

Título: Aspectos de las sucesiones en el nuevo Código

Autor: Ferrer, Francisco A. M.

Publicado en: LA LEY 23/09/2015, 23/09/2015, 1 - LA LEY2015-E, 864

Cita Online: AR/DOC/2778/2015

Sumario: I. Introducción. — II. Vélez Sarsfield y su Código. — III. El derecho sucesorio en el Código Civil y Comercial. — IV. Pactos sobre herencia futura. — V. Personas que pueden suceder al causante. — VI. Administración de la herencia. — VII. Partición y colación. — VIII. Régimen legitimario. — IX. Desheredación. — X. Sucesión testamentaria.

Nuevos valores dominan hoy el derecho sucesorio: el retroceso del régimen protector de la legítima hereditaria en función de la seguridad jurídica; la protección y promoción de los derechos del heredero discapacitado por solidaridad familiar; la protección de la empresa, que se manifiesta en la admisión creciente de los pactos sobre herencia futura, y en el régimen de las indivisiones forzosas y de las atribuciones preferenciales; y la ampliación del margen de libertad de testar y del ejercicio del derecho a testar de personas discapacitadas.

I. Introducción

Antes de ocuparnos de algunos aspectos del derecho de sucesiones en el Código Civil y Comercial, debemos referirnos previamente al Código Civil de don Dalmacio Vélez Sarsfield, por dos motivos: primero porque resulta inexcusable un oportuno homenaje y reconocimiento a su autor y a los ponderados méritos del Código que nos rigió hasta las 24 horas del 31 de julio pasado. Vélez lo elaboró en soledad, sin Internet, sin teléfono, sin computadora, sin máquina de escribir, con el recurso únicamente de su enorme talento, de su experiencia de abogado y estadista, y de su vastísima cultura jurídica, apoyada en una muy bien dotada biblioteca. Y segundo, 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.

II. Vélez Sarsfield y su Código

El Código velezano ha regido las relaciones civiles de los habitantes del país durante ciento cuarenta y cinco años, y esta vigencia de casi siglo y medio es la más elocuente demostración de su excelencia, debida sin duda a las excepcionales cualidades de su autor: su penetrante sentido realista para resolver los conflictos humanos, su capacidad y experiencia de hombre de estado y de abogado ejerciente; su sagacidad para captar las necesidades, los valores y los modos de vida de la sociedad de su tiempo para la que le tocó legislar, y la aguda inteligencia para encontrar la respuesta adecuada mediante fórmulas legales precisas, claras y flexibles, que por esas virtudes le permitieron perdurar a lo largo de los años y de las mutaciones sociales. Produjo una obra codificadora adaptada a la realidad social de su tiempo y de su país, pero a la vez previó la futura evolución de la sociedad argentina.

El gran jurista correntino Lisandro Segovia, quizás el comentarista más agudo del Código Civil, encabeza su obra con una justa y laudatoria afirmación: "El Código Civil argentino es indudablemente un monumento de sabiduría, que hace honor altísimo al talento y sagacidad de su autor, el Dr. Dalmacio Vélez Sársfield, y a la República Argentina, nuestra patria". Y culmina augurando que la obra del Dr. Vélez está destinada a perpetuarse a través del tiempo y a ejercer no pequeña influencia en el progreso de la ciencia del Derecho y en las leyes civiles de la América del Sud (1).

Confirmando el elogio de Segovia, en 1986 la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma, a través de su Departamento de Historia y Teoría del Derecho, llevó a cabo un Congreso Internacional dedicado precisamente a reconocer los méritos de la obra legislativa de Vélez Sársfield, su originalidad y su influencia en el derecho latinoamericano (2).

Y en cuanto a su influencia en las codificaciones civiles, debe recordarse que siendo aún Proyecto la obra de Vélez ya gravitó sobre el Código Civil uruguayo que entró a regir en 1868: el Paraguay directamente adoptó el Código argentino en 1876 rigiendo hasta 1987, y en el nuevo Código la presencia de Vélez se revela no solo en la técnica legislativa, sino también en innumerables preceptos. Fuerte influencia del Código velezano se refleja en el Código Civil de Nicaragua de 1904, e incidencias se registran en el mismo Código español de 1889, vigente hasta ahora, y también en el Código de Panamá de 1916, en el de Filipinas de 1950, y en los códigos civiles peruanos de

1936 y 1985. Y lo más inesperado es que también haya proporcionado material a los redactores del Código japonés de 1898, aún vigente, y a los juristas chinos que en los comienzos de este nuevo siglo están preparando la codificación civil, y que lo han traducido al chino. Y últimamente en nuestra América, en el Proyecto de Código Civil de Puerto Rico de 2003. Todo lo cual revela el prestigio de la obra de Vélez y su trascendente contribución a la evolución del derecho, marcando huellas que han sido utilizadas por el derecho comparado, especialmente iberoamericano (3). Así lo afirma también el reconocido profesor de la Universidad de La Habana, Leonardo B. Pérez Gallardo, cuando expresa que el Código de Vélez es una de las joyas del Derecho en todo el continente, no solo por lo que significó para la Argentina, sino por la influencia que tuvo en la codificación civil de los otros países (4).

En el ámbito de las sucesiones, estableció el principio constitucional de la igualdad en la partición hereditaria, para todos los parientes que se encuentran en el mismo grado. Además le asignó carácter forzoso, prohibió las sustituciones fideicomisarias, y descartó el retracto gentilicio y el mayorazgo, ya suprimido por la Asamblea del año XIII, todas instituciones sucesorias que inmovilizaban los bienes y que eran propias del derecho feudal y aristocrático que concluyó con la Revolución Francesa.

Para cerrar el sistema abolió el complejo régimen sucesorio de división de los bienes del derecho español feudal, mediante el cual a la muerte de una persona se distinguía entre los bienes adquiridos y los bienes de familia o abolengo (es decir, de los abuelos), con lo cual se perseguía que los bienes de abolengo retornen a las familias de origen, sea a la del padre o a la de la madre del causante, por el principio *paterna paternis* y *materna maternis*. Consagró, en definitiva, la unidad del patrimonio (art. 3547) y la partición igualitaria y forzosa del mismo (art. 3452), principios que reproduce el nuevo Código (arts. 2365 y 2425).

Autores extranjeros como patrios (5), destacaron que la distribución igualitaria y forzosa de la herencia es una virtud democrática que produce la división de la tierra y de las fortunas y constituye un obstáculo para el latifundio. Por eso se ha dicho con innegable justicia que el Código de Vélez ha sido un Código colonizador, que produjo en su momento la verdadera reforma agraria, favoreciendo la población, la colonización y la civilización del territorio, y que ha sido uno de los más eficaces resortes de nuestra evolución económica.

Los principios liberales de la Constitución, inspirados en la necesidad de atraer inmigrantes europeos para poblar nuestro desértico territorio siguiendo la máxima alberdiana de que gobernar es poblar, tuvieron aplicación y eficacia práctica, como lo ha destacado el profesor Luis Moisset de Espanés (6), gracias a las normas concretas del Código, que liberando de todos los obstáculos posibles a la división del acervo hereditario y asegurando su rápida adjudicación a los herederos, satisface también la necesidad económica de facilitar la circulación de los bienes (7).

Y fue indiscutiblemente original con la regulación de la sucesión de los cónyuges. En nuestro país regían las leyes alfonsinas de las Partidas, del siglo XIII, por las cuales el cónyuge supérstite era excluido de la sucesión por descendientes, ascendientes y colaterales hasta el décimo grado; y sólo se le reconoció a la viuda pobre e indotada la cuarta marital (8). En el Código de Napoleón el cónyuge era excluido por los colaterales hasta el duodécimo grado. Es decir, no heredaba. Se trataba de evitar que los bienes pasen de una familia a otra por vía del matrimonio, porque generalmente los bienes se adquirían por herencia.

Vélez advirtió que la situación económica y social de nuestro país era distinta de la europea, pues a mediados del siglo XIX comenzó el auge económico, y surgieron innumerables patrimonios generados por el trabajo personal y con la colaboración del cónyuge, es decir, de la esposa que contribuía con su esfuerzo, haciéndose cargo del hogar y de los hijos. Las leyes españolas que aún nos regían se habían tomado anacrónicas (9), y Vélez respondió a la necesidad social consagrando una reforma drástica del régimen vigente: el cónyuge supérstite no es excluido por ningún heredero, concurre con descendientes y ascendientes, y a falta de ellos se heredan entre sí excluyendo a los colaterales; además lo instituye como heredero forzoso, con una legítima del cincuenta por ciento, cuota forzosa que mantiene el nuevo Código (art. 2445 y 2446).

Para tener una idea de lo que esta innovación legislativa representó, basta recordar que Florencio García Goyena, uno de los autores y comentarista del Proyecto de Código Civil español de 1851 expresó que reconocer la calidad de heredero forzoso al cónyuge sería una solución irregular, monstruosa y chocante con todos los

principios del derecho sucesorio (10).

No obstante, otra innovación agregó Vélez, y fue que además de este derecho hereditario, le acordó también al supérstite las ventajas emergentes de la sociedad conyugal, pues en el art. 1313, dispuso la partición igualitaria por mitades de los bienes gananciales, sin consideración a los aportes efectuados por los cónyuges para la formación del capital ganancial. Y esta división igualitaria la funda en la presunción de esfuerzos comunes de ambos consortes, equiparando las actividades lucrativas de uno de ellos con aquellas no lucrativas del otro, que contribuyen al bienestar familiar, como la atención de la casa y de los hijos.

El derecho hereditario del cónyuge supérstite combinado con su derecho a la mitad de los gananciales, fue fruto del talento de Vélez Sarsfield, de su sagacidad y sentido de la realidad, y por eso el profesor Luis Moisset de Espanes lo ha calificado acertadamente como filósofo intuitivo y sociólogo práctico (11). Y Pedro Cazeaux ha podido afirmar con razón que la obra de Vélez fue "un traje a la medida del ser argentino" (12). Además, su visión prospectiva merece aplaudirse porque se adelantó a toda la legislación vigente de su época, a tal punto que los derechos que reconoció al cónyuge supérstite sólo fueron sancionados en el derecho europeo lenta y progresivamente en el siglo XX, y en los primeros años del nuevo siglo.

Todas estas virtudes democráticas e igualitarias y su perfecta conformidad con la idiosincrasia de nuestro pueblo, tradiciones y costumbres, y el amplio respeto por la personalidad humana, que caracterizan al Código de Vélez (13), son incompatibles con la noción de código oligárquico con la que injustamente se lo ha tachado, descontextualizándolo, además, de la época en que fue sancionado.

Otra originalidad de este Código, reconocida unánimemente, fue el método legislativo, inspirado en parte en el Esboco de Freitas, en función del cual se apartó del Código de Napoleón, no obstante que éste marcó su impronta en casi todos los códigos civiles del siglo XIX. Con respecto al derecho sucesorio fue acertadísimo el apartamiento de Vélez del método francés, carente de rigor técnico, pues, siguiendo al derecho romano, había concebido a la sucesión por causa de muerte como un modo de adquirir la propiedad, reglamentándola en el libro III junto con las obligaciones y los contratos, y además reguló conjuntamente la donación y los testamentos. Vélez advirtió que las sucesiones mortis causa requerían una regulación independiente, pues constituyen una unidad orgánica dentro del derecho civil, y la ubicó al final, en el Libro IV, después de exponer las demás partes del derecho civil (personas, familia, obligaciones, contratos y reales), y además vinculó los testamentos a las sucesiones y los separó de la donación, que incluyó con los contratos.

Se advierte aquí la influencia del sabio jurista alemán Federico Carlos de Savigny a través de su obra Sistema de derecho romano actual, con cuya traducción ya contaba Vélez, pues dicho tratadista asigna un tratamiento independiente al derecho de sucesiones, ubicándolo en último lugar, después de la exposición de las otras ramas del derecho civil, por su múltiple contenido personal, familiar y patrimonial, que requiere la organización previa de las relaciones de familia, de los derechos personales y de los derechos reales; y además porque las relaciones jurídicas hereditarias son las más complejas del derecho civil, desde que presuponen el conocimiento del derecho privado patrimonial y del derecho de familia, en los cuales se apoya y a los cuales sirve de complemento (14).

La ubicación metodológica que Vélez asignó al derecho de sucesiones se mantuvo inalterada hasta el presente (15), y recibió en este aspecto el apoyo de la doctrina argentina predominante (16), y también de la extranjera, porque es la solución más didáctica y coherente (17).

III. El derecho sucesorio en el Código Civil y Comercial

Con algunas modificaciones y mayor perfeccionamiento es también la sistematización que ha seguido el nuevo Código Civil y Comercial. Ha incorporado una parte general sobre las personas, los bienes, los hechos y actos jurídicos, luego trata las relaciones de familia, a continuación los derechos personales (obligaciones y contratos, civiles y comerciales), siguen los derechos reales, y el libro quinto está dedicado exclusivamente a las sucesiones, y asimilando las observaciones que se le hicieron a Vélez con buen criterio técnico dejó el libro sexto para las disposiciones comunes a los derechos personales y reales, es decir, lo destinó a la prescripción, caducidad, privilegios, y a las normas del derecho internacional privado.

Y en relación al sistema sucesorio adoptado, su estructura y los principios generales, siguen siendo los mismos que implementó Vélez Sarsfield.

En consecuencia, sigue vigente el sistema romano de la sucesión universal y personal (18) que ha perdurado durante más de dos mil años en los derechos continentales europeos y en las legislaciones derivadas de los mismos (19).

De acuerdo a este sistema, el patrimonio, al fallecer su titular, no se disgrega, conserva su unidad al transformarse en herencia, por lo cual ésta 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, porque la herencia es una universalidad jurídica. Y 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. Se convierte en propietario, poseedor, acreedor y deudor de todo lo que el causante era propietario, poseedor, acreedor y deudor, 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. 3279, 3417 y 3418, Cód. Civil), y que ahora encontramos reflejado en los arts. 2277 y 2280 del nuevo Código Civil.

En cuanto al método expositivo de los diversos institutos del derecho sucesorio, tampoco hay variaciones sustanciales en el nuevo cuerpo legal, pues sigue el mismo orden de tratamiento que el Código velezano. Así, comienza con disposiciones generales sobre transmisión hereditaria, determina quienes pueden suceder, los casos de indignidad sucesoria, la aceptación y renuncia de la herencia, se incorpora en este sector acertadamente la cesión de herencia, que Vélez había anunciado que la iba a reglamentar en este capítulo y la omitió; sigue la petición de herencia, la responsabilidad de herederos y legatarios, el estado de indivisión de la herencia, y aquí sí en este capítulo hay una reglamentación extensa sobre proceso sucesorio y administración de la herencia indivisa; luego la partición de la herencia, el régimen de la legítima y la sucesión testamentaria. La secuencia de los temas es la misma que organizó Vélez.

Las innovaciones introducidas en cada instituto sucesorio, no afectan ese orden expositivo, constituyendo las fuentes principales de esas reformas el Proyecto argentino de Código Civil y Comercial de 1998, el Código Civil de Quebec y el Código Civil francés, con sus reformas de los últimos años.

En el complicado trabajo preparatorio de elaboración del proyecto del Código Civil y Comercial se sucedieron diversas intervenciones y modificaciones, hasta que fue sancionado con rapidez inusitada y repentinamente por la Cámara de Diputados, sin posibilitar un examen detenido, coordinado y previo que hubiese podido solucionar defectos e imprecisiones.

Nos vamos a referir a algunos aspectos del Libro V sobre sucesiones.

IV. Pactos sobre herencia futura

Las fuentes de la vocación sucesoria siguen siendo la ley y el testamento, y se mantiene la prohibición de generar vocación hereditaria por medio de un contrato, que viene del derecho romano. El Código Civil y Comercial en su art. 1010 reproduce la prohibición del Código de Vélez (art. 1175): "Las herencias futuras no pueden ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares".

Pero incorpora una trascendente novedad: recepta la tendencia moderna europea proclive a flexibilizar este régimen prohibitivo con la finalidad de asegurar la continuidad de la unidad económica empresarial, y así es como con carácter excepcional en el segundo párrafo del citado art. 1010 dispone: "Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones a favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no partes el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge ni los derechos de terceros".

Se refleja, sin duda, la influencia del pacto de familia italiano del año 2006, aunque el pacto del nuevo Código argentino es más amplio, pues no solo comprende la transmisión de la explotación productiva o de las participaciones societarias, de su titular a uno de sus descendientes, sino también se admite todo otro convenio entre los mismos herederos legitimarios presuntivos, aún cuando no sean parte el futuro causante y su cónyuge.

Se ha objetado que si el causante no es parte en los mismos, antes de fallecer puede vender los bienes que han sido objeto del pacto, o disponer de ellos por testamento atribuyéndoles otro destino, entonces se plantea la duda sobre que es lo que prevalece: ¿el pacto entre los herederos presuntivos o el acto de disposición del causante? (20) En esos supuestos, consideramos que los pactos no restringen el poder de disposición del titular de los bienes, desde que no ha sido parte del contrato (21), por lo cual prevalecerá su voluntad y la cuestión la deberán resolver los herederos entre sí, pues el acto que realizaron es un contrato aleatorio sometido a una condición resolutoria: que el futuro causante disponga de sus bienes. Además, en todos los casos estos pactos no tienen que afectar las legítimas, ni los derechos del cónyuge del futuro causante, ni de terceros (art. 1010, 2º párrafo al final).

La apertura inaugurada por el nuevo cuerpo legal la consideramos positiva, pues facilita arreglar tanto cuestiones entre los futuros herederos como organizar soluciones destinadas a asegurar la estabilidad, conservación y continuidad de la unidad económica productiva, soluciones que de otro modo serían inviables, pues el testamento resulta insuficiente para su instrumentación. No obstante, se impone observar que la regulación de los pactos autorizados debería haber sido más precisa y prolija en cuanto a sus recaudos y efectos

V. Personas que pueden suceder al causante

Veamos ahora la cuestión de las personas que pueden suceder al causante, lo que Vélez denominó capacidad para suceder. En el art. 2279 después de mencionar a las personas humanas que existan al momento de la muerte y a la concebidas que nazcan con vida, se incorpora la novedad: también pueden heredar las personas que nazcan después de fallecido el causante por las técnicas de reproducción humana asistida. El Proyecto originario preveía la filiación post mortem mediante la fecundación de la mujer con semen congelado del marido o compañero fallecido; y también la fecundación in vitro cuando el hombre fallece antes de la transferencia a la mujer del embrión ya concebido en probeta. Y para que la criatura nacida de esos procedimiento tuviese filiación paterna y vocación sucesoria con respecto al hombre, el art. 563 exigía el consentimiento de éste para ejecutar la fecundación o la transferencia del embrión, y además, que la mujer debía hacerse fecundar o transferir el embrión dentro del año de fallecido el hombre. Pues bien, cuando fue sancionado el Proyecto esa norma ya había sido borrada, pero se mantuvo el precepto correspondiente a sucesiones, no ya con la remisión al art. 563, que fue eliminado, sino al art. 561, el cual solo se refiere al requisito del consentimiento previo que deben suscribir los usuarios de las técnicas médicas al iniciar el tratamiento, y que es libremente revocable hasta el momento de utilización de los gametos o de la implantación del embrión. Y por ser revocable el art. 560 dispone que ese consentimiento previo debe ser renovado cuando los usuarios pretendan utilizar los gametos o los embriones.

Al haberse suprimido aquel art. 563 resulta lo siguiente: que la mujer después de fallecido su marido o compañero, sin haber éste renovado su consentimiento, puede igualmente peticionar la entrega del semen congelado para hacerse fecundar, y lo puede hacer aún después de haber transcurrido uno, dos o tres años desde la muerte de aquel, pues ahora no hay ningún plazo, ni tampoco ningún precepto que lo prohíba. El hijo que nazca, según interpretamos, será extramatrimonial de la mujer, porque no estaba concebido a la muerte del hombre, según lo exige el art. 2279, inc. b), y porque éste no renovó el consentimiento antes de la utilización del semen, de acuerdo al art. 562. Asimismo, no podrá este hijo promover acción por reclamación de la filiación paterna, porque los hijos nacidos de estas técnicas tienen expresamente prohibidas estas acciones por los arts. 577 y 582 último párrafo), o sea, que previamente habría impugnar por inconstitucionales estas normas. Como también deberá impugnar por la misma razón el precepto que exige como condición para heredar encontrarse concebido al momento de morir el pretendido padre (art. 2279 inc. b). En consecuencia, se le abre a este hijo un áspero e incierto camino judicial si quiere filiación paterna y derecho hereditario. Se podría haber impedido el ejercicio de esta técnica post mortem, lesiva del interés superior del niño porque tiende a crear un hijo deliberadamente privado de padre, con solo exigir que los usuarios se encuentren ambos vivos al momento de ejecución de las mismas, como lo hace el Código de la Salud Pública francés (art. L— 2142-2),

Otra cuestión distinta y un poco más complicada puede ocurrir con el embrión congelado: la mujer podría solicitar su implante cualquiera sea el tiempo transcurrido desde la muerte del hombre del cual provino el semen. Pero aquí, a diferencia del caso anterior, ya tenemos un embrión creado en laboratorio, en una probeta. El art. 19 originario del Proyecto, que determinaba el comienzo de la persona humana con la concepción en el seno materno, y en el caso de técnicas de reproducción humana asistida con la implantación del embrión en la mujer, fue

modificado cuando el Proyecto se encontraba en la Comisión Bicameral, y quedó un solo párrafo: la existencia de la persona humana comienza con la concepción. Y entonces tenemos el arduo debate que se viene produciendo desde que se empezó a aplicar esta técnica de fecundación in vitro: ¿hay concepción de un ser humano en la probeta? ¿o para que se produzca la concepción es preciso que ese embrión se implante en la mujer? Los que niegan que se produzca la concepción in vitro dirán que ese embrión no es una persona, que se trata de un grupúsculo de células, y que fallecido el hombre sin autorizar la transferencia, la mujer no puede proceder al implante porque para concebir el hijo se requiere el consenso de ambos progenitores. El embrión será destruido o destinado a la experimentación. Los que sostienen que ese embrión es una persona en evolución, un ser humano concebido, al igual que el embrión en el seno materno, consideran que tiene derecho a la vida, a continuar su desarrollo y a nacer, por lo tanto no se puede negar el derecho de la mujer a solicitar su implantación para llevar adelante el embarazo y parto, aunque su marido o compañero haya fallecido sin haber autorizado la implantación del embrión. Y si nace con vida se le debe reconocer filiación paterna y vocación sucesoria porque ya estaba concebido cuando falleció el hombre que suministró el elemento genético y prestó el consentimiento previo e informado a la técnica. La doctrina y jurisprudencia ampliamente mayoritaria argentina, que compartimos según ya lo hemos manifestado con anterioridad, sostiene este último criterio, en el sentido de que el embrión in vitro es un ser humano, y, por lógica consecuencia, que tiene derecho a la vida, a la filiación paterna y a heredar a su progenitor.

La solución de estas complejas cuestiones seguirá quedando librada a la decisión de los jueces.

VI. Administración de la herencia

Otro tema arduo es el referido a las indivisiones forzosas, a la administración de la herencia y a la función del administrador para liquidar el pasivo.

Los cuatro precisos artículos que Vélez dedicó a la comunidad de herederos (3416, 3449, 3450 y 3451) (22), han sido sustituidos por una extensa reglamentación que regula la administración extrajudicial y judicial de la herencia indivisa dejando muchos vacíos que tendrá que cubrir la jurisprudencia (arts. 2323/2362).

En la sección de la administración extrajudicial, destacamos que el nuevo Código prevé la indivisión forzosa impuesta por el cónyuge superviviente cuando se trata de un establecimiento que constituya unidad económica y que haya adquirido o constituido en todo o en parte o haya participado activamente en su explotación (art. 2332). La puede imponer por diez años, y ejercer además la administración de ese establecimiento. La novedad es que puede prorrogar judicialmente esta indivisión hasta su fallecimiento. Se explica esta ventaja no solo por una consideración especial hacia el cónyuge superviviente y su participación activa en el establecimiento, sino también para preservar la continuidad del mismo. En el artículo siguiente se concede el mismo derecho a cualquiera de los herederos que haya colaborado activamente en la explotación de la empresa en vida del causante. A su vez, como el artículo se remite al anterior sobre el cónyuge superviviente y no aclara nada más, este heredero podría también prorrogar hasta su muerte la indivisión de la unidad productiva o comercial, y la administración a su cargo. Los demás copartícipes están habilitados para invocar causas graves o de manifiesta utilidad económica para hacer cesar esta indivisión, y la cuestión quedará en manos del juez. Estas normas importan una seria afectación a los derechos de los restantes coherederos, que retroceden frente a la conveniencia de asegurar la estabilidad y continuidad de la empresa.

Dejo al margen la normativa procesal, que en algunos casos resulta excesiva ante las facultades que se reservaron las Provincias para legislar en esa área (arts. 121 y 126 C.N.), y en otros es desubicada, como la definición del proceso sucesorio, que por más que provenga del Código de Québec, es impropia en un Código Civil (art. 2335).

En cuanto al administrador judicial, que puede ser persona humana o jurídica (art. 2345), incurre el nuevo Código en un equívoco cuando en el art. 2347 dispone que se considera nombrado administrador a quien el testador haya designado como albacea o liquidador de la sucesión o con otro nombre. Este texto, en efecto, puede inducir a confusión, pues debió haber dejado a salvo el supuesto de concurrencia de herederos, y con más razón de herederos forzosos, puesto que es a ellos como propietarios, y no al albacea, a quienes corresponde la administración de la herencia, y así lo establece claramente el art. 2529 del mismo Código, que por tal razón debe

prevalecer. También así lo entiende la doctrina predominante desde que hace muchos años esclareció este tema el recordado profesor cordobés José Ignacio Cafferata (23).

Nos interesa también detenernos en el capítulo sobre el pago de deudas y legados, que en el Código de Vélez estaba a cargo de los mismos herederos (arts. 3397 y 3398), y ahora el nuevo Código asigna esa tarea al administrador de la sucesión (art. 2358 Cód. Civ. y Com.), pues responde a un diseño de inspiración anglosajona, a través del Código de Quebec (24): el administrador es quien tiene la representación de la herencia, administra y liquida los bienes en el marco del proceso sucesorio, cobra los créditos y paga las deudas, y luego de presentar una rendición final de cuentas, entrega los bienes remanentes a los herederos para que éstos procedan a la partición. Pero el Código Civil de Quebec, como el Código francés, contienen precisiones que están ausentes en nuestra normativa, por lo cual se torna incierta en diversos aspectos.

Distingue el art. 2356 entre los acreedores que gozan de garantías reales, de los quirografarios. Los primeros no tienen necesidad de presentarse a verificar sus créditos al sucesorio; pueden iniciar directamente la ejecución para cobrarlos. Los acreedores quirografarios deben presentarse al proceso sucesorio a denunciar sus créditos a fin de ser pagados por el administrador, según el rango de preferencia establecido en la ley de concursos.

Varias cuestiones se suscitan.

La primera es que no existe plazo para la presentación de los acreedores a denunciar sus créditos, por lo cual algunos entienden que ante la inexistencia de plazo el administrador debe pagarles a medida que se presenten, o sea como era la regla del antiguo art. 3398 del Código de Vélez (25). Por nuestra parte, interpretamos que la solución la encontramos en el art. 2340 del Cód. Civ. y Com. que dispone la citación de herederos, acreedores y de todos los que se consideren con derecho a los bienes dejados por el causante, para que lo acrediten en un plazo de treinta días a partir de la publicación del respectivo edicto notificadorio en el Boletín Oficial.

Una vez vencido ese plazo, el administrador deberá presentar un proyecto de distribución y pago, ajustándose a la regulación de la ley concursal en cuanto al rango de preferencia de los créditos (arts. 239 y ss. ley 24.522) (26), y proceder luego al pago de los mismos (art. 2358).

Respecto a la cuestión de los acreedores que se presentan tardíamente, nada dice el nuevo Código. Interpretamos que deberán incorporarse al procedimiento en el estado en que se encuentre, y podrán cobrar si queda un remanente, pues los pagos efectuados por el administrador fueron bien hechos y son inatacables, en tanto obró de acuerdo a la ley. Igualmente los acreedores que continuaron sus juicios, o los iniciaron, y llegaron a cobrar ejecutando bienes hereditarios, su cobranza es inobjetable pues ninguna norma se lo impedía. El acreedor tardío impago, entonces, sólo podrá dirigirse contra los legatarios que son responsables por el valor de lo que recibieron, y para ello tiene el plazo de un año desde el día en que aquellos cobraron sus legados (art. 2319 Cód. Civ. y Com.).

Por último, no hay impedimento alguno para que los acreedores de la sucesión promuevan o continúen sus juicios, sin perjuicio de denunciar sus créditos en el proceso sucesorio, pues esta normativa es un esbozo de procedimiento colectivo de liquidación de la herencia, que carece de una norma que disponga la suspensión de las acciones individuales de los acreedores. Precisamente el art. 2354 habilita al administrador "a presentarse en los procesos en los cuales el causante fue demandado". Los Proyectos de reforma del Código, sin embargo, con buen criterio establecieron la suspensión del derecho de ejecución individual de los acreedores y legatarios, a menos que los acreedores tengan garantías reales (Anteproyecto Bibiloni, art. 2964; Proyecto de 1936, art. 1881; Anteproyecto de 1954, art. 671). El Código de Paraguay aceptó esta conveniente y práctica solución en el art. 2470, e igualmente el art. 792-1 del Cód. Civil francés, según reforma de 2006. Pero tales antecedentes no fueron tenidos en cuenta.

Conviene recordar que no obstante el silencio que también mantuvo el antiguo Código Civil sobre esta cuestión, la doctrina y la jurisprudencia admitieron la suspensión de las ejecuciones individuales cuando el heredero (hoy sería el administrador) realiza con diligencia actos tendientes a liquidar la herencia y pagar los créditos y legados, pues esas acciones configurarían una actitud abusiva que entorpece el procedimiento y ocasiona más gastos en perjuicio del acervo sucesorio y de sus acreedores y legatarios (27). Tal jurisprudencia, apoyada por los autores, consideramos que es perfectamente aplicable en el marco del nuevo Código. Además, y según las circunstancias, resultará más conveniente por razones de costos y de economía procesal, suspender las

ejecuciones de los acreedores sucesorios y legatarios, continuando con el procedimiento de liquidación colectiva de la herencia en el marco del proceso sucesorio, antes que promover el concurso preventivo o la declaración de quiebra de la sucesión.

Pagados los acreedores, después el administrador debe pagar a los legatarios de acuerdo al orden de pago del art. 2358: primero los que tienen preferencia otorgada en el testamento, luego los legados de cosa cierto y por último los demás legados.

Concluida su función tiene que presentar una rendición final de cuentas (arts. 3261 y 2362), para que los herederos, después de aprobada, procedan a la partición de los bienes remanentes.

VII. Partición y colación

Debe destacarse la regulación de la operación particionaria por la incorporación de los institutos de la partición con saldos, la licitación y de las atribuciones preferenciales. La partición con saldos ya venía siendo admitida por la jurisprudencia, que autorizaba cubrir con dinero u otros bienes ajenos a la sucesión la diferencia entre el valor de los bienes que se adjudican a un heredero y el monto más elevado de su porción hereditaria, solo que el nuevo Código pone límites: la cobertura debe ser en dinero, y la diferencia no puede superar la mitad del valor de la porción del heredero, límites que en rigor no se justifican porque se trata de una cuestión patrimonial que no compromete el orden público (art. 2375 2º párr. y 2377 2º párr). Atendiendo al reclamo de la doctrina, reincorpora al Código la licitación, que había suprimido la ley 17.711 (art. 2372), y regula las atribuciones preferenciales provenientes del derecho francés, institución útil por la cual el cónyuge o cualquiera de los herederos pueden petitionar la adjudicación de una unidad económica hereditaria en cuya formación hubiesen participado, o del inmueble que constituye su vivienda o la sede de su actividad profesional (arts. 2380 y 2381).

La colación como mecanismo accesorio de la partición, ha sido regulada con precisión, receptando las soluciones jurisprudenciales mayoritarias, y en cuanto al tema más complejo, que es la determinación del valor colacionable, se adoptó la fórmula francesa (28): el valor se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación (art. 2385). También constituye un acierto haber normativizado la última jurisprudencia apoyada por la doctrina, que extendió la aplicación de la acción de reducción y de su efecto reipersecutorio a la donación hecha al descendiente o al cónyuge, cuando su valor excede la suma de la porción legítima y de la porción disponible, por el valor del exceso (art. 2385). Y se reglamentó prolijamente la colación de deudas, cubriendo un vacío del Código de Vélez.

VIII. Régimen legitimario

Veamos ahora el régimen de las legítimas. El nuevo Código receptando los postulados prácticamente unánimes de la doctrina, disminuyó el monto de las cuotas de los descendientes de $4/5$ a $2/3$, y de los ascendientes de $2/3$ a la mitad. El cónyuge mantiene su cuota ya fijada por Vélez en la mitad de la herencia.

Hay una novedad importante que destacar en este capítulo, puesto que se inserta en la evolución del derecho privado de las últimas décadas caracterizada por la preocupación del legislador en incrementar la promoción y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, a fin de asegurarles su pleno goce, sus libertades fundamentales, y su participación plena y efectiva en la sociedad, reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones. Estas nuevas ideas han sido consagradas por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, ratificada por Argentina (ley 26.378/08), y con jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 Constitución Nacional (ley 27.044/14).

Esta tendencia penetró también en el derecho sucesorio, pues si se quiere asegurar la protección integral de las personas con discapacidad, no se puede descuidar el aspecto de la transmisión hereditaria (29). El derecho de las sucesiones, ha señalado el profesor Marcos Córdoba, cumpliría su objetivo de modo más fiel a su naturaleza asistencial si atendiera de modo específico las consecuencias derivadas de la discapacidad, teniendo en cuenta que la sucesión legítima reposa sobre el principio de la solidaridad familiar (30).

Y en el marco de esta renovadora corriente doctrinaria hacia una mayor solidaridad en el derecho civil, se

pretende que las legítimas también cedan espacio para la protección de las personas discapacitadas, haciendo retroceder el principio de intangibilidad de las cuotas. En este sentido, los profesores Marcos M. Córdoba, ya mencionado, y Ursula Basset presentaron en el año 2010 al H. Senado de la Nación un proyecto de ley proponiendo una mejora estricta a favor de ascendientes o descendientes discapacitados, constituyendo este proyecto el antecedente inmediato del art. 2448 del nuevo Código, que establece: "El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de UN TERCIO (1/3) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad".

El testador, entonces, si tiene varios hijos, y uno de ellos es discapacitado y quiere protegerlo ejerciendo el derecho que le acuerda el art. 2448, entonces puede dejarle mediante legado, donación, fideicomiso, etc, la porción disponible, o sea la mejora ordinaria, y además la mejora especial o estricta de la norma que comentamos, consistente en el tercio de la cuota legítima. En resumen: le deja un tercio de la herencia, más un tercio del 66% (2/3) que es la legítima de los descendientes, o sea, dispone a favor del hijo discapacitado el 55% de su patrimonio hereditario (31). Se consagra así una trascendente, innovadora y justificada excepción al principio de intangibilidad de la legítima (art. 2447). La doctrina se ha manifestado de acuerdo con esta novedad, pero reclama que se incluya también al cónyuge discapacitado como posible beneficiario de la mejora especial (32).

Al margen de esta excepción, veamos ahora 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 legitimario lesionado por el exceso de la porción disponible se ejerce a través de la acción de reducción (33), 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 testamentaria 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. 2450 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. 2453 y 2454, pues se trata de la misma acción con igual finalidad. En segundo término, al hijo, que ha sido despojado de su herencia por el padre por medio de disposiciones testamentarias o de donaciones, y que reclama la cobertura de su legítima, el art. 2450 lo transforma, por esta sola circunstancia, en heredero de cuota. O sea, se produce un inexplicable e injustificado transformismo jurídico: el hijo, que es heredero forzoso y universal, con derecho de acrecer, pierde su condición de tal y queda convertido en heredero de cuota y privado de su vocación potencial a la totalidad de la herencia, por el hecho de que ha sido despojado de su legítima y reclama su cobertura. Pareciera una sanción, porque rebajarlo a la categoría de heredero de cuota, significa que no podrá demandar por indignidad a otros sucesores del causante, ni la colación de donaciones que hasta ese momento eran desconocidas, ni la nulidad de un legado, etc. (34). El otro, el extraño instituido heredero por el testador, queda como heredero universal. Esta inusitada conversión constituye una verdadera anomalía jurídica, inadmisibles porque trastorna todo el régimen legal hereditario.

Y ahora otro aspecto inconsistente. Como se cuestionaba, principalmente por el sector del notariado, el efecto reipersecutorio de la acción de reducción porque torna vulnerable el título de dominio fundado en una donación, para limitar ese efecto se introdujo esta original solución instrumentada en el art. 2459 (35): "La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901.

Para detener el efecto reipersecutorio de la acción de reducción, este artículo prevé la prescripción breve de diez años ejercida por el donatario, y, en su caso, por el subadquirente que puede completar dicho plazo, continuando la posesión del donatario (art. 1901 Cód. Civ. y Com.). La posesión breve requiere buena fe y justo título (arts. 1898 y 1902, Cód. Civ. y Com.). Por lo tanto, el heredero donatario poseedor, para invocar la usucapión breve, debe contar con la escritura pública de la donación que le ha hecho el causante (art. 1552), porque de lo contrario le faltará el justo título (art. 1552 Cód. Civ. y Com.). Pero adviértase que el causante puede otorgar la escritura de donación pocos días antes de fallecer, y lo que importará es la fecha de entrada en posesión

del bien donado. Puede ocurrir, entonces, que el padre le entrega la posesión de un campo a un hijo, transcurren diez años, y poco tiempo antes de fallecer se lo escritura, los coherederos ya nada podrán hacer. Ni colación ni reducción. Queda consumada la burla al derecho hereditario de los otros hijos.

Si se quería neutralizar en alguna medida el efecto reivindicatorio de la reducción para consolidar el título de dominio adquirido por donación y brindar seguridad al tráfico jurídico inmobiliario, la legislación comparada brindaba otros remedios jurídicamente razonables, que se obviaron (36), y se optó por esta solución que habilita la evasión del sistema legitimario, debilitándolo, sin reparar que se trata de un injerto jurídicamente inviable por las siguientes razones:

a) Porque dicho plazo de prescripción adquisitiva empieza a correr desde que el donatario entró en posesión del bien, y puede transcurrir en vida del causante, durante un tiempo en que el heredero forzoso no es tal sino meramente presuntivo, por lo cual no tiene acción para defenderse, porque ésta sólo 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 nace muerta por causa de un plazo de prescripción que se cumplió cuando aquélla aún no había nacido, contrariando así un principio jurídico elemental: el curso de la prescripción nace con la acción. Esto es: la prescripción no corre si no está abierta y expedita la acción del interesado al cual se le va a oponer aquella prescripción (37). Desconociendo estos principios, se desconoce el derecho de defensa y el derecho hereditario del heredero forzoso que pretende accionar en protección de su legítima.

b) Además, se prescindió de otra elemental noción sucesoria: el cálculo de la legítima recién se puede efectuar después de fallecer el causante, sobre la masa de bienes que dejó en ese momento. Y es en esta oportunidad, y no en vida del donante, que podrá el heredero forzoso determinar si su porción legítima ha sido violada por el acto liberal de su causante; y si comprueba la lesión, entonces, y no antes, podrá ejercer la acción protectora, que es la de reducción. Ningún plazo de prescripción transcurrido con anterioridad, se le puede, entonces, oponer.

En suma: si el legislador decidió mantener el régimen de legítimas, debía asegurar eficazmente su protección, y no debilitarlo mediante este cuestionable arbitrio. Ha incurrido, por ello, en un contrasentido.

Otra inconsistencia detectamos con la reducción de los legados. En efecto, cuando el causante ha realizado donaciones en vida, y legados en su testamento, que exceden su porción disponible, primero se reducen los legados, y si no alcanzan para reconstituir la legítima, luego se reducen las donaciones. Si hay varios legados de distinta clase, ¿cómo se reducen? De acuerdo a la solución congruente y tradicional, en orden inverso al orden de pago, es decir se reducen primero los que se pagan en último lugar, con lo cual se respeta la preferencia de los legados. Seguramente por inadvertencia el art. 2452 establece lo contrario, o sea que los legados se reducen en el mismo orden de pago establecido en el art. 2358. Por lo tanto, el legado preferente para el pago es el que cae primero cuando de reducción se trata. Se reiteró y sancionó la misma norma incoherente del art. 2401 del Proyecto de 1998, no obstante oportunas observaciones (38). Ocurre que se trata de cuestiones que no tienen repercusión social, por lo cual con ligereza se descuidan, aunque luego lo deba sufrir el litigante particular.

Y en esta sección del régimen legitimario tenemos el caso de las enajenaciones modales del causante a un heredero forzoso, previstas en el antiguo art. 3604 del Código, reformado por la ley 17.711 y ahora reeditado en el laberíntico texto del art. 2461. Conforme al primer párrafo, se presume gratuita sin admitir prueba en contrario, la transferencia a título oneroso de la propiedad de bienes al heredero legitimario cuando el enajenante se reserva el usufructo, el uso o la habitación, o la contraprestación de una renta vitalicia. Y a continuación establece una segunda presunción: presentándose esta enajenación onerosa modal se presume la intención del enajenante de mejorar a su heredero forzoso, por lo cual el valor de los bienes se debe imputar a la porción disponible y el excedente se debe colacionar. O sea, hay una mejora o dispensa tácita de colacionar dispuesta por la ley.

Pero se intercala un párrafo que contradice manifiestamente la presunción absoluta de gratuidad: "Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado". Entonces ¿para que la norma legal presume de forma absoluta que es un acto gratuito la venta de un inmueble a un hijo con reserva de usufructo, que es el caso común, si a continuación permite que el hijo pueda demostrar los presuntos pagos que ha realizado al padre, para deducirlos del valor del bien donado? No se alcanza

a comprender el sentido de establecer una presunción absoluta de gratuidad, y permitir a la vez desvirtuarla por prueba en contrario. Más coherente era el modelo de Vélez: contra la presunción de gratuidad no admitía pruebas (nota al art. 3604). Y con ello evitó pleitos y fraudes, los que seguramente ahora se producirán, pues se harán valer pruebas generalmente prefabricadas.

La embrollada redacción de este primer párrafo del art. 2461 ya ha dado lugar a interpretaciones divergentes. Por nuestra parte, entendemos que esa transferencia aparentemente onerosa y modal se presume relativamente gratuita, por la posibilidad del heredero donatario de demostrar pagos; y la presunción de mejora a favor del mismo sólo funcionará en la medida en que éste no demuestre pagos.

En el segundo párrafo, similar al del art. 3604, dice que "El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente objeto de colación" (39). La colación dispuesta por esta norma, en consecuencia, procederá siempre que el heredero adquirente del bien no hubiera podido demostrar los pagos que haya hecho al causante; pues en la medida en que demuestre pagos, el acto será oneroso en esa proporción y no habrá colación en esa medida.

Sigue disponiendo el art. 2461: "Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas". Según este párrafo en el acto de venta de un inmueble a un hijo con reserva de usufructo, se desplazaría la presunción de gratuidad del acto si los restantes hijos del enajenante suscriben la escritura prestando su conformidad a la enajenación, es decir, estarían reconociendo la onerosidad del acto. Como consecuencia de tal reconocimiento implícito, posteriormente no podrían demandar la colación del valor del bien que eventualmente excediera la porción disponible, y la cuestión quedaría cerrada.

Pero la novedad aparece subrepticamente en este último párrafo porque al referirse a los legitimarios que consintieron la enajenación, aclara que ésta puede ser "onerosa o gratuita", o sea modifica lo establecido en la primera parte que solamente aludía a las transferencias a título oneroso. En conclusión, de acuerdo a lo que se deduce de este tortuoso artículo si el padre dona abiertamente un inmueble a un hijo con reserva de usufructo o de habitación, la ley presume su intención de mejorarlo, sin necesidad de que lo manifieste expresamente en la escritura de donación, como lo exige el art. 2385, porque en este caso puntual la ley sustituye la voluntad del donante, sin que, en realidad, se aprecie razón plausible para ello, porque bien podría no mejorarlo.

Asimismo, los demás coherederos pueden prestar conformidad a esta donación ostensible con reserva de usufructo o habitación, con la consecuencia de que dicho consenso les acarrea la renuncia tácita a pedir la colación y, en su caso, la reducción.

Adviértase entonces esta diferencia: tratándose de un acto ostensiblemente oneroso con reserva de usufructo, uso, habitación o renta vitalicia, si los herederos reconocen la veracidad de su carácter oneroso, consintiendo el acto, significa que no les lesiona la legítima y que por eso mismo nada que tienen que objetar después del fallecimiento del causante. Por el contrario, si prestan conformidad a una donación franca, están reconociendo un acto gratuito, o sea, un acto que muy posiblemente pueda perjudicar su cuota legítima, y sin embargo, están renunciando tácitamente a las acciones de colación y reducción, porque en adelante ya no las podrán ejercer.

Podemos concluir, entonces, que esta nueva norma que comentamos importa otra excepción más al principio de orden público de inviolabilidad de la legítima y de protección a los herederos forzosos.

Dada la trascendencia de las cuestiones involucradas en el art. 2461, consideramos que merecía un texto más coherente, más claro y preciso.

IX. Desheredación

Por último, relacionado con el tema de las legítimas unas palabras sobre la derogación del instituto de la desheredación. La doctrina absolutamente mayoritaria argentina, reflejada en las Jornadas Nacionales de Derecho de Civil de Córdoba (2009) y Tucumán (2011), sostenía la necesidad de mantener la desheredación como contrapeso equitativo y necesario al régimen de las legítimas. Se justifica, porque si la ley de modo imperativo le asigna un heredero al causante, aún en contra de su voluntad, es justo que éste en vida tenga el medio de excluirlo si ha sido agraviado por aquel, puesto que es el único que puede medir con justeza la gravedad de la ofensa.

Imponerle pasividad al causante en estos casos resulta injusto. La facultad de desheredar es, por lo tanto, el correctivo de la sucesión legítima o forzosa (40). La desheredación, afirmaba Enrique Martínez Paz, tiene un efecto moral en los Códigos, hasta por acto de presencia. El que se sepa que existe una institución que autoriza a privar de su legítima al heredero, fortifica la autoridad del causante y modera la soberbia del heredero (41). Y por eso sabiamente la legisló Vélez Sársfield. Fue eliminada en el nuevo Código sin que el argumento esgrimido, relativo a que sus causales quedan absorbidas por las de indignidad, alcance para convencernos, porque se trata de dos instituciones diferentes, con eficacia, fundamentos y procedimientos distintos.

X. Sucesión testamentaria

En la sucesión testamentaria con acierto se han derogado por haber caído en desuso desde hace varias décadas el testamento cerrado y los testamentos especiales que contemplaba el Código de Vélez (testamento marítimo,

militar y en caso de epidemia). La figura del legatario de cuota fue sustituida por la del heredero de cuota, como lo denominan los códigos chileno, ecuatoriano y colombiano. También con buena técnica legislativa se reúnen las causales de nulidad de testamento en un solo artículo, el 2467, y aquí debemos destacar que en sintonía con los loables objetivos de promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad que se propone la Convención Internacional sobre los Derechos de dichas personas, se han definido dos cuestiones: las personas declaradas judicialmente incapaces pueden testar en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces, con lo cual se concluye con una polémica clásica del derecho sucesorio respecto a si podían o no testar válidamente en esos intervalos lúcidos. Y también se dispone que las personas que padecen limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral, y que no saben leer ni escribir, pueden también testar por escritura pública y con el auxilio de un intérprete (arts. 2467 incs. d) y e). Dos innovaciones valiosas en materia testamentaria que deben celebrarse.

Y concluyendo: podemos apreciar que nuevos valores dominan hoy el derecho sucesorio: el retroceso del régimen protector de la legítima hereditaria en función de la seguridad jurídica; la protección y promoción de los derechos del heredero discapacitado por solidaridad familiar; la protección de la empresa, que se manifiesta en la admisión creciente de los pactos sobre herencia futura, y en el régimen de las indivisiones forzosa y de las atribuciones preferenciales; y la ampliación del margen de libertad de testar y del ejercicio del derecho a testar de personas discapacitadas.

Como toda obra humana, el nuevo Código es perfectible. Se han incorporado nuevas normas que traen innovaciones convenientes o definen acertadamente cuestiones controvertidas, se han cubierto vacíos del antiguo Código, y se ha sintetizado la extensa reglamentación del derecho de sucesiones. Pero también hemos señalado omisiones, errores, e imprecisiones, consecuencia seguramente del apresuramiento en la sanción y también por la ausencia de un trabajo coordinado y conjunto, deficiencias que aumentarán la litigiosidad y abrirán un panorama de incertidumbre hasta tanto, por el trabajo de los abogados y la labor de la jurisprudencia, se consoliden líneas definidas de interpretación. Asistimos entonces, al inicio de una nueva etapa en la evolución de nuestro derecho civil, que constituye un verdadero acontecimiento histórico, y seguramente con la práctica del nuevo Código vendrán nuevas evaluaciones, aprobatorias y críticas, y reclamos de rectificaciones, pero confiamos en que finalmente se imponga la orientación dirigida a realizar el bien común y que se concrete en normas precisas y claras que aseguren en las relaciones humanas más bien, más verdad y más justicia.

(1) "El Código Civil de la República Argentina", Bs.As., 1881, t. I, p. XVII de la Introducción.

(2) SCHIPANI, Sandro (a cura di): Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano, Cedam, Padova, 1991.

(3) ALTERINI, Jorge H.: La influencia del Código Civil argentino en otras codificaciones, en La codificación: raíces y prospectiva. La codificación en América, El Derecho, Bs.As., 2004, t. II, p.183 y sgtes.

(4) PEREZ GALLARDO, Leonardo B.: A propósito de la mejora a favor del legitimario con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina: un intento de deshilar la madeja, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas.

(5) RIPERT, Georges: El régimen democrático y el derecho civil moderno, trad. de J.M. Cajica, Ed. Cajica,

Puebla, Mexico, 1951, n° 53; MARTINEZ PAZ, Enrique: "Dalmacio Vélez Sársfield y el Código Civil argentino", Córdoba, 1916, p. 259; COLMO, Alfredo: Técnica legislativa del Código Civil argentino, M.A. Rosas Ed., Bs.As., 1917, ns. 35 y 39; CHANETON, Abel: Historia de Vélez Sársfield, Ed. La Facultad, 2da. ed., Bs.As., 1938, t. II, ns. 161 y 162; MARTINEZ, Joaquín G.: La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina, cap. VI, Academia Nacional de Derecho, Bs.As., 1972; MOLINARIO, Alberto D.: Indivisiones hereditaria y condominio forzosos organizados por la ley 14.394, n° 5, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1959.

(6) MOISSET DE ESPANES, Luis: Codificación civil y derecho comparado, Zavallia Editor, Bs.As., 1994, p. 191.

(7) MOLINARIO, Alberto D.: Indivisiones hereditarias y condominios forzosos organizados por la ley 14.394, La Plata, 1959, n° 5.

(8) En España, no aquí, esta legislación se modificó recién por ley de 1835, que colocó al cónyuge después de los colaterales del cuarto grado (después de sobrinos nietos, primos hermanos y tíos abuelos), pero además con la limitación de que los bienes inmuebles de abolengu (procedentes de los abuelos) debían volver a los colaterales.

(9) El Reglamento Provisorio del 3 de diciembre de 1817 estableció la vigencia de la legislación española "hasta que la Constitución determine lo conveniente". Sobre los antecedentes patrios: HERNANDEZ, L.B.-UGARTE, L.A.: Sucesión del cónyuge, Ed. Universidad, Bs.As., 1996, p. 41 y sgtes.

(10) GARCIA GOYENA, Florencio: Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, Madrid, 1852, t. I, p. 405, comentario al art. 773.

(11) "Codificación civil y derecho comparado", cit., p. 193.

(12) "Dalmacio Vélez Sársfield: máximo maestro del derecho argentino", en Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, t. IV, p. 532.

(13) BARCIA LOPEZ, Arturo, citado por CAZEAUX, Pedro N.: Dalmacio Vélez Sársfield: máximo maestro del derecho argentino, en Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, t. IV, p. 541/542.

(14) Esta ubicación de las sucesiones en la sistemática del derecho civil después fue adoptada con mayor perfeccionamiento por el Código Civil alemán de 1900. La siguieron el código japonés de 1898, los códigos brasileños de 1916 y 2002, el código portugués de 1966, el paraguayo de 1985, el más reciente código civil ruso, etc. FERRER, Francisco A.M.: Importancia y ubicación del derecho sucesorio en la sistemática del derecho civil, n° X, J.A. 1996-II-968.

(15) En cuanto a los Proyectos de reformas del Código Civil, el Anteproyecto de Bibiloni, el Proyecto de 1936, el Proyecto de la Comisión Federal de 1993, el Proyecto de 1998 y el nuevo Código Civil y Comercial, han mantenido esa ubicación del derecho sucesorio en el programa del derecho civil.

(16) COLMO, Alfredo: Técnica legislativa del Código Civil argentino, M.A. Rosas Casa Editora, Bs.As., 1917, n° 59; MARTINEZ PAZ, Enrique: Introducción al derecho de la sucesión hereditaria, TEA, Bs.As., 1953, págs. 53/55; SALVAT, Raymundo Tratado de derecho civil argentino, Parte General, ed. act. Por J.M. López Olaciregui, TEA, Bs.As., 1964, ns. 188/190; BORDA, G.A.: Tratado de der. civil, Parte general, actualizada por Guillermo J.Borda, 13ra. ed., La Ley, Bs.As., 2008, t. I, n° 117/118.

(17) El distinguido profesor de la Universidad de San Marcos, Lima, Augusto FERRERO, critica la solución del Código peruano de 1984, que sigue al código suizo, y se muestra partidario de la metodología de Vélez Sársfield, que coloca al derecho de sucesiones en el último libro del Código, por ser más didáctica, pues el derecho sucesorio, que tiene como antecedente el derecho de las personas y de familia, presupone asimismo el conocimiento de los derechos reales y de obligaciones (Tratado de Derecho de Sucesiones, 6ta. ed., Grijley, Lima, 2002, p. 93/96).

(18) FERRER Francisco A.M.: El derecho de sucesiones en el Proyecto de Código Civil, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-3-567 y sgtes.

(19) Porque es el modo más simple de transmisión del patrimonio y garantiza del modo más completo los derechos de terceros y acreedores: FERRARA, F.: Estudio sobre la sucesión a título universal y particular, con especial aplicación a la legislación española, *Revista de Derecho Privado*, t. X, 1923, p. 325.

(20) CORDOBA, Marcos M.: su conferencia en el Congreso Internacional sobre Derecho Privado en el Foro de Abogados de San Juan, 13/5/2015.

(21) Conf.: SANCHEZ ARISTI, Rafael: Dos alternativas a la sucesión testamentarias: pactos sucesorios y contratos post mortem, Editorial Comares, Granada, 2003, p. 163 y sgtes.

(22) En la época en que Vélez redactó el Código la comunidad hereditaria se consideraba una situación potencialmente conflictiva, como toda forma de comunidad de derechos o de condominios, y con más razón en este caso en que la indivisión de la herencia la impone la ley, por lo cual se consideraba que debía concluir rápidamente con la partición, y la forma de apurar el trámite era no reglamentar el estado de comunidad. De ahí la ausencia de regulación en el Código de Vélez de la etapa de indivisión hereditaria. Pero las circunstancias y las ideas han cambiado. Hoy se reglamenta esa etapa sucesoria que concluye con la partición.

(23) CAFFERATA, José I.: El albacea testamentario en el derecho argentino, Universidad Nacional de Córdoba, 1952, págs. 69 y sgtes; BORDA, G.A. Sucesiones, 9na. ed., actualizada por Delfina M. Borda, La Ley, Bs.As., 2008, t. II, n° 1644 y 1661.

(24) De acuerdo: GOYENA COPELLO, Héctor R.: Proceso sucesorio, en RIVERA-MEDINA: Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, Abeledo Perrot, Bs.As., 2012, p. 1136.

(25) PEREZ LASALA, José L.: Tratado de sucesiones, Rubinzal Culzoni Editores, S.Fe-Bs.As., 2014, t. I, n° 483; BAGNASCO, Damián, en RIVERA-MEDINA: Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, La Ley, Bs.As., 2014, t. VI, p. 212; DI LELLA, Pedro: De la transmisión de derechos por causa de muerte, en RIVERA-MEDINA: Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, Bs.As., 2012, p. 1123; IGLESIAS, Mariana: Pago de deudas y legados en el Anteproyecto de Código Civil, n° IV-2, en J.A. 2012.III, n° 2.

(26) Sobre el rango de preferencia de los créditos en el proceso concursal, ver RIVERA, Julio C. y otros: Derecho concursal, La Ley, Bs.As., 2010, t. III, p. 504 y sgtes.

(27) Cám. Civ. Ira. Capital, 3/2/37, J.A. 57-362 y La Ley 5-384; CCC Santa Fe, Sala 2da, 26/4/29, Jurisp. Trib. Sta. Fe 8-499; CCC, Rosario, Sala 2da, 31/10/47, Jurisp. Trib. Sta. Fe, 26-587; CNCiv Sala F. 15/12/83, E.D. 109-135; ACUÑA ANZORENA, Arturo: Rol del heredero beneficiario y derecho de los acreedores para ejecutar individualmente los bienes de la herencia, J.A. 57-362; FORNIELES, S.: Tratado de las sucesiones, TEA, 4ta. ed., Bs.As., 1958, t. I, n° 138 bis; BORDA, Guillermo A.: Trat. de der. civil. Sucesiones, 9na. ed., La Ley, Bs.As., 2008, t. I, ns. 372 bis-c) y 386; GUASTAVINO, Elías P.: Beneficio de inventario, J.A. 1969-183, n° 45; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: Los acreedores quirografarios del causante, en ZANNONI-FERRER-ROLANDO: Sucesiones, Homenaje a la Dra. María J. Méndez Costa, Rubinzal Culzoni Editores, Sta. Fe, 1992, p. 76; ZANNONI, Eduardo A.: Derecho de las sucesiones, 5ta. ed., Astrea, 2006, t. I, parág. 378; FERRER, Francisco A.M.: La sucesión beneficiaria, Ed. Juris, Rosario, 2007, n° 198 y 199. Interesa señalar que esta es también la opinión de DEMOLOMBE, fuente de Vélez Sársfield en esta materia (*Cours de Code Napoléon*, t. XV, n° 229).

(28) Art. 860, 1° párrafo, Código Civil francés, reforma de 1971; TERRE-LEQUETTE-GAUDEMET: Droit civil. Les successions, les libéralités, Dalloz, 4me.éd., Paris, 2013, ns. 1072/1074; FERRER, Francisco A.M.: Colación, valor colacionable y Proyecto de Código Civil, n° XIV, *Rev. Der. de Familia y de las Personas*, mayo 2014, p. 115 y sgtes.

(29) PEREZ GALLARDO, Leonardo B. Legítima y discapacidad. Los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, abril de 2011, p. 159.

(30) CORDOBA, Marcos M.: Utilidad social de la sucesión-Asistencia-Mejora específica, en PEREZ GALLARDO, Leonardo B. (director): *El derecho de sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos*,

Temis-Ubijus-Reus-Zavaglia, Bogotá-México-Madrid-Bs.As., 2010, p. 165/166.

(31) Conf. PEREZ LASALA, José Luis, Tratado de sucesiones, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe - 2014, T. II, p. 217, n° 829, quien opina que si el discapacitado es descendiente se aplica el tercio sobre su legítima de 2/3; mientras que si el discapacitado es un ascendiente, el tercio se aplica sobre su legítima que es de 1/2 (art. 2445, 1er. parf., CCC.). Por el contrario, haciendo un cálculo distinto, se piensa que el causante puede disponer para mejorar al discapacitado de 2/3, el que se integra con 1/3 correspondiente a la porción disponible, más otro 1/3 de legítima de los colegitimarios, quedando éstos con 1/3 restante (PITRAU, Osvaldo F., en RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Bs. As. - 2014, T. VI, p. 407, n° 3.

(32) PEREZ GALLARDO, Leonardo B.: A propósito de la mejora a favor del legitimario con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial: un intento de deshilar la madeja, n° 3.2.2, a publicarse próximamente en Rev. Derecho de Familia y de las Personas; AZPIRI, J.O.: Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho sucesorio, Hammurabi, Bs.As., 2015, p. 249; ROLLER, G.-G.-OLMO, J.P.: Beneficiarios de la mejora a favor del heredero con discapacidad, rev. Der. de Familia y de las Personas, enero/febrero 2014, p. 115, n° III; PITRAU, Osvaldo y otros, en RIVERA-MEDINA: Código Civil y Comercial de la Nación, ed. La Ley, Bs. As., t. VI, p. 408, n° 4.

(33) Vélez organizaba esta defensa de modo sencillo y eficaz: las donaciones y disposiciones testamentarias que afectaban las legítimas se podían reducir en la medida necesaria para complementar las cuotas lesionadas (arts. 1830/1832, 3600 y 3601); y si se trataba de donaciones de inmuebles funcionaba el efecto reipersecutorio o reivindicatorio de la acción de reducción contra el subadquirente del donatario (art. 3955).

(34) De acuerdo: AZPIRI, J.O.: Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho sucesorio, Hammurabi, Bs.As., 2015, p. 252/253.

(35) Se la objetó previamente: FERRER, Francisco, CÓRDOBA, Marcos M., y NATALE, Roberto M., Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria, en Rev. Derecho de Familia y de las Personas, Octubre 2012, p. 127, n° 26; FERRER, Francisco A. "El Derecho de Sucesiones en el Proyecto de Código Civil y Comercial", Rev. Der. Privado y Comunitario, 2012-III-610/611, n° XXII, ap. 4; ZANNONI, Eduardo A., "Algunos aspectos sobre la igualdad entre herederos forzosos y la protección de la legítima en el Proyecto de Código Civil", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe - 2012-3, n° 10, p. 667/8, y en la misma Revista, año 2105, número extraordinario, "Algunos aspectos del derecho sucesorio en el nuevo Código Civil", p. 394/395; AMARANTE, Antonio A., "La legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial", Rev. Derecho de Familia y de las Personas, N° 10 - Noviembre 2012, p. 171/3; PEREZ LASALA, Fernando: La colación en el Anteproyecto de Código Civil, n° XII, J.A. 2012-III; DI LELLA, Pedro, "Aproximación a las modificaciones más relevantes en materia de sucesiones que propone el Anteproyecto de Código Civil", JA. 2012-III-n°XLIV.

(36) El Código Civil alemán dispone que de las donaciones efectuadas por el causante a terceros solo pueden reducirse las realizadas en los diez años anteriores a su fallecimiento (art. 2325, 3° párr.). El Código Civil francés ha previsto varias medidas limitantes del efecto reipersecutorio: aún cuando la sucesión no esté aún abierta todo heredero legitimario puede renunciar a una acción de reducción, con el consentimiento del futuro causante y en provecho de una o más personas determinadas, que pueden o no ser miembros de la familia. Esta renuncia solo es válida respecto de una liberalidad determinada, y puede comprender toda la legítima o una parte de ella (art. 929). El plazo de prescripción de la acción de reducción es de cinco años a contar de la apertura de la sucesión, o de dos años a contar del día en que los herederos han tomado conocimiento del ataque llevado a su reserva, sin que jamás puede exceder de diez años a contar del deceso (art. 921, 2° párr.). La reducción opera en valor, excepto en dos casos en que funciona in natura : cuando el bien le pertenece todavía al donatario y está libre de gravámenes, y también in natura y con efectos reipersecutorio contra el subadquirente en caso de insolvencia del donatario, previa excusión del mismo, y reconociéndole al tercero el derecho a indemnizar al heredero legitimario y quedarse con la cosa (art. 924-1 y 4) (MALAURIE, P.: Les successions, les libéralités, Defrénois, Paris, 4me.éd., 2010, ns. 652, 653, 664/667).

(37) LÓPEZ HERRERA, Eduardo, Tratado de la prescripción liberatoria, 2da. ed., Ed. Abeledo - Perrot, Bs. As. - 2009, p. 108.

(38) FERRER, F.A.M-NATALE, R.M.: Observaciones en materia de sucesiones en el Proyecto de Código Civil de 1998, en BREBBIA, Roberto H. (Director): Estudios sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998, Zavallá Ed., Bs.As., 2001, p. 387/388; aportes de Marcos M. CORDOBA y Francisco A.M. FERRER a la Comisión Redactora del CCC, en julio de 2011; AZPIRI, Jorge O.: La legítima en el Anteproyecto de Código Civil, n° XII, en J.A. 2012-III; Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho sucesorio, Hammurabi, Bs.As., 2015, p. 255.

(39) Se sostiene que el excedente de la porción disponible es reducible y no colacionable (PEREZ LASALA, José Luis, Tratado de sucesiones, Ed. Rubinzal - Culzoni, Sta.Fe-Bs.As., 2014, T. II, n° 850, p. 252/6). En realidad, será reducible después que ese excedente se impute a la porción hereditaria del heredero beneficiado, y también la exceda. Ese exceso es el que será objeto de reducción (art. 2386 CCC).

(40) MENDEZ COSTA, Maria J: en LLAMBIAS-MENDEZ COSTA: Código Civil Anotado, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001, t. V-C, coment. arts. 3744/374, n° 2, p. 346; FERRER, Francisco A.M.: La desheredación y el Proyecto de Código, La Ley 5/12/2013.

(41) MARTÍNEZ PAZ, Enrique: Introducción al derecho de la sucesión hereditaria, TEA Bs.As., 1953, p. 368.

