

Fundamentos romanísticos de la protección de la *pars legítima* y la regulación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, con relación a la acción de reducción de las donaciones inoficiosas *inter vivos*

Mirta BEATRIZ ÁLVAREZ*
Universidad de Buenos Aires

I. INTRODUCCIÓN

La evolución hasta el reconocimiento de la legítima en Roma corre paralela a la evolución de la concepción de la familia: desde la familia agnaticia monolítica con un criterio de unidad patrimonial y sujeción a los poderes del *pater*, a la familia consanguínea doméstica, que comienza a perfilarse a través de las protecciones pretorianas, hasta alcanzar con el cristianismo el carácter de protección total hacia los miembros.

Conforme Paulo en D. 28,2,11 y Gayo, II,157, los hijos son los dueños de la sucesión, que se caracteriza por la indivisión hereditaria (*consortium ercto non cito*). Pero se puede desheredar a los que se puede matar.

El Testamento es, según D'Ors¹, uno de los cuatro logros del genio jurídico romano (junto con la distinción entre propiedad y posesión, la justa causa y los contratos consensuales). En el testamento, la institución de herederos se realiza para que se ejecuten las mandas (legados).

Girard² define tres clases de sucesiones: testamentaria, *ab intestato* y sucesión conferida *contra* el testamento.

* Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Profesora Titular de la Catedra de Derecho Romano. Investigadora Categorizada UBA. Directora de la Carrera de Abogacía de la Universidad de Flores.

¹ A. D'ORS, *Cuatro logros del genio jurídico romano*, La Ley, Tº 1984 B, 597 s., Buenos Aires. 1984.

² GIRARD citado por J. CAREMES FERRO, *Curso de Derecho Romano*, 10.^a ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1976 p. 578, nota 2.

D'Ors³ distingue dos tipos de herederos: los *necesarios*, que lo son respecto a sí mismos y, por consiguiente, no pueden repudiar la herencia y, por otra parte, los herederos *forzosos o legitimarios*, que lo son con respecto al testador.

Hay autores que distinguen la sucesión forzosa formal, que solamente defiende al heredero olvidado (preterido) de la sucesión forzosa material, en la que se reserva una cuota a determinados herederos, que se considera impuesta por ley⁴.

El Derecho civil reconoce preferencia a determinados descendientes contra la voluntad testamentaria (García Garrido citando a La Pira).

La desheredación, en el supuesto de los hijos varones *sui*, debe ser nominativamente (D. 28,2,1 y 2 y Gayo, II,128). En cambio, en el caso de hijas mujeres y demás descendientes, la desheredación podía ser *inter ceteros* (Gayo, II,128).

En el Derecho pretoriano, la desheredación de los varones *sui* o emancipados debe ser nominativamente, y en el caso de los demás *liberi*, *inter ceteros*.

Las excepciones a estos principios se daban en el testamento de los militares y en el de los ascendientes maternos, que no tienen *heredes sui*.

En el Derecho justiniano, en cambio, conforme C. 6,28,4, todos deben ser desheredados o instituidos nominativamente.

II. EL DERECHO ROMANO. EVOLUCIÓN

1. Derecho civil

Como podemos deducir del fragmento de Pomponio en D. 50,16,120 (referido a la Ley de las XII Tablas): «Lo que el *pater* disponga sobre su patrimonio y la tutela de su hijo, sea ese el derecho».

Para Miquel⁵ la primera sucesión prevalente fue la de los *heredes sui*. Por la necesidad de evitar la fragmentación de un patrimonio agrícola, se debió llegar a la institución de heredero por testamento, imponiéndose la obligación de desheredar a los demás *sui*, expresamente. La institución y la desheredación son dos caras de un mismo hecho.

La desheredación consiste, para el autor citado, en la expropiación en la continuación de la propiedad por parte de los hijos.

³ A. D'ORS, *Elementos de Derecho Privado Romano*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1975, p. 308.

⁴ F. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 258, afirma: «La distinción entre Derecho hereditario forzoso, material y formal es demasiado desdichada para que merezca ser mantenida».

⁵ J. MIGUEL, *Curso de Derecho Romano*, Barcelona, PPU, 1987, p. 177.

Schulz⁶, en cambio, opina que si fuera la desheredación una expropiación, debería colocarse antes de la institución de heredero para «abrir la» y no, a continuación (Ulpiano en D. 28,5,1, menciona que Trajano había establecido que se podía desheredar al hijo nominativamente, antes de la institución de heredero).

Basada en la copropiedad de la familia, se debe instituir o desheredar (Ulpiano, Reg. 22,14). No hay porción determinada.

Los hijos deben desheredarse nominativamente (aunque también con maldición conforme Marciano, D. 28,5,48,1). Los demás, *inter ceteros*.

Si ocurría preterición (*praeter ire*: pasar por encima, pasar por alto), podían ocurrir distintos supuestos, según quien fuera preterido.

i) Hijo varón bajo *patria potestas* (Gayo, II,123), el testamento es nulo *ab initio*. En este supuesto, los sabinianos estimaban que el testamento era nulo, aunque el hijo premuera al *pater*. Los proculeyanos sostenían que el testamento era nulo, solo si el hijo subsiste al *pater*.

ii) Restantes *sui* (Gayo, II,124), El testamento es válido, pero concurre con los instituidos (*ius adcrendi*). «Esta es una de las excepciones a la regla *nemo pro parte testatus por parte intestatus decedere potest*». Si el instituido es *sui*, cada preterido obtiene una porción viril. En cambio, si el instituido es un extraño a la familia, la mitad de la herencia se atribuye conjuntamente a los preteridos.

iii) El hijo póstumo (cualquiera sea su sexo o grado) provoca la nulidad del testamento (*ruptum*).

Los herederos preteridos eran «como si hubieran sido instituidos herederos», por tanto, se producen los mismos efectos que para los herederos: son responsables de los legados (C. 6,23,4).

2. Derecho pretoriano

El pretor extiende la protección a los *liberi* (*sui* o emancipados). Los varones *sui* o emancipados, deben desheredarse nominativamente. Y las hijas y nietos, *inter ceteros*.

El pretor concede la *bonorum possessio contra tabulas* (*cum re*), que se imponía al *ius civile*.

Los *bonorum possessores* no quedan ubicados como herederos (como en el Derecho civil), sino «en el lugar de herederos» (*loco heredis*, Gayo III,32).

Protege a los *liberi* como en la herencia *ab intestato* (*unde liberi*). Los emancipados son protegidos a través de una ficción «como si la *capitis deminutio* no hubiera ocurrido y por ello fueran *sui heredes*» (Paulo, D. 37,1,61 y Ulpiano, D. 37,4,3,5).

⁶ F. SCHULZ, *Derecho Romano...*, cit., p. 256.

Los hijos dados en adopción, por pertenecer a otra familia agnaticia, son considerados extraños, salvo que mientras viviera el padre natural, hubiesen sido emancipados por el *pater* adoptante (Gayo, II,135).

El efecto de la *bonorum possessio* es *cum re*. Esto significa que el pretor los protegía, aún contra la petición de herencia hecha por los herederos instituidos en el testamento, otorgándole una *exceptio doli* (Gayo, II,125).

Los *liberi* desheredados no pueden pedir la *bonorum possessio contra tabulas*.

Con la protección otorgada por el pretor, no cae el testamento. Los legados a ascendientes, descendientes y mujer o nuera, deben cumplirse. Son válidas las sustituciones pupilares y las manumisiones.

3. *Querella*⁷ *Inofficiosi testamenti*

Su aparición puede ubicarse al final de la República, pero es estable a partir de Trajano⁸.

García Garrido⁹ sostiene que para los herederos civiles correspondía interponerla ante el Tribunal de los Centumviro, para los herederos pretorianos, ante el Tribunal *Septemviri* en Roma, y ante el gobernador, en las provincias.

Definida por Paulo en Sentencias 4,5,1: «Se llama testamento inoficioso porque, habiendo sido desheredados en vano los hijos, parece que no ha sido escrito según oficio (deber) de piedad».

Gayo no se refiere en su obra a la querella. Parece desconocida para Cicerón.

Se concede contra quien, de manera injustificada, procedía a desheredar o preterir a sus hijos.

Se trata de un remedio procesal extraordinario y excepcional. El fundamento no es jurídico, sino moral: faltar al *officium pietatis* por haber redactado el testamento bajo los efectos de *color insane* (Marciano, D. 5,2,2; I. 2,18, pr.).

Por este deber de piedad, el testador debe dejarle una cantidad determinada de bienes, que en términos modernos, podríamos denominar *legítima*.

i) Pueden iniciarla:

⁷ A. D'ORS, *Elementos...*, cit., p. 322 afirma: «En el momento de su aparición había caído ya la ortografía *querela* (que mantienen algunos autores modernos con cierto anacronismo)».

⁸ F. SCHULZ, *Derecho Romano...*, cit., p. 263 y afirma que su desenvolvimiento fue debido a la práctica del tribunal de los *Centumviri*.

⁹ M. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*, Madrid, Dykinson, 1993, p. 918.

a) Los descendientes y ascendientes que pudieran pedir la herencia civil o pretoriana, sin distinguir entre agnados o cognados y sin distinción de sexo (Ulpiano, D. 5,2,1 y 5,6,2).

b) Los hermanos y hermanas bilaterales del testador o medios hermanos sanguíneos (del mismo padre) desde Constantino (319 d. C.). No pueden iniciarla los hermanos uterinos ni los restantes colaterales (Constantino, C. 3,28,27 y Diocleciano, C. 3,28,31 y D. 5,2,1). Solo podían ejercerla en el único caso que se los hubiera pospuesto en favor de personas deshonestas, o tachadas de infamia o de turpitud, tales como gladiadores, prostitutas, alcahuetes (Constantino, C. 3,28,27).

c) Los hijos adoptivos solo podían atacar el testamento del adoptante. A partir de Justiniano, que establece dos formas de adopción, en el caso de la *adoptio plena*, solo pueden atacar el testamento del padre adoptivo y en la *minus plena*, el del padre natural.

ii) Condiciones que debían acreditar:

a) Tener derecho a la sucesión *ab intestato* (siguiendo el orden sucesorio).

b) Haber sido excluidos sin causa legítima, ya sea porque se desheredó sin causa o no se cumplió con el deber de asistencia (las causas no estaban determinadas y eran apreciadas por el Tribunal de los Centunviro).

c) No disponer de otro medio (ya que era excepcional).

Si el omitido en el testamento es un heredero *sui*, el testamento es nulo *ab initio* (D. 28,2,30). Si se trata de un emancipado, puede ejercer la *bonorum possessio contra tabulas*. Si es el caso de un adrogado impúber injustamente desheredado por el adrogante, goza de la *quarta Antonina*.

Si estaba incluido en el testamento con una porción menor, los centunviro debían decidir si se había cumplido el *officium pietatis*.

Como resultado de la evolución, se decidió que esa porción debía ser igual a la *cuarta parte* de los bienes que el interesado hubiera recogido como sucesor *ab intestato*. El fundamento estaría en la *Lex Falcidia* (habándose desestimado la opinión de Cujacio referida a la *Lex Glitia*)

Se la llama *quarta debitaie portionis*, *quarta legitimae partis*, *portio legitima*. Ninguna de ellas son expresiones clásicas¹⁰.

El derecho del peticionante se limitaba a ejercer la querella para provocar la caída del testamento y obtener la apertura de la sucesión *ab intestato*.

iii) Cómo se calcula la legítima:

Hay que determinar el patrimonio neto del testador (C. 3,28,6). Todos los bienes del difunto a la época de su fallecimiento, incluso las donacio-

¹⁰ A. DI PIETRO, «La Legítima en el Derecho Romano», *Prudentia Iuris*, núm. 44, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica Argentina, 1997, p. 190.

nes *mortis causa*, los legados y créditos. Hay que descontar las deudas, los gastos funerarios y los esclavos manumitidos por testamento (cfr. Ulpiano, D. 5,2,8,9). Lo que resta, es el activo neto.

Para calcular la cuarta, hay que computar todo lo que el querellante hubiera recibido por causa de muerte, ya como heredero, ya como legatario o por donaciones *mortis causa*.

Si hay varios legitimarios, la cuarta se debía dividir entre ellos (v. gr.: Si hay dos legitimarios, 1/8 cada uno).

La legítima es individual y no es susceptible de acrecentamiento (por renuncia de un co-heredero, por ejemplo).

A partir de Alejandro Severo¹¹ (cfr. Paulo, D. 31,87,3) las donaciones *inter vivos* se computan en la masa hereditaria. Así se va completando y a partir de Constancio, en el año 361 d. C., se establece la *querella inofficiosi donationis*¹².

Si el *pater* al hacer una donación *inter vivos*, declaraba que la hacía para que se computara a la legítima, entonces se imputaba (D. 5,2,25, pr.), solución que fue confirmada por Justiniano (C. 3,28,35,2 del año 530).

A partir de Justiniano, también se computaban las donaciones *inter vivos* para comprar un empleo imperial o un cargo militar.

A partir de Zenón (año 479 d. C.), se computaba la dote constituida a una hija o donación *propter nuptias* a favor de un hijo, por medio de la *querella inofficiosi dotis*.

iv) Requisitos de ejercicio:

Se debe interponer contra el heredero instituido dentro del plazo de cinco años desde la aceptación de la herencia (cfr. Justiniano, siguiendo la opinión de Ulpiano. Modestino sostiene que el plazo de cinco años se cuenta a partir de la muerte del testador, opinión que apoyan García Garrido¹³ y D'Ors¹⁴).

El plazo podía ampliarse si existiera «una causa grande y justa».

¹¹ G. SUÁREZ BLÁZQUEZ, «Precedentes civiles Romanos, judiciales y legales de las acción de reducción de las donaciones», en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Vigo, 1998, t. II, p. 269, afirma: «Se puede deducir que este emperador fue pionero en el control de las liberalidades *mortis causa*, pues su labor abrirá a través de su consejo de juristas, nuevos caminos procesales para la fiscalización posterior, por parte de los tribunales hereditarios, *Civiri* y *Praeses Provinciae*, de todas las donaciones inmoderadas, tanto las realizadas *inter vivos* como *mortis causa*, realizadas arbitrariamente por los ascendientes en favor de alguno de los sucesores o de terceras personas».

¹² M. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado...*, cit., p. 921, sostiene: «Con la *querella de inofficiosi donationis* podía solicitarse la anulación de la donación [...] que resultase lesiva para la cuota de la legítima (Frag. Vat. 280; C. I.3,29,7).

¹³ M. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado...*, cit., p. 920, y aclara: «Siempre que el querellante no hubiera aceptado el testamento».

¹⁴ A. D'ORS, *Elementos de Derecho Privado Romano*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1975, p. 322.

Para menores de veinticinco años, el plazo se computaba desde que alcanzaban la mayoría de edad.

Si la acción no se inició y el potencial interesado en ejercerla muere, no pasa a los herederos.

Se extingue:

1. Por muerte del legitimario sin haberla intentado.
2. Por renuncia a su ejercicio.
3. Por el transcurso de cinco años desde la adición de la herencia.
4. Cuando el legitimario recogía una liberalidad del testamento (se entiende que es una renuncia tácita a la querella) o reconocía el testamento (por ejemplo, cuando compra bienes de la herencia).

v) Efectos:

Si prosperaba la *querella inofficiosi testamenti*, el testamento caía y con él todas las disposiciones y se abría la sucesión *ab intestato*. El querellante obtiene toda la porción que le hubiera correspondido *ab intestato* (por efecto de la rescisión del testamento). Los legados deben devolverse y las manumisiones son nulas *ipso iure*, pero después de cinco años se mantienen, pagando 20 áureos por cada esclavo.

Si hay dos herederos instituidos y la querella prospera solo contra uno, la rescisión del testamento es parcial. Es la segunda excepción a la regla *nemo pro parte testatus por parte intestatus decedere potest*. Los legados impuestos sobre la parte no escindida, continúan siendo válidos y a cargo del querellante vencido y se deben realizar las manumisiones.

Si el querellante era vencido, el testamento era válido, pero el querellante perdía todas las liberalidades obtenidas por testamento, por haber injuriado la memoria del testador. Esas liberalidades, van al fisco.

4. Reformas de Justiniano

Actio ad supplendam legitimam

El antecedente de este remedio aparece en la época de Constancio y Juliano en el año 361 d. C., cuando el *pater* dejaba liberalidades añadiendo que si resultaban inferiores a la legítima, debían complementarse según el arbitrio de un hombre probo, honrado. En este supuesto, los herederos no podían iniciar la querella.

Justiniano, en el año 528 estableció que podía iniciarse una acción de complemento por aquellos legitimarios que hubieran recibido una parte inferior a la legítima.

Justiniano modifica el monto de la legítima en la Novela 18, estableciendo que, si hay hasta cuatro hijos será de 1/3 (la porción para cada uno será de 1/12, si hay cuatro). Si hay cinco hijos la legítima será de 1/2 (por-

ción de 1/10 para cada uno, si hay cinco). Para el cómputo de la legítima, se considera a los desheredados.

La Novela 18 no aclara qué ocurre con los otros legitimarios conforme al derecho anterior (ascendientes y hermanos bilaterales y sanguíneos). La mayoría de los autores sostiene que se mantiene la cuarta. El párrafo final del Capítulo I de la Novela 18 establece «respecto de todas las personas», y parecería indicar que se aumenta a todos la legítima.

Las causas de desheredación se determinan y se obliga al testador a indicarla expresamente. Están detalladas en la Novela 115 y son catorce para descendientes (con una muy general «injuria»), indicadas en el Capítulo III y para ascendientes, las causas son ocho y se encuentran enumeradas en el Capítulo IV de la Novela 115.

Esta Novela les reconoce derecho expreso a ser herederos. Establece que los herederos legitimarios deben ser instituidos (no beneficiados a través de legados o fideicomisos), para no invalidar el testamento.

Y gozarán de la *actio ad suppleendam legitimam* (C. 3,28,30).

Si se demostraban causas de preterición o desheredación, el testamento era válido. Si no se probaban, el testamento era nulo en cuanto a la institución de herederos, pero permanecían válidos los legados, fideicomisos, manumisiones, nombramiento de tutores, etc. (a diferencia del Derecho anterior).

La Novela 115 solamente se refiere a ascendientes y descendientes. Los hermanos bilaterales o sanguíneos debían proseguir la *querella inofficiosi testamentum* del derecho anterior; en el caso que fueran pospuestos por personas de calidad deshonrosa.

En el caso de los hermanos, la Novela 22,47, establece causas de ingratitud: 1) atentar contra la vida del hermano; 2) el que dedujo acción criminal, y 3) el que le produjo una pérdida importante de bienes.

La *bonorum possessio contra tabulas* pierde sentido y desaparece con la Novela 115.

5. La Reserva y la *portio legitima*. Diferencias

La *portio debita* romana es debida en virtud de un criterio de reciprocidad. Debe ser entregada por el causante, en tanto los familiares no hayan incurrido en una causa que justifique su desheredación¹⁵.

La reserva germánica implica la pertenencia a los descendientes de todo el patrimonio, a excepción de la cuota considerada de libre disposición.

¹⁵ J. DAZA MARTÍNEZ, «Portio Debita y Comunidad Familiar en cuanto claves interpretativas de una síntesis histórico-comparada en materia de liberalidades *mortis causa*», en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Vigo, t. I, 1998, p. 97.

La reserva goda surge del *Liber Iudiciorum* y del Fuero Juzgo.

Las cuatro quintas (4/5) partes, constituían la reserva que no se repartía proporcionalmente, sino que el testador podía mejorar a los legitimarios hasta con un tercio (1/3) de los bienes.

La mejora rompe con la idea que todos los legitimarios son propietarios en idéntica proporción.

Según Bonfante¹⁶, en el Derecho moderno la legítima se ha fundido con el sistema germánico de reserva familiar.

Bonfante sostiene que la legítima romana no es primitiva, y que surgió tardíamente, por consideraciones de piedad.

La legítima no intenta mantener la unidad de la familia, sino asegurar un sustento a los parientes más próximos. Por el contrario, el testamento romano estaba destinado a mantener la unidad familiar y transmitir la potestad.

La reserva germánica es un residuo de las ideas de una época primitiva. La reserva se encontraba en el Código Civil argentino de Vélez, en su redacción original en los arts. 237 y 239 —derogados por la Ley de Matrimonio Civil 2393 de 1888— y en el art. 3.590 —derogado por la Ley 17.711 de 1968 de reforma parcial del referido Código—. Dichos artículos se referían a la reserva que había que realizar a favor de los hijos del primer matrimonio, cuando se celebraban segundas nupcias.

Arangio Ruiz¹⁷ sostiene que en el régimen de la Novela 115, la *pars legitima* es el objeto de un derecho del reservatorio. El legitimario es el titular de un derecho contra el testamento.

III. EL DERECHO CIVIL ARGENTINO

1. El Código de Vélez Sarsfield

Es de justicia rendir un homenaje a don Dalmacio Vélez Sarsfield, autor del Código Civil argentino que tuvo vigencia por casi un siglo y medio, como sostiene Ferrer¹⁸ «porque en relación al Derecho de las Sucesiones, en general, el sistema sucesorio organizado por Vélez, su técnica legislativa y su método expositivo se mantienen en el nuevo cuerpo legal que entró a regir a partir del 1 de agosto de 2015».

Consagró, en definitiva, la unidad del patrimonio (art. 3.547) y la partición igualitaria y forzosa del mismo (art. 3.452), principios que reproduce el nuevo Código (arts. 2.365 y 2.425).

¹⁶ P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Reus, 1965, p. 644.

¹⁷ V. ARANGIO RUIZ, *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pp. 619 y ss.

¹⁸ F. FERRER, «Aspectos de las sucesiones en el nuevo Código», publicado en *La Ley*, 23 de septiembre de 2015, 1; LA LEY 2015-E, 864. Cita Online: AR/DOC/2778/2015, p. 1.

De acuerdo a este sistema, el patrimonio, al fallecer su titular, no se disgrega, conserva su unidad al transformarse en herencia, por lo cual esta es la unidad abstracta y totalizadora del activo y del pasivo que dejó el causante, abrazando en su conexión unitaria todas las relaciones jurídicas patrimoniales transmisibles del difunto. Y por eso la sucesión es universal. El heredero entra a ocupar de pleno derecho el lugar del *de cuius* en el centro patrimonial dejado por él vacante, subrogándose en su misma posición jurídica. De tal modo que el heredero continúa la personalidad jurídico-patrimonial del difunto y por eso, la sucesión es personal. Tal es el sistema sucesorio de origen romano que plasmó Vélez (arts. 3.279, 3.417 y 3.418 del CC), y que ahora encontramos reflejado en los arts. 2.277 y 2.280 del nuevo Código Civil y Comercial¹⁹.

Con relación a la legítima señala Borda²⁰ que esta institución responde a un poderoso sentimiento de justicia. El testador no puede imponer ninguna limitación al goce de la legítima por parte de los herederos forzosos. Y si impusiese algún gravamen o condición, se tendrán por no escritos (art. 3.598).

Los caracteres de la legítima son la inalienabilidad y la irrenunciabilidad. La primera estaba tratada en el art. 3.598 y la segunda, en el art. 3.599.

La legítima se calculaba en base a una masa patrimonial formada por todos los bienes dejados a la muerte, más las donaciones hechas en vida (art. 3.602), deduciendo previamente las deudas dejadas por el causante.

Los bienes donados debían valuarse al tiempo de la apertura de la sucesión (art. 3.602 que remitía al 3.477).

Cuando la legítima ha sido afectada por donaciones o legados del causante, el legitimario tenía a su disposición la acción de reducción, que era y es, el remedio clásico contra las liberalidades inoficiosas.

Contra la partición hecha por el causante (sea por donación o testamento) y por la que resulte afectada la legítima, el heredero tenía las siguientes acciones: 1) la de reducción, para asegurar el cumplimiento de la legítima (art. 3.537); 2) la de rescisión, para lograr la anulación de la partición (art. 3.536), y 3) la de nulidad por preterición de la partición por donación, si el legitimario había sido excluido totalmente (art. 3.528).

Todos los herederos forzosos gozaban de la acción de reducción (art. 3.601 y art. 1.802, ref. por la Ley 17.711). El heredero forzoso a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, solo podía pedir su complemento.

Sin embargo, es menester resaltar que, con respecto a las donaciones, el art. 1.832, inc. 1 (ubicado metodológicamente en la sección correspon-

¹⁹ F. FERRER, «Aspectos...», *cit.*, p. 4.

²⁰ G. BORDA, *Manual de Sucesiones*, 13.^a ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1997, p. 319.

diente al Contrato de donación), establecía que solamente podían pedir la reducción, los herederos forzosos ya existentes a la época de la donación.

La primera regla con respecto a la reducción, es que ante todo se reducen los legados y, luego, las donaciones.

Si bien el Código de Vélez no establecía cómo se reducían las donaciones, la doctrina era unánime en considerar que se reducían en orden inverso a sus fechas, y solamente las de la misma fecha, se reducían a prorrata²¹.

El art. 3.955 confería efectos reipersecutorios a la acción de reducción, permitiendo que se reclamara la cosa, aún de terceros que la hubieron del donatario.

A pesar de los efectos reipersecutorios, se trataba de una acción personal (derivada del contrato de donación) y por tanto, la prescripción era de diez años (art. 4.023 y su nota), plazo que comenzaba a correr desde el fallecimiento del causante (art. 3.955).

2. El Código Civil y Comercial de la Nación

Como señala Córdoba: «En términos generales debe afirmarse que las normas de la materia sucesoria del Código Civil y Comercial, sancionado por Ley 26.994, recogen las reflexiones y prácticas previas producidas, con fundamento en el derecho contenido en el Código de Vélez. Comprenderlas supone, entonces, poder leer las nuevas disposiciones a la luz de las viejas».

«Del análisis de ello, resulta que la transmisión por muerte compone la materia del Derecho privado que se ha mantenido más inalterada, no solo desde la vigencia del Código Civil originario, sino también en su estructura esencial, respecto a la que en épocas previas a la codificación, respondió a las leyes de España para las Indias; a las normas del Derecho español, para su propio territorio y, en definitiva, a un sistema único derivado del romanista»²².

Las modificaciones de mayor trascendencia en la nueva legislación referida al tema que nos ocupa, es el caso de la disminución de porciones legítimas, la flexibilización testamentaria y la armonización de los contenidos normativos.

El art. 2.445 CCC ha reducido la porción legítima de los descendientes, de cuatro quintos a dos tercios y la de los ascendientes, de dos tercios a un medio, manteniendo en un medio, la del cónyuge. La reforma ha tenido en consideración que las legítimas que imperaban en el Derecho argentino eran de las más altas, en comparación a las que rigen en otros países.

²¹ G. BORDA, *Manual...*, cit., p. 334.

²² M. CÓRDOBA, *Introducción a nuevas normas del derecho sucesorio en el Código Civil y Comercial de la Nación* Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 225 Cita Online: AR/DOC/3914/2014, p.1

Respetó como trascendente en ello, la tendencia doctrinaria argentina hacia la flexibilización de la sucesión testamentaria²³.

Con respecto a la protección de la integridad de las cuotas legítimas, cuando es vulnerada por donaciones o legados efectuados por el causante que exceden su porción de libre disposición, la defensa del heredero legítimo lesionado por el exceso de la porción disponible, se ejerce a través de la acción de reducción, la cual por un exagerado tecnicismo teórico, ha sido innecesariamente desmembrada en cuatro acciones aparentemente distintas: la acción por entrega de la legítima, la acción de complemento de la legítima, la acción de reducción de disposiciones testamentarias y la acción de reducción de donaciones. En el fondo, se trata de la misma acción que persigue el complemento de la cuota legítima mediante la reducción de las liberalidades. Pero no se aceptó esta noción unitaria. Y este inmoderado tecnicismo produce confusión. En primer lugar, al referirse el art. 2.450 a la acción por entrega de la legítima en relación a donaciones del causante que hubiesen privado al heredero forzoso de su herencia, se está superponiendo con la acción de reducción de las donaciones, prevista en los arts. 2.453 y 2.454, pues se trata de la misma acción con igual finalidad²⁴.

Es menester aclarar que el CCC define la donación como contrato en el Capítulo 22, Sección 1.^a del Título IV en el art. 1.542²⁵. En la Sección 3.^a, titulada «Algunas donaciones en particular» en el art. 1.565 trata las donaciones inoficiosas de la siguiente manera: «Donaciones inoficiosas. Se considera inoficiosa la donación cuyo valor excede la parte disponible del patrimonio del donante. A este respecto, se aplican los preceptos de este Código sobre la porción legítima».

En el Capítulo III del Título VIII, denominado Colación de donaciones el art. 2.386 define: «Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge, cuyo valor excede la suma de la porción disponible *más la porción legítima del donatario*, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso».

Esta definición es más amplia que la del art. 1.565, pues considera inoficiosas las donaciones que exceden la parte disponible del patrimonio del donante, *más la porción legítima del donatario*, pero se ha omitido entre los legitimarios, a los ascendientes, ya que solamente menciona a los descendientes y al cónyuge. Estas discrepancias son el fruto de un trabajo en comisiones, donde han intervenido más de 150 juristas y no ha habido una debida coordinación general.

Es vigoroso el debate que ha producido en torno al contenido del art. 2.459 CCC denominado «Prescripción adquisitiva» que establece que la acción de reducción no procede contra el donatario, ni contra el subad-

²³ M. CÓRDOBA, *Introducción...*, cit. p. 4

²⁴ F. FERRER, *Aspectos...*cit. p. 9

²⁵ Art. 1542: «Concepto. Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y esta lo acepta»

quirente que han poseído la cosa donada durante diez años, computados desde la adquisición de la posesión.

El cuestionado art. 2.459, establece que el plazo de diez años de prescripción adquisitiva empieza a correr desde que el donatario o sus sucesores han entrado en posesión del bien, agregando que se aplica el art. 1.901 del CCC, que regula que el sucesor particular puede unir su posesión a la de sus antecesores, siempre que derive inmediatamente de las otras²⁶.

Con esta norma se ha desprotegido la legítima por cuanto, mientras está corriendo dicho plazo de prescripción adquisitiva, el heredero forzoso presuntivo, no tiene acción para defenderse, la cual recién le nace con la muerte del donante, cuando adquiere la calidad de heredero, en cuya oportunidad frecuentemente ya se habrá cumplido aquel plazo de diez años, con lo cual se consuma la lesión a la legítima. En otras palabras: cuando nace la acción, ya será ineficaz por causa de un plazo de prescripción que corrió cuando aquella aún no había nacido, contrariando así un principio jurídico elemental: el curso de la prescripción nace con la acción. Esto es: aunque el derecho exista, la prescripción no corre si no está abierta y expedita la acción del interesado al cual se le va a oponer aquella prescripción. Resulta claro, además, que con el arbitrio proyectado se lesiona el derecho de defensa del heredero forzoso perjudicado por la donación del autor de la sucesión.

Tampoco se ha considerado que el cálculo de la legítima recién se podrá efectuar después de fallecido el causante, sobre la masa de bienes que dejó en ese momento, pues solo en esa oportunidad podrá precisarse si se ha vulnerado o no la legítima.

Sostiene Gutiérrez Dalla Fontana que el inicio del plazo del art. 2.459 CCC debiera comenzar a correr el día de la muerte del causante y no antes. Ocurrida la muerte del causante, también comienza a computarse el plazo de cinco años (art. 2.560 CCC) para que el heredero legitimario cuya legítima fue vulnerada por donaciones o disposiciones testamentarias, promueva la acción de reducción (arts. 2.452-2.453 CCC).

Y propone como solución que el heredero legitimario —una vez ocurrida la muerte del causante— deberá iniciar la acción de reducción dentro del plazo de seis meses del fallecimiento del causante (art. 2.550 *in fine*) y además simultáneamente, deberá probar la dificultad de hecho, requiriendo al juez de la sucesión que lo dispense de la prescripción ya cumplida.

IV. CONCLUSIÓN

Como sostiene Ferrer²⁷, podemos apreciar que los nuevos valores que dominan hoy el derecho sucesorio en la Argentina son, entre otros, el re-

²⁶ E. GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, *Legítima y prescripción*. Publicado en: DFyP 2016 (mayo), 09/05/2016, 113Cita Online: AR/DOC/4543/2015. p. 3

²⁷ F. FERRER, *Aspectos...*cit. p. 12

troceso del régimen protector de la legítima hereditaria en función de la seguridad jurídica y la ampliación del margen de libertad de testar.

Vale decir que, en la actualidad observamos un retorno a lo que establecía el Derecho romano, recorriendo el camino inverso, de la libertad para testar a la consagración de la *pars legitima* en Roma, el Código recientemente sancionado en la Argentina, al reducir las porciones legítimas que establecía el Código de Vélez Sarsfield, amplía la libertad para testar.

Y con relación a las donaciones inoficiosas *inter vivos*, la regulación establecida en el art. 2.459 CCC viola, no solamente el art. 2.444 CCC, sino que además vulnera el derecho de propiedad y de defensa (arts. 17 y 18 de la Constitución de la Nación Argentina) de los legitimarios y afecta el medio de protección de la legítima como institución sucesoria de orden público²⁸.

²⁸ E. GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, *Legítima...*cit., p .5.