

La reforma al derecho sucesorio*

Rubén A. Lamber

Sumario: 1. Introducción. 2. Síntesis de las legítimas en cada caso. 3. Protección de la legítima. 4. Examen comparativo. 5. Orden de las reducciones. 6. La mejora del heredero con discapacidad.

1. Introducción

Si nos atenemos al artículo 2277, con el que se inicia el Libro V del Anteproyecto de reformas al Código Civil en materia de transmisión de derechos por causa de muerte, podemos decir a modo de conclusión que se han dejado reguladas dos maneras de transmitir: a) por voluntad de las partes y b) por imperio de la ley.

Pasaron ya los tiempos del derecho romano primitivo, en que la voluntad del paterfamilias era absoluta y excluyente; siendo herederos solamente los que él nombraba en contraposición del derecho germano, en que la comunidad familiar superaba las pretensiones individuales y se imponía la transmisión de los bienes de la misma a sus componentes, generando aquella expresión que sostenía que sólo Dios puede hacer un heredero.

Admitida hoy la concurrencia de la sucesión testamentaria y la ab intestato, el punto de confluencia entre ambas se dará fundamentalmente con relación a la legítima, de la que luego nos ocuparemos. En la primera acoge la voluntad del causante, que –tanto en una como en otra sucesión– puede serlo por causa de muerte real o presunta, pudiendo instituir herederos o disponer sólo parcialmente de los bienes, utilizando la forma testamentaria, sea ológrafa o por escritura pública únicamente.

En la otra, llamada ab intestato, o sin testamento, se precisa quiénes son los herederos legítimos, a falta de designación expresa, o los que no pueden ser desplazados por la voluntad, ni por actos que comprometan bienes de la masa hereditaria mediante donaciones en vida del donante, o legados para

* Este trabajo fue presentado en el LXIII Seminario Teórico-práctico “Laureano Arturo Moreira”, organizado por la Academia Nacional del Notariado (Buenos Aires, 28-29 junio 2012).

después de la muerte, llamados legitimarios. En cuanto al patrimonio de esa masa, está compuesto por los bienes del causante que existen al momento de la partición, o los que se han subrogados en ellos; y los acrecimientos de unos y otros, con deducción de las deudas del causante, sumándose los valores que deben ser colacionados y los bienes sujetos a reducción (art. 2376). Este patrimonio excede lo que en verdad se transmite al momento de la muerte (no comprende en esa instancia ni los acrecimientos, ni los bienes subrogados luego, ni las deudas de la misma masa), pero a su vez está limitado a lo que se extingue por el fallecimiento del causante (derechos personalísimos, derechos reales como el usufructo, uso o habitación, etc.).

Entonces, el artículo 2277 del Anteproyecto define con precisión la apertura de la sucesión:

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 defiende por la ley. La herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento.

El artículo 2278 precisa los conceptos de heredero y legatario en una primera aproximación al tema, que por supuesto deja afuera casos particulares desarrollados más adelante, como el supuesto del legatario de cuota o de remanente, con ciertas afinidades con la calidad de heredero. Referido a este último, la norma señala como pauta determinante de su condición, la transmisión de la universalidad o una parte indivisa de la herencia, y reserva la expresión legatario, para quien recibe un bien particular o un conjunto de ellos. Resulta, entonces, que los herederos pueden ser instituidos en testamento válido, sin dejar dudas sobre la persona instituida –como señala el artículo 2484– o resultar deferidos por la ley, como regula el artículo 2424, al señalar quiénes son los herederos legítimos (descendientes, ascendientes, cónyuges o parientes colaterales hasta el cuarto grado).

En el artículo 2279 aclara las dudas que pudiera generar situaciones particulares para precisar qué personas pueden suceder al causante, y en tal sentido indica primeramente a las personas humanas existentes al momento de su muerte. Si estas lo pre-

ceden, sus propios legitimarios ocupan su lugar por derecho de representación, limitado por un lado a los descendientes sin limitación de grados (art. 2427) y por el otro, a los colaterales de grado más próximos, con la excepción del derecho de representación de los descendientes de los hermanos hasta el cuarto grado con relación al causante (art. 2439).

En cuanto a la representación, reitera el derecho vigente, en tanto tiene lugar no sólo en los casos de premoriencia del heredero del causante, sino también cuando su heredero renuncia a la herencia o es declarado indigno de suceder a su ascendiente (art. 2429), pero omite señalar los supuestos de comoriencia, en que la doctrina ha resultado en la misma línea de la premoriencia, por cuanto no es el tiempo el factor determinante de su aplicación, sino la imposibilidad de suceder al representado, que no pudo recibir la herencia de su antecesor, no solo por su premuerte, sino por la posterior renuncia o la declaración de indignidad. Luego, señala el mismo artículo a las personas concebidas en ese momento que nazcan con vida. El artículo 19 del Anteproyecto dice que la existencia de las personas comienza con la concepción en la mujer, y en el artículo 20 se establece la época de la concepción entre un máximo y un mínimo fijados para la duración del embarazo, con la presunción de un plazo máximo de 300 días y un mínimo de 180 días, con exclusión del día del nacimiento, y la condición del nacimiento con vida, hecho que en principio se presume, salvo prueba en contrario.

También podrán ser herederos o legatarios del causante las personas nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción asistida, con los requisitos previstos en el artículo 563. El artículo 19 incluye la moderna legislación sobre reproducción en que el comienzo de la persona ya no resulta de la concepción, sino de la implantación del embrión en la madre mediante técnicas de reproducción humana asistida. En estos supuestos, es necesario tener en cuenta el artículo 563 sobre filiación post mórtem.

El último supuesto sobre personas que pueden suceder al causante es el inciso referido a las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento. Claro que no es un supuesto válido para la sucesión ab intestato, pero contempla la posibilidad de designación por voluntad del testador, en tanto no afecte la legítima de herederos legitimarios, pudiendo suceder al causante. Contempla

no sólo el caso de sociedades existentes, sino también las fundaciones que se creen especialmente para recibir el patrimonio del causante.

Entre las reformas importantes, figura la supresión del derecho de la nuera viuda sin hijos, del artículo 3576 bis del Código Civil, y la conservación del derecho de habitación de la cónyuge supérstite, regulado en el Anteproyecto en el artículo 2383. Respecto de la legítima, sobre la que nos ocuparemos especialmente, queda potenciada la doctrina de la *pars hereditatis*, que Zannoni define como integrante de la herencia (“quien no tiene derecho a la herencia, tampoco lo tiene a la porción legítima”) en contra de la *pars bonorum*, “a que tienen derecho los legitimarios aunque no conserven llamamiento a la herencia”¹.

El Anteproyecto define la porción legítima en el artículo 2444:

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.

Conforme al artículo 2445, la legítima de los descendientes se reduce a dos tercios (2/3) y la de los ascendientes –así como la del cónyuge–, a un medio (1/2). Queda entonces una porción disponible para los descendientes de un tercio; y para los dos restantes, de un medio. Y en caso de concurrencia solo de descendientes o solo ascendientes, la porción disponible se calcula según sus respectivas legítimas, pero si concurren el cónyuge con descendientes, se calcula sobre la legítima mayor, es decir, dos tercios de los descendientes.

Pero lo más importante de esta reforma, amén de la porción, es la mejora prevista a modo de una legítima corta del derecho español, pero limitada al heredero con discapacidad.

En el artículo 2448 se establece que

El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio (1/3) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a ascendientes o descendientes con discapacidad...

1. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Astrea, 2008, tomo 2, p. 141.

Sin perjuicio del análisis que hagamos luego de este supuesto, vamos a explicar cómo juega la porción legítima con la mejora,

indudablemente, cuando hay varios herederos, por cuanto tratándose de uno solo, no hay necesidad de ello.

Partiendo del supuesto de tres herederos descendientes, su porción legítima global es de dos tercios ($2/3$), que multiplicado por cada hijo y teniendo en cuenta que hay un tercio ($1/3$) de porción disponible, representa $6/9$ del total (o sea $2/9$ de porción legítima por cada hijo). A su vez, el tercio disponible, es equivalente a $3/9$. Para establecer la mejora, hay que colocarse en la porción legítima del que pretende hacerla, que es de $2/9$. Si para él, $2/9$ representa su porción legítima de $2/3$, y la mejora para el heredero con discapacidad se puede incrementar en $1/3$ de las porciones legítimas, que en total representan $6/9$, la mejora debe ser de $2/9$.

Reduce la legítima de los herederos no beneficiados a $1/3$, es decir, la mitad de los $2/9$ que le correspondían sin deducción. En consecuencia, el incapaz tendrá $2/9$ por sus $2/3$ de legítima y $2/9$ por el tercio de la legítima total, que sumados dan $4/9$. A su vez, como el artículo 2448 del Anteproyecto dice que la mejora se puede hacer utilizando la porción disponible que es de $3/9$, el máximo a que puede aspirar el incapaz es de $7/9$, contra los $2/9$ restante que se reparten entre los legitimarios afectados por la mejora. Claro que el causante pudo haber hecho la mejora en favor de los otros, en parte o en el todo, o bien utilizarla en donaciones o legados a extraños, en cuyo caso no habiendo disposición expresa para el discapacitado, no lo beneficiará.

En conclusión, utilizando para el discapacitado del artículo 2448 del Anteproyecto todo lo admitido, puede sintetizarse así: $2/9$ que representa los $2/3$ de su porción legítima, cuando concurre con los dos restantes herederos; $2/9$ como mejora, que es el tercio de la legítima total de $6/9$ y afectada la totalidad de la porción disponible de $3/9$ asciende a $7/9$ del total de la masa partible.

Los herederos no beneficiarios, perdidos el tercio de mejora, perciben la mitad de lo que les hubiera correspondido sin ella: es decir, $1/9$ cada uno.

2. Síntesis de las legítimas en cada caso

2.1. *Descendientes*

Según el artículo 2446 es de $2/3$. Los hijos heredan por derecho propio y partes iguales. Sus descendientes heredan por re-

presentación (art. 2428), por estirpe en cada rama, y dentro de ésta, por cabeza. (Reciben, cualquiera sea la cantidad de nietos, lo que hubiera correspondido a su padre representado). Suceden sin limitación de grados (art. 2427).

2.1.1. *Adoptados*

Para comprender el orden sucesorio, debemos hacer las distinciones que resultan del capítulo respectivo en el Anteproyecto (antecedentes: Leyes 13.252, 19.134 y 24.779).

2.1.1.1. *Adopción plena (art. 620, Anteproyecto)*

Según el artículo 2430, el adoptado y sus descendientes tienen iguales derechos a los que son descendientes por naturaleza o por técnicas de reproducción asistida. Se extinguen los vínculos con la familia de origen, pero subsisten los impedimentos matrimoniales.

2.1.1.2. *Adopción simple (art. 620, Anteproyecto)*

Tiene estado de hijo, pero no crea vínculos con parientes ni cónyuge del adoptante. Conforme al artículo 627 del Anteproyecto: no se extingue el vínculo con la familia de origen. Hay derecho de representación del adoptado y sus descendientes en la sucesión de los ascendientes del adoptante, pero ni el adoptado ni sus descendientes son herederos forzosos; no gozan de porción legítima en la sucesión del ascendiente del adoptado, y por tanto no puede ser obligado a colacionar ni a reducir las donaciones que en vida se les hubiera hecho, ni tampoco puede pedir a los otros herederos iguales medidas. Puede resultar desplazado como heredero en testamento.

2.1.1.3. *Adopción de integración (art. 620, Anteproyecto)*

Se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente. Conforme al artículo 630, mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante.

El artículo 631 del Anteproyecto establece los efectos entre adoptado y adoptante: a) si el adoptado tiene un vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos

de la adopción plena; b) si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen, se aplica lo dispuesto en el artículo 621, según el cual, el juez puede otorgar la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño.

El juez puede mantener subsistente el vínculo con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple.

Esto no modifica el régimen legal de la sucesión ni la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados para cada tipo de adopción.

2.2. Ascendientes

Artículo 2455. Legítima: 1/2. Heredan (Art. 2431):

- A falta de descendientes.
- Dividen por partes iguales.
- No hay derecho de representación.
- Ascendiente más próximo desplaza al más remoto.
Aunque sean de distinta rama, dividen por cabeza (ejemplo: dos abuelos maternos y uno paterno= 1/3 cada uno).

2.2.1. Parentesco por adopción

Artículo 2432. Los adoptantes son considerados ascendientes.

2.2.1.1. Adopción simple

- 1) Los adoptantes no heredan bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de origen.
- 2) La familia de origen no hereda bienes recibidos por el adoptado por título gratuito de la familia de adopción.
- 3) Las exclusiones no operan si, en su consecuencia, no quedan bienes vacantes (en el Código vigente sucede el Estado, ahora el otro grupo.)
- 4) En los demás casos, los adoptantes excluyen a los padres de origen.

2.3. *Legítima del cónyuge*

Artículo 2445: un medio ($\frac{1}{2}$). Concurrencia con descendientes (art. 2446). Porción disponible sobre legítima mayor ($\frac{2}{3}$ hijos = $\frac{1}{3}$). Concurrencia con ascendientes (art. 2446). Según las respectivas legítimas = $\frac{1}{2}$.

2.4. *Legítima con descendientes*

Artículo 2433: bienes propios, misma parte que un hijo. Bienes gananciales, tiene su 50 % y no concurre en el 50 % de su cónyuge causante, al que heredan por partes iguales los hijos.

2.5. *Legítima con ascendientes*

Artículo 2434. Al cónyuge corresponde la mitad de la herencia (que es la mitad ganancial del causante). La otra mitad le pertenece en la división de los gananciales, con lo que le corresponde el 75 % del total. Los ascendientes reciben el 25 % que representa la mitad de la parte de la herencia.

2.6. *Colaterales*

Artículo 2435. A falta de ascendientes y descendientes, el cónyuge recibe todo, excluyendo a los colaterales.

2.7. *Pérdida de vocación hereditaria*

Artículo 2437. Exclusión del derecho hereditario entre cónyuges por divorcio, separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo, que implica cese de la convivencia.

2.8. *Matrimonio in extremis*

Artículo 2436. No hereda el supérstite si muere el otro dentro de los 30 días de celebrado el matrimonio, a consecuencia de enfermedad existente en el momento de la celebración y de desenlace fatal previsible. Excepción: matrimonio precedido de unión convivencial.

2.9. Sucesión de colaterales

Artículo 2438: suceden los consanguíneos colaterales hasta el cuarto grado inclusive (a falta de descendientes, ascendientes o cónyuges).

Artículo 2439: grado más próximo excluye al grado ulterior. Excepción: derecho de representación de los descendientes de hermanos hasta el cuarto grado. Los hermanos y descendientes de hermanos desplazan a los demás colaterales.

Artículo 2440: división. Unilaterales: reciben la mitad de lo que corresponde a los bilaterales. En los demás casos, los colaterales hermanos heredan por partes iguales.

2.10. Declaración de vacancia

Artículos 2441 a 2443. Según el artículo 2424 *in fine*: a falta de herederos, los bienes corresponden al Estado Nacional, provincial o Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el lugar en que estén situados. Según Zannoni, no es heredero por más que deba satisfacer las deudas del causante y tenga a cargo la liquidación. El Estado recibe en razón de la soberanía y el dominio eminente sobre los bienes.

3. Protección de la legítima

Decía Rébora en la interpretación del Código Civil velezano:

Llamamos régimen legal imperativo al que se abre cuando existen herederos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que dichos herederos no pueden ser privados, de tal modo que la capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos.²

A pesar de las modificaciones que sufriera el Código Civil, en particular con la Ley 17.711, y con las ahora proyectadas, este principio no ha cambiado. Y ello es así, porque a la primitiva libertad de testar en forma absoluta, se impuso la razonabilidad de una limitación para satisfacer las necesidades de su familia inmediata, que en definitiva había participado con el

2. RÉBORA, Juan C., *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1952, p. 65.

causante en la formación de su patrimonio. En la Roma primitiva, se comenzó a ejecutar esta defensa mediante la querrela de inoficiocidad, que declaraba la nulidad del testamento toda vez que al heredero no se le había dejado una porción legítima, que podía serlo reservando para ellos una parte de los bienes, o atribuyéndolo por otro título como sería el legado o donación mortis causa.

Cuando estos actos de disposición en vida del causante eran en favor de extraños en perjuicio de la legítima, se obtenía la nulidad de estas disposiciones. Y si solo afectaba a una parte de la porción legítima, se le daba la acción de suplemento para completarla. Conforme con ello, para salvar el testamento de la nulidad, se dispuso con el tiempo una cláusula para que se completara la legítima según el arbitraje de un hombre honrado.

Dice Pérez Lasala que, en tiempos de Justiniano, la cláusula se dio por sobreentendida por una Constitución del año 528, por la cual se obtenía la diferencia hasta completar la legítima y se salvaba el testamento en todo lo que no interfiriera con ella. Ya en el año 40 a. C., con la sanción de la Ley Falcidia, se reconoce a los herederos legitimarios un cuarto del haber hereditario quedado por muerte del testador, y reduciendo al efecto, los legados.³ Ya no se trata de la nulidad del testamento, sino de la protección de la legítima; y a tal efecto, se incluyen en la masa las donaciones efectuadas en vida. La cuarta Falcidia anticipa el origen de la pars legítima como parte de la herencia compuesta por el caudal relicto y el donatum. Si las donaciones habían sido hechas a un heredero legitimario, se imputaban a la porción legítima; y si lo era a un extraño, a la porción disponible. En cuanto a los legados, se imputan a la porción disponible, pero si no es suficiente y afecta la porción legítima, deben ser reducidos. Lo mismo sucedió con las donaciones.

Por el año 361, para evitar que las disposiciones del testador fueran anuladas, se reguló, como ya dijimos, la acción de complemento, las que junto a la reducción, vemos hoy vigentes en nuestro derecho.

En nuestro Código Civil, se reguló la obligación de colacionar las donaciones hechas en vida por el causante; y si las mismas eran a favor de legitimarios, se imputaban a su legítima, salvo dispensa de colación, mediante la cual la imputación podía hacerse a la porción disponible, la que por el artículo 3484 debía serlo por testamento, con algunas discrepancias

3. PÉREZ LASALA, José L., *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1981, volumen II, "Parte especial", pp. 756 y ss.

doctrinas fundadas en el artículo 1805, para admitirla en la misma escritura de donación.

Hoy, se resuelve el conflicto en el actual Anteproyecto, admitiendo la dispensa por cualquiera de las dos formas posibles (testamento o escritura de donación).

Por el artículo 2376 del Anteproyecto, se fija la integración de la masa partible conformada por los bienes del causante que existen al tiempo de la partición; los que se han subrogado a ellos, los acrecimientos de unos y otros para deducir seguidamente las deudas y agregarle los valores que deben ser colacionados y los bienes sujetos a reducción.

Conforme al artículo 2458 del Anteproyecto, la acción de reducción tiene por finalidad restablecer la merma que ha sufrido la masa partible, con efectos reipersecutorios, incluso contra terceros adquirentes para recuperar la cosa misma, no obstante lo cual se puede impedir dando su valor en dinero.

Resulta ello de los efectos de las donaciones conforme al artículo 2454 del Anteproyecto, conforme con el cual, si la reducción es total, la donación queda resuelta y por tanto se podría pedir la restitución en especie. Pero en el párrafo tercero del citado artículo, se establece que: “el donatario puede impedir la resolución entregando al legitimario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima”.

Ante la incertidumbre que genera en nuestro derecho vigente la recuperación de la cosa misma, conforme a lo dispuesto por el artículo 3955 del Código Civil, cuyo plazo de prescripción es de diez años contados desde la muerte del donante (y las vacilaciones sobre las donaciones a los mismos legitimarios, que para parte de la doctrina no tienen reipersecución porque solo se colacionan sus valores), ahora se establece en forma expresa la condición legar para todos los casos, de que se aplica si perjudica a la legítima, salvo que estos renunciaran a la acción o a la herencia después de muerto el causante.

Así las cosas, se estableció que la acción de reducción con efectos reipersecutorios no procede cuando el donatario o su subadquirente ha poseído la cosa donada durante diez años desde la adquisición de la posesión (art. 2459 del Anteproyecto).

Debemos suponer que la misma se adquiere en el mismo acto de la donación. Y ante la posibilidad de posteriores enajenaciones, el artículo 1901 contempla la posibilidad de unir las posesiones, en cuyo caso la misma debe derivar directamen-

te de su antecedente y la unión debe ser de buena fe y por un vínculo jurídico.

Si partimos de que el subadquirente conoce el título que causa la transmisión, no puede hablarse de mala fe u ocultamiento del transmitente, por cuanto está transmitiendo quien adquirió por un título legítimo, no prohibido en modo alguno, pero sujeto a una acción de reducción para el caso de que en el plazo indicado se presentara algún legitimario a reclamar por el perjuicio que le produjo el acto.

La donación, como se ha dicho reiteradamente en doctrina vigente, no está afectada de nulidad por atacar la legítima. Prueba de ello es que ante el reclamo por reducción, se puede entregar –a cambio de la cosa donada– su valor, y que si nadie reclama, el título se perfecciona por el transcurso del tiempo.

Por tanto, como título causal, establece un verdadero vínculo jurídico. Si luego el donatario transmite y el adquirente lo hace a título oneroso, hay buena fe y vínculo inobjetable, lo que hace correr el plazo desde la primitiva donación. Es lo que requiere el artículo 1901 cuando dice que el sucesor particular puede unir su posesión a la de sus antecesores, siempre que derive inmediatamente de las otras. En la prescripción breve, las posesiones unidas deben ser, entonces, de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico, de lo que no hay duda para el supuesto tratado.

Confesamos que la norma nos provoca incertidumbre sobre la naturaleza jurídica de la adquisición, dado que siendo la donación un título válido, aunque se tratara de un dominio revocable, es la verdadera causa de la misma y no la mentada prescripción corta que opera directamente sobre el posible reclamo de los herederos legitimarios afectados protegidos por la acción de reducción, y no sobre el título.

El plazo, en los términos del artículo 1901, no genera un justo título, dado que el mismo en el derecho vigente sería el que proviene de quien no es dueño; y en el artículo 1902 del Anteproyecto, del otorgante que no es capaz o no está legitimado al efecto.

Quien dona, si no fuera capaz, estaría afectando el título mismo de la donación, que sería nulo por esa causal; y si es capaz y la donación reúne los requisitos legales, está legitimado para transmitir, sea como dominio pleno o perfecto o revocable.

Por tanto, la adquisición no se produce por prescripción adquisitiva, sino por la causa fuente que le dio origen al título.

Señala el último párrafo del artículo 1902 del Anteproyecto:

Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial.

No puede por ello generar mala fe de quien adquiere de un donatario, porque ya sabe que lo hace como dominio revocable o sometido a un condición que acepta como tal, y de lo que se trata es de unir las posesiones para que con el tiempo se extinga el posible reclamo de herederos legitimarios perjudicados.

Por tanto, entendemos que no adquiere el donatario o sus subadquirentes con relación a la primera donación por la prescripción corta, sino que ésta extingue la acción de reducción y perfecciona lo que estaba sujeto a condición, perfeccionando el título como dominio pleno y perfecto.

El otro aspecto que en la práctica se ha de plantear es el de las donaciones hechas con anterioridad a la sanción del Anteproyecto como ley, dado que al establecerse nuevas normas de prescripción de la acción de reducción con efectos reipersecutorios, se debe aplicar la nueva ley, ya que la misma opera sobre las consecuencias del acto celebrado.

La duda es si se cuenta el plazo transcurrido desde la celebración del acto y la sanción del Anteproyecto como ley. Pero en ese aspecto queda claro que el plazo de diez años se cuenta desde este último acontecer, tal como resulta del artículo 2537:

Los plazos de prescripción en curso, al momento de entrada en vigencia de una nueva ley, se rigen por la ley anterior. Pero si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia.

Sin embargo, si el plazo conforme al Código Civil hubiera transcurrido por efecto del cómputo desde la muerte del causante, se aplicaría la ley anterior, como dice el primer párrafo del artículo referido, dado que se requiere –para operar la prescripción– un plazo menor que el cómputo de diez años desde la vigencia de la nueva.

En cuanto a la otra defensa de la legítima, resulta de la acción de complemento, conforme con la cual puede pedirla el

legitimario a quien se le ha dejado menos de su porción legítima (art. 2451 del Anteproyecto).

En sustancia, en camino a la defensa de la legítima, se busca la igualdad de los herederos legitimarios. Y para ello es necesaria la colación de las donaciones efectuadas en vida del causante para determinar la masa partible, formada por el caudal relicto y el donatum.

Por tanto, vamos a hacer un examen comparativo del derecho vigente (Código Civil) y la proyectada reforma (Anteproyecto).

Las donaciones se imputan a la porción legítima como un anticipo de la misma, salvo dispensa de colación. Igual en el artículo 3476 del Código Civil como en el artículo 2385 del Anteproyecto.

- 1) Forma de la dispensa. Para el artículo 3484 Código Civil, la dispensa se debe acordar en testamento. Para la doctrina, aplicando el artículo 1805, sería admisible en la donación, pero parte de la doctrina lo rechaza. En el artículo 2385 del Anteproyecto, la dispensa o cláusula de mejora puede hacerse en la donación o por testamento. En el mismo artículo se dispone que el legado no requiere dispensa y se entiende hecho como mejora.
- 2) Los herederos instituidos por testamento no colacionan (art. 3713, CCiv.), aunque la doctrina lo admite cuando se instituye a los propios legitimarios. Este criterio fue adoptado por el artículo 2385 del Anteproyecto, cuando los instituidos sean los propios legitimarios o cónyuge.
- 3) ¿Quiénes deben colacionar? Para el artículo 3476 del Código Civil, los legitimarios descendientes y ascendientes. Excluye a los colaterales. En doctrina, se admite también al cónyuge (no incluido en la norma), así como las donaciones propter nupcias. En el artículo 2385 del Anteproyecto, colacionan los descendientes del causante y cónyuge. No incluye a los ascendientes. Desaparecida del Anteproyecto, la prohibición de donar entre cónyuges se resuelve como en el supuesto de los descendientes inoficiosa, en tanto el valor de la misma excede la suma de la porción disponible más la porción de legítima del donatario. Aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso. Según el artículo 2395, la colación no puede ser pedida por quien no era heredero presuntivo a la fecha de la donación, ni

por el cónyuge de las que recibiera antes del matrimonio. Las que son *propter nuptias* (las que se hagan entre ellos según el art. 446 inc. c del Anteproyecto), deben considerarse simultáneas a la celebración del matrimonio porque se perfeccionan con él (art. 451 Anteproyecto) y por tanto, son colacionables.

- 4) Derecho de representación. En el artículo 3482 del Código Civil, se establece que los nietos, en representación de sus padres pre-muertos, deben colacionar lo que éstos hubieren recibido del causante. En el párrafo segundo del artículo 2389 del Anteproyecto, se establece que las donaciones hechas a los descendientes del heredero no deben ser colacionadas por éste, pero el descendiente del donatario que concurre a la sucesión del donante por representación debe colacionar la donación hecha al ascendiente representado.
- 5) Donaciones al cónyuge. Prohibidas por el artículo 1807 del Código Civil y permitidas en el Anteproyecto, relacionado con las que se hicieran al cónyuge del heredero, establece el artículo 2390 del Anteproyecto que no deben ser colacionadas por éste, y las que se hicieron conjuntamente deben colacionarse por la mitad, por el que resulta heredero.
- 6) Renuncia de herencia. Por el artículo 3353 del Código Civil, se considera como si nunca hubiera sido heredero, pero puede retener las donaciones que el causante le hubiera hecho (art. 3345, CCiv.). En el Anteproyecto, el artículo 2387 dispone que los descendientes o cónyuges que renuncian, pueden retener la donación recibida o reclamar el legado hasta el límite de la porción disponible. El artículo 2385 del Anteproyecto dispone en su último párrafo que el legado hecho se considera a título de mejora, salvo que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario.
- 7) Objeto de la colación. Desaparecidas las liberalidades del artículo 1791 del Código Civil en el actual Anteproyecto, se puede interpretar la donación –como ya lo venía haciendo la doctrina– como todo enriquecimiento patrimonial a título gratuito. Si bien el artículo 1542 del Anteproyecto define la donación “cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una COSA a otro y ésta lo acepta”, en el artículo siguiente se resuelve aplicar subsidiariamente las normas de este capítulo a los demás actos

jurídicos a título gratuito (art. 1543 Anteproyecto). Trasladado el problema a la colación, encontramos aplicación del criterio extremo, según el cual no sólo las donaciones de cosas son colacionables, sino también, como dice el artículo 2391 del Anteproyecto, “a los beneficios recibidos en consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles una ventaja particular” (a modo de ejemplo dando el usufructo, uso o habitación de algún bien, que no transfiere la propiedad como se sostiene en el régimen del Código Civil, o con simples derechos personales como el comodato para el desarrollo de una actividad, que lo beneficia por la gratuidad que implica), “excepto dispensa y lo dispuesto para el heredero con capacidad restringida en el artículo 2448”.

Es decir, que de la primera parte se desprende que los mentados beneficios deben ser colacionados a la masa, y sólo si se hace dispensa, se imputan a la porción disponible. En cuanto a la excepción con relación a la mejora del artículo 2448, no se debe colación, por cuanto la misma se toma de la porción legítima, desequilibrando así la igualdad de los herederos pero con el principal objetivo de equilibrar la diferencia que entre ellos provoca la discapacidad.

En el artículo 2392 del Anteproyecto, si bien se mantienen las excepciones a la obligación de colacionar gastos de alimentos, asistencia médica por extraordinarios que sean educación y capacitación profesional o artística de los descendientes, se limita –contra lo que señala el actual Código Civil (art. 3480)– cuando los mismos sean desproporcionados con la fortuna y condición del causante, en cuyo caso, el exceso deberá ser colacionado. Igual criterio se sigue para los gastos de boda, que no deben exceder de lo razonable, así como los presentes de uso. También se deben colacionar las primas del seguro de vida pagadas por el causante que favorecen al heredero, hasta la concurrencia del premio cobrado por el asegurado. En el Anteproyecto, se establece en forma expresa el deber de colacionar lo utilizado para la colocación o establecimiento del coheredero, o lo dado para el pago de deudas de éste.

En el artículo 2393 del Anteproyecto, se establece que si lo donado por el causante perece sin culpa del donatario heredero, éste no está obligado a colacionar, pero sí debe-

rá hacerlo si ha recibido una indemnización por la pérdida. Y en cuanto a los frutos, no se deben colacionar, pero debe los intereses del valor colacionable desde la notificación de la demanda.

4. Orden de las reducciones

Lo establece en primer lugar el artículo 2452 del Anteproyecto, a fin de recibir o complementar la porción legítima, comenzando por la institución de herederos de cuota y de los legados. Estos a su vez se reducen en el orden establecido en el artículo 2358 del Anteproyecto, conforme con el cual el administrador de la sucesión debe pagar a los acreedores presentados según el grado de preferencia de cada crédito establecido en la ley de concurso.

En cuanto a los legados, se cumplen en los límites de la porción disponible: a) los que tienen preferencia otorgada por el testamento; b) los de cosa cierta y determinada y c) los demás legados. Si hay varios de la misma categoría, se pagan a prorrata. Por la remisión del artículo 2452 del Anteproyecto, la reducción también se hace en este orden.

No siendo suficiente estas reducciones para cubrir la legítima, se pasa a reducir las donaciones conforme al artículo 2453, tomando primero la última donación efectuada por el causante, y luego, en orden inverso a sus fechas hasta salvar el derecho del reclamante. Las de igual fecha se reducen a prorrata.

5. La mejora del heredero con discapacidad

Ya nos hemos referido a la forma de calcular la mejora, conforme a lo regulado en el artículo 2448 del Anteproyecto. Y dado que deja al causante la posibilidad de ejecutarla por distintos medios que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, vamos a referirnos a ella.

La mejora estricta puede ser cubierta mediante una donación que se haga en vida del causante, y como vimos, siguiendo el ejemplo de tres herederos, uno de ellos con discapacidad, puede llegar a ser de $\frac{7}{9}$ sobre el total de $\frac{9}{9}$, en que reduciría la porción de los herederos capaces a $\frac{1}{9}$ cada uno (baja de los dos tercios a un tercio su porción) favoreciendo al incapaz

incluso con los 3/9 de porción disponible, si así lo resuelve el causante. No obstante, esta porción puede ser utilizada para favorecer y equilibrar en parte a los otros coherederos perjudicados, o para donaciones o legados a extraños.

La desaparición del legatario de cuota los excluye de la discusión sobre si eran herederos o no, y ahora se instituye heredero de cuota sobre la universalidad o legatario sobre las cosas de la herencia (art. 2778). En tales supuestos, la mejora puede tomarse sobre el total de la herencia o dando un bien, en la donación o el legado que no supere la porción legítima más la mejora. Y si se quiere incluir también la porción disponible, deberá decirlo expresamente, en la misma medida que deberá señalarlo para la voluntad de mejora estricta.

En estos supuestos, la titularidad resulta directamente de la donación o el legado, pero la norma admite aun que lo sea a través de la figura del fideicomiso, circunstancia en que la titularidad inmediata, a la muerte del causante, no es del heredero discapacitado, sino del fiduciario designado para cumplir la finalidad de favorecer al discapacitado, que en todos los casos será destinatario final del fideicomiso; pero mientras tanto, recibirá las ventajas de la administración de éste.

La forma para efectuar esta mejora estricta para después de la muerte del causante, es a través del fideicomiso testamentario, que conforme al artículo 1699 del Anteproyecto puede constituirse por testamento (en el Anteproyecto, limitado al ológrafo según artículos 2477/78, o por escritura pública según artículos 2479 a 2481, únicamente), el que deberá contener las enunciaciones requeridas por el artículo 1667, con especial referencia a la mejora estricta por remisión que se hace al artículo 2448; y la amplitud de conformarla sobre toda la herencia o una parte indivisa de la misma, o sobre bienes determinados, según el artículo 2493, donde se hace la reserva a que no afecte la legítima de los herederos forzosos, pero con la excepción de la mejora estricta del artículo 2448 del Anteproyecto.

Pero así como se puede hacer la donación en vida de ciertos bienes para aplicarlo a la porción legítima del heredero con inclusión de la mejora, y hasta de la porción disponible que se conocerá una vez abierta la sucesión, puede también hacerse un fideicomiso en vida con la misma finalidad del testamentario.

No debe confundirse la finalidad de administrar el patrimonio comprendido en el fideicomiso con la intención de

favorecer al heredero discapacitado, con la prohibición del artículo 1700 del Anteproyecto de transmitirlo a otro fiduciario de existencia actual o futura, por cuanto en este supuesto caeríamos en la sustitución fideicomisaria, prohibida (art. 2491, Anteproyecto).

Se trata aquí de transmitir al beneficiario del fideicomiso, a quien como fideicomisario –en definitiva– se le deberá transmitir todo el patrimonio a la fecha de conclusión del mismo, en cuyo caso se deberá atender a la extensión del plazo, que mientras en los casos regulares es de 30 años, salvo el menor plazo pactado, y para los supuestos de incapacidad se extiende hasta el cese de la incapacidad o la muerte conforme al artículo 1668.

Claro que el supuesto que contemplamos no es propiamente de incapacidad, sino de la discapacidad a la que se refiere el artículo 2448, que no es la del incapaz de derecho, sino la 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. Dado el espíritu de protección de la norma, no deja duda de la aplicación del plazo extenso del artículo 1668.

Otra particularidad de este fideicomiso para dar protección al discapacitado está relacionada con el objeto conforme al artículo 1670 del Anteproyecto, en que pueden serlo todos los bienes que se encuentren en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras.

Si este fideicomiso se hizo por contrato, claro que no comprenderá la universalidad ni una parte de ella, porque siendo actual, debe referirse a bienes determinados, salvo que se tratara de una herencia del fiduciante, que cede en fideicomiso. La universalidad de la herencia del causante solo existe desde su muerte y, como tal, puede ser objeto del fideicomiso testamentario únicamente.

A los efectos de su regulación, deben tenerse en cuenta las disposiciones sobre fideicomiso, en particular las generales de los artículos 1666 a 1689, las del fideicomiso testamentario citadas (1699-1700) y las relacionadas con el dominio fiduciario (arts. 1701-1707) cuando se trata de cosas.