamento a un heredero forzoso e instituido a otro, ya sea omitiendo al primero de manera intencional (cuando el testador no menciona al legitimario conociendo su existencia y su relación de parentesco) o errónea o involuntaria (cuando se ignora la existencia del legitimario o bien su condición de tal).

La omisión de la consignación del heredero forzoso, no invalida ni anula el testamento respecto de aquel que hubiere sido instituido en el mismo, sin perjuicio del derecho del primero de exigir en calidad de heredero de cuota su porción legítima, reduciéndose en consecuencia la del instituido hasta satisfacer aquella. Al respecto dice Ferrer (2017, p. 58):

La circunstancia de que el testador en su testamento haya instituido heredero omitiendo al heredero forzoso, no significa cambiarle a éste la naturaleza de su título, y privarlo injustificadamente del derecho de acrecer o vocación a la universalidad. En rigor técnico, reclamará su legítima en calidad de heredero universal legitimario, y quien debería quedar en calidad de heredero de cuota es el instituido, reducido a la porción disponible. El heredero forzoso siempre debería conservar su calidad de tal, y su derecho de acrecer. Se lesiona su derecho hereditario protegido constitucionalmente.

### **Conclusiones parciales**

A lo largo del estudio y análisis del presente capítulo, se puede observar cómo el instituto de la legítima hereditaria, sigue sosteniendo la firmeza que tuvo desde sus orígenes.

Esta fortaleza intrínseca que conlleva, se direcciona a la protección de la misma contra cualquier acto tendiente a menoscabarla o disminuirla, incluso proveniente del propio causante, por cuanto se acentúa su carácter de orden público, el que prevalece aún en contra de la voluntad del testador.

Como se ha señalado, las acciones, tanto la de reducción y complemento -las cuales se encuentran íntimamente relacionadas-, como así también la de entrega, son instrumentos que el ordenamiento jurídico le otorga a los legitimarios, de las cuales pueden valerse para poder

reclamar ante la vulneración de la porción legítima que les correspondiera.

El principal fundamento de tan férrea protección, sigue reconociendo sus orígenes en el resguardo del interés familiar.

## **CAPÍTULO 4: LA LEGÍTIMA Y LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD**

### **4.1 Introducción**

En este último capítulo se estudiará lo relacionado con la autonomía de la voluntad del causante y la institución de la legítima como límite de aquella. Así se contrastará por un lado la libertad que el causante tiene a partir del reconocimiento de su derecho a testar con el instituto de orden público caracterizado, en este caso, por la legítima hereditaria. Resulta importante también señalar que, se analizaran herramientas jurídicas que el Código Civil y Comercial ha previsto para otorgarle al causante de la sucesión prerrogativas con el fin de ampliar su libertad al momento de decidir el destino de sus bienes para luego de su muerte así es que se abordará la mejora para el heredero con discapacidad, el fideicomiso testamentario y la indivisión forzosa. Para dar por finalizado el presente, se postularan las conclusiones parciales.

### **4.2 Derecho de Testar**

Imprescindible es saber que el causante puede realizar disposiciones testamentarias y conocer cuál es el alcance de las mismas en su relación con la legítima. El derecho del occiso de testar, esto es, de efectuar disposiciones para que sean cumplidas después de su muerte representa el ejercicio de su más plena libertad, de la autonomía de su voluntad, pero como se ha resaltado, no es una libertad absoluta ni ilimitada, sino por el contrario limitada tanto cuantitativa como cualitativamente.

Este derecho, se encuentra expresamente reconocido por el Código Civil y Comercial de la Nación, en el artículo 2462 que reitera con algunas modificaciones el artículo 3606 del anterior Código Civil. El referido artículo dice:

Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su

muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales.<sup>19</sup>

Se mantiene el concepto anterior, en virtud del cual el testamento constituye un acto para disponer de los bienes para después de la muerte, estableciéndose de manera expresa en la norma citada el límite respecto de las porciones legítimas, como así también incluyendo la posibilidad de efectuar por medio de tal acto disposiciones de carácter extrapatrimonial.

A efectos de definir integral y acabadamente el derecho de testar, se debe analizar la disposición antes transcrita conjuntamente con la del artículo 2465, que alude específicamente a la facultad de testar; ésta última disposición establece: “Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, y bastarse a sí mismas. La facultad de testar es indelegable. Las disposiciones testamentarias no pueden dejarse al arbitrio de un tercero”.<sup>20</sup>

Zannoni (2003, p. 537) lo define como: “acto escrito celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte”.

De las conceptualizaciones referidas, se pueden extraer los principales caracteres de los testamentos, cuyo primer y principal característica es la de ser un acto jurídico personalísimo unilateral. El artículo 2463 del C.C.C.N remite a las disposiciones de los actos jurídicos para regular lo relativo a los testamentos, en todo aquello que no esté alterado por el régimen específico de las sucesiones testamentarias; de lo cual se deriva sin más, que los testamentos poseen los caracteres de los actos jurídicos en general, es decir, deben ser

---

<sup>19</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

<sup>20</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

voluntarios, lícitos y cuya finalidad es la creación, modificación, extinción o transmisión de derechos.

El testamento no puede ser otorgado por medio de representante o delegarse tal facultad en otra persona, es un acto que debe provenir directamente del causante, razón por la cual se establece la prohibición de ser otorgados por menores de edad al momento del otorgamiento del acto. El nuevo código es claro al establecer que la facultad de testar es indelegable y tampoco puede ser dejada al arbitrio de un tercero, no se puede testar por mandatario.

Es de carácter unilateral, en la medida que no requiere de la concurrencia de la voluntad o consenso ninguna otra persona para su perfeccionamiento, sin perjuicio del posterior derecho de los herederos o legatarios de renunciar a las disposiciones contenidas en el mismo, una vez que el testamento cobra virtualidad, lo que sólo se producirá después de la muerte del causante.

La disposición es clara al decir que las disposiciones contenidas en el testamento deben bastarse a sí mismas, esto impide la posibilidad de remitir a otra documentación para integrar o completar el testamento otorgado. Esta característica refiere a la especialidad del testamento, esto es que debe ser autónomo. En relación a esto, dice Azpiri (1991, p. 324):

...las disposiciones de última voluntad no deben necesariamente hacerse en un solo testamento, ya que el causante puede haberlas instrumentado en varios escritos; lo importante es que cada uno de ellos tenga la forma de testamento y contenga disposiciones específicas.

Entre los caracteres de los testamentos, se caracteriza por ser un acto escrito y solemne, por cuanto no se admiten en nuestro derecho los testamentos orales o verbales, en

atención a la inseguridad jurídica, por la falta de certeza que llevaría aparejada la realización de palabra de un instrumento de tan trascendente naturaleza. Asimismo, debe ser realizado conforme a las formalidades establecidas para cada caso, si bien no es objeto del presente estudio analizar los distintos tipos de testamento, diremos que las formalidades prescriptas por la ley son solmenes, de manera que el incumplimiento de las mismas conlleva la nulidad del acto jurídico.

Como último carácter, se dirá que el testamento es un acto esencialmente revocable. Al constituir una disposición de última voluntad, el testador podrá modificarla e incluso dejarlo sin efecto en cualquier momento, sin que pueda obligarse a sí mismo bajo ninguna circunstancia a la irrevocabilidad de tal acto.

#### **4.3 Autonomía de la voluntad. Límites**

Respecto a su definición, Wagner de Tizón (2011, p. 2-3) aporta la siguiente:

...es un principio general del Derecho Civil. (...) consiste en la libertad que reconoce el ordenamiento jurídico a los individuos, a fin de que los mismos autorregulen sus intereses. Esta autonomía se manifiesta a través del acto jurídico, herramienta que el derecho otorga a los sujetos para crear, modificar, transferir o aniquilar sus derechos y obligaciones...Pero este principio de la autonomía privada no es absoluto, si no que se encuentra limitado por el orden público, la moral y las buenas costumbres...

En el mismo sentido, la autonomía de la voluntad o libre determinación tiene sustento en la propia Constitución Nacional, en el art. 19 donde establece que ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Se encuentra también receptado en el Código Civil y Comercial de la Nación en el artículo 958, el que expresa: “Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un

contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.”<sup>21</sup>

La autonomía de la voluntad consiste en el poder de autodeterminación para regular los propios intereses. Es la libertad de decidir en el mundo jurídico. Este principio consagrado ampara la decisión de los particulares de regirse por sus propias normas y someterse a ellas como si fuese la ley misma, en tanto no violenten los límites impuestos.

Sin perjuicio de considerar que este principio configura uno de los principales ejes sobre los que se asienta la teoría de los contratos del derecho civil, no corresponde hacer tal extensión al derecho sucesorio que se asienta principalmente sobre el derecho de familia. El derecho de familia regula los vínculos surgido a partir del parentesco y de la unión conyugal, en tal sentido, la libertad reconocida a la persona radica en su voluntad de decidir o no la vinculación, pero mal podría decirse que los efectos de la filiación o del matrimonio queden sujetos a su voluntad.

En definitiva, si bien se han reconocido algunas posibles aplicaciones de este principio en el mundo del derecho de familia, como en la facultad de decidir la sujeción del régimen patrimonial en el matrimonio, no puede decirse que el principio que rige este derecho sea el de la autonomía de la voluntad.

El derecho sucesorio, ha absorbido en la mayoría de sus normas la imperatividad del orden público. Si bien se reconoce el derecho del causante de disponer para después de su muerte, tanto patrimonial como extrapatrimonialmente, no existe una libertad absoluta, sino muy por el contrario encuentra bastantes limitaciones.

La Constitución Nacional Argentina en su art. 17 refiere sobre la inviolabilidad de la propiedad, confiriendo al titular del derecho su pleno goce y ejercicio, con las restricciones

---

<sup>21</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

que correspondan en el principio de razonabilidad y en aras de otros principios de igual o superior grado.

En tal sentido, como ya se ha explicado en otras partes de este trabajo, el principio de autonomía de la voluntad se proyecta en un doble sentido:

Esta autonomía se manifiesta en dos sentidos, uno negativo, significando que nadie puede ser privado de sus propios bienes o constreñido a ejecutar prestaciones independientemente de su propia voluntad, el otro positivo, en el sentido de que las partes pueden constituir, regular o extinguir relaciones patrimoniales; es decir que pueden disponer de sus bienes o pueden obligarse a ejecutar prestaciones en favor de otros (Wagner de Tizón, 2011, p. 2-3).

Interesa hacer hincapié, principalmente en las limitaciones referidas al orden público, dentro de las cuales se ubica el instituto de la legítima hereditaria.

En este orden de ideas, el artículo 12 del C.C.C.N trae consigo el principio general referido al cual los particulares no podrán por medio de sus convenciones dejar sin efecto aquellas disposiciones que son de orden público.

El derecho de familia como cimiento y base del derecho sucesorio, es la parte del derecho civil en el que se encuentran mayor cantidad de normas indisponibles por la propia voluntad del causante en razón de su carácter de orden público y en el interés familiar de los vínculos que se intentan salvaguardar a través de ellas. En relación al orden público y la autonomía de la voluntad en el marco de las relaciones de familia, se define a esta última como:

la posibilidad de los particulares de darle contenido a las relaciones jurídicas que los

unen, determinando así sus derechos y obligaciones, se contraponen, en materia de Derecho de Familia, la existencia de normas de orden público y la intervención estatal en la formación y disolución de vínculos familiares (Solavagione, 2014, apartado I).

En el derecho sucesorio, el orden público tiende a proteger los vínculos familiares, limitando al causante su libertad de menoscabar patrimonialmente a aquellos después de su muerte.

A través de las disposiciones de orden público se hace prevalecer la protección de determinados intereses –aquellos que el Estado considera que se encuentran en un nivel de protección suprema- por sobre la voluntad o intereses privados de cada uno de los que interactúan en una relación jurídica.

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

Es por ello, que no funciona del mismo modo, en cada una de las distintas ramas del derecho civil, adquiriendo mayor virtualidad en el derecho de familia y sucesorio, en razón de la fuerte protección familiar de que se impregnan sus normas.

El autor Salomón (2011, apartado V), pone en relieve “que el diseño constitucional argentino no se muestra incompatible con la posibilidad de establecer legislativamente un

mecanismo de distribución forzosa del patrimonio mortis causa (legítima hereditaria) como una de las formas de reglamentación del derecho constitucional a testar”. En ese sentido, sostiene Salomón (2011) que el órgano legislativo, el Congreso de la Nación es soberano y se encuentra facultado, teniendo en cuenta los principios constitucionales, para determinar reglamentariamente el sistema sucesorio más adecuado.

#### **4.4 Legítima hereditaria y el derecho de testar**

No es pertinente en este tema reiterar lo mencionado en capítulos precedentes, en relación al límite dispuesto por la ley para el causante para disponer de sus bienes cuando existan herederos legitimarios, en razón del quantum de la legítima reservada para ellos por la ley.

Ya se ha hecho referencia, al porcentaje patrimonial del que podrá disponer libremente el testador en cada caso de concurrencia de legitimarios, ya sea disponiendo legados o instituyendo herederos.

Por el contrario, el objeto del presente tema, es mencionar y describir algunas de las posibilidades que tiene el testador, para disponer de su patrimonio “afectando” cuantitativa o cualitativamente la legítima hereditaria de los herederos forzosos, en las condiciones y modalidades dispuestas por el ordenamiento jurídico.

##### **4.4.1 Mejora heredero con discapacidad**

Una modificación sustancial e innovadora que se ha incorporado en el Código Civil y Comercial de la Nación, es la mejora testamentaria respecto del heredero con discapacidad. Esta disposición representa un importante avance en las legislaciones modernas, que atienden a una mayor inclusión social de las personas con discapacidad. Esta nueva normativa recepta la facultad del causante de afectar las legítimas de los herederos forzosos para beneficiar o mejorar a un descendiente o ascendiente con discapacidad. El artículo 2448 dice

textualmente:

Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.<sup>22</sup>

Esta facultad que concibe el ordenamiento jurídico para el occiso, puede realizarse por cualquier medio, el testamento sería una forma de hacerlo, pero también puede echar mano de otras alternativas como ejemplificativamente menciona al fideicomiso el codificador.

El procedimiento para lograr dicho cometido, se basa en el derecho del causante de disponer a favor del heredero legitimario con discapacidad de la totalidad de la porción disponible -luego de calculada la legítima global- sumándole un tercio de la legítima hereditaria. El mecanismo regulado, implica adicionar a la porción disponible un tercio de las legítimas, es decir, no podría disponer el causante de su porción libre instituyendo herederos o legados y mejorar al heredero con discapacidad sólo afectando las legítimas. Lo anterior en razón que la habilitación legal receptada, pretende lograr una mejor situación para el heredero con discapacidad, pero no a costa de los restantes legitimarios.

Esto tiene su razón de ser, en que la legítima se caracteriza por ser “intocable”, pero

---

<sup>22</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

que cede frente a aquellos legitimarios que se encuentran en una situación de vulnerabilidad o desventaja dentro del ámbito social, de la salud, y en lo económico, por lo que se crea esta posibilidad de mejoras ante la muerte de quien en vida, proveía sus necesidades. Si bien a través de ésta facultad, se dispone de una parte importante de las legítimas, afectándolas cuantitativamente en tanto disminuyen su monto, el fin de la norma no es menoscabar el derecho de los forzosos, sino por el contrario beneficiar a aquellos que se encuentran en situación absolutamente desventajosa física o psicológicamente para desarrollarse como personas.

La modificación contenida en el Código, es acorde, con los avances mundiales al respecto y se fundamenta en los tratados internacionales de los cuales nuestro país es parte por haberlos ratificado, en defensa y protección de las personas con algún grado de discapacidad.

Esta prerrogativa, es de carácter netamente voluntaria para el causante, de manera que la sola existencia de un heredero forzoso con discapacidad, no lo hace acreedor de pleno derecho del total de la porción disponible con más un tercio de la legítima global, sino que deberá estarse a la manifestación expresa y concreta del causante, en la que se visualice su incontrastable intención de beneficiar a ese heredero.

Esta mejora, puede el testador procurarla igualmente a través de una indivisión forzosa, un legado de cosa cierta y determinada, o bajo la figura de la determinación alimentaria, el derecho a usufructo, el derecho de uso o habitación, o cualquier otra vía que permita conceder la mejoras contenidas en el Código, para los herederos con esta condición de incapacidad.

La conceptualización de lo que debe entenderse por heredero con discapacidad, se fundamenta principalmente en la protección que se debe garantizar a las personas con un

padecimiento de incapacidad, ya sea esta permanente o temporal pero prolongado. Al respecto dice Azpiri (2015, p. 250):

La fórmula utilizada para describir las condiciones de discapacidad deja abierto el camino a la discrecionalidad del juzgador lo que generará, sin lugar a dudas, debates sobre este encuadre. No exige la norma que se haya decretado judicialmente la declaración de incapacidad o de capacidad restringida, porque la enumeración de los requisitos que efectúa el art. 2448 del CCCN es más amplia que la que resulta del art. 32 del CCCN. La caracterización de la discapacidad que hace el artículo que se comenta alude, por una parte, a una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, lo que pone el centro de atención en la situación específica que afecta a ese individuo. Pero también esa alteración funcional tiene que repercutir en su integración familiar, social, educacional o laboral. La incidencia de esta discapacidad en los distintos aspectos de su vida de relación debe ser de tal magnitud que le ocasione una desventaja considerable. Por todo ello se puede afirmar que se trata de una concepción de la discapacidad o de la capacidad restringida que se ajusta estrictamente al enunciado del art. 32 del CCCN.

Finalmente resta mencionar, que las mejoras contempladas en la norma son específicamente para los descendientes o ascendientes con discapacidad, sin contemplar la misma posibilidad para el cónyuge supérstite, que es también heredero forzoso.

#### **4.4.2 Fideicomiso testamentario**

Se comenzará por la propia disposición del Código Civil y Comercial de la Nación que en su artículo 1666 define al contrato de fideicomiso en los siguientes términos:

Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se

compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.<sup>23</sup>

Si bien la definición anterior, se circunscribe al ámbito contractual, el artículo 1699, admite la posibilidad de su constitución a través de una disposición de última voluntad, o sea del testamento.

Siguiendo en este punto las explicaciones de Herrera y Pellegrini (2015, 397), el problema que surge en el ámbito de este instituto dentro del derecho sucesorio se da ante la eventual afectación de la legítima hereditaria, y entonces surge la pregunta respecto si es posible o no constituir un fideicomiso que incluya el total o parte de la masa legítima o si sólo podría realizarse en base a la porción disponible que tiene a su favor el causante. Las autoras citadas, consideran que en razón del carácter que ostenta la legítima en nuestro derecho de conformidad a la normativa de los artículos 2444 y 1666 y siguientes y concordantes, el occiso sólo podría disponer en el fideicomiso testamentario de la porción disponible para él, sin afectar las porciones correspondientes a los legitimarios, las que podrían ser susceptibles de acción de reducción por parte de éstos últimos.

Esta postura es concordante con lo que dispone el nuevo Código Civil y Comercial en cuanto faculta en su artículo 2493 a la constitución de un fideicomiso por el testador, sobre toda la herencia o una parte indivisa o bienes determinados, pero esto es aplicable siempre que no se afecten las legítimas con excepción del supuesto previsto para el heredero legitimario ascendiente o descendiente con discapacidad, en cuyo caso —como ya se ha explicado— la mejora a él otorgada puede ser a través de este medio.

---

<sup>23</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

### **4.4.3 Indivisión forzosa**

El artículo 2330 del C.C.C.N reza:

Indivisión impuesta por el testador. El testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez años. Puede también disponer que se mantenga indiviso por ese plazo o, en caso de haber herederos menores de edad, hasta que todos ellos lleguen a la mayoría de edad: a) un bien determinado; b) un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituye una unidad económica; c) las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista.- En todos los casos, cualquier plazo superior al máximo permitido se entiende reducido a éste.- El juez puede autorizar la división total o parcial antes de vencer el plazo, a pedido de un coheredero, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad.<sup>24</sup>

Al igual que el Código derogado se recepta en el nuevo cuerpo jurídico la posibilidad del testador de imponer, temporalmente la indivisión de la herencia. Esta indivisión surgida de la intención y voluntad del causante no puede superar el plazo máximo de 10 años, sin perjuicio del cual podrá realizarse por uno menor y viene a constituir una suerte de limitación cualitativa de las legítimas de los herederos forzosos, limitándoles el pleno ejercicio de disposición sobre las partes que constituyen sus cuotas legítimas.

El código otorga la posibilidad, de superar el plazo establecido y hasta el cumplimiento de la mayoría de edad de los herederos menores, pero ya no con relación a toda la herencia sino en relación a bienes determinados.

---

<sup>24</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

Esta potestad del causante de impedir la división de la herencia, lo que implica prohibición de la partición durante un lapso determinado, radica en antiguos fundamentos de preservación del patrimonial empresarial familiar, ya que la consecuente partición del mismo impediría la conservación de la empresa o comercio. El espíritu de la norma, tiene por objeto –nuevamente- satisfacer el interés patrimonial familiar, conservar los bienes que han dado ganancias a la familia y aumentado su patrimonio.

Sin embargo, el último párrafo del artículo otorga al juez la posibilidad de autorizar la partición de la herencia o del bien sujeto a indivisión, cuando concurren situaciones graves o de manifiesta utilidad, y siempre a pedido de parte, esto es de un coheredero.

La solución es lógica, puesto que mal podría el juez, persistir en la voluntad del causante de mantener en un estado de indivisión los bienes que componen la herencia aún en contra de los herederos, a quienes se supone que tal división genera algún beneficio o rédito. De manera que si los propios beneficiados, aducen alguna situación de gravedad o de utilidad para proceder a la partición, el juez debe atender tal reclamo, máxime sabiendo que en la realidad de los hechos el estado de indivisión se prolonga más allá del plazo máximo determinado por ley, implicando para el heredero una afectación indudable de su porción legítima.

### **Conclusiones parciales**

En el presente capítulo se han abordado los temas relativos a la autonomía de la voluntad, como fundamento ésta de la libertad de la persona humana en general y del causante del proceso sucesorio en particular.

Se ha reparado en el derecho a testar que les asiste a las personas, como un elemento importantísimo a la hora de poder determinar el destino de sus bienes una vez que haya fallecido. Se ha mencionado el derecho a la propiedad, reconocido constitucionalmente, por

el que se le confiere al titular su pleno goce y ejercicio.

No obstante, lo mencionado, estos derechos, encuentran su limitación en el orden público, que como se viene analizando y estudiando en esta presentación, la legítima hereditaria es una institución que efectivamente lo representa. Pero esta limitación o restricción a la autonomía de la voluntad del causante va morigerándose y así podemos mencionar la indivisión forzosa, la mejora para el heredero con discapacidad y el fideicomiso testamentario, todas éstas posibilidades previstas en el C.C.C.N que de algún modo, acrecientan la libertad del causante de establecer claramente de qué modo deben distribuirse sus bienes al momento de su muerte.

## **CONCLUSIONES FINALES**

Dice el artículo 93 del Código Civil y Comercial de la Nación: “La existencia de la persona humana termina por su muerte.”<sup>25</sup>

El citado artículo contiene una indudable verdad, ya que ninguna duda cabe que la persona deja de existir desde el momento mismo de su muerte, sin embargo, tan simple y natural hecho, una vez acaecido, produce una serie de consecuencias dentro del ámbito patrimonial de la persona fallecida que acarrea múltiples cuestionamientos y/o conflictos de orden jurídico.

Como se ha expuesto en este trabajo, desde antaño, con la aparición del derecho romano y su importante influencia en las legislaciones modernas, se ha intentado lograr un sistema legal para la distribución de los bienes del causante, basado principalmente en el resguardo de los lazos familiares y de tal patrimonio.

Así, pues, en nuestro país, desde la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield, se instituyó la legítima hereditaria, institución imperativa del derecho sucesorio y fundamento basal del mismo; que ha tenido como eje fundacional la protección de una porción del patrimonio del causante, para destinarla a los herederos forzosos –hoy legitimarios-, a los que la ley enumera taxativamente y la cual resulta intangible para su titular –ahora fallecido-. De este modo a la muerte de la persona humana, sus parientes más próximos –en vínculo de parentesco- tomaban del patrimonio del difunto casi la totalidad del mismo.

Ello, en pos de la armonía familiar y motivada en el sostén afectivo y en la solidaridad familiar que representaban los herederos forzosos para el fallecido durante su vida, sin perjuicio de lograrse a través de ésta, la conservación y continuidad del patrimonial familiar.

Resulta en este punto importante señalar que, el Dr. Vélez instituyó legítimas altas y

---

<sup>25</sup> Ley 26994. Boletín Oficial de la República Argentina. 8 de Octubre de 2014.

por ende una mínima porción quedaba a libre disponibilidad del difunto.

En ese sentido Posca (2016), sostiene que esta institución es protectora de la familia y que Vélez, al momento de la redacción del Código Civil tuvo en cuenta factores como el promedio de vida de las personas, que era inferior al actual y que en razón de ello, generalmente los hijos eran menores cuando sus padres fallecían. Entonces era importante establecer un sistema legal que permitiera asegurar que la mayor parte de la herencia fuese destinada al cónyuge y a los descendientes del occiso.

A lo largo de este trabajo, se ha hecho suficiente hincapié en la trascendencia de la porción legítima en nuestro Derecho, y por tal dotada de la imperatividad del orden público.

Ahora bien, no debe olvidarse que la transmisión patrimonial post mortem, no solamente debe tener como fin la continuidad del patrimonio del “pater familiae” para con el seno del núcleo familiar, como único norte del mismo, sino que también debe reconocerse el derecho del causante de desplazar sus bienes fuera de su familia y entregárselo a personas que no se encuentren dentro de tan cerrado núcleo, como ser un amigo, una persona respecto a la cual se deba especial gratitud, etc.

Es en esa encrucijada, -legítima y autonomía de la voluntad- dentro de la cual siempre ha oscilado el derecho sucesorio, al tratar de equilibrar ambos derechos, el de los herederos que configuran el núcleo íntimo familiar y la facultad del causante de disponer libremente de sus bienes para después de su muerte. Este conflicto de derechos que, regulados ambos en extremo se contraponen, significa que el legislador no puede otorgar absoluta prioridad a uno sobre otro y por el contrario debe optar por un sistema en el que confluyan ambos derechos.

En esa concordancia entre uno y otro derecho, se disputó la última reforma de nuestro orden jurídico, optándose por reducir el monto de las porciones de los herederos forzosos y confirmándose así la hipótesis expuesta al principio del presente: la disminución de las

porciones legítimas representa un mayor equilibrio entre el derecho del causante y el de los legitimarios.

Ha quedado claro en el transcurso de este trabajo, que el C.C.C.N al ampliar las facultades de disposición del causante tuvo en miras otorgar mayor libertad al difunto, pero sin restringir los derechos de los legitimarios. El codificador mantuvo la fortaleza y la vigencia intacta de la legítima, pero equilibrándola –acertadamente- con una mayor autonomía del occiso para elegir el destino último de sus bienes, lo cual era un reclamo de larga data.

Si bien la cuota hereditaria de cada legitimario es protegida con la firmeza del orden público, otorgándosele a los herederos, la posibilidad de protegerla ante cualquier desvío o menoscabo, era imprescindible la reforma acaecida, para colocar al causante en un lugar de mayor paridad frente a sus herederos.

Lo anterior por cuanto al permanecer intacta la institución estudiada en nuestro derecho positivo por más de cien años, ha ido esfumándose su fundamento inicial, puesto que los vínculos afectivos, sean estos familiares o sociales han ido variando, mutando de tal suerte que, actualmente, el núcleo familiar más directo, no siempre se condice con el de los legitimarios. Incluso más, no debe soslayarse una omisión llamativa de la última reforma del Código Civil y Comercial de la Nación ya que ha receptado y regulado a las uniones convivenciales, no obstante, ha excluido al conviviente del listado de herederos legítimos.

La reforma referida, vino a armonizar la desfasada posición en la que se encontraban causante y herederos, por cuanto las legítimas anteriores dejaban un margen casi nulo para la última voluntad del testador.

Debe celebrarse la última modificación, ya que implica no sólo una herramienta de mayor disposición patrimonial, sino además como medio para corregir o suplir los errores u

omisiones en las que incurrió el legislador. Lo anterior por cuanto, a través de un acto testamentario, el causante podrá instituir heredero o legatario a su conviviente, o mejorar la porción del cónyuge discapacitado, situaciones, -entre otras- que no se encuentran actualmente receptadas en el orden jurídico, pero que merecen y exigen una solución justa.

Según la opinión de Platero (2017, p 287): “La institución de la legítima es uno de los grandes caballos de batalla de la disciplina del derecho civil y, más concretamente, en la problemática del derecho de sucesiones”.

Se considera a la legítima hereditaria como una herramienta o figura legal esencial dentro del derecho sucesorio, su carácter de orden público como su protección deben tender a mantener intacta la parte que le corresponde a los familiares del causante, los que seguramente han contribuido a la realización personal y patrimonial, en vida del causante, lo que de ningún puede sostenerse es que su extensión sea tan elevada que anule la propia voluntad del causante.

Si bien, existen voces que abogan por la libertad plena a la hora de testar, como así también sectores de opinión que justifican las mayores restricciones testamentarias. Es importante afirmar claramente que la modificación efectuada en la última reforma del código civil ha devenido convenientemente, reconociendo al occiso una mayor libertad sin dejar de lado ni menoscabar los derechos de los legitimarios de recibir una parte del patrimonio del causante.

En ese orden de ideas, tal como lo agrega Medina (2015, apartado IV), “el Código Civil y Comercial adopta una posición de equilibrio en este tema, y se inclina por una posición intermedia, que satisface los reclamos individuales, respeta la tradición jurídica argentina y procura la satisfacción de la solidaridad familiar”.

La renovación del plexo normativo –en cuanto a la disminución de las legítimas y

consiguiente aumento de parte disponible- representa una mayor afirmación del derecho de propiedad reconocido constitucionalmente, y viene a resaltar la autonomía de la voluntad del testador, su libre determinación para con sus bienes, decidiendo el destino de una parte importante de ellos.

De esta manera, se ha conseguido consagrar una tendencia más libre y respetuosa de la última voluntad de la persona fallecida, lo que venía siendo demandado desde hace tiempo por el devenir de los cambios sociales, y las distintas conformaciones de los núcleos familiares, dándose con mayor frecuencia supuestos de familias ensambladas o de aquellos cuyos padres no se unen en matrimonio.-

No existen razones lógicas y coherentes, que conduzcan a alguien a destinar sus bienes a personas no queridas o con las que no existan lazos de amistad o confianza mutua; por lo que no cabe más que concluir que al disponer el causante, lo hará motivado por el mismo fin que consagra la legítima.

La derogación del régimen de desheredación es la contracara de la mayor autonomía de voluntad consagrada actualmente, ya que, se ha suprimido la posibilidad del testador de excluir a un legitimario de su herencia por haberle proveído éste una grave ofensa en vida a aquél. Esto es un total desacierto, pues, la eliminación de tan justa herramienta para el causante, permitiría beneficiar a un heredero que lo ha ofendido, desnaturalizando así el fundamento primero de la institución protegida.

En tanto este trabajo de investigación ha tenido como directriz el estudio y análisis de las disposiciones contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación, para analizar el funcionamiento de la legítima hereditaria en su relación con la última voluntad del causante, se debe mencionar que otro de los cambios importantes consagrados, es la protección concedida a los herederos forzosos que presentan una incapacidad, permitiendo al testador

disponer de la porción de la legítima que pertenece a otros sucesores, para mejorar la condición de estas personas. De modo que el Código vigente brindó una visión integral, inclusiva y completa para la correcta atención de las personas que padecen algún tipo de discapacidad.

Es importante señalar que si bien resta efectuar cambios que beneficiarían aún más al derecho sucesorio e incluso afianzarían más los lazos afectivos, no menos cierto es que el nuevo ordenamiento jurídico ha recogido normas de gran demanda social y que bajo ningún punto de vista puede ser interpretada como una restricción a los derechos de los legitimarios, los que siguen conservando su derecho a una parte sustancial del patrimonio del causante.

"La reforma proyectada al permitir mayor discrecionalidad del causante para repartir los bienes, ha fomentado la autonomía de la voluntad" (Helú, 2016, apartado II).

Por lo expuesto se considera que, el aumento de la fracción patrimonial de la que puede disponer libremente el causante, receptado en el código civil y comercial de la nación, ofrece el puntapié inicial para analizar y comprender la importancia que ha adquirido la autonomía de la voluntad de la persona humana.

Sin soslayar la relevancia de la familia como célula primaria de toda sociedad y del derecho sucesorio argentino, no menos importante es receptar –desde el derecho- los modos de vida actuales, las nuevas costumbres sociales, la realidad económica globalizada de la que participamos todos, las nuevas realidades familiares y sobre todo la amplitud de situaciones afectivas que no siempre encuadran en una casuística legal.

Se considera oportuna, acertada y fundamentalmente necesaria la instauración de la nueva amplitud dispositiva del causante, en este nuevo siglo XXI, tal libertad ejercida responsablemente -como cualquier otra- no debe ser considerada una amenaza, sino la llave para resguardar un conjunto de situaciones que no se encuentran reguladas ni amparadas por

el derecho actual.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Doctrina**

- Acciarresi, S. (2012). *La legítima en el derecho sucesorio argentino*. Sup. Act 15/05/2012. Recuperado 30/08/2018 de La Ley. Cita online AR/DOC/1991/2012.
- Azpiri, J., (1991). Manual de derecho sucesorio (3ra edición ampliada). Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.
- Azpiri, J. (2015). Incidencias del Código Civil y Comercial –Derecho sucesorio-. N° 9. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina.
- Borda, Guillermo A. (2004). Manual de Derecho Civil Parte General. 21ª. Ed. – Buenos Aires: LexisNexis Abeledo Perrot.
- Caparelli, J.C. (2013). *¿Hacia una reforma de la legítima?* La Ley, 24/09/2013. Recuperado 30/08/2018. Cita online/AR/DOC/3498/2013
- Castan, S (2013). *Reflexiones sobre el origen de las sucesiones en Roma. El testamentum Calatis Comitiis y su relación con la sucesión intestada*. Revista Internacional de Derecho Romano. Octubre 2013. RECUPERADO 30/08/2018. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4451249>
- Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado. Dirigido por A. J. Bueres. 1ra Ed. 3ra reimpr. Ed. Hammurabi. 2015. Buenos Aires. Argentina.
- Ferrer, F (2017). *El Derecho de Sucesiones en el Código Civil y Comercial*. Nueva Epoca, (10), 27. Recuperado 30/08/2018. <https://doi.org/10.14409/ne.v0i10.6226>
- Helú, N. (2016). *Reformas del derecho sucesorio. Libertad del causante: autonomía de la voluntad. Legítima y testamento*. Recuperado 30/08/2018 de La Ley. Cita online AR/DOC/157/2016

- Herrera, M y Pellegrini, M. V. (2015). Manual de Derecho Sucesorio. (1ra Ed.). Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur. Buenos Aires. Argentina.
- Lo Prete, O. (2012). *La legítima hereditaria. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: El Derecho. Recuperado 30/08/2018 Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/legitima-hereditaria-lo-prete.pdf>
- Mainar, R. (2015). *De la legítima romana a la reserva germánica*. Revista Internacional de Derecho Romano. Abril 2015. Recuperado 30/08/2018. [http://www.ridrom.uclm.es/documentos14/bernad14\\_pub.pdf](http://www.ridrom.uclm.es/documentos14/bernad14_pub.pdf)
- Medina, G. (2015). *Derecho de sucesiones y principios del Código Civil y Comercial*. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3392/2015>
- Platero Alcón, Alejandro, *Las injustas diferencias existentes en la libertad de testar dentro del territorio*, 135 Universitas, 283-324(2017). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj135.idel>
- Posca, Ramón D. *La legítima en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Revista Jurídica Electrónica. Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Facultad de Derecho. Año I – 2016- Nº 2.
- Rolón, A. *La legítima hereditaria en el nuevo Código. Fundamento, Inviolabilidad, Excepciones y la “cautela Socini”*. LA LEY 12/12/2017, 1 • LA LEY 2017-F, 944. Recuperado 30/08/2018. Cita Online AR/DOC/2637/2017.
- Salomón, M. (2011). *El Derecho Constitucional a testar y su regulación en el Código Civil*. La Ley, Julio 2011. Recuperado 30/08/2018. Cita online AR/DOC/1709/2011
- Solavagione, Josefina (2014). *La legítima hereditaria y el orden público en el régimen del código civil*. La Ley, Junio de 2014. Recuperado 30/08/2018. Cita online AR/DOC/1290/2014
- Wagner de Tizon, C. (2011). *Limitaciones a la autonomía de la voluntad*. Universidad

Nacional del Litoral. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Argentina.

- Zannoni, E. (2003). Manual de derecho de las sucesiones. (4ta Ed. – 2da reimpresión). Editorial Astrea. Ciudad de Buenos Aires. Argentina.

### **Legislación**

- Código Civil y Comercial. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.
- Ley N° 340 del Código Civil. Boletín Oficial de la República Argentina, 29 de septiembre de 1869.